

TESE DE DOUTORADO

MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO

**FLEXIBILIDADE DO
PROCEDIMENTO ARBITRAL**

Orientador:

Prof. Dr. CARLOS ALBERTO CARMONA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo, 2010

Para
Thereza,
Theodoro e
Frederico

Obrigado!

AGRADECIMENTOS

Esta tese é a “conclusão” (se é que isso existe) de uma longa caminhada, na qual várias pessoas contribuíram, direta ou indiretamente. Tenho muito a agradecer.

Minha esposa Thereza: sem o seu apoio, incentivo, atenção, compreensão, e cobrança, nada disso seria possível. Seu carinho e auxílio me impulsionaram o tempo todo.

Aos meus filhos Theodoro e Frederico: basta sorrirem!

Meus pais, André e Gilda, pois se não fosse seu exemplo, não teria dado tanto valor ao desenvolvimento intelectual, à vida acadêmica, ao debate, a contar histórias, a conversar. *I know that, but I like it.*

Meu orientador, professor, amigo, Carlos Alberto Carmona, outro grande incentivador da minha formação acadêmica, cujas aulas, escritos e conversas – sempre buscando instigar reflexões, até mesmo sobre temas aparentemente consolidados – inspiraram muitos aspectos desta tese.

Aos demais integrantes da minha banca de qualificação, Profa. Maristela Basso, e Prof. Carlos Alberto de Salles, pelas observações, sugestões e críticas, que, com certeza, ajudaram a melhorar esta tese.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cujas aulas, escritos e conversas, também influenciaram muitas das idéias defendidas nesta obra. Em ordem alfabética: Antonio Carlos Marcato, Cândido Rangel Dinamarco, Flávio Luiz Yarshell, José Carlos Baptista Puoli, e José Roberto dos Santos Bedaque.

Meus colegas de escritório, que sempre apoiaram meu esforço, inclusive cobrindo minhas ausências, José Carlos de Magalhães, Ruy Rangel, Edson Luiz Vismona, Debora Visconte, Thiago Lasco de Magalhães, Ricardo Ferraz Rangel, e Ingrid Rodriguez Cardoso.

Muitos foram os colegas e ex-colegas da pós-graduação com quem, nas aulas ou fora delas, troquei idéias, sobre os temas tratados nesta tese e também outros. Não tentarei listar todos, mas a todos agradeço. Menção especial faço para Eduardo Parente, Heitor Sica, Ricardo Aprigliano e Sidnei Amendoeira Jr.

Por fim, agradeço a toda a comunidade do CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem. É incrível o que o CBAr tem feito nos últimos anos pelo desenvolvimento da arbitragem. Também não podendo listar todos, faço especial menção à sua Presidenta Adriana Braghetta.

A todos, muito obrigado!

SUMÁRIO

FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

1ª PARTE. CONCEITOS PRÉVIOS.

1) INTRODUÇÃO.

- 1.1) Objeto da investigação e plano de pesquisa.
- 1.2) Flexibilidade, flexível, flexibilizar, flexibilização.

2) ARBITRAGEM, JURISDIÇÃO, DIREITO (MATERIAL), PROCESSO E PROCEDIMENTO.

- 2.1) Arbitragem e jurisdição.
- 2.2) Direito (material) e processo. Arbitragem e direito (material).
- 2.3) Processo ou procedimento arbitral?
- 2.4) Instrumentalidade do processo, fungibilidade de meios, flexibilidade do procedimento.

3) FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO JUDICIAL.

- 3.1) Sistemas processuais rígidos e flexíveis. Primeiras observações.
- 3.2) Argumentos em defesa da rigidez do procedimento.
- 3.3) Argumentos em defesa da flexibilidade do procedimento.
- 3.4) Exemplos de dispositivos legais que flexibilizam procedimentos judiciais brasileiros: a flexibilidade estabelecida pelo legislador.
- 3.5) Exemplos de flexibilidade de procedimentos judiciais brasileiros que não advém de lei expressa, mas sim de construção doutrinária ou jurisprudencial, ou ainda da praxe forense: a flexibilidade decorrente de adaptação do procedimento pelo operador.

4) ARBITRAGEM: ALGUNS ASPECTOS GERAIS.

- 4.1) Liberdade e autonomia da vontade.
- 4.2) As três fases da arbitragem.

- 4.3) Cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia.
- 4.4) Possibilidade de instituir-se a arbitragem somente com base na cláusula compromissória, sem firmar-se compromisso arbitral. A provocação para dar início à arbitragem quando existe cláusula compromissória cheia, sem ajuizar-se a ação de instauração de arbitragem (do art. 7º da Lei 9.307/96).
- 4.5) Arbitragem institucional e arbitragem *ad hoc*.

2ª PARTE. AS DUAS VERTENTES DA FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

5) OBSERVAÇÕES INICIAIS.

- 5.1) A flexibilidade do procedimento arbitral é maior do que a flexibilidade dos procedimentos judiciais.
- 5.2) As duas vertentes da flexibilidade do procedimento arbitral: a criação (eleição, escolha) e a adaptação (modificação, flexibilização).
- 5.3) Flexibilidade do procedimento arbitral e a preclusão
- 5.4) A flexibilidade do procedimento como uma das vantagens da arbitragem. As vantagens da flexibilidade procedimental.
- 5.5) Flexibilidade do procedimento arbitral e *appropriate dispute resolution*.

6) A PRIMEIRA VERTENTE DA FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL: A CRIAÇÃO (OU ELEIÇÃO) DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS.

- 6.1) Aspectos subjetivos e objetivos das possíveis “fontes” das regras procedimentais de uma arbitragem.
- 6.2) Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais. Criação das regras pelas partes. Visão geral dos arts. 2º, § 1º, 11, inciso IV, 19, parágrafo único, e 21, *caput* e §§s 1º e 2º, todos da Lei de Arbitragem.
- 6.3) Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras pelas partes (cont.). Será que o procedimento será sempre o escolhido pelas partes? Mitigação do poder das partes em eleger as regras procedimentais, em razão da atuação de outros atores na arbitragem.
- 6.4) Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Estabelecimento das regras pelo árbitro.

- 6.5)** Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais (cont.). O estabelecimento de regras pelo órgão institucional arbitral que administra a arbitragem em questão.
- 6.6)** Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais (cont.). A disciplina de regras procedimentais pelo juiz estatal na demanda do art. 7º da Lei de Arbitragem.
- 6.7)** Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais. Observações iniciais sobre a criação das regras na convenção arbitral.
- 6.8)** Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras na cláusula compromissória.
- 6.9)** Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras na cláusula compromissória (cont.). Cláusulas mais enxutas e cláusulas mais robustas (o gordo e o magro).
- 6.10)** Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras na cláusula compromissória (cont.). Conteúdo “ideal” de uma cláusula compromissória? O cardápio. O aprendiz de feiticeiro.
- 6.11)** Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras no compromisso arbitral.
- 6.12)** Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). A criação de regras procedimentais em outros documentos firmados pelas partes.
- 6.12.1)** O adendo à convenção arbitral.
- 6.12.2)** “Termo de arbitragem” (“termos de referência”, “ata de missão”).
- 6.13)** Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Aplicação de um regulamento arbitral.
- 6.13.1)** Afirmar que a arbitragem será administrada por determinado órgão institucional arbitral é a mesma coisa que dizer que se aplica o regulamento de tal órgão?
- 6.13.2)** Aplicação parcial de um regulamento. Aplicação de um regulamento por órgão institucional arbitral diferente.
- 6.14)** Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). A criação de regras em “ordens processuais” proferidas pelo árbitro e/ou pelo órgão institucional arbitral, e em decisões judiciais estatais.
- 6.15)** O legislador estatal é “fonte subjetiva”? A lei processual estatal é “fonte objetiva”?

6.16) O Código de Processo Civil não é, obrigatoriamente, fonte subsidiária para fixar as regras procedimentais.

6.17) Críticas à aplicação “automática” (sem maiores reflexões) de regras do Código de Processo Civil na arbitragem.

7) A SEGUNDA VERTENTE DA FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL: A ADAPTAÇÃO (MODIFICAÇÃO) DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS.

7.1) A necessidade de adaptar (modificar) regras procedimentais.

7.2) Modificação do procedimento pelas partes.

7.3) As lacunas e/ou a necessidade de modificação das regras procedimentais após ser instituída a arbitragem. Colaboração entre partes e árbitro.

7.4) A adaptação (modificação) das regras procedimentais pelo árbitro.

7.5) O árbitro pode alterar o procedimento contra a vontade das partes?

7.6) Modificação das regras procedimentais previstas na cláusula compromissória vazia pelo juiz estatal, quando apreciada a demanda do art. 7º da Lei de Arbitragem.

7.7) Iniciada a arbitragem, e havendo controvérsia sobre o procedimento, seria possível pleitear a intervenção do juiz estatal?

3ª PARTE. LIMITAÇÕES À CRIAÇÃO E À ADAPTAÇÃO DE REGRAS PROCEDIMENTAIS NA ARBITRAGEM.

8) OS QUATRO GRUPOS DE LIMITES (BALIZAS, GARANTIAS MÍNIMAS) À CRIAÇÃO E À ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

8.1) Visão geral dos quatro grupos de limites.

8.2) Os limites como balizas, como garantias mínimas, que tem propósitos (efeitos) negativos e positivos.

8.3) O controle da violação dos limites à flexibilidade. Será o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem taxativo?

9) PRIMEIRO GRUPO DE LIMITES. O § 1º DO ART. 2º DA LEI 9.307/96. BONS COSTUMES E ORDEM PÚBLICA.

9.1) Observações gerais sobre o § 1º do art. 2º da Lei 9.307/96.

9.2) Bons costumes.

9.3) Ordem pública.

10) SEGUNDO GRUPO DE LIMITES. O § 2º DO ART. 21 DA LEI 9.307/96. CONTRADITÓRIO, IGUALDADE, IMPARCIALIDADE, LIVRO CONVENCIMENTO.

10.1) Observações gerais sobre o § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96.

10.2) Princípio do contraditório (e da ampla defesa).

10.2.1) Importância do princípio. Aplicação em procedimentos não estatais.

10.2.2) Princípio do contraditório (e da ampla defesa) e a arbitragem: primeiras observações.

10.2.3) Ampla defesa como aspecto do contraditório?

10.2.4) Os elementos do contraditório: informação e reação. Atos de comunicação processual. Aspectos peculiares na arbitragem.

10.2.5) Participação das partes e do órgão julgador no contraditório.

10.2.6) Análise de regras arbitrais específicas à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa.

10.3) Princípio da igualdade das partes.

10.3.1) Princípio da igualdade na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, e sua incidência nos processos judiciais estatais.

10.3.2) Princípio da igualdade e a criação e adaptação de regras procedimentais na arbitragem.

10.4) Princípio da imparcialidade do árbitro.

10.4.1) O princípio constitucional da imparcialidade e a legislação brasileira.

10.4.2) Aplica-se, na arbitragem, o princípio constitucional da imparcialidade? Do mesmo modo que nos procedimentos estatais?

10.4.3) O princípio da imparcialidade e criação (eleição) das regras que regulam o procedimento de escolha de árbitro(s).

10.4.4) Peculiaridades do princípio da imparcialidade na arbitragem, e visão geral da sua disciplina nos regulamentos arbitrais.

10.5) Princípio do livre convencimento do árbitro.

10.5.1) Os possíveis sistemas de apreciação da prova.

10.5.2) O sistema do livre convencimento motivado e a flexibilidade do procedimento arbitral.

11) TERCEIRO GRUPO DE LIMITES. REGRAS COGENTES DA LEI 9.307/96.

12) QUARTO GRUPO DE LIMITES. O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL.

12.1) Direito processual constitucional e princípios processuais constitucionais.

12.2) Existem limites ao procedimento arbitral decorrentes do direito processual constitucional?

12.3) Em que medida se aplica o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

12.4) Não aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição.

12.5) Não aplicação do princípio do juiz natural.

12.6) Não aplicação automática do princípio da publicidade, em razão da confidencialidade (sigilo) da arbitragem.

12.7) Controvérsias relacionadas com o princípio da motivação.

12.7.1) A motivação da sentença arbitral nacional.

12.7.2) A motivação da sentença arbitral estrangeira.

12.8) Princípio da celeridade.

12.9) Princípio do devido processo legal.

12.9.1) O devido processo legal como cláusula de encerramento, como princípio síntese.

12.9.2) Devido processo legal e arbitragem.

4ª PARTE. AS DIVERSAS POSSIBILIDADES DE CRIAÇÃO E ADAPTAÇÃO DE REGRAS PROCEDIMENTAIS ESPECÍFICAS.

13) OBSERVAÇÕES INICIAIS.

13.1) A flexibilidade de regras procedimentais específicas.

13.2) As regras procedimentais começam a ser escolhidas antes mesmo de surgir o litígio.

13.3) Importância das partes conhecerem as “regras do jogo”. A realização de “audiência preliminar” ou de “reuniões de trabalho”.

13.4) Cuidados (alertas!) para que a flexibilidade procedimental não seja desvirtuada ou usada como meio procrastinatório.

14) FLEXIBILIDADE DAS REGRAS SOBRE A PROVOCAÇÃO PARA INSTITUIR-SE A ARBITRAGEM.

14.1) O estabelecimento pelas partes das regras sobre a provocação para instituir-se a arbitragem: cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia.

14.2) Arbitragem com cláusula cheia e flexibilidade das regras para instituir-se a arbitragem. Análise do art. 5º da Lei de Arbitragem.

14.3) Arbitragem com cláusula vazia e flexibilidade das regras para instituir-se a arbitragem. Observações em torno do art. 6º da Lei de Arbitragem.

14.4) Arbitragem com cláusula vazia e flexibilidade das regras para instituir-se a arbitragem (cont). Observações em torno do art. 7º da Lei de Arbitragem.

14.5) Instituição da arbitragem em decorrência da ação do art. 7º da Lei de Arbitragem e a posterior possibilidade de adaptação do procedimento.

15) ESCOLHA DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS QUE PODEM CONSTAR NO COMPROMISSO ARBITRAL: ARTS. 10 E 11 DA LEI 9.307/96 E OUTRAS POSSIBILIDADES GENÉRICAS.

15.1) Análise inicial dos arts. 10 e 11 da Lei de Arbitragem.

15.2) Lugar onde será proferida a sentença arbitral (art. 10, IV).

15.3) Local(is) onde se desenvolverá a arbitragem (art. 11, I).

15.4) “Sede da arbitragem”.

15.5) Prazo para apresentação da sentença arbitral (art. 11, III).

15.6) Estabelecimento das regras a serem aplicadas na arbitragem (art. 11, IV).

15.7) Estipulação sobre a responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem (art. 11, V).

15.8) O sigilo (confidencialidade) é uma opção das partes.

15.9) O idioma da arbitragem. O idioma usado no procedimento e na sentença. A tradução de documentos. O idioma nas eventuais demandas judiciais relacionadas com a arbitragem.

16) FLEXIBILIDADE DAS REGRAS SOBRE A APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES PELAS PARTES (TANTO A PRETENSÃO QUANTO A DEFESA). RAZÕES INICIAIS E RAZÕES FINAIS.

16.1) Dependendo do regulamento arbitral, a apresentação das alegações iniciais não precisará ocorrer junto com a provocação para instituir-se à arbitragem.

16.2) Dois sistemas distintos de apresentação das razões iniciais na fase arbitral propriamente dita: Modelo “clássico” vs. Modelo da apresentação simultânea de alegações.

16.3) Formulação de questões (de fato e de direito) pelos árbitros.

16.4) Memorial no meio do procedimento.

16.5) Audiências não instrutórias.

17) ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA E FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

17.1) Estabilização da demanda nos procedimentos judiciais estatais.

17.2) Estabilização da demanda na arbitragem. Primeiras observações. Sentenças arbitrais *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita*.

17.3) Estabilização da demanda na arbitragem (cont.). A apresentação do pedido, da pretensão, na arbitragem.

17.3.1) Onde e quando é feito o pedido na arbitragem. Cláusula compromissória vazia. Os arts. 6º, 7º, e 10, III, da Lei 9.307/96.

17.3.2) Onde e quando é feito o pedido na arbitragem (cont.). Cláusula compromissória cheia. Art. 5º da Lei 9.307/96: os regulamentos arbitrais e a disciplina do pedido de instauração da arbitragem.

17.3.3) Onde e quando é feito o pedido na arbitragem (cont.). Cláusula compromissória cheia (cont.). Conteúdo do termo de arbitragem.

17.4) Estabilização da demanda na arbitragem (cont.). Conclusão parcial e flexibilidade procedimental.

18) A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO.

18.1) Observações iniciais.

18.2) O poder do árbitro em determinar provas de ofício. Paralelo com o art. 130 do CPC.

18.2.1) As iniciativas probatórias violam as garantias processuais?

18.3) Objeto da prova e poder para determinar quais provas serão produzidas.

18.3.1) Quais são as provas necessárias?

18.3.2) Poderes das partes e do árbitro de estabelecer a necessidade de produzir determinada prova.

18.4) A possibilidade de determinar qualquer tipo de prova, inclusive não previstas no ordenamento brasileiro.

18.5) A possibilidade da produção das provas seguir sistemática procedimental diferente da prevista no CPC.

18.6) Técnicas da *civil law* e técnicas da *common law*.

18.7) A prova em espécie e sua produção. Exemplos de alternativas procedimentais comuns na arbitragem, tanto sobre meios de prova, quanto sobre métodos de produção de prova.

18.7.1) A ordem de produção das provas.

18.7.2) Prova oral.

18.7.3) Prova pericial e inspeção pelos árbitros.

18.7.4) Prova documental. *Discovery*.

18.7.5) Meios de prova e respeito aos limites da flexibilidade procedimental.

18.8) Reuniões preparatórias para organizar a fase probatória.

18.9) Criação e adaptação de regras sobre o ônus da prova, e sobre a inversão do ônus da prova.

18.10) O momento da inversão do ônus da prova na arbitragem.

19) FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E MEDIDAS DE URGÊNCIA.

19.1) Observações iniciais.

19.2) Premissa importante: a fungibilidade das tutelas de urgência.

19.3) Medidas de urgência cuja necessidade surge na fase pré-arbitral, antes de instaurada a arbitragem. Utilização dos órgãos judiciais.

19.4) Medida de urgência cuja necessidade surge na fase arbitral propriamente dita, depois de instaurada a arbitragem. Decisão pelo árbitro, eventual necessidade de medida coercitiva a ser efetivada pelo juiz estatal.

19.5) Medida de urgência cuja necessidade surge na fase arbitral propriamente dita, depois de instaurada a arbitragem (cont.). Saídas em caso de existir impossibilidade fática do árbitro decidir no prazo necessário.

19.6) Necessidade do árbitro rever a tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

19.7) Previsões sobre o tema em regulamentos arbitrais.

19.8) Podem as partes negar ao árbitro e/ou ao juiz estatal o poder de conceder medidas de urgência? E podem as partes negar ao árbitro o poder de rever a tutela de urgência concedida por juiz estatal?

19.9) Tutela antecipatória.

20) SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL.

20.1) Sentença parcial no processo judicial brasileiro.

20.2) Sentença parcial no procedimento arbitral.

20.3) Sentença parcial e flexibilidade do procedimento arbitral.

20.4) Prazo para ingressar com a ação de anulação do art. 33 da Lei 9.307/96 em caso de sentença arbitral parcial.

21) RESUMO DAS PRINCIPAIS IDÉIAS DEFENDIDAS NESTA TESE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO

ABSTRACT

RIASSUNTO

FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

1ª PARTE. CONCEITOS PRÉVIOS.

1) INTRODUÇÃO.

1.1) Objeto da investigação e plano de pesquisa.

O tema desta tese é a *flexibilidade do procedimento arbitral*, que é estudada à luz da legislação brasileira que rege a arbitragem (Lei 9.307/96). A tese é dividida em quatro partes.

A primeira parte trata de alguns **conceitos prévios**. São analisados aspectos da inter-relação entre arbitragem, jurisdição, direito (material), processo e procedimento. Examina-se a flexibilidade dos procedimentos judiciais, demonstrando-se que os procedimentos brasileiros não são tão rígidos como se afirma, pois existem regras flexibilizando aspectos do sistema. Abordam-se aspectos gerais da arbitragem, como as suas três fases, a autonomia da vontade, cláusula compromissória cheia e vazia, e arbitragem institucional e *ad hoc*.

A segunda parte tem por objeto **as duas vertentes da flexibilidade do procedimento arbitral**, que é bem maior do que a dos procedimentos judiciais. A primeira vertente da flexibilidade do procedimento arbitral é a possibilidade de criação das regras procedimentais em cada arbitragem, pelas partes, pelo árbitro, pelo órgão institucional arbitral, e pelo juiz estatal. A segunda vertente é a possibilidade de adaptação (modificação) das regras procedimentais de cada arbitragem, por essas mesmas pessoas.

A terceira parte estuda as **limitações à criação e à adaptação de regras procedimentais na arbitragem**. Existem quatro grupos de limites (garantias mínimas, balizas) à criação e adaptação das regras procedimentais na arbitragem. Esses quatro grupos são: (i) bons costumes e ordem pública (art. 2º, § 1º, da Lei 9.307/96); (ii) princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento (art.

21, § 2º, da Lei 9.307/96); (iii) preceitos cogentes da Lei 9.307/96; e (iv) princípios processuais constitucionais.

A quarta e última parte abrange **as diversas possibilidades de criação e adaptação de regras procedimentais específicas**. Examina-se a flexibilidade procedimental para criar ou adaptar regras específicas, entre elas as relacionadas com: a provocação para instituir-se a arbitragem; os arts. 10 e 11 da Lei de 9.307/96; a apresentação das razões pelas partes; a estabilização da demanda; a fase instrutória; a concessão de medidas urgentes; e a sentença arbitral parcial.

A arbitragem é uma matéria estudada por vários ramos do direito, em especial no processo civil, no direito internacional, no direito civil, no direito comercial, no direito administrativo, no direito constitucional, e mesmo no direito do trabalho (isso sem contar eventuais aspectos penais das condutas ilícitas relacionadas com a arbitragem). **Essa tese é de direito processual civil**. O enfoque é o do direito processual civil. Em vários momentos serão tratados temas relacionados com outras áreas do direito – em especial do direito internacional, civil e constitucional – mas, como dito, o enfoque é o do direito processual. Reitero essa afirmação várias vezes, pois em alguns momentos passarei perto de (e/ou abordarei superficialmente) temas que são importantes para outras áreas do direito, mas que serão somente mencionados (ou examinados superficialmente) nesta tese.

E desde logo esclareço que estudar a arbitragem com base nos princípios e teorias processuais não significa trazer para a arbitragem os problemas, vícios e defeitos do processo civil (ou melhor, da má aplicação da técnica processual). A visão moderna do processo civil é instrumentalista, repudia o formalismo, incentiva a celeridade e efetividade, ataca o “processualismo” excessivo, e busca novas formas de melhor implementar a tutela jurisdicional. Com base nessas premissas é que busquei estudar o tema desta tese.

E retornando à primeira frase desta introdução, a **flexibilidade do procedimento arbitral** é estudada à luz da legislação brasileira que rege a arbitragem (Lei 9.307/96). O alvo principal, assim, são as arbitragens regidas pela lei brasileira, ou seja, as arbitragens internas, cuja sentença é proferida no Brasil. De qualquer forma, várias das explicações feitas nesta obra podem ser aplicadas a arbitragens realizadas fora do Brasil, por serem questões disciplinadas de forma similar no exterior.

Como última observação introdutória, ao longo desta obra é utilizada, praticamente o tempo todo, a palavra “árbitro”, para identificar tanto o árbitro único quanto o colegiado arbitral (tribunal arbitral).

1.2) Flexibilidade, flexível, flexibilizar, flexibilização.

Ainda como introdução, necessário fazer algumas observações sobre a terminologia usada neste estudo, até para deixar claro o motivo de ter sido escolhido, como nome desta tese, a “flexibilidade” do procedimento arbitral. A correta percepção do que significa flexibilidade ajuda a entender o que é a flexibilidade objeto deste estudo, e também o enfoque dado ao longo do trabalho. Outro objetivo deste item é deixar claro que não se pode confundir flexibilidade com flexibilização.

O quadro presente no final deste item mostra as definições que os dois dicionários mais consultados do país (AURÉLIO e HOUAISS)¹ dão às palavras “flexibilidade”, “flexível”, “flexibilizar” e “flexibilização”.

Esses dicionários ensinam, inicialmente, que **flexibilidade** é qualidade de flexível (AURÉLIO), ou qualidade do que é flexível (HOUAISS). Ambos também apontam flexibilidade como elasticidade, agilidade e maleabilidade. Em relação a esse último aspecto, afirma-se que flexibilidade é a facilidade de ser manejado (AURÉLIO), a propriedade do que é dócil ao manejo (HOUAISS). E afirma-se ainda que flexibilidade é aptidão para variadas coisas ou aplicações (AURÉLIO) e aptidão do espírito para aplicar-se a diversas ocupações e estudos (HOUAISS).

Já **flexível** é definido como aquilo que se pode dobrar ou curvar (AURÉLIO), que se dobra ou curva com facilidade (HOUAISS). Os dois dicionários ensinam que flexível é arqueável, flexo, elástico, maleável e fácil de manejar (e de moldar, conforme AURÉLIO). Também é algo que se arqueia ou se distende com facilidade, que se adapta às circunstâncias, que não é rígido (AURÉLIO), bem como que se acomoda facilmente às circunstâncias, que tem aptidão para diferentes atividades (HOUAISS).

De outro lado, **flexibilizar** é definido como tornar flexível, tornar-se flexível, promover a flexibilização de algo (AURÉLIO), e tornar (-se) menos rígido (HOUAISS).

Por fim, **flexibilização**, que somente consta no dicionário AURÉLIO, é o ato ou efeito de flexibilizar, ou o afrouxamento ou eliminação de leis ou normas.

Patente, em relação aos dois últimos termos, a idéia de transformação, de mudança. Flexibilizar envolve mudar algo que era rígido para menos rígido, ou promover a

¹ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 908-909; ANTÔNIO HOUAISS, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetivo, 2001, p. 1356.

flexibilização de alguma coisa. Flexibilização é o ato de flexibilizar, inclusive com afrouxamento ou eliminação de regras.

Pois bem, o enfoque desta tese não se limita à possibilidade de que o procedimento arbitral previsto para determinada arbitragem seja alterado durante o seu andamento. Esse é sim um dos aspectos deste estudo, que denomino – e justifico, mais adiante – de **adaptação** do procedimento (ou flexibilização do procedimento já existente). Esta tese também abrange outro importante aspecto da flexibilidade, que é aquilo que denomino como **criação** do procedimento, que é o estabelecimento das regras procedimentais que regem determinada arbitragem.

Por isso é que uso, nesta tese, a expressão flexibilidade do procedimento. Os dicionários citados não deixam dúvida: flexibilidade é tanto a qualidade de algo que pode ser moldado (a criação do procedimento), quanto a qualidade de ser modificado, já que não se trata de coisa rígida (a adaptação do procedimento). Para explicar tanto flexibilidade quanto flexível, os dois dicionários recorrem à palavra maleável, a qual pode se aplicada nas duas esferas ora apontadas: algo que é maleável tanto no momento da sua criação quanto no momento da sua posterior adaptação.

Massinha de brinquedo para criança. Esse é um perfeito exemplo de algo maleável. Maleável na hora de moldar um dos heróis favoritos da criança, e maleável para mudar a forma para outro herói, que tenha poderes mais adequados para combater o inimigo que surgiu naquele momento. Obviamente, a massinha de moldar tem limitações, por exemplo, não dá para fazer o incrível Hulk com massinha amarela, e não dá para jogar um herói de massinha na banheira para combater um tubarão.

Voltando ao procedimento arbitral, esse também é flexível, podendo ser criado e adaptado de acordo com as necessidades que surgirem naquela arbitragem. Esta tese pretende abordar vários temas relacionados com a flexibilidade do procedimento arbitral, ou seja, tanto da sua criação quanto da sua adaptação. Mas da mesma forma que várias outras coisas flexíveis, a flexibilidade do procedimento arbitral também tem limites, que serão examinados ao longo deste estudo.

Veja-se assim que a flexibilização é um dos aspectos da flexibilidade. Por isso, em suma, o leitor não deve esperar que esta tese abranja somente aspectos relacionados com a flexibilização (adaptação) do procedimento arbitral, pois também se pretende estudar a própria criação do procedimento arbitral. E, como ventilado acima, os limites à criação e à adaptação das regras procedimentais.

	Dicionário Aurélio ²	Dicionário Houaiss ³
FLEXIBILIDADE	S. f. 1. Qualidade de flexível. 2. Elasticidade, destreza, agilidade, flexão, flexura: <i>flexibilidade corporal</i> . 3. Facilidade de ser manejado; maleabilidade. 4. Aptidão para variadas coisas ou aplicações: <i>flexibilidade de espírito</i> . 5. Docilidade, brandura. 6. Disponibilidade de espírito; compreensão, complacência.	s. f. 1 qualidade do que é flexível, maleável 2 facilidade e ligeireza de movimentos; agilidade, elasticidade, elegância 3 propriedade do que é dócil ao manejo; maleabilidade 4 <i>fig.</i> característica de quem é compreensível; brandura, docilidade 5 aptidão do espírito para se aplicar a diversas ocupações e estudos (<i>é um cientista, mas a sua mente mostra igual f. no trato das artes</i>)
FLEXÍVEL	Adj. 2 g. 1. Que se pode dobrar ou curvar; arqueável, vergável, flexo: <i>vara flexível</i> . 2. Que se arqueia ou se distende com facilidade; elástico: <i>cintura flexível</i> . 3. Fácil de manejar, de moldar; maleável: <i>tecido flexível</i> . 4. Fig. Dócil, complacente, brando, suave, submisso: <i>caráter flexível</i> . 5. Fig. Que se adapta às circunstâncias; que não é rígido: <i>programa flexível</i> .	Adj. 2g. 1 que se dobra ou curva com facilidade; arqueável; flexo 2 que revela agilidade; elástico, elegante (<i>um andar f.</i>) 3 fácil de manejar; domável 4 que se acomoda facilmente às circunstâncias, que é facilmente influenciável; dócil, maleável, compreensível (<i>um caráter f.</i>) 5 que tem aptidão para diferentes atividades
FLEXIBILIZAR	V. t. d. 1. Tornar flexível. 2. Promover a flexibilização (2) de: <i>O Governo decidiu flexibilizar o monopólio do petróleo</i> . P. 3. Tornar-se flexível.	V. t. d. e pron. tornar (-se) menos rígido
FLEXIBILIZAÇÃO	S. f. 1. Ato ou efeito de flexibilizar. 2. Afrouxamento ou eliminação de leis ou normas, esp. as que afetam relações econômicas: “O Presidente da Argentina ... prometeu ... ‘avançar nas medidas de <u>flexibilização</u> trabalhista’. [Isso] significa reduzir ainda mais os encargos sociais e tirar dos sindicatos a intermediação dos serviços médicos previdenciários.” (<i>Gazeta Mercantil</i> , 27.8.1996).	(não consta)

² AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo dicionário*, cit., p. 908-909.

³ ANTÔNIO HOUAISS, *Dicionário*, cit., p. 1356.

2) ARBITRAGEM, JURISDIÇÃO, DIREITO (MATERIAL), PROCESSO E PROCEDIMENTO.

2.1) Arbitragem e jurisdição.

A discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da arbitragem é bem antiga. Em resumo, existem três correntes principais sobre o tema, uma que entende que a arbitragem tem natureza contratual, outra que afirma que a arbitragem tem natureza jurisdicional, e, entre elas, quem afirme que a arbitragem teria natureza mista, com origem contratual, mas exercendo atividade jurisdicional. Não é objetivo desta tese revisitar o tema, que já foi bastante debatido tanto pela doutrina nacional⁴ quanto pela estrangeira.⁵

Em razão de vários fatores, boa parte da doutrina brasileira entende que a arbitragem tem natureza jurisdicional e/ou que o árbitro exerce atividade jurisdicional,⁶ ou

⁴ Explicando as três correntes principais (e outras!) e as controvérsias, ver, entre outros: JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Do Estado na arbitragem privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988, p. 97-100, e *Do Estado na arbitragem privada*. In: _____; BAPTISTA, Luis Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 71-73; CARLOS ALBERTO CARMONA, *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 29-37; JACOB DOLINGER e CARMEM TIBURCIO, *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94-97; SELMA LEMES, *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, n. 2.3, p. 60-62; PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990, p. 15-16; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Jurisdição e competência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, n. 42, p. 52-54; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 97, nº 353, jan./fev. 2001, n. 7, p. 112-113; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, n. 30.2, p. 586-587; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei de arbitragem*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27-28; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 9-12; CARMEM TIBURCIO, *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, n. 4, p. 96-99; FREDIE DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 1, p. 83-85; ADRIANA BRAGHETTA, *Laudo arbitral na sede da arbitragem e conseqüências internacionais: Visão a partir do Brasil*. 2008. Tese de doutorado em direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, n. 1.1, p. 23-26; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 42 ss; ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO e ANDRÉ R. C. FONTES, *A teoria autonomista da arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 5, nº 17, abr./jun. 2008, p. 49 ss; CARLA FERNANDA DE MARCO, *Arbitragem internacional no Brasil*. São Paulo: RCS, 2005, p. 18-22.

⁵ Ver, entre outros: ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE, *¿Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje?* In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, n. 4 ss, p. 240 ss.

⁶ Expressamente posicionam-se pela natureza jurisdicional da arbitragem e/ou afirmam que o árbitro exerce jurisdição: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e jurisdição*. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 15, nº 58, abr./jun. 1990, p. 33-40, e *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-27; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros*. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, n. 2, p. 101; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Jurisdição*, cit., n. 42, p. 54; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *A arbitragem como*, cit., n.

ainda que a arbitragem é equivalente jurisdicional,⁷ sendo que existe pelo menos um acórdão (de tribunal estatal) que expressamente afirma que na arbitragem se exerce atividade jurisdicional.⁸ Também há autores, no exterior, que reconhecem o caráter jurisdicional da arbitragem.⁹

Para os fins dessa tese, é necessário deixar claro minha posição a favor da natureza jurisdicional da arbitragem. Essa é a melhor posição, em função de dois grupos de motivos. De um lado, dos termos expressos dos arts. 17, 18 e 31 da Lei de Arbitragem brasileira e da própria função do instituto, motivos esses que são os normalmente lembrados pela doutrina em geral. De outro lado, não é mais possível falar que a jurisdição é um monopólio do poder público, em especial tendo em vista as transformações por que passa a sociedade e o próprio estado moderno, com o incremento da participação da sociedade civil nos destinos da nação, e a revisão do conceito de soberania, em especial decorrente dos chamados fenômenos da “globalização” e “mundialização do direito”.¹⁰

7, p. 112-113; NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, nota, nota 1 ao art. 18, e nota 1 ao art. 31, ambos da Lei 9.307/96, p. 1398 e 1400; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 13, p. 70 ss; DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 36; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 27-28; FREDIE DIDIER JR., *Curso*, cit., v. 1, p. 83-85; EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES, *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese de doutorado em direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 22, nota 77; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos e Cruz, 2003, n. 5.3.1, p. 124-125, e Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 27, nº 106, abr./jun. 2002, n. 1, p. 190-191; ELEONORA C. PITOMBO e BERTRAND ANCEL, Os efeitos da convenção de arbitragem – Adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 2.3, p. 332; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 2, nº 7, jul./set. 2005, n. 1, p. 31, e *Arbitragem no direito*, cit., p. 58 ss; LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, *Jurisdição e competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 2.6, p. 79-80; MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007, n. 1.5, p. 14-18; RAFAEL FRANCISCO ALVES, O devido processo legal na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, n. 1, p. 383, nota 5; EDUARDO SPINOLA E CASTRO, A convenção de arbitragem – Uma abordagem prática. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, n. 2, p. 15-16. Essa também parece ser a posição de: DONALDO ARMELIN, Ação de nulidade da sentença arbitral. In: BERTASI-CORRÊA NETTO (Coord.), *Arbitragem*, cit., n. 1, p. 110, e nota 1.

⁷ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1, n. 46, p. 122; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, Arbitragem: garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*. Nº 26, set./out. 2008, p. 43. Em sentido similar, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.), *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997, n. 15, p. 134, afirma que “o árbitro exerce atividade equiparada à jurisdicional”.

⁸ TJ SP: Ap 1.071.425-0/6, 31ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Adilson de Araújo, j. 2.12.08.

⁹ BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006, p. 57.

¹⁰ Sobre o incremento da participação da sociedade civil e sobre a chamada “mundialização do direito”, ver: JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 3, nº 9, abr./jun. 2006, p. 165-172; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES e REGINA RIBEIRO DO VALE, Mundialização do direito. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.),

Assim, a constatação da arbitragem ter natureza jurisdicional ajudará a resolver alguns dos problemas enfrentados nesta tese.

Contudo, afirmar que a arbitragem tem natureza jurisdicional não significa que todas as regras que regulam o processo judicial estatal aplicam-se integralmente na arbitragem. Longe disso! Ao longo desta tese será demonstrado como a arbitragem pode – e muitas vezes deve – desenvolver-se de forma diferente do que é previsto para os procedimentos judiciais estatais.

2.2) Direito (material) e processo. Arbitragem e direito (material).

Este é outro tema que não será revisitado nesta tese, mas que merece ser rapidamente abordado, para apontar-se em que medida a flexibilidade do procedimento arbitral atende o que parte da doutrina processual ensina sobre o relacionamento entre direito (material) e processo.

Defende JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹¹ a idéia de que o direito processual deve ter os seus institutos concebidos e desenvolvidos à luz do direito material. Afirma ainda que a eficácia de um sistema processual depende de quanto ele será útil para o direito substancial, sendo que de nada adianta um sistema processual cientificamente perfeito, se ele não consegue os resultados desejados. E também aponta que o processualismo exagerado acaba prejudicando o próprio escopo do processo. Assim, o mencionado professor prega que “o instrumento precisa ser desenvolvido a partir das necessidades particulares a cada área de atuação. Primeiro verificam-se as necessidades, detectam-se os problemas; depois procura-se desenvolver instrumentos adequados.”¹²

Ainda sobre o tema, SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR bem sintetiza que: “Não se admite, na moderna ciência processual, insistir em conceitos processuais distanciados do direito material, como se o processo fosse um fim em si mesmo, e não um instrumento para a realização do direito substancial”.¹³

Arbitragem: Estudos em homenagem, cit., p. 254 ss; EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES, *Arbitrabilidade*, cit., p. 27 ss.

¹¹ *Direito e processo*: Influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995, n. 4, p. 16-17, n. 15.3, p. 46-47, desenvolvendo o raciocínio ao longo da obra.

¹² JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, cit., n. 4, p. 17.

¹³ *Justiça, direito e processo*. São Paulo: Atlas, 2007, n. 1.3.6, p. 32. Também defendendo o combate ao processualismo excessivo e pregando a busca de soluções que tragam efetividade ao direito material, ver, entre outros: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *A arbitragem como*, cit., n. 1, p. 107-108; KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: CEBEPEJ, 1999, p. 19-21;

As lições supra explicadas – bem como outras na mesma linha – são inspiradas nas idéias instrumentalistas defendidas por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em especial a afirmação do duplo sentido da instrumentalidade do processo, que de um lado rejeita o processualismo exacerbado (aspecto negativo), e de outro lado prega maior efetividade do processo (aspecto positivo).¹⁴

A flexibilidade do procedimento arbitral atende esses reclamos doutrinários. O procedimento arbitral pode ser, em cada caso concreto, criado ou adaptado à luz do direito material controvertido. Podem ser evitadas regras ou praxes que, apesar de usuais nos procedimentos judiciais estatais, não contribuem para o adequado desenvolvimento do procedimento arbitral. E como o procedimento arbitral não precisa obrigatoriamente observar as regras processuais estatais, em especial do Código de Processo Civil (ver item 6.16 infra), é possível evitar discussões processuais e concentrar-se na apreciação do direito material (ver item 5.4 infra).

Por isso, é possível apontar, desde logo, que a flexibilidade do procedimento arbitral apóia-se também sobre a idéia de que qualquer procedimento deve sempre ser útil para resolver as questões de direito material controvertidas.

E se para os procedimentos estatais judiciais ainda há muito o que fazer para obter-se maior aproximação entre direito material e processo, essa tarefa já está bem mais adiantada na arbitragem, cujo procedimento pode ser sempre moldado à luz do direito substancial controvertido.

2.3) Processo ou procedimento arbitral?

Existe processo ou procedimento arbitral?

Coerente com sua histórica posição de que processo é procedimento em contraditório,¹⁵ ELIO FAZZALARI afirma que como a arbitragem se desenvolve em contraditório, trata-se de processo arbitral, e não mero procedimento arbitral.¹⁶ Com raciocínio um pouco diferente, CARLOS ALBERTO CARMONA defende a idéia de haver

GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA, *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 1.3, p. 24-27.

¹⁴ *Instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 34 ss, p. 324 ss.

¹⁵ ELIO FAZZALARI, *Istituzione di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992, p. 59-60, e p. 82 ss.

¹⁶ *L'Arbitrato*. Turim: UTET, 1997, p. 51-52, e *Istituzione di diritto*, cit., p. 475-476. Ver também ELIO FAZZALARI, ANTONIO BRIGUGLIO e ROBERTO MORENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*: Commentario. Milão: Giuffrè, 1994, p. 102.

processo arbitral em razão do exercício da jurisdição na arbitragem,¹⁷ na linha do explicado no item 2.1 supra. Outros autores também defendem existir processo arbitral, e não mero procedimento arbitral.¹⁸

Concordo com os argumentos supra citados e acrescento mais um, que é o fato de existir uma relação jurídica processual entre as partes e o árbitro. Aponta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que a relação jurídica processual é “o sistema dos vínculos regidos pelo direito que interligam os sujeitos do processo”.¹⁹ Ora, as partes e o árbitro também estão interligados por um sistema de vínculos, decorrente tanto da lei que regula a arbitragem quanto dos contratos entre eles firmados; ou seja, esse sistema de vínculos na arbitragem também é regido pelo direito. Veja-se portanto que a existência de uma relação jurídica entre as partes o árbitro é indiscutível. A dúvida seria se ela poderia ser caracterizada como relação jurídica processual, nos mesmos moldes da relação jurídica processual dos processos judiciais estatais, entre as partes e o estado-juiz.

Acredito que a resposta seja de que na arbitragem existe sim a relação jurídica processual, até pelo fato de que as definições de relação jurídica processual, feitas pela doutrina tradicional, encaixam-se perfeitamente na arbitragem. Um bom exemplo é a explicação dada por MOACYR AMARAL SANTOS, que afirma que: “no processo, naquela série ordenada de atos, formando uma unidade, tendente ao fim que é a provisão jurisdicional, se contém uma relação jurídica, de natureza complexa, compreendendo direitos, deveres e ônus das partes, mais direitos, poderes e deveres do juiz, prescritos pela lei processual. Trata-se de uma relação jurídica processual, da qual participam o autor, o réu e o juiz.”²⁰ Ainda sobre o tema, LEONARDO GRECO afirma que “o processo como instrumento do exercício da jurisdição é uma relação jurídica complexa e dinâmica, composta de uma série de atos coordenados, praticados pelos diversos sujeitos processuais

¹⁷ O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 1, jan./abr. 2004, nº 1, p. 22.

¹⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 69, p. 79 (analisando o juízo arbitral previsto na Lei do antigo Juizado Especial de Pequenas Causas, nº 7.244/84), e *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, n. 9, p. 28-31; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 10-12 (mas com algumas posições contrárias às defendidas nesta tese); FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Técnicas de aceleração*, cit., n. 5.3.1, p. 124-125; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 1, p. 382, nota 1 (que entende que existe processo arbitral, por nele se aplicar o princípio do devido processo legal, por ser um procedimento em contraditório).

¹⁹ *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2, n. 488, p. 196. Dando explicação similar, ver: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, n. 296, p. 266.

²⁰ *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. Atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, n. 222, p. 271.

em decorrência da multiplicidade de vínculos que os une no seu curso, através dos quais se prepara e se exerce a função jurisdicional.”²¹

De modo bem similar, na arbitragem também existe uma série de atos (coordenados, complexos, dinâmicos), cujo objetivo é alcançar-se a sentença arbitral (que é título executivo judicial), havendo direitos, deveres, poderes e ônus de todos os envolvidos, que estão regulados em lei e no contrato. Portanto, as relações jurídicas existentes entre as partes e o árbitro, ao longo da arbitragem, podem sim ser consideradas equivalentes às relações jurídicas processuais existentes nos procedimentos judiciais estatais.²²

Contra essa conclusão, argumentar-se-ia que na relação jurídica processual nos procedimentos estatais existe a figura do juiz, agente público que exerce a jurisdição. Ora, apesar do árbitro não ser agente público, ele exerce sim atividade jurisdicional. Aliás, a constatação de que a arbitragem tem natureza jurisdicional é outra razão que leva à conclusão de que existe processo arbitral, e não mero procedimento arbitral.

Assim, os três argumentos acima citados (procedimento em contraditório, relação jurídica processual, e exercício da jurisdição) justificam plenamente a idéia de que existe sim processo arbitral.

Mas então porque o nome desta tese não é flexibilidade do processo arbitral?

São dois os motivos que me levaram a tratar da flexibilidade do procedimento, e não da flexibilidade do processo.

Primeiro, pois a maioria da doutrina entende que o processo é composto de dois elementos, procedimento e relação jurídica processual. Assim, se o tema fosse flexibilidade do processo arbitral, teria que abranger a flexibilidade tanto do procedimento quanto da relação jurídica processual. Pois bem, pelo menos em uma análise inicial, não há que se falar em flexibilidade da relação jurídica processual. O que existe, e é relevante, é a flexibilidade do procedimento.

Segundo, a própria Lei de Arbitragem brasileira usa a expressão “procedimento arbitral” tanto no nome do capítulo IV quanto em diversos dispositivos, quais sejam, no art. 21, *caput*, §§s 1º, 2º, 3º e 4º, no § 5º do art. 22, no *caput* do art. 25 e no inciso III do art. 38. Em nenhum dispositivo da Lei 9.307/96 se utiliza a expressão “processo arbitral”. Por isso,

²¹ *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, n. 10.3, p. 254.

²² Parcialmente contra, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 11-12, entende que a relação processual existente na arbitragem difere da relação processual existente nos processos estatais.

a doutrina utiliza, praticamente sem discussão, a expressão procedimento arbitral, ora adotada.²³

2.4) Instrumentalidade do processo, fungibilidade de meios, flexibilidade do procedimento.

A instrumentalidade do processo, apesar de não ser tema novo na literatura processual brasileira, continua sendo um dos grandes temas abordados pela doutrina, em especial de forma indireta. Isso porque grande quantidade de estudos – explicitamente ou implicitamente influenciados pela obra de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁴ – examinam outros temas processuais à luz da instrumentalidade do processo. Mais do que discutir a instrumentalidade em si mesma, o que têm ocorrido com grande frequência na doutrina é aplicar a visão instrumentalista em várias questões processuais. Fenômeno parecido ocorre em diversas decisões proferidas nos tribunais, que, de forma implícita ou explícita, aplicam idéias instrumentalistas.

Aliás, em certa medida, é possível afirmar que a teoria da instrumentalidade do processo gerou três filhos: (i) o estudo do direito processual à luz do direito material (ver item 2.2 supra); (ii) o princípio da fungibilidade,²⁵ também denominado fungibilidade de meios;²⁶ e (iii) a flexibilidade procedimental.

Sem querer aprofundar o tema, apesar de serem institutos “autônomos”, fungibilidade de meios e flexibilidade procedimental são, muitas vezes, faces de uma mesma moeda. É correto afirmar que quanto maiores as hipóteses de fungibilidade de meios, provavelmente maior será a flexibilidade procedimental; e, do mesmo modo, quanto maior for a flexibilidade procedimental, provavelmente existirá uma quantidade maior de

²³ O próprio CARLOS ALBERTO CARMONA, apesar de defender a idéia do processo arbitral, utiliza a expressão procedimento arbitral em diversas passagens da sua obra principal sobre o tema (*Arbitragem e processo*, cit.).

²⁴ *Instrumentalidade*, cit., que foi a tese que rendeu, em concurso realizado em 1986, a posição de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo ao Prof. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. A 1ª edição da obra é de 1987.

²⁵ Em sentido similar, RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA, *Tutela de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 9.1 ss, p. 276 ss, aponta que a fungibilidade é expressão da instrumentalidade.

²⁶ A expressão “fungibilidade de meios” é criticada por GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA, *Teoria*, cit., n. 6.1, p. 232-235. De forma contrária, SIDNEI AMENDOEIRA JR., *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12-13, afirma, com total razão, que “princípio da fungibilidade” e “fungibilidade de meios” são expressões fungíveis. Realmente, tanto faz a expressão usada, ambas significam a mesma coisa. Existe nesse ponto verdadeira “fungibilidade de nomenclaturas” ou “fungibilidade de terminologias”. Pessoalmente, acho mais interessante e adequada a expressão “fungibilidade de meios”. Mas, como dito, são expressões sinônimas, ambas corretas, podendo ser usada qualquer uma dessas expressões para identificar o mesmo fenômeno: a fungibilidade de meios, ou o princípio da fungibilidade.

hipóteses de aplicação da fungibilidade de meios. Aliás, várias das hipóteses de flexibilidade procedimental existentes no processo civil brasileiro, apontadas nos itens 3.4 e 3.5 infra, são estudadas em detalhes pela doutrina que examina a fungibilidade de meios.

Para os fins deste estudo, é necessário desde logo deixar clara a minha adesão à visão instrumentalista do processo, que, sendo instrumento destinado a resolver os conflitos e a propiciar a aplicação da lei no caso concreto,²⁷ deve auxiliar – e não atrapalhar – a jurisdição a atingir os seus verdadeiros escopos.²⁸ O processo não pode ser o campo do formalismo exacerbado e injustificado, não pode ser um instrumento para quem não tem razão conseguir vencer o litígio, não pode ser um instrumento que transforme em verdade algo que não ocorreu.

E essa visão instrumentalista – de enxergar o processo como instrumento e não como um fim em si mesmo – **deve ser integralmente aplicada na arbitragem**, em especial na criação, adaptação (modificação) e aplicação das regras procedimentais que regulam cada arbitragem específica. O alerta é importante, pois havendo grande liberdade na criação e, em certa medida, na adaptação (modificação) de regras procedimentais na arbitragem, essa liberdade deve estar a serviço da instrumentalidade do processo, ou melhor, deve ser exercida para que o procedimento criado em cada arbitragem seja um instrumento eficaz para levar à solução do litígio e para a aplicação da lei ao caso concreto.

²⁷ A frase é inspirada nas clássicas lições de: (a) FRANCESCO CARNELUTTI, *Istituzione del processo civile italiano*. Roma: 1956, v. 1, p. 6 ss, que defendia que o processo tem por objetivo a justa composição das lides; e (b) GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Meneguele. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1, p. 71, que explicava que o processo tem por objetivo a atuação da vontade da lei.

²⁸ Refiro-me aos escopos sociais, políticos e jurídico explicados por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instrumentalidade*, cit., n. 18 ss, p. 181 ss, e *Instituições*, cit., v. 1, n. 47 ss, p. 125 ss. . Sobre esses escopos, também ver: MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos de admissibilidade do recurso especial*. 2005. Dissertação de mestrado em direito processual civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, n. 2, p. 15-17; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, n. 3.1.2.1 ss, p. 93 ss.

3) FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO JUDICIAL.

3.1) Sistemas processuais rígidos e flexíveis. Primeiras observações.

Antes de examinar-se a questão da flexibilidade do procedimento arbitral, é interessante estudar rapidamente a questão da flexibilidade dos procedimentos judiciais (estatais) no sistema processual brasileiro.

Em aprofundado estudo sobre a “flexibilização procedimental”, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI²⁹ demonstra que, para substancial parte da doutrina brasileira, o processo civil brasileiro é rígido, em especial por ter fases definidas, etapas e prazos previamente estabelecidos, formas processuais definidas em lei, e pela existência de rigoroso sistema de preclusões. Outro ponto que costuma caracterizar um sistema como sendo rígido é ele ter regras inflexíveis relacionadas com a estabilização da demanda.³⁰

Tendo em vista esses elementos, vários autores afirmam que o processo civil brasileiro é rígido.³¹ Os motivos que, pelo menos em tese, justificariam a rigidez do sistema processual são explicados no item seguinte desta tese.

Contudo, não se pode afirmar, de forma peremptória – como se fosse uma verdade absoluta e incontestável – que o processo civil brasileiro é rígido. Dois são os motivos que justificam essa minha conclusão.

Primeiro, as reformas feitas no CPC desde o começo da década de 1990 introduziram regras no sistema que o tornaram menos rígido, ou seja, mais flexível. Algumas dessas regras são mencionadas no item 3.4 infra.

Segundo, a evolução da doutrina e jurisprudência, que têm tido, em muitos campos, posicionamento mais instrumentalista e menos formalista, de certa forma flexibilizando atos processuais, o que, em linha geral, também é apontado por FERNANDO DA FONSECA

²⁹ *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, n. 3.2-3.4, p. 77-84.

³⁰ JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 3.3, p. 107 ss, e *Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52 ss.

³¹ ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, n. 204, p. 321; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas no processo arbitral*. In: BERTASI-CORRÊA NETTO (Coord.), *Arbitragem*, cit., p. 56-57; ROQUE KOMATSU, *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 132; JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, *A causa petendi*, cit., n. 3.4, p. 125-126, e *Sistemas rígidos*, cit., n. 2.4.5, p. 77-78.

GAJARDONI.³² Existem autores, aliás, que expressamente afirmam que o juiz pode, sob certas condições e tendo em vista certos parâmetros, flexibilizar o procedimento.³³ Nos itens 3.5 infra são dados diversos exemplos de situações práticas em que existe flexibilidade procedimental no processo civil brasileiro.

Em suma, apesar do processo civil brasileiro ter diversos elementos que caracterizam um sistema como sendo rígido, ele também tem diversas outras regras – e/ou “interpretações” – que o flexibilizam. Esse ponto de partida é importante, pois será defendido, ao longo do restante desta tese, que o procedimento arbitral é ainda mais flexível. Ou seja, o sistema processual brasileiro é, cada vez mais, flexível, sendo que isso já é uma efetiva realidade no que se refere ao procedimento arbitral.

3.2) Argumentos em defesa da rigidez do procedimento.

A doutrina aponta alguns argumentos em defesa da rigidez procedimental e/ou que são diretamente relacionados com a rigidez procedimental.³⁴ Sem querer esgotar o tema, e nem fazer aprofundamento excessivo, os principais pontos que justificariam – que são relacionados com – a rigidez procedimental são os seguintes:

(i) As normas de direito processual são de direito público, e, via de regra, cogentes, havendo poucas regras que poderiam ser objeto de disposição.³⁵ Há quem afirme ainda que as regras de direito processual são, normalmente, de ordem pública.³⁶

(ii) Em função de serem regras cogentes, nem o magistrado nem as partes poderiam modificar o procedimento. Nesse sentido, afirma ARRUDA ALVIM: “É característica da norma processual civil o não ser possível afastar sua incidência nem às partes, nem ao juiz. Assim, está excluída a possibilidade de um processo convencional.”³⁷ Também é comum afirmar-se que as partes não podem escolher qual dos procedimentos

³² *Flexibilização*, cit., n. 3.5, p. 84-87.

³³ Ver, novamente, o estudo de FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 3.5 ss, p. 84 ss.

³⁴ A maioria dos argumentos adiante explicados são bem resumidos por FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 3.3-3.4, p. 80-84.

³⁵ J. J. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, n. 41, p. 68; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualizado por Sergio Bermudes. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. 1, p. 24-27.

³⁶ ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 1, n. 35, p. 103.

³⁷ *Manual*, cit., v. 1, n. 35, p. 103.

regulados em lei elas querem utilizar no caso concreto, pois devem seguir o procedimento previsto em lei para a sua situação específica.³⁸

(iii) Fixar-se previamente em lei as formas processuais, os procedimentos, o modo de realização dos atos processuais etc., dá segurança e previsibilidade ao sistema.³⁹

(iv) Não dar ao magistrado poderes para fixar as regras do procedimento tem como objetivo limitar e controlar o poder estatal, inclusive para proteger as partes contra eventual arbítrio judicial.⁴⁰

(v) A previsão da forma dos atos processuais seria, assim, uma garantia às partes.⁴¹

(vi) As formas processuais, exigidas a todas as partes, podem controlar e balancear as desigualdades entre as partes.⁴²

(vii) O art. 2º do Código de Processo Civil determina que: “*Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.*” Essa regra exigiria o respeito à forma legal.⁴³

(viii) Se o magistrado tivesse que construir o procedimento em cada caso concreto, isso daria muito trabalho ao juiz, e ele perderia tempo demais.⁴⁴

Devo salientar, contudo, que a maioria dos autores citados nas notas de rodapé anteriores não faz defesa apaixonada da rigidez procedimental, que tem como grande problema um forte sistema de nulidades. Pelo contrário, boa parte desses autores adota posturas e lições claramente instrumentalistas.

De outro lado, é de se notar que parte dos argumentos acima explicados relaciona-se com a necessidade de regulamentar ou limitar o poder dos juízes, que são agentes públicos. A rigidez do procedimento, a observância das formas legais, o primado do caminho escolhido em lei, seriam todos instrumentos que teriam, entre outros objetivos, o

³⁸ FLÁVIO LUIZ, YARSHELL, *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 182.

³⁹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 204, p. 321; J. J. CALMON DE PASSOS, *Comentários*, cit., v. 3, n. 6, p. 6; CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, n. 2.4, p. 7. E explicando esta questão da forma dar segurança ao processo, ver também: MARICÍ GIANNICO, *A prova no Código Civil – Natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005, n. 8, p. 47-55.

⁴⁰ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 204, p. 322; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, n. 13, p. 16; CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo*, cit., n. 2.4, p. 7; FLÁVIO LUIZ, YARSHELL, *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 170.

⁴¹ ROQUE KOMATSU, *Da invalidade*, cit., p. 133.

⁴² CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo*, cit., n. 2.4, p. 7-8.

⁴³ CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários*, cit., v. 1, n. 13, p. 16; ROQUE KOMATSU, *Da invalidade*, cit., p. 132. Mas tais autores também mencionam que essa regra deve ser balanceada, aplicada com temperamentos, para evitar o formalismo excessivo.

⁴⁴ CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários*, cit., v. 1, n. 13, p. 16; CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo*, cit., n. 2.4, p. 8.

de ser escudo contra o arbítrio do juiz. O juiz não foi escolhido pessoalmente pelas partes, ele é agente estatal, seu poder deve ser limitado, e, em tese, não poderia ter atribuições exercidas pelo poder legislativo.

Ocorre que na **arbitragem** essas razões perdem sua força. O árbitro não é agente público, e seu poder decorre do acordo de vontades das partes. Enquanto que a jurisdição do juiz estatal decorre exclusivamente do fato dele ter sido investido, de ser agente público, no caso do árbitro sua jurisdição decorre da vontade das partes.⁴⁵

3.3) Argumentos em defesa da flexibilidade do procedimento.

Inicialmente, é necessário realçar que vários dos autores citados no item anterior desta tese, apesar de apontarem as vantagens do respeito à forma, da rigidez procedimental, também destacam, de um lado, a necessidade de se evitar o formalismo excessivo e, de outro lado, que em muitas situações o importante é o ato processual atingir sua finalidade, e não verificar a forma pela forma. Apesar do estudo do **formalismo processual** não ser o objetivo desta obra,⁴⁶ a necessidade da forma é um dos argumentos a favor da rigidez procedimental, motivo pelo qual é oportuno fazer algumas observações sobre o tema.

Veja-se que a flexibilidade procedimental tem ligação direta com a moderna corrente doutrinária que prega a atenuação dos rigores formais do processo civil moderno. Aliás, para não haver dúvida da minha posição, quero externar de forma expressa a minha **integral adesão à moderna linha doutrinária que defende a mitigação, a atenuação, a**

⁴⁵ Sobre a jurisdição do árbitro, que vem das partes, ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, Arbitragem e jurisdição, cit., n. 5, p. 35; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, A tutela antecipada no processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, nº 4, jan./mar. 2005, p. 12, e A arbitragem como forma, cit., p. 172; DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 97.

⁴⁶ Sobre a forma dos atos processuais, inclusive sobre a sua ligação com a teoria das nulidades processuais, ver, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 30, p. 72-74, e n. 219 ss, p. 340 ss; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 2, n. 672 ss, p. 531 ss; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, ao longo de toda obra, mas em especial p. 43 ss, e p. 91 ss, e p. 414 ss, e *Direito e processo*, cit., n. 27, p. 92-93; CALMON DE PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo*, cit.; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 2.1 ss, p. 135 ss; ROQUE KOMATSU, *Da invalidade*, cit., em especial p. 132 ss; EDUARDO TALAMINI, Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 29, ago. 2005, p. 38 ss; SIDNEI AMENDOEIRA JR., *Fungibilidade*, cit., p. 16 ss; GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA, *Teoria*, cit., n. 2.1 ss, p. 30 ss; EDUARDO DE AVELAR LAMY, *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 3.1 ss, p. 37 ss; SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR, *Justiça*, cit., n. 1.1 ss, p. 3 ss; BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA, O formalismo do sistema recursal à luz da instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, n. 1 ss, p. 32 ss.

relativização do formalismo processual, ou melhor, o correto enquadramento dos objetivos e fins do formalismo processual.

Acredito que uma das mais importantes contribuições da moderna ciência processual é o **combate ao culto exacerbado da forma processual**. Trata-se de decorrência direta da postura instrumentalista que deve informar e influenciar o estudo do processo civil. A forma pela forma nada significa. A forma somente tem um sentido e uma necessidade quando ela tem a finalidade de trazer segurança (e previsibilidade) para a prática de um ato processual. Essas idéias são desenvolvidas com profundidade por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, que afirma que: “Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Ela tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam.”⁴⁷ E em outra passagem da mesma obra, defende, com inteira razão, que: “Como a forma não constitui valor em si mesma, o formalismo processual deve ser examinado à luz dos objetivos a serem alcançados. Assegurada a participação dos interessados na formação do convencimento do julgador – e, portanto, no resultado do processo –, o problema da forma acaba passando para segundo plano. É preciso reconhecer que muitas vezes o fim é alcançado embora não observada a forma destinada a garanti-lo.”⁴⁸ E JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE arremata: “o que importa é o fim, sendo a forma mero meio para atingi-lo”.⁴⁹

E tais idéias têm amplo amparo na lei brasileira.

Primeiro, em razão da expressa consagração legislativa do princípio da instrumentalidade das formas, presente no **art. 154, caput, do CPC**, que estabelece que: “*Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.*”

Segundo, em função de duas importantíssimas regras que disciplinam as nulidades no processo civil, quais sejam, **o art. 244 e o § 1º do art. 249, ambos do CPC**. O art. 244 prevê que “*Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*” Já o § 1º do art. 249 estabelece que “*O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.*” Conjugando essas duas regras, afirma DANIEL MITIDIERO que “não há razão para decretar-se qualquer invalidade processual sem a demonstração do não-

⁴⁷ *Efetividade*, cit., p. 45.

⁴⁸ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 46.

⁴⁹ *Efetividade*, cit., p. 46.

preenchimento da finalidade legal do ato processual e sem a demonstração de prejuízo atendível aos interesses das partes.”⁵⁰

Terceiro, também existem outras regras no CPC – como o *caput* do art. 249, a 2ª parte do art. 327, o § 4º no art. 515 e o parágrafo único do art. 560 – que permitem ao juiz sanear o procedimento, corrigir imperfeições, evitando a anulação completa do processo por defeito formal.

O desenvolvimento de todas as conseqüências dos dispositivos legais supra mencionados foge ao objetivo desta obra, mas é interessante apontar que, quando se evita a anulação de um processo inteiro, mediante a mera repetição de um único ato, o que ocorre é, em certa medida, atenuar a rigidez do sistema, aplicando-se, portanto, medida flexibilizadora. Assim, **quando a moderna doutrina processual defende a mitigação das formas, a atenuação das nulidades processuais, ela está automaticamente defendendo a flexibilidade procedimental** – mesmo quando não reconhece esse fato de forma expressa.

Mas também existem outros pontos a favor da flexibilidade procedimental.

Assim, aponta-se, com razão, que quando uma regra procedimental não tem mais razão para ser utilizada no sistema, **quando não tem mais utilidade**, ela não deve ser aplicada.⁵¹ Isso inclusive pode ser aplicado em determinado procedimento com base no princípio constitucional da celeridade (CF, art. 5º, LXXVIII).

De outro lado, não é correto afirmar que a mera previsão do procedimento em lei trará segurança para as partes. O que traz segurança para as partes é elas terem **ciência prévia de quais serão as regras procedimentais** aplicáveis naquele litígio, não importando se essas foram fixadas em lei ou se decorrem de estipulação pelo magistrado, ou ainda em função de tratativas entre as partes. Nesse sentido, aponta FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI que: “Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham. Ou seja, sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em contraditório, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já

⁵⁰ *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 151.

⁵¹ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 3.5, p. 84.

que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que se faz previsível.”⁵²

Flexibilidade procedimental, portanto, não é desordem. E nem é arbítrio, pois o magistrado tem limites – até mesmo de natureza constitucional – e suas decisões estão sujeitas a controle na esfera recursal.⁵³

E a flexibilidade da regra procedimental, da técnica de solução de conflitos, é poderoso instrumento que auxilia na necessária relação (instrumentalista) entre direito substancial e direito processual, na linha do explicado no item 2.2 supra. Aliás, aponta JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE que: “se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz.”⁵⁴ O mesmo autor defende a existência do “princípio da adaptabilidade do processo às necessidades da causa, também denominado princípio da elasticidade processual”, mediante o qual o procedimento seria “flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial.”⁵⁵

E diversos argumentos em defesa das formas, da rigidez procedimental, são, na verdade, extremamente relativos.

Por exemplo, o previsto no art. 2º do CPC é amplamente atenuado pelos arts. 154, 244, 249, § 1º, e outros antes mencionados, todos também do Código de Processo Civil. Na mesma linha de raciocínio, em função de tais dispositivos, existem muitas situações no processo nas quais não incide norma cogente, na qual as partes e/ou o magistrado têm possibilidade de flexibilizar o procedimento, de atenuar a forma.

Já em relação à alegação de que a forma seria garantia de igualdade, também pode acontecer – e na prática acontece bastante – do excesso de formalismo ser fator para reforçar a desigualdade das partes em conflito. Pense-se nos recursos excepcionais: quem será que consegue vencer com mais frequência os seus obstáculos formais, as partes que podem contratar advogados com larga experiência na interposição de tais recursos, ou as partes que têm que utilizar serviços de assistência judiciária gratuita, nos quais seu processo será um entre centenas. Deve ficar claro que esta observação não é uma crítica aos serviços de assistência judiciária (públicos e privados), que exercem relevante ofício de interesse público, muitas vezes sem os meios materiais e humanos necessários. A

⁵² *Flexibilização*, cit., n. 3.5, p. 85.

⁵³ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 3.5, p. 86-87, e ainda explicando o que considera serem requisitos para a realização da flexibilização, op cit., n. 3.6 ss, p. 87 ss.

⁵⁴ *Direito e processo*, cit., n. 15.3, p. 49.

⁵⁵ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, cit., n. 17, p. 51.

constatação é de ordem prática, em verificar que, independentemente do mérito e responsabilidade profissional de cada advogado, uma equipe de vários advogados integrantes de um grande escritório pode colocar muito mais tempo e energia na condução de um processo do que um advogado solitário, do serviço de assistência judiciária. E, neste contexto, cada exigência formal vai pesar muito mais no advogado solitário do que na grande equipe jurídica. A exigência formal transforma-se assim em fator que realça as desigualdades materiais.

Por fim, não é correto dizer que num sistema mais flexível o magistrado vai ter trabalho demais, ou que vai perder muito tempo, adaptando os procedimentos. Isso é fantasia. Veja-se que a flexibilidade procedimental, nos litígios submetidos ao Poder Judiciário estatal, não significa que em todo e qualquer processo serão (total ou parcialmente) modificadas as regras procedimentais previstas em lei. Flexibilidade procedimental não significa obrigar o magistrado a construir, em cada processo, um procedimento específico, diferente do legalmente previsto, ou diferente do que ocorreu em outros litígios. Flexibilidade procedimental é permitir que o magistrado e/ou as partes, observados alguns limites, possam modificar o procedimento previsto em lei, possam construir regras específicas para seu caso concreto. Isso ocorrerá em parte dos processos, naqueles em que o magistrado e/ou as partes verificar(em) que é interessante flexibilizar o procedimento. E muitas vezes o magistrado aplicará e/ou sugerirá fórmulas já utilizadas em outros litígios. Ou seja, ele não terá que ficar inventando regras em todos os casos.

3.4) Exemplos de dispositivos legais que flexibilizam procedimentos judiciais brasileiros: a flexibilidade estabelecida pelo legislador.

No processo cível brasileiro existem diversas regras que, de um modo ou outro, flexibilizam o rito procedimental, estabelecendo mais de um caminho que as partes e/ou o juiz podem seguir em determinado momento. Não existe nada de errado que tal possibilidade (de escolha de um entre vários caminhos) exista, pelo contrário, via de regra há mais de um caminho válido para alcançar-se a tutela jurisdicional, ou seja, existem várias “estradas” diferentes que podem ser seguidas pelas partes ou pelo magistrado em cada situação concreta. E isso ocorre tanto em virtude da existência de regra expressa flexibilizadora (o que se explica neste item), quanto em virtude do entendimento da doutrina e/ou da jurisprudência sobre determinada questão (esse segundo ponto é examinado no item seguinte desta tese).

São vários os exemplos de regras processuais que expressamente flexibilizam o processo civil brasileiro. Em outras palavras, que lhe dão certo caráter flexível. São situações em que o próprio legislador já previu, de forma direta (expressa) a possibilidade de que as regras procedimentais sejam estabelecidas ou adaptadas em função das peculiaridades de cada caso concreto. São vários os exemplos, abaixo examinados. E ainda existem situações em que a flexibilidade jurisprudencial é decorrente de construção jurisprudencial ou doutrinária, ou da praxe forense: exemplos desse tipo de flexibilidade procedimental são dados no item seguinte desta tese.

Assim, os exemplos mais patentes de dispositivos legais que, por opção legislativa (norma expressa), tornam os procedimentos judiciais brasileiros menos rígidos, mais flexíveis, são listados abaixo.

i) Conversão do rito comum sumário em ordinário. O § 5º do art. 277 do CPC⁵⁶ prevê que uma ação de rito comum sumário pode ser convertida em ação de rito comum ordinário quando o magistrado entender que a decisão do processo depende de prova técnica de maior complexidade. Esse requisito, para permitir a conversão de rito, é bastante subjetivo (o que é prova de maior complexidade?), sendo assim outra norma flexibilizadora, que permite ao magistrado modificar o rito em função do seu prudente arbítrio, quando considerar que a prova é complexa. Saliente-se também que, ainda em relação ao rito sumário, no item seguinte deste estudo é explicado um interessante entendimento flexibilizador da jurisprudência, sobre a ausência de nulidade quando é utilizado o rito errado.

ii) Citação postal ou por oficial de justiça. O art. 222 do CPC⁵⁷ prevê que a citação é realizada pelo correio, salvo seis exceções, listadas no mesmo dispositivo. A última das exceções é quando o autor requerer que a citação ocorra de outra forma. Ou seja, a rigidez da regra é flexibilizada pela possibilidade do autor pleitear a realização da citação de outra forma diferente.

iii) Antecipação de tutela. Os arts. 273 e 461, § 3º, do Código de Processo Civil, e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, são outros exemplos de regras que

⁵⁶ CPC: “Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se (...) § 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário. § 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade.” (Redação da Lei 9.245/95)

⁵⁷ CPC: “Art. 222. A citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do País, exceto: a) nas ações de estado; b) quando for ré pessoa incapaz; c) quando for ré pessoa de direito público; d) nos processos de execução; e) quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; f) quando o autor a requerer de outra forma.” (Redação da Lei 8.710/93)

flexibilizam o processo civil brasileiro. Sendo concedida a antecipação, aquele que a pleiteou é desde logo beneficiado, recebendo – pelo menos em parte – a tutela jurisdicional. Se essa for de natureza condenatória, tem o beneficiado a possibilidade de desde logo promover a execução da decisão (em caso de não ocorrer cumprimento espontâneo pela outra parte). Veja-se assim que existe clara variação do procedimento usual, ou seja, ainda não terminou a fase de conhecimento e já existe a possibilidade de realizar atos de execução, decorrentes da antecipação de tutela. E esse é inclusive um dos motivos que levam parte da doutrina a falar em processo sincrético.

iv) Fungibilidade das tutelas de urgência. Ainda em relação ao art. 273, um dos seus dispositivos mais importantes é o § 7º, que estabelece a chamada fungibilidade das tutelas de urgência.⁵⁸ Não existe – não deveria existir – rigidez neste tema, pois o que importa é que a parte precisa de proteção de urgência, e a classificação do seu pedido como antecipação de tutela ou medida cautelar é irrelevante, podendo o magistrado conceder a tutela de urgência mesmo quando considerar que a parte pediu como antecipação de tutela algo que o juiz considera ser matéria cautelar. Esse tema é tratado no item 19.2 infra, no qual são abordadas algumas controvérsias sobre o dispositivo em questão. Por ora, basta apontar que tal regra tem clara ligação com a flexibilização procedimental.⁵⁹

v) Audiência preliminar do art. 331 do CPC. Quando foi originalmente instituída no CPC, pela Lei 8.952/94, a audiência preliminar do art. 331 do CPC era obrigatória, salvo se a matéria em discussão fosse indisponível ou ocorresse julgamento antecipado da lide. Mas essa rigidez procedimental encontrou largos obstáculos na prática forense, motivo pelo qual a Lei 10.444/02 inseriu o § 3º no art. 331 do CPC,⁶⁰ permitindo que o juiz não marque a audiência preliminar quando as circunstâncias da causa o levem a entender que a conciliação é improvável ou quando o direito em discussão não admitir transação. Novamente foi fixado um critério bastante subjetivo, que deu liberdade para o magistrado usar ou não o instituto do art. 331 do CPC, o que, sem dúvida, é outra regra flexibilizadora do sistema processual brasileiro.

⁵⁸ CPC: “Art. 273. (...) § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Redação da Lei 10.444/02)

⁵⁹ O que foi, de certo modo, notado por LUCIANA NINI MANENTE, *A tutela antecipada no direito processual tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 82-83, ao afirmar que “deve haver uma flexibilização ante o procedimento cautelar (autônomo) e o procedimento da tutela antecipada (requerida nos autos do processo principal)”.

⁶⁰ CPC: “Art. 331. (...) § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.” (Redação da Lei 10.444/02)

vi) Poderes instrutórios do juiz e regras sobre a admissão das provas. Este é o único exemplo que não decorre das reformas feitas no Código de Processo Civil. Assim, no que se refere ao sistema probatório do processo civil brasileiro, é necessário apontar que suas regras não são tão rígidas como pode parecer à primeira vista. É verdade que existem regras que detalham as provas em espécie e disciplinam a forma de colheita das provas (com certa rigidez), mas o sistema é bastante flexível no que se refere à teoria geral da prova, em particular no que se refere tanto aos poderes instrutórios do magistrado quanto à admissão da prova. Essa flexibilidade começa com o art. 130 do CPC, que dá amplos poderes instrutórios ao juiz, e continua nas regras que regulam a admissão da prova. O magistrado pode ou não determinar a realização do interrogatório, bem como tem poder para deferir ou indeferir as outras provas que eventualmente podem ser requeridas pelas partes, e até mesmo determinar provas não requeridas. Não existe um único caminho previsto na legislação, mas uma multiplicidade de possibilidades. O sistema não tem regras que obrigam o juiz a determinar todas as provas requeridas pelos advogados; mas, em compensação, se a prova era necessária e foi indeferida pelo magistrado, o processo pode ser anulado por cerceamento de defesa. E existem pelo menos duas outras regras do CPC que flexibilizam o sistema probatório, as quais são explicadas abaixo.

vii) Perícia informal. O § 2º do art. 421 do CPC⁶¹ prevê a possibilidade do magistrado determinar a realização daquilo que parte da doutrina chama de perícia informal. Em vez do perito apresentar um laudo por escrito, o *expert* examina ou vistoria a coisa objeto da prova e expõe suas conclusões oralmente em audiência. Nos termos do § 2º do art. 421 do CPC, isso pode ocorrer “*quando a natureza do fato o permitir*”, o que é outro requisito subjetivo, que dá poder ao juiz para decidir qual é o melhor modo de realizar uma etapa do procedimento – realizando a perícia informal ou a perícia normal. Trata-se, portanto, de mais uma regra flexibilizadora no processo civil brasileiro, já que concede ao juiz poderes para alterar o procedimento usual (que é a perícia “normal”) toda vez que considerar isso mais oportuno.

viii) Dispensa da prova pericial em função das provas apresentadas pelas partes. O art. 427 do CPC⁶² permite que o magistrado não nomeie perito oficial quando as

⁶¹ CPC: “Art. 421. (...) § 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado.” (Redação da Lei 8.455/92)

⁶² CPC: “Art. 427. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.” (Redação da Lei 8.455/92)

partes tiverem apresentado pareceres técnicos ou outros documentos que elucidem suficientemente as questões de fato discutidas no processo. Trata-se de outra possibilidade de alteração do procedimento usual – a realização da perícia “normal” para elucidar questões de fato –, decorrente de dois fatores: de um lado, a apresentação de parecer técnico e/ou documentos pelo autor e pelo réu; de outro lado, a avaliação subjetiva do magistrado de que tais provas trazidas pelas partes já são suficientes. É assim outra regra flexibilizadora relacionada com a produção da prova pericial.

ix) Conversão do agravo de instrumento em agravo retido. O controvertido art. 527, II, do CPC,⁶³ autoriza que o relator determine a conversão do agravo de instrumento em agravo retido. Essa regra, junto com outros dispositivos, levou a doutrina a explicar que o que antes era a exceção (o agravo retido, por opção da parte), agora virou regra, sendo o agravo de instrumento a exceção. Esse é o plano do legislador, que fez diversas reformas legislativas alterando a feição desse tipo de recurso, sempre para tentar combater o excesso de agravos de instrumento nos tribunais. Independentemente das eventuais críticas a tais regras, o fato é que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido é regra que flexibiliza o procedimento recursal, pois permite ao magistrado escolher que sistemática pretende seguir: se quer julgar desde logo o recurso ou postergar o seu exame para quando for eventualmente julgada uma apelação (obviamente, se reiterado pela parte).

x) Julgamento monocrático de recurso pelo relator. Em decorrência de lenta e constante evolução legislativa, os relatores dos tribunais passaram a ter cada vez maiores poderes para julgar monocraticamente (singularmente) um recurso. Tais poderes estão condensados no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC,⁶⁴ que permitem tanto ao relator não conhecer um recurso (juízo de admissibilidade negativo), quanto conhecer um recurso para lhe negar ou dar provimento, quando o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. O julgamento colegiado no tribunal costumava – em passado agora um tanto distante – a ser o único modo de apreciar um recurso, sendo que esse

⁶³ CPC: “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;” (Redação do inciso II pela Lei 11.187/05)

⁶⁴ CPC: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” (Redação da Lei 9.756/98)

sistema foi flexibilizado com a instituição da possibilidade de realização do julgamento monocrático pelo relator no Tribunal, nos termos dos dispositivos antes citados.

xi) O recurso especial repetitivo, com julgamento por amostragem. O art. 543-C, e seus nove parágrafos, do CPC, incluído pela Lei 11.672/08, modificou a forma de processamento e de julgamento dos chamados recursos especiais repetitivos, que abrangem a mesma questão de direito. Em brevíssima síntese, um ou mais recursos sobre a mesma matéria são selecionados para serem julgados (os recursos “líderes”, ou “representativos”, ou “amostras”), e todos os outros recursos sobre o mesmo tema ficam aguardando (retidos em 2º grau ou mesmo no STJ) esse julgamento “por amostragem”.⁶⁵ Aplicado tal dispositivo, o processamento de um recurso especial seguirá caminhos completamente distintos daqueles trilhados pelos recursos não atingidos pelo art. 543-C do CPC: os recursos retidos não receberão exame de admissibilidade e ficam suspensos aguardando o julgamento do recurso líder; já os recursos líderes terão processamento diferenciado, com eventual manifestação de terceiros naqueles autos (§ 4º do art. 543-C) e julgamento realizado não pela Turma (órgão habitual), mas sim pela Seção ou pela Corte Especial do STJ (§ 6º do art. 543-C). Mais ainda, o § 7º, II, do art. 543-C, prevê que fixado o entendimento do STJ sobre tal tema (julgado o recurso líder), as eventuais decisões proferidas em sentido contrário pelos Tribunais de 2ª instância serão revistas por esses últimos órgãos, caso tenha sido interposto recurso especial, e esse fora sobrestado (retido) no Tribunal de 2ª instância. Portanto, esse dispositivo prevê um segundo julgamento do processo em segundo grau de jurisdição, algo que somente ocorre em tal tipo de situação. Em suma, o art. 543-C, e seus parágrafos, contém algumas das regras de maior variação

⁶⁵ A expressão “julgamento por amostragem” foi inicialmente proposta por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n° 27, jun. 2005, n. 4, p. 53), por ele inicialmente utilizada para descrever o então projeto de lei que posteriormente viria a se transformar na Lei 11.418/06, que introduziu os arts. 543-A e 543-B no CPC (que regulam a repercussão geral do recurso extraordinário). Assim, a expressão “julgamento por amostragem” vem sendo adotada por parte da doutrina para explicar o disciplinado no art. 543-C do CPC, que é claramente inspirada nos arts. 543-A e 543-B do CPC; ver, entre outros: LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, nota 1 ao art. 543-C, p. 571; EDUARDO TALAMINI, Julgamento de recursos no STJ “por amostragem”. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n° 14, abr. 2008, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo14/artigos/Eduardo>. Acesso em 3.7.08; JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, O julgamento de recursos especiais por amostragem: notas sobre o art. 543-C, do CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n° 65, ago. 2008, n. 3, p. 57 ss; EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA, Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n° 76, jul. 2009, n. 2 ss, p. 33; SAMIR JOSÉ CAETANO MARTINS, O julgamento de recursos especiais repetitivos (Lei 11.672/2008). *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n° 64, jul. 2008, n. 1, p. 115.

procedimental no CPC, prevendo diferentes tipos de caminhos procedimentais, dependendo de diversos fatores.

xii) Alteração do juízo competente para o cumprimento de sentença. O inciso II do art. 475-P do CPC prevê que o cumprimento de sentença deve ocorrer no juízo em que a causa foi processada em primeira instância. Mas, flexibilizando a rigidez de tal regra, o parágrafo único do art. 475-P do CPC⁶⁶ estabelece que o exequente pode optar em realizar o cumprimento de sentença no juízo onde estão os bens do executado ou onde esse reside, em vez de realizar tal fase no juízo que proferiu a sentença exequenda. Pelo texto da lei, trata-se de possibilidade de escolha que depende da parte exequente.

xiii) Dispensa de caução na execução provisória. O § 2º do art. 475-O do CPC⁶⁷ estabelece a possibilidade do magistrado deferir, em execução provisória, o levantamento de quantias e/ou a realização de atos que importem em alienação de propriedade ou que possam resultar grave dano ao executado, sem a prévia prestação de caução. A prestação de caução é assim a regra normal, mas existe a regra flexibilizadora, que é o citado § 2º do art. 475-O do CPC. E assim como diversos exemplos acima explicados, essa possibilidade é fortemente baseada em critério subjetivos, que dependem do prudente arbítrio do magistrado.

xiv) Execução de obrigação de fazer (ou de não fazer) e execução de obrigação de entrega de coisa. O art. 475-I do CPC prevê que o cumprimento de sentença que estabelece obrigação de fazer (ou não fazer) ou de entrega de coisa segue o previsto, respectivamente, nos arts. 461 e 461-A do CPC. Tais dispositivos não prevêm um único tipo de rito para a execução de fazer (ou não fazer) ou de entregar coisa. O que se prevê, no fundo, é que o magistrado pode usar diferentes técnicas para que seja alcançada a tutela específica da obrigação, desde a aplicação de multa diária até determinar medida com

⁶⁶ CPC: “Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: (...) II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição; (...) Parágrafo único. No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.” (Redação da Lei 11.232/05)

⁶⁷ CPC: “Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (...) III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. (...) § 2º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade; II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.” (Redação da Lei 11.232/05)

efeito equivalente ao da obrigação descumprida. Os arts. 461 e 461-A são assim regras bastante flexíveis, permitindo as mais variadas formas (técnicas) de execução da sentença.

xv) Visão geral do cumprimento de sentença e da execução de título extrajudicial. As reformas realizadas pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06 restaram por flexibilizar diversos aspectos da execução de título executivo extrajudicial e do (agora denominado) cumprimento de sentença. Por exemplo, a indicação de bens à penhora seguia regras rígidas, era prerrogativa do executado, e agora a lei estabelece que o credor pode (mas não é obrigado a) indicar bens à penhora; mas isso não impede o executado de também indicar bens à penhora. De outro lado, previa-se que era necessário primeiro tentar a realização da hasta pública, para somente se essa fosse negativa, permitir a adjudicação pelo exequente; agora cabe ao exequente decidir qual será a forma de expropriação do bem penhorado (arts. 647 e 685-A e seguintes do CPC). O atual rito do processo de execução é, assim, bem mais flexível do que era antes das reformas feitas pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06.

xvi) Consignação “extrajudicial”. A possibilidade do devedor efetuar o seu pagamento mediante a consignação “extrajudicial” prevista no § 1º do art. 890 do CPC⁶⁸ é outra interessante e inteligente regra flexibilizadora. Em algumas situações de direito material, o devedor pode escolher entre efetuar a consignação extrajudicial, ou ingressar diretamente com a ação de consignação em pagamento.⁶⁹ Nessas situações não existe um único caminho, mas dois caminhos possíveis, que o interessado pode escolher dependendo do que considerar mais adequado para resolver o seu problema.

xvii) Regras “flexibilizadoras” no inventário e no arrolamento. Os procedimentos de inventário e o arrolamento são disciplinados nos arts. 982 a 1045 do CPC. Entre essas regras existem algumas que expressamente prevêm que as partes podem, dependendo de algumas variáveis, escolher quais caminhos seguir. Assim, se não existe testamento, e se as partes são maiores e capazes, elas podem, se estiverem de comum acordo, optar por fazer o inventário extrajudicial, por escritura pública (art. 982 e parágrafos do CPC, na redação dada pelas Leis 11.441/07 e 11.965/09). E quando os

⁶⁸ CPC: “Art. 890. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida. § 1º Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.” (Parágrafo incluído pela Lei 8.951/94)

⁶⁹ Mencionando tratar-se de opção do devedor, e explicando em quais situações ele pode (e em quais não pode) escolher entre a consignação extrajudicial ou judicial, ver, entre outros: ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, n. 20, p. 50 ss.

herdeiros forem todos capazes e estiverem de acordo, eles também têm a opção de realizar o arrolamento em vez do inventário (art. 1031 do CPC e art. 2015 do CC). Já outra regra que, de certa forma, implica em flexibilização do procedimento, é a possibilidade das partes realizarem a sobrepartilha de bens que não constaram previamente no inventário ou arrolamento (art. 1040 do CPC), o que na prática permite aos herdeiros realizar a sucessão em etapas.⁷⁰ Saliente-se também que no item seguinte deste estudo são mencionadas praxes forenses, lições doutrinárias, e decisões jurisprudenciais, que também flexibilizam o procedimento de inventário e de arrolamento, e que não são decorrentes de texto expresso da lei.

3.5) Exemplos de flexibilidade de procedimentos judiciais brasileiros que não advém de lei expressa, mas sim de construção doutrinária ou jurisprudencial, ou ainda da praxe forense: a flexibilidade decorrente de adaptação do procedimento pelo operador.

No sistema processual civil brasileiro existem várias regras que expressamente flexibilizam os ritos procedimentais, tendo assim sido dado alguns exemplos no item anterior deste estudo.

Ocorre que também existem outros exemplos diferentes de situações em que há flexibilidade em procedimentos judiciais no Brasil, os quais não são decorrentes de regras expressas, mas de construção doutrinária ou jurisprudencial. Ou que são decorrentes da praxe forense. São situações em que o legislador não previu, de forma clara e expressa, a existência de flexibilidade procedimental. Mas a doutrina e/ou a jurisprudência, ou ainda a praxe forense, restaram por consagrar soluções, ou por fixar posicionamentos, cujo resultado é ampliar a flexibilidade procedimental no sistema brasileiro.

Novamente sem querer esgotar o tema, podem ser apontados os seguintes exemplos:

i) Mitigação das nulidades absolutas. De forma condensada, a doutrina tradicional classifica as nulidades em relativas (que dependem de argüição da parte e podem ser sanadas), e absolutas (que podem ser verificadas de ofício pelo juiz e não poderiam ser sanadas). Contudo, existem autores que – na linha do explicado no item 3.3

⁷⁰ Todavia, os herdeiros podem eventualmente ter que pagar multas pelo atraso no recolhimento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* referente aos bens objeto da sobrepartilha, o que inclusive dependerá do previsto na legislação estadual aplicável.

desta tese – entendem que toda e qualquer nulidade, mesmo as chamadas absolutas, somente podem levar à decretação de nulidade se constatado o prejuízo de uma das partes. Assim, se o ato, apesar de formalmente imperfeito, atingiu o seu objetivo e não causou prejuízo a uma das partes, ele não deve ser anulado, mesmo quando tratar-se das chamadas nulidades absolutas. O tema, contudo, inspira grande controvérsia na jurisprudência, existindo tanto decisões que afirmam que a decretação da nulidade absoluta independe da demonstração de prejuízo de uma das partes, quanto decisões nas quais se afirma que somente com a demonstração do prejuízo é que a nulidade absoluta deve ser declarada.⁷¹

ii) Possibilidade de ajuizar ação monitória ou ação de rito comum. No sistema processual civil brasileiro existem pelo menos dois ritos processuais “optativos”, ou seja, que somente são usados se o autor assim quiser. Essa facultatividade não está expressa na lei, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial. O primeiro exemplo é a ação monitória, dos arts. 1.102-A a 1.102-C do CPC, pois quem é detentor de documento que constitua “*prova escrita sem eficácia de título executivo*” não é obrigado a utilizar tal tipo de ação, ele pode ingressar com ação de rito comum, ordinário ou sumário, ou mesmo com ação de rito especial, se for hipótese em que também se preveja a sua utilização.

iii) Possibilidade de utilização do rito do Juizado Especial Cível ou de ingressar com demanda pelo rito comum sumário. A facultatividade de utilização do rito sumaríssimo das pequenas causas estava expressa no art. 1º da Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (7.244/84). A Lei 9.099/95 revogou a lei anterior, mas não repetiu, de forma expressa, a afirmação de que a utilização do seu rito sumaríssimo seria uma opção do autor. Isso gerou certa controvérsia no começo da aplicação da Lei 9.099/95. Hoje, a interpretação pacífica é que se trata sim de rito facultativo, por opção do autor (nas hipóteses em que ele é cabível), ou seja, o autor pode optar entre ingressar com a demanda no JEC ou, se preferir, utilizar o rito comum sumário do CPC.⁷²

⁷¹ Ver a jurisprudência citada, entre outros, por: THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOVÊA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Colaboração de Luis Guilherme Aida Bondioli. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, notas aos arts. 243 a 250 do CPC, p. 369-374.

⁷² Neste sentido, na doutrina, entre outros: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 235, p. 477, e *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 3, n. 1244, p. 697-698, e n. 1302, p. 772-773; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Do rito sumário na reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996, n. 13, p. 23; VICENTE GRECO FILHO, *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3; FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 185; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., notas 11 a 13 ao art. 275 do CPC, p. 537-538, e nota 2 ao art. 3º da Lei 9.099/95, p. 1469; SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218; FÁTIMA NANCY ANDRIGHI e SIDNEI BENETI, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 20-23; ARAKEN DE ASSIS, *Procedimento sumário*. São Paulo: Malheiros, 1996, n. 12, p. 35-37; GILSON DELGADO MIRANDA, *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, n. 9.2.2, p. 230-234 (com farta indicação bibliográfica na nota 44, e jurisprudencial na p.

Ressalve-se, contudo, que quando a demanda for contra ente público federal, e já exista, na Comarca, Juizado Especial Federal instalado, o § 3º do art. 3º da Lei 10.259/01 estabelece que a competência do Juizado é absoluta.⁷³ Essa mesma regra de competência absoluta foi repetida no § 4º do art. 2º da recém editada Lei 12.153, de 22.12.09, que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública no Âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.⁷⁴ Assim, nessas duas situações, o autor não tem a opção de escolha, ele só pode ingressar no Juizado Especial (Federal ou da Fazenda Pública), caso, obviamente, sua causa se encaixe nas regras de competência de tais órgãos.

iv) Inexistência de nulidade pela escolha de rito sumário ou ordinário “errado”. A doutrina tradicionalmente ensina que as partes não podem escolher se preferem que seu caso siga o rito comum ordinário ou o rito comum sumário.⁷⁵ De forma resumida, a maioria dos autores afirma que: quando uma causa se enquadra nas hipóteses do art. 275 do CPC, então ela deve obrigatoriamente seguir o rito comum sumário; se a demanda não se enquadra nas hipóteses do art. 275 do CPC, ela não pode seguir o rito comum sumário; a conversão do rito somente pode ser determinada pelo juiz quando presentes as condições previstas nos §§s 4º e 5º do art. 277 do CPC, examinado no item anterior desta tese.

Ocorre que essas lições – geralmente peremptórias – da doutrina são desmentidas pela jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, que já proferiu diversos acórdãos afirmando que, quando não se constata qualquer prejuízo ao contraditório ou ao exercício do direito de defesa, então não existe nulidade em adotar-se: (i) o procedimento ordinário no lugar do sumário (esse previsto em lei);⁷⁶ (ii) o procedimento sumário no

234); JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA, *Lei dos Juizados Especiais Cíveis anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11-14. A respeito da jurisprudência, também ver: T. NEGRÃO e J. R. F. GOUVÊA, *Código de Processo*, cit., nota 1b ao art. 3º da Lei 9.009/95, p. 1667.

⁷³ Lei 10.259/01: “Art. 3º. (...) § 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.”

⁷⁴ Lei 12.153/09: “Art. 2º. (...) § 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.”

⁷⁵ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 3, n. 1254, p. 705-707; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 119-120. Contra, admitindo certa flexibilidade na prática: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Do rito sumário*, cit., n. 6, p. 15-16; ARAKEN DE ASSIS, *Procedimento sumário*, cit., n. 13, p. 37-39.

⁷⁶ “É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em obediência ao Princípio da Instrumentalidade das Formas, não há nulidade na adoção do rito ordinário em vez do sumário, salvo demonstração inequívoca de prejuízo à parte, o que não ocorreu na hipótese. Precedentes.” (REsp 650.997-RJ, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 3.4.07, DJU 7.5.07, p. 355). No mesmo sentido, no STJ: REsp 2.834-SP, 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 26.6.90, DJU 27.8.90, p. 8322; REsp 63.152-RJ, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 22.6.95, DJU 11.9.95, p. 28827; REsp 124.560-MG, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 18.5.00, DJU 21.8.00, p. 137; REsp 262.669-CE, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.9.00,

lugar do ordinário (esse o estabelecido em lei).⁷⁷ Todavia, em outros tribunais podem ser encontradas decisões em sentido contrário, considerando haver nulidade quando é feita a escolha do rito errado.⁷⁸ Veja-se que a questão envolve aspecto da flexibilidade do processo judicial brasileiro, isto é, se a parte pode “escolher” utilizar outro rito que não o previsto na lei. A resposta padrão da doutrina é que o litigante não teria liberdade de escolha; mas, na prática, a jurisprudência permite essa escolha, por não anular processos em que a escolha de rito foi errada, salvo se comprovado prejuízo para uma das partes. Tal discussão tem outra variante, explicada abaixo, que envolve o processo de execução.

v) Utilização do processo de conhecimento mesmo quando o autor possui título executivo, que lhe permitiria ingressar desde logo com a execução. Nesse tipo de situação, existe forte entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o autor do processo de conhecimento seria carecedor da ação, por falta de interesse em agir, já que o processo de conhecimento terá por finalidade lhe conferir um título executivo, que ele já possui.

Ocorre que outra parte da doutrina e da jurisprudência entende que um título executivo judicial é sempre mais forte do que um título executivo extrajudicial. Mais ainda, o autor pode entender que o seu título executivo extrajudicial possui algum defeito, que poderá trazer problemas na execução. E como no processo de conhecimento o autor pode pleitear a antecipação de tutela, ele talvez imagine que possa conseguir resultados mais interessantes no processo de conhecimento, principalmente quando esse tiver por objetivo obter-se sentença que estabeleça obrigação de fazer. Aliás, outro exemplo de hipótese em que há sim interesse processual em ingressar-se com processo de conhecimento, apesar do autor já possuir o título executivo extrajudicial, seria situação em que o título extrajudicial estabelece obrigação de pagar quantia certa, e o autor ingressa em juízo pleiteando que, com base na mesma situação documentada no título, seja o réu condenado a uma obrigação de fazer ou não fazer. Por traz dessa discussão também existe

DJU 16.10.00, p. 317; REsp 844.357-SP, 1ª T., m. v., rel. Min. Francisco Falcão, j. 26.9.06, *DJU* 9.11.06, p. 267.

⁷⁷ “No moderno direito processual pátrio, a teoria das nulidades orienta-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, não se decretando a nulidade sem que tenha havido prejuízo para a parte, pelo que não se justifica a declaração de nulidade do processo em razão da adoção do rito sumário em lugar do ordinário na hipótese em que não se demonstrou a existência de qualquer prejuízo às partes e em que houve a dilação da instrução probatória de modo a propiciar a ampla defesa.” (REsp 268.696-MT, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3.4.01, *DJU* 7.5.01, p. 139). No mesmo sentido, no STJ: REsp 35.895-SP, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.6.01, *DJU* 29.10.01, p. 207; REsp 77.329-SP, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 18.2.97, *DJU* 7.4.97, p. 11115; REsp 489.796-RN, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18.5.06, *DJU* 14.8.06, p. 266; REsp 640.860-RJ, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18.8.05, *DJU* 5.9.05, p. 420.

⁷⁸ Ver, por exemplo, acórdãos citados por T. NEGRÃO e J. R. F. GOUVÊA, *Código de Processo*, cit., notas 5 e 6 ao art. 250 do CPC, p. 373-374.

o aspecto da flexibilidade do procedimento, isto é, pode a parte escolher entre ingressar com processo de conhecimento ou com processo de execução? Como dito, o tema é controvertido, existindo acórdãos nos dois sentidos.⁷⁹

vi) Realização da audiência de tentativa de conciliação como primeiro ato do procedimento, antes de começar a correr o prazo para apresentação de defesa. Existem magistrados que entendem ser oportuno realizar tentativa de conciliação antes mesmo das partes apresentarem sua defesa. Assim, nessas situações, ao despachar uma petição inicial, em vez de ordenar a realização da citação “tradicional” (que dá prazo para o réu defender-se), o magistrado ordena que o demandado seja intimado a comparecer em uma audiência de tentativa de conciliação (em dia e hora determinados), sendo alertado que, não sendo feito o acordo, ou faltando o demandado, será considerada realizada a citação na data da audiência. Essa sistemática não está prevista no CPC, tendo surgido na praxe forense para estimular a tentativa de conciliação. É assim um exemplo prático de flexibilização da regra procedimental na praxe forense.

vii) Certa mitigação, nos Tribunais, da necessária correlação entre pedido e sentença: sentença líquida quando o pedido é ilíquido. O art. 286 do CPC autoriza o autor, em certas circunstâncias, a fazer pedido ilíquido. Quando isso acontece, se a sentença julgar a demanda procedente, acolhendo o pedido ilíquido feito na inicial, então, posteriormente, deverá ser feita a fase de liquidação de sentença prevista no art. 475-A e seguintes do CPC.

Ocorre que existem várias decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo quando o pedido é ilíquido, o magistrado pode proferir sentença líquida quando tiver elementos suficientes nos autos,⁸⁰ por exemplo decorrentes de uma perícia, ou de documentos trazidos pelas partes. Ora, nesse tipo de situação também existe flexibilização procedimental, pois a sentença líquida torna desnecessária a fase de liquidação de sentença, que, originalmente, deveria acontecer naquele caso. Mais ainda, como o pedido era ilíquido, o magistrado não deveria (pelo menos em tese) permitir a produção de provas que fossem exclusivamente ligadas ao valor da condenação, pois o

⁷⁹ Ver T. NEGRÃO e J. R. F. GOUVÊA, *Código de Processo*, cit., nota 7 ao art. 250 do CPC, p. 374.

⁸⁰ **STJ**: REsp 139.255-GO, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. 12.3.98, *RT* 755/226; REsp 285.630-SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.10.01, *DJU* 4.2.02, p. 377; REsp 423.120-RS, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 5.9.02, *DJU* 21.10.02, p. 370; REsp 399.024-RS, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.11.02, *DJU* 24.2.03, p. 223; REsp 647.448-RJ, 4ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 2.8.05, *DJU* 29.8.05, p. 355; REsp 216.718-SP, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 6.6.06, *DJU* 28.8.06, p. 292; REsp 401.704-PR, 4ª T., rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Convocado do TJ AP), j. 25.8.09, *RDDP* 80/177. **Contra**: REsp 27.284-PR, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 9.2.93, *DJU* 15.3.93, p. 3817; REsp 51.550-PR, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 8.8.94, *DJU* 12.9.94, p. 23764.

autor pleiteou que essa fosse fixada somente em liquidação de sentença. Mas a corrente jurisprudencial ora citada, ao considerar válidas sentenças líquidas apesar dos pedidos terem sido ilíquidos, resta por implicitamente permitir a alteração do procedimento pelo magistrado, possibilitando que ele também investigue os fatos e provas relacionados com o valor da indenização, e permitindo que ele deixe de realizar a fase de liquidação de sentença. E tudo isso em prol da celeridade e da economia processual. Esse é um típico exemplo da boa aplicação de uma técnica flexibilizadora, para evitar a realização de atos processuais inúteis – no caso, a desnecessária liquidação de sentença, quando já haviam nos autos elementos suficientes para a fixação do valor da indenização.

viii) Outra certa mitigação, nos Tribunais, da necessária correlação entre pedido e sentença: sentença ilíquida quando o pedido é líquido. Essa é a situação inversa da acima mencionada. Agora o autor fez pedido certo, líquido, mas a sentença proferida é ilíquida, determinando a apuração da indenização na fase de liquidação de sentença, apesar do parágrafo único do art. 459 do CPC estabelecer que “*Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.*” Sem querer discutir se tal dispositivo admite exceções, ou se o magistrado agiu corretamente ao proferir sentença ilíquida – o que vai depender das especificidades do caso concreto, e não da letra fria da norma processual –, é oportuno verificar que a fase de liquidação de sentença, originalmente não prevista (pois o pedido era líquido), passou a ser necessária no caso concreto. Existiu assim mudança do caminho procedimental previsto naquele processo. Outro aspecto de alteração do procedimento em tal caso foi a não produção, na fase de conhecimento, da prova sobre o valor da indenização, tendo o magistrado deixado esse ato processual para ser realizado na fase de liquidação de sentença.

Essas sentenças ilíquidas (apesar do pedido ser líquido), que constituem assim certa flexibilização procedimental, são consideradas válidas na jurisprudência? Veja-se que, sobre o tema, o STJ editou a interessante **Súmula 318**, que em vez de resolver o problema de forma direta (não diz se a sentença ilíquida é sempre válida ou sempre inválida), o aborda de forma indireta, ao prever que: “Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em argüir o vício da sentença ilíquida.” Assim, para o STJ, se o autor (que fez o pedido certo, líquido) não recorreu, não existe qualquer irregularidade em ter sido proferida sentença ilíquida. E o STJ também já proferiu acórdãos mitigando a exigência da sentença líquida (apesar do pedido ter sido líquido), em variadas situações

específicas.⁸¹ Em todas essas hipóteses (da Súmula 318 e nas outras situações), o STJ restou por mitigar, atenuar a exigência do acima transcrito parágrafo único do art. 459 do CPC, permitindo assim que o procedimento fosse realizado de forma diversa, diferente do que seria se tal regra fosse estritamente observada (aplicada) no caso concreto.

ix) Sentença parcial. Outro exemplo de flexibilidade do procedimento – cuja possibilidade no direito brasileiro é defendida por expressiva doutrina – é a chamada sentença parcial. Esse tema é tratado com mais profundidade no item 20.1 infra, com menção da doutrina favorável e contrária à possibilidade de ser proferida sentença parcial no processo civil brasileiro. Por ora, basta lembrar esse exemplo de flexibilização do procedimento.

x) Praxes forenses nas ações cautelares antecedentes (preparatórias). Em tese, o CPC estabelece a autonomia da ação cautelar, que não deveria se confundir com o processo principal. Na prática, contudo, algumas praxes forenses não seguem de forma rígida o que está previsto na lei. Dois exemplos podem ser dados, ambos controvertidos. Primeiro, a não determinação da realização da citação no processo cautelar, ou a determinação de que tal citação seja feita junto com a citação para o processo principal. Segundo, proferir-se sentença conjunta, em que são julgados simultaneamente a ação cautelar e o processo principal. Foge aos limites deste estudo examinar se tais praxes são corretas ou erradas. Mas elas acontecem na prática, e são exemplos de flexibilização (adaptação) de regras procedimentais expressamente previstas em lei.

xi) Praxe forense e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre aspectos do procedimento no inventário e no arrolamento. O inventário e o arrolamento são disciplinados nos arts. 982 a 1045 do CPC. No item anterior desta tese apontou-se que existem dispositivos legais, que regulam o inventário ou o arrolamento, que são claramente flexibilizadores. Neste momento, o objetivo é examinar outros aspectos práticos da flexibilidade de tais procedimentos, decorrentes não de regra legal expressa, mas da praxe forense, das lições doutrinárias, das decisões dos tribunais estatais. Assim, uma primeira observação a ser feita é que o “procedimento” previsto em tais dispositivos nem sempre é respeitado na praxe forense, principalmente (mas não exclusivamente) quando não existe testamento e todas as partes são maiores e capazes. Por exemplo, não existe qualquer nulidade em apurar e pagar as custas processuais e o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* antes de fazer as citações; o inventariante pode preferir proceder de tal modo para

⁸¹ Ver, por exemplo, acórdãos citados por T. NEGRÃO e J. R. F. GOUVÊA, *Código de Processo*, cit., notas 11 a 13 ao art. 459 do CPC, p. 565.

evitar incidir em qualquer multa (pelo atraso no pagamento do imposto) ou para evitar aumento de imposto;⁸² claro que, se em razão de posteriores impugnações ou colações, forem incluídos mais bens nas primeiras declarações, o eventual imposto “complementar”, decorrente desses “novos” bens, também deverá ser apurado e quitado. Outro exemplo é a não realização da avaliação dos bens, que apesar de prevista no art. 1003 do CPC, não costuma ocorrer (pelo menos no Estado de São Paulo) salvo quando há pedido das partes. E ainda outro exemplo é pedir-se alvarás para vender os bens do espólio, e assim não fazer qualquer partilha. E mudando o enfoque, também deve ser mencionada a interpretação que se dá à ordem de inventariança prevista no art. 990 do CPC, pois doutrina e jurisprudência⁸³ entendem que a ordem prevista em tal dispositivo não é rígida, devendo o magistrado aferir, caso a caso, quem melhor pode desempenhar o papel de inventariante.

⁸² No Estado de São Paulo, por exemplo, o ITCMD é fixado em UFESPs, que tem correção anual, sempre em 1º de janeiro de cada ano. Por isso, o inventariante pode preferir pagar o ITCMD antes da virada do ano, para evitar a sua majoração.

⁸³ Ver, por exemplo, acórdãos citados por T. NEGRÃO e J. R. F. GOUVÊA, *Código de Processo*, cit., notas ao art. 990 do CPC, p. 1081-1082.

4) ARBITRAGEM: ALGUNS ASPECTOS GERAIS.

Não é objetivo desta tese examinar todas as questões relacionadas com a arbitragem. Assim, neste capítulo somente são fixados alguns conceitos gerais, que serão mencionados em outras partes deste estudo. São questões que acabam influenciando – ou ajudando a solucionar – diversos pontos tratados ao longo deste trabalho. São conceitos ou regras que devem ser examinados neste capítulo, ainda em caráter “introdutório”, pois eles serão depois utilizados quando forem tratados os diversos aspectos da criação e da adaptação das regras procedimentais arbitrais.

4.1) Liberdade e autonomia da vontade.

Aponta a doutrina, em peso, que o princípio da autonomia da vontade é um dos fundamentos da arbitragem.⁸⁴ Em termos extremamente sintéticos, arbitragem é liberdade, arbitragem é autonomia da vontade. A doutrina estrangeira segue a mesma linha de raciocínio, valorizando o papel da autonomia da vontade na arbitragem, em especial na arbitragem internacional.⁸⁵

⁸⁴ Sobre autonomia da vontade e arbitragem, além dos autores citados nas notas seguintes: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 15 e p. 64-65, e O processo arbitral, cit., n. 3, p. 22-23; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Arbitragem e processo judicial*. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, set. 2006, nº 87, p. 63; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, La nuova legge brasiliana sull'arbitrato. *Temas de direito processual – Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, n. 8, p. 278; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 11 ao art. 1º da Lei 9.307/96, p. 1393; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 30.4, p. 590; GUSTAVO TEPEDINO et al., *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 681; SELMA FERREIRA LEMES, Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, n. 2, p. 78-81; PEDRO A. BATISTA MARTINS, Aspectos atinentes às disposições gerais. In: CARMONA-LEMES-MARTINS, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 6, p. 167-169; CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era*, cit., n. 1.1, p. 5 ss; RAFAEL FRANCISCO ALVES, O devido, cit., n. 2.1, p. 387-388; ANTONIO DE PÁDUA SOUBHIE NOGUEIRA, Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (Lei nº 9.307/96): breve análise de pontos controvertidos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 99, nº 365, jan./fev. 2003, n. 2 ss, p. 348 ss; ULDERICO PIRES DOS SANTOS, Arbitragem – Ligeiras observações sobre alguns aspectos que estão gerando polêmica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 88, nº 769, nov. 1999, n. 3, p. 71; CARLA FERNANDA DE MARCO, *Arbitragem internacional*, cit., p. 34 ss; LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, O uso da medida cautelar no procedimento arbitral. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 1-2, p. 140-143; ELIO FAZZALARI, *Istituzione di diritto*, cit., p. 476-477.

⁸⁵ PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, e BERTHOLD GOLDMAN, *International commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 1999, n. 46 ss, p. 31 ss, e ainda em várias passagens da obra, em que a autonomia da vontade é utilizada como instrumento para a resolução das diversas questões.

Mas essas afirmações peremptórias, como quase toda declaração categórica e absoluta, é forte por um lado, e fraca de outro lado. Em diversos momentos desta tese será demonstrado que a autonomia da vontade tem limites mesmo na arbitragem. O enfoque deste estudo é a flexibilidade do procedimento arbitral, que, como será demonstrado, não é absoluta, não significa que tudo pode ser feito, pois mesmo existindo a vontade convergente das partes, existem limites que devem ser respeitados.

Assim, apesar de existirem limitações à autonomia da vontade, ela é um dos elementos mais utilizados para se solucionar algumas das questões discutidas nesta tese. Em diversos momentos deste estudo serão apontadas situações nas quais existirá flexibilidade do procedimento arbitral em razão da autonomia da vontade.

E isso ocorre pois a flexibilidade do procedimento arbitral é questão diretamente ligada ao princípio da autonomia da vontade. Bem aponta ADRIANA NOEMI PUCCI que “*Como rege nesta matéria o princípio da autonomia da vontade, se as partes podem afastar a via judicial para conhecer das suas pendências, lógico é que elas possam escolher qual será o procedimento a seguir.*”⁸⁶ E sobre o tema, JOÃO BOSCO LEE afirma que “*a autonomia da vontade das partes está consagrada como o principal critério determinante das regras aplicáveis ao procedimento arbitral.*”⁸⁷ Outros autores fazem observações similares, apontando que o procedimento arbitral é fixado com base na autonomia da vontade.⁸⁸

Assim, conforme adiantado, ao longo desta tese serão abordadas várias questões direta ou indiretamente ligadas à autonomia da vontade.

Informa-se, contudo, que, em algumas cidades nos EUA existem regras de utilização compulsória da arbitragem.⁸⁹ Não é esse o sistema brasileiro, que como apontado, é baseado na autonomia da vontade.

⁸⁶ *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*. São Paulo: Ltr, 1997, n. 5.1, p. 148.

⁸⁷ *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 146.

⁸⁸ ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, Arbitragem. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 87, n° 753, jul. 1998, n. 8, p. 19; RAFAEL FRANCISCO ALVES, O devido, cit., n. 2.1, p. 390.

⁸⁹ Sobre o tema, ver: ALAN SCOUT RAU, EDWARD F. SHERMAN e SCOTT R. PEPPET, *Arbitration*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2002, p. 281 ss; STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E. A. SANDER, e NANCY H. ROGERS, *Dispute resolution: Negotiation, mediation, and other processes*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1999, p. 372-373; HENRY J. ABRAHAM, *The judicial process*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998, p. 155-156, nota 15; CARRIE MENKEL-MEADOW, Alternative dispute resolution. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion to american law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002, p. 18; ROGER E. HARTLEY, Arbitration and mediation. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion*, cit., p. 34-35.

4.2) As três fases da arbitragem.

A doutrina aponta, com razão, que podem ser bem identificadas três fases – ou três momentos, três etapas etc. – na arbitragem. E para melhor entender como funciona a arbitragem, é indispensável saber, de forma clara, quais são estas três fases.⁹⁰

No sistema brasileiro, a chave para visualizar as três fases da arbitragem é o art. 19 da Lei 9.307/96, que estabelece que “*Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.*” É nesse momento que a arbitragem, como método de solução de controvérsias, efetivamente se inicia, passa a ter andamento, até ser proferida a sentença arbitral.

Assim, as chamadas três fases da arbitragem são:

(i) A **fase pré-arbitral**, que se inicia com as negociações para assinar uma convenção de arbitragem, passa pela assinatura da convenção arbitral, e “encerra-se” com a instituição da arbitragem, nos termos do art. 19 da Lei 9.307/96.

(ii) A **fase arbitral propriamente dita** inicia-se com a instituição da arbitragem (nos termos do art. 19 da lei 9.307/96), e termina quando o árbitro profere a sentença arbitral, ou profere o aditamento à sentença arbitral (em razão de uma das partes ter apresentado o pedido de esclarecimentos do art. 30 da Lei de Arbitragem).

(iii) E a **fase pós-arbitral** envolve tudo que ocorrer – em decorrência da arbitragem – após ser proferida a sentença arbitral ou seu aditamento, abrangendo assim eventual execução da sentença arbitral e/ou a ação de anulação da sentença arbitral.

Apesar do nome desta tese ser flexibilidade do procedimento arbitral, serão examinadas questões relacionadas basicamente com as duas primeiras fases da arbitragem, e não somente com o que ocorre na fase arbitral propriamente dita.

Veja-se que muitas das regras procedimentais aplicadas na arbitragem – ou melhor, nas duas primeiras fases da arbitragem – são escolhidas pelas partes na fase pré-arbitral, ao assinar a convenção arbitral, ou outro documento, antes de ser instituída a arbitragem. E mesmo quando as partes não escolhem, elas mesmas, todas as regras procedimentais na

⁹⁰ As três fases da arbitragem são explicadas, entre outros, por: CARLOS ALBERTO CARMONA, O processo arbitral, cit., n. 2, p. 22; PEDRO A. BATISTA MARTINS, As três fases da arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 26, set. 2006, n° 87, n. 2, p. 88-90; LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise da fase pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 37 ss; RAFAEL FRANCISCO ALVES, O devido, cit., n. 2.1, p. 389. Ver ainda a posição de GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, As arbitragens internacionais e aquelas reguladas no direito interno brasileiro, nos termos da Lei n. 9.307 de 23.9.1996 – Alguns aspectos. In: MARTINS-GARCEZ (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem*, cit., n. 2, p. 489 ss, que entende que existem 4 fases na arbitragem.

fase pré-arbitral, pode acontecer de terem eleito regras que posteriormente influenciarão, direta ou indiretamente, a formatação do procedimento aplicável naquela arbitragem; por exemplo, pode ter escolhido um regulamento arbitral, o local da arbitragem, o lugar em que a sentença arbitral deve ser proferida, a nacionalidade dos árbitros etc.

De outro lado, engana-se quem pensa que somente na fase arbitral propriamente dita é que existiriam regras procedimentais. Na verdade, na fase pré-arbitral também existem regras procedimentais, também existe procedimento. Por exemplo, existem procedimentos previstos para ocorrer a instauração da arbitragem e também para a escolha do árbitro (ver capítulo 14 infra). E existem procedimentos para impugnação do árbitro (que pode ocorrer antes mesmo desse efetuar sua aceitação formal). E a tais regras procedimentais – que regulam atos procedimentais na fase pré-arbitral – também se aplicam as observações feitas ao longo desta tese, como, por exemplo, as que estabelecem limites à criação e à adaptação de regras procedimentais.

4.3) Cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia.

A doutrina diferencia a cláusula compromissória “cheia” da cláusula compromissória “vazia”.⁹¹

A **cláusula compromissória cheia** é aquela na qual já vem prevista a forma pela qual será instaurada a arbitragem sendo que, normalmente, isso é feito pela menção, na cláusula compromissória, de que a arbitragem será realizada perante determinado órgão institucional arbitral (será “administrada” por tal órgão), e seguindo-se o seu regulamento (ou um de seus regulamentos).

Mas também é possível estabelecer outras formas de início da arbitragem sem ser através da utilização de um órgão institucional arbitral, pode ser prevista sistemática para dar início a uma arbitragem *ad hoc*.⁹² O melhor exemplo é quando as partes estabelecem que na arbitragem será utilizado regulamento editado pela UNCITRAL (*UNCITRAL Arbitration Rules*). A UNCITRAL não administra arbitragens, sendo que seu regulamento foi criado para ser utilizado em qualquer arbitragem, por vontade das partes, inclusive – ou

⁹¹ Ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 16-17, e 137 ss; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 2-3 ao art. 4º da Lei 9.307/96, p. 1395; LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 129-130; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Arbitragem no direito*, cit., p. 104-110.

⁹² Ver explicações de FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 956, p. 534 ss.

melhor, especialmente – em arbitragens *ad hoc* (ver item 4.5 infra). Esse regulamento tem uma sistemática que permite a implementação da arbitragem pelas partes.⁹³

Assim, independentemente das partes terem previsto a utilização da arbitragem *ad hoc* ou administrada, se surgir uma controvérsia, a parte interessada em provocar o início da arbitragem deverá proceder conforme previsto na cláusula compromissória. É o previsto no art. 5º da Lei 9.307/96, explicado nos itens 4.4 e 14.2 desta tese.

Já a **cláusula compromissória vazia** é aquela que prevê a solução dos litígios por meio de arbitragem, mas não especifica a forma como a arbitragem será instaurada; em especial ela não prevê expressamente se a arbitragem ocorrerá ou não perante um órgão institucional arbitral. Se surge a controvérsia, e uma das partes quer instituir a arbitragem, então ela deve proceder de acordo com o estabelecido nos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem, conforme analisado nos itens 4.4, 14.3 e 14.4 infra.

Uma das grandes vantagens da cláusula cheia é que, quando ela existe, a parte que quer instituir a arbitragem não precisa ingressar com a ação do art. 7º da Lei 9.307/96 caso a parte contrária não colabore na instituição da arbitragem. Para dar início à arbitragem, basta proceder de acordo com o regulamento eleito pelas partes na cláusula compromissória. E normalmente cada regulamento prevê soluções para o caso de uma das partes recusar-se a comparecer, ou não nomear árbitro etc. Novamente, ver itens 4.4 e 14.2 infra, inclusive com indicação de doutrina que tem entendimento contrário.

Assim, o primeiro cuidado a ser tomado quando se redige a cláusula arbitral é desde logo prever que, se surgir uma controvérsia, a arbitragem será realizada perante o órgão arbitral institucional X, seguindo-se o seu regulamento. Em outras palavras, considero ser muito importante utilizar sempre uma cláusula compromissória cheia, mencionando-se em qual instituição arbitral a arbitragem será realizada (e usando qual regulamento).

Contudo, a utilização de uma cláusula cheia geralmente implica na arbitragem ocorrer perante o órgão institucional arbitral escolhido pelas partes, ou seja, realizando-se a chamada arbitragem institucional (ver item 4.5 infra). Para quem entende que a arbitragem institucional é desvantajosa (por exemplo, em razão do seu custo), então não seria o caso de redigir uma cláusula cheia. Mas o risco é que, com a cláusula vazia, havendo recusa da outra parte em iniciar a arbitragem, a única saída é a prevista nos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96. Obviamente, este risco pode ser baixo quando as partes têm confiança na postura da outra parte, até mesmo em razão de outros fatores, como existência de diversos outros

⁹³ Analisando e explicando o *UNCITRAL Arbitration Rules*, ver: FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 963 ss, p. 537 ss.

contratos entre elas, ou ser um relacionamento econômico antigo, ou ainda serem empresas acostumadas a utilizar a arbitragem.

Em suma, tanto a cláusula cheia quanto a vazia têm vantagens e desvantagens. Minha visão pessoal é de que, normalmente, a melhor saída é usar uma cláusula cheia,⁹⁴ até porque, surgindo o litígio, se as partes estiverem de acordo, elas podem não acionar o órgão arbitral institucional antes escolhido e fazer uma arbitragem *ad hoc* (explicada no item 4.5 desta tese). Esse é um dos aspectos da flexibilidade da arbitragem, da flexibilidade em adaptar o procedimento, pois podem as partes firmar cláusula arbitral cheia, e posteriormente preferirem, de comum acordo, não usar o órgão institucional arbitral originalmente eleito.

4.4) Possibilidade de instituir-se a arbitragem somente com base na cláusula compromissória, sem firmar-se compromisso arbitral. A provocação para dar início à arbitragem quando existe cláusula compromissória cheia, sem ajuizar-se a ação de instauração de arbitragem (do art. 7º da Lei 9.307/96).

Os pontos abordados neste item infelizmente ainda geram certa controvérsia na doutrina. Trata-se de questões que influenciarão vários temas abordados ao longo desta tese. Por isso, ainda nesta parte introdutória, é necessário explicar a discussão e tomar algumas posições. O assunto em questão envolve a solução simultânea de mais de uma indagação.

Assim, a principal discussão é saber se, quando existe cláusula compromissória, é ou não imprescindível, em toda e qualquer situação, que as partes firmem um compromisso arbitral para poderem realizar a arbitragem. Em outras palavras, pode uma arbitragem ser iniciada sem prévia assinatura do compromisso, somente com base no previsto na cláusula compromissória? A cláusula compromissória seria mero pré-contrato, que não gera efeitos próprios? Em paralelo, também necessário verificar se, havendo cláusula compromissória cheia (explicada no item anterior desta tese), e mesmo assim uma das partes se recusa a participar da arbitragem, a outra parte precisará necessariamente, ou não, propor a ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, caso queira que essa seja instituída.

Para responder essas questões, é necessário examinar com cuidado o que está previsto na Lei de Arbitragem. Não basta ler dispositivos de forma isolada, mas sim

⁹⁴ Também recomendam a utilização de cláusula cheia: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 18, LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 129.

observar a lei como um todo, estudando cada regra tendo em vista as demais existentes. As interpretações abaixo defendidas são explicadas pela maioria da doutrina, indicada no final deste item, junto com quem pensa de forma diferente.

O primeiro dispositivo que deve ser mencionado é o **art. 3º**, que estabelece que “*As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.*” Veja-se que tal regra determina que, para ser realizada uma arbitragem, é necessário que as partes tenham firmado uma **convenção de arbitragem**. E a convenção de arbitragem é gênero, no qual existem duas espécies, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Tal dispositivo não afirma que para ser realizada a arbitragem seria imprescindível assinar-se compromisso arbitral. O que a regra menciona é que é necessário existir a convenção arbitral. Mas será que alguma outra regra exige, sempre, em toda e qualquer arbitragem, a prévia assinatura do compromisso arbitral? A análise dos demais dispositivos, abaixo explicados, demonstra que não, que a lei brasileira não exige – como condição imprescindível, em todo e qualquer caso – a assinatura do compromisso arbitral.

Em seguida, o *caput* do **art. 4º** da Lei 9.307/96 estabelece que: “*A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.*” Ora, tal regra é absolutamente clara em prever que a **cláusula compromissória** é promessa de submeter os eventuais litígios à arbitragem. Não se trata de mera promessa em firmar um compromisso. Através da cláusula, as partes “*comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir*”. Isso está expresso na lei. A cláusula é promessa em utilizar a arbitragem, não é mera promessa em assinar compromisso. Por isso, é correto afirmar que tanto o efeito negativo (de tirar a jurisdição do Poder Judiciário) quanto o efeito positivo (de dar jurisdição ao árbitro) estão presentes na cláusula compromissória.⁹⁵ De qualquer modo, como então “operacionalizar” esta promessa em usar a arbitragem para resolver litígios? E se a outra parte se recusa a participar da arbitragem, qual é a saída? As respostas estão nos artigos seguintes da Lei.

⁹⁵ Sobre os efeitos negativo e positivo da convenção de arbitragem, ver, entre outros: FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 624 ss, p. 381 ss, e n. 661 ss, p. 402 ss; GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *As arbitragens*, cit., n. 2, p. 493-495; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 96 ss; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Arbitragem no direito*, cit., p. 99-102; LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, n. 2.1 ss, p. 121 ss; CARLOS FERNANDO MATHIAS, *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 9, p. 90.

Assim, o **art. 5º** da Lei de Arbitragem estabelece que: “*Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencional para a instituição da arbitragem.*” Tal dispositivo disciplina a chamada **cláusula compromissória cheia** (ver item anterior desta tese), prevendo que a provocação para dar início à arbitragem seguirá as regras que tiverem sido estabelecidas pelas partes. A maioria das cláusulas cheias prevê que a arbitragem será administrada por um órgão institucional arbitral, e seguindo-se o seu regulamento (ou um dos seus regulamentos). Então, se as partes tiverem escolhido aplicar o regulamento de um órgão institucional arbitral, basta seguir as regras desse regulamento, que geralmente prevê ferramentas para que a arbitragem possa ser efetivamente instaurada (ver, para mais detalhes, item 14.2 infra). Em suma, havendo a cláusula cheia, o art. 5º determina que, para provocar o início da arbitragem, basta seguir as regras escolhidas pelas partes. E isso mesmo quando uma das partes não coopera com a outra para iniciar a arbitragem, inclusive em função do adiante explicado.

Essas conclusões são reforçadas pelo *caput* do **art. 6º** da Lei de Arbitragem, que prevê que: “*Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.*” A primeira sentença desse dispositivo é bem clara em estabelecer que o previsto no art. 6º somente se aplica caso não haja “*acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem*”. Ora, esse “acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem” nada mais é do que a cláusula compromissória cheia; e havendo a cláusula compromissória cheia, a arbitragem é instituída conforme previsto no art. 5º supra mencionado. Não havendo a cláusula cheia, o que existe então é a **cláusula compromissória vazia**, que prevê a arbitragem como método de solução de conflitos, mas não estabelece como a arbitragem será instaurada. Quando a cláusula compromissória é vazia, se uma das partes não quer colaborar para instaurar a arbitragem, então a outra parte – se efetivamente pretende realizar a arbitragem – deve proceder de acordo com o estabelecido nos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem (ver, para maiores detalhes, os itens 14.3 e 14.4 infra).

Aliás, o **art. 7º** da Lei 9.307/96 não pode ser lido sozinho, pois se for lido de forma isolada, o intérprete pode achar que sempre que uma das partes não colabora na instituição

da arbitragem, a única solução seria ajuizar a **ação judicial de instauração de arbitragem** prevista em tal dispositivo. O art. 7º não pode ser examinado como se fosse regra avulsa, destacada, sem ligação com as demais, ele tem que ser examinado tendo em vista as outras regras antes mencionadas. Assim, o art. 7º tem que ser lido em conjunto com os dispositivos que o precedem, em especial os arts. 5º e 6º. Veja-se que o parágrafo único do art. 6º estabelece a possibilidade de utilização da ação judicial do art. 7º somente se a notificação (prevista no *caput* do art. 6º) não levar à instauração da arbitragem: precisa primeiro notificar (art. 6º), e se isso não levar ao resultado pretendido, ingressa-se com a ação judicial de instauração da arbitragem (art. 7º).⁹⁶ Ora, em razão dos termos do art. 5º, e da primeira frase do *caput* do art. 6º (“*Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem*”), somente é necessário enviar a notificação (art. 6º) se a cláusula compromissória for vazia; se ela for cheia, procede-se de acordo com o previsto pelas partes (art. 5º).

A ação do art. 7º somente foi prevista pelo legislador para resolver o problema de instauração da arbitragem quando a cláusula compromissória for vazia, pois se a cláusula for cheia, não é necessário ajuizar-se tal demanda judicial, basta proceder de acordo com o previsto pelas partes (art. 5º). E, conforme detalhado no item 14.3 infra, nos regulamentos arbitrais costuma existir regras que possibilitam que a arbitragem seja instaurada mesmo quando uma das partes se recusa a colaborar, e isso sem qualquer necessidade de se solicitar ajuda do Poder Judiciário; são como “ferramentas”, que se destinam a permitir a instauração da arbitragem sem prévia participação do Judiciário.

Contudo, em certas situações uma **cláusula cheia pode se transformar em vazia**. As partes podem ter firmado cláusula cheia, mas, ao surgir o litígio, o mecanismo por elas previsto para instauração da arbitragem acabe por não funcionar. Por exemplo, as partes estabelecem que se uma delas não indicar árbitro, a indicação caberá ao presidente de associação comercial local, o qual, contudo, quando surge o conflito, resta por recusar tal encargo. Outro exemplo é quando o regulamento arbitral escolhido pelas partes não tem as “ferramentas” necessárias para a efetiva instauração da arbitragem (explicadas no item 14.2 infra). E mais um exemplo seria a situação na qual as partes haviam originalmente eleito um órgão institucional arbitral para administrar a arbitragem, órgão esse que,

⁹⁶ Contudo, ver explicações feitas no item 14.3 infra, no qual defendo a flexibilização da exigência da prévia notificação para ajuizar-se a ação do art. 7º da Lei 9.307/96. Mas deve ficar claro que as observações feitas no item 14.3 infra não prejudicam o explicado no texto, ou seja, a ação do art. 7º somente é necessária se a cláusula compromissória for vazia. O que se defende, no item 14.3 infra, é que, havendo cláusula vazia, não seria necessário enviar a notificação, bastaria ingressar diretamente com a ação do art. 7º.

passados alguns anos, não mais existe quando o litígio surge. Nesses tipos de situação (e em outras assemelhadas), a cláusula compromissória, que era cheia, virou vazia. Então, a instauração da arbitragem não mais seguirá o previsto no art. 5º, passando a ser regulado pelos arts. 6º e 7º, todos da Lei 9.307/96.

É verdade que o *caput* do art. 6º prevê que a notificação destina-se a convocar a outra parte a firmar o compromisso arbitral. Também é verdade que a ação de instauração de arbitragem do art. 7º tem como um dos seus objetivos produzir-se um compromisso arbitral. Mas, como explicado, somente quando há cláusula compromissória vazia é que aplicam-se os arts. 6º e 7º; se a cláusula compromissória for cheia, tais dispositivos não são aplicados. Mais ainda, mesmo quando há cláusula compromissória vazia, as partes podem, de comum acordo, dar início à arbitragem, trocando cartas, indicando árbitros, realizando a arbitragem. Assim, os arts. 6º e 7º somente são aplicados quando, havendo cláusula compromissória vazia, uma das partes resiste em realizar a arbitragem, ou quando, apesar de ambas quererem a arbitragem, não conseguem negociar como essa deve ser instaurada / realizada.

Veja-se que a Lei de Arbitragem regula, nos **arts. 4º a 8º**, a **cláusula compromissória**. E, como explicado, ao se interpretar tais dispositivos, conclui-se que, tendo as partes firmado uma cláusula compromissória, somente é imprescindível assinar-se o compromisso arbitral quando presentes duas condições: (i) a cláusula compromissória firmada pelas partes é vazia (ou tornou-se vazia em razão de determinado defeito); e (ii) as partes não conseguem iniciar a arbitragem sozinhas, pelo fato de uma delas se recusar a participar, ou por não acordarem sobre como a arbitragem será instaurada / realizada.

Essas afirmações não são abaladas pelos **arts. 9º a 12** da Lei de Arbitragem, que regulam o **compromisso arbitral**. Tais dispositivos não têm regra que prevê a obrigatoriedade de se assinar, em toda e qualquer arbitragem, um compromisso arbitral. O que tais dispositivos fazem é regular o compromisso arbitral, quando esse for necessário, ou quando, mesmo não sendo necessário, for assinado pelas partes.

A leitura isolada do **art. 9º** poderia levar alguém a achar que, para realizar uma arbitragem, seria sempre necessário firmar-se um compromisso arbitral. Isso pelo fato de tal regra determinar que: *“O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”* Ora, tal regra não afirma que a única forma de realizar-se a arbitragem é pela assinatura do compromisso arbitral, o que se determina é que o compromisso é uma forma de submeter o litígio à arbitragem. Não é a única forma, mas sim uma das formas.

Essa interpretação é reforçada por todas as explicações supra desenvolvidas sobre os artigos 3º a 7º da mesma Lei de Arbitragem, que prevêm a possibilidade da arbitragem iniciar-se com base em mera cláusula compromissória (em especial se essa for cheia).

Outro dispositivo da Lei 9.307/96 que reforça o ora defendido é o *caput* do **art. 19**, que estabelece que: “*Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.*” Ora, tal norma não exige, para que seja instituída a arbitragem, a prévia assinatura de compromisso arbitral. Nos termos do *caput* do art. 19, basta a mera aceitação do encargo pelo árbitro (ou de todos os árbitros, se forem mais do que um), para, com esse simples fato, considerar-se instituída a arbitragem, iniciando-se assim a fase arbitral propriamente dita (ver item 4.2 supra). Portanto, o árbitro pode ter sido indicado por um mecanismo escolhido pelas partes na cláusula compromissória cheia, e daí ser iniciada a arbitragem, sem prévia assinatura do compromisso arbitral.

Por fim, quando o **art. 32** da Lei 9.307/96 lista os motivos que podem acarretar a nulidade da sentença arbitral, fica claro que também existem situações em que a nulidade da sentença arbitral decorre de desrespeito à cláusula compromissória, indicando, mais uma vez, que para realização da arbitragem nem sempre é necessário assinar compromisso arbitral.

Acrescente-se ainda que em diversos ordenamentos estrangeiros – e também em convenções internacionais – também não se exige, para a realização da arbitragem, que tenha sido previamente firmado o compromisso arbitral. Basta que exista a convenção arbitral, que abrange a cláusula e/ou o compromisso.⁹⁷

De qualquer modo, também deve ficar claro cinco pontos complementares às explicações supra desenvolvidas.

Primeiro, que se não existe cláusula compromissória, então a única forma de realizar a arbitragem é assinando-se o compromisso arbitral. Todas as explicações acima desenvolvidas, sobre a eventual desnecessidade do compromisso arbitral, somente são aplicáveis se as partes já firmaram uma cláusula compromissória.

Segundo, um grande número de regulamentos arbitrais estabelece que quando a cláusula compromissória é cheia, para que a arbitragem seja instaurada não é necessário

⁹⁷ Ver, inclusive mencionando normas estrangeiras e/ou convenções internacionais: DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 35-36; EDUARDO GREBLER, A revelia no processo arbitral brasileiro. In: MARTINS-GARCEZ (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem*, cit., n. 4.3, p. 315-322.

ingressar em juízo, basta proceder de acordo com o previsto em tal regulamento.⁹⁸ Normalmente os regulamentos têm regras disciplinando a instauração da arbitragem, que funcionam como ferramentas para solucionar eventuais problemas causados pela falta de colaboração de uma das partes. Tais “ferramentas” são examinadas no item 14.2 infra.

Terceiro, independentemente do explicado no parágrafo anterior, há regulamentos arbitrais que prevêm a necessidade de ser assinado, pelas partes, um compromisso arbitral, ou outro tipo de documento, como o chamado “termo de arbitragem”. Veja-se que, quando existir esse tipo de regra, a obrigação em firmar o compromisso arbitral não será decorrente da Lei de Arbitragem, que, como explicado, não exige a assinatura do compromisso quando a cláusula compromissória for cheia. Se o regulamento escolhido pelas partes prevê a assinatura de algum desses documentos, isso deve ser interpretado como o reconhecimento, por tal regulamento, das vantagens práticas em se assinar o compromisso ou o “termo de arbitragem” no início da fase arbitral propriamente dita, que condense e/ou organize as regras eleitas pelas partes; não pode ser considerado, assim, como um suposto reconhecimento de que a lei sempre exigiria ser firmado um compromisso arbitral.

Quarto, mesmo quando foi assinada uma cláusula compromissória cheia, e/ou mesmo que exista cooperação entre as partes para iniciar-se a arbitragem, nada impede que as partes, de comum acordo, também assinem um compromisso arbitral. Aliás, em muitas situações, é recomendável que as partes assinem um compromisso arbitral ainda que tenham previamente firmado uma cláusula compromissória cheia (por exemplo, para melhor regular as regras procedimentais da arbitragem).

Quinto, todas as explicações antes mencionadas não devem ser interpretadas como uma pregação contra o compromisso arbitral, ou como se minha intenção fosse a de estimular as partes a não assinarem um compromisso arbitral. O que se explicou é que em certos tipos de situação a lei não exige o compromisso, o que significa que, nessas hipóteses específicas, a arbitragem pode ser realizada – ela é totalmente válida – mesmo sem a assinatura do compromisso, notadamente em casos em que a cláusula compromissória for cheia. Se as partes conseguirem negociar um compromisso arbitral, isso pode ser extremamente positivo para o correto desenvolvimento da arbitragem. Mas podem existir situações em que a elaboração do compromisso arbitral mais atrapalhe do

⁹⁸ Exemplos de regulamentos arbitrais neste sentido são dados por EDUARDO GREBLER, *A revelia*, cit., n. 4.2, p. 310-314.

que ajude, casos em que será mais produtivo iniciar-se a arbitragem independentemente da assinatura do compromisso, diretamente em decorrência da cláusula compromissória cheia.

Todas as explicações acima efetuadas levam às seguintes **conclusões**, que, de certo modo, também são **respostas às indagações** feitas no começo deste item.

i) A cláusula compromissória não é promessa de firmar compromisso arbitral, é promessa de submeter o conflito à arbitragem. Mas, em certas situações, abaixo explicadas, a cláusula não é suficiente para propiciar o efetivo início da arbitragem, devendo, então, ser firmado o compromisso arbitral.

ii) Se as partes firmaram uma cláusula compromissória e, posteriormente, surge o conflito, para iniciar-se a arbitragem nem sempre será necessário assinar um compromisso arbitral. Esse somente será imprescindível se a cláusula compromissória for vazia (ou virar vazia em razão de conter algum defeito) e, ao mesmo tempo, as partes não conseguirem, sozinhas, iniciar a arbitragem. Nessas hipóteses, aplica-se o previsto nos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96.

iii) Quando a cláusula compromissória for cheia, para instituir-se a arbitragem basta proceder de acordo com o nela previsto. E se uma das partes se recusar a cooperar para instaurar a arbitragem, para que a outra parte possa dar início à arbitragem, ela não precisa ajuizar a demanda do art. 7º da Lei 9.307/96, basta proceder de acordo com o estabelecido na cláusula compromissória cheia. Se foi eleito um regulamento arbitral, aplicam-se as suas regras, que costumam ter “ferramentas” para possibilitar a instauração da arbitragem sem o concurso do Poder Judiciário.

iv) Nas situações mencionadas na sub-item (iii) supra, a lei brasileira não exige a assinatura do compromisso arbitral. Eventualmente o regulamento escolhido pelas partes pode prever a necessidade de assinatura do compromisso, ou do chamado “termo de arbitragem”, mas isso não decorre de exigência legal, mas de opção procedimental de cada regulamento, decorrente das vantagens práticas em se assinar esse tipo de documento no início da fase arbitral propriamente dita.

v) Nas situações nas quais as partes não precisam assinar compromisso arbitral (por terem antes firmado a cláusula compromissória), nada as impede de elaborar e assinar o compromisso. Elas não precisam, mas podem.

As posições acima explicadas são as ensinadas por boa parte da doutrina.⁹⁹ Nem todos os autores mencionados na nota de rodapé precedente examinam todos os pontos desenvolvidos nesta tese de forma idêntica, e nem todos fazem as mesmas observações presentes neste estudo, mas a linha de raciocínio e os resultados são similares e complementares.

Já na jurisprudência, existe pelo menos uma decisão do STJ, e duas do TJ SP, no sentido defendido nesta tese.¹⁰⁰

Há, contudo, diversos autores que não concordam com vários pontos acima explicados. Alguns afirmam, de forma genérica, que para realizar-se uma arbitragem sempre é necessário firmar um compromisso arbitral. Também há quem afirme expressamente que a cláusula compromissória seria uma promessa em firmar compromisso arbitral, que a cláusula é o contrato preliminar ou pré-contrato, e o contrato seria o compromisso. Outros autores entendem que havendo recusa de uma das partes em tomar os atos necessários para instituir a arbitragem, a única saída é a ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, sem contudo falar sobre a diferença de tratamento entre cláusula cheia e vazia. E também há que afirme expressamente que mesmo quando há cláusula compromissória cheia, se existe recusa de uma das partes em participar, a outra deve ingressar com a ação

⁹⁹ Ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 16-18, e 137 ss; ARRUDA ALVIM, Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996. In: MARTINS- GARCEZ (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem*, cit., p. 174 ss; DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 33-34 e 44; MARISTELA BASSO, Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 85, nº 733, nov. 1996, n. 2.1, p. 17; PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos, cit., n. 7 ss, p. 132 ss; JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, Anulação de sentença arbitral *infra petita*, *extra petita* ou *ultra petita*. In: JOBIM-MACHADO (Coord.), *Arbitragem*, cit., n. 3, p. 257-258; GUSTAVO TEPEDINO et al., *Código Civil*, cit., v. 2, p. 670 e 680; EDUARDO GREBLER, A revelia, cit., p. 291-324; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 88 ss; ADRIANA BRAGHETTA, Cláusula compromissória – Auto suficiência da cláusula cheia. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, nº 800, jun. 2002, n. 2-4, p. 140-144; EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES, Breves considerações sobre as relações do poder judiciário com a arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral). In: MARTINS-GARCEZ (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem*, cit., p. 213-224; LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 67 ss, p. 81 ss, p. 107 ss, p. 146 ss; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Arbitragem no direito*, cit., p. 82-83, e Reflexões sobre, cit., n. 7.2, p. 43-44; ULDERICO PIRES DOS SANTOS, *Arbitragem – Ligeiras*, cit., n. 2 ss, p. 69 ss; MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 1.6, p. 18-19; OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JR., *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002, p. 97. Esse também parece ser o entendimento de JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 11, t. 2, p. 371; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, Aspectos fundamentais, cit., n. 3.1, p. 213.

¹⁰⁰ STJ: SEC 1.210-EX, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.6.07, *RSTJ* 211/37, *RAM* 17/243; TJ SP: AI 124.217.4/0, 5ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 16.9.99, *RDB* 7/335 (caso “Renault x CAO”); Ap. Civ. 296.036-4/4, 7ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Sousa Lima, j. 17.12.03, *RT* 824/211 (caso “Varga”).

do art. 7º. Essas são as principais posições contrárias ao antes explicado,¹⁰¹ as quais já foram rebatidas anteriormente nesta tese.

4.5) Arbitragem institucional e arbitragem *ad hoc*.

Outro tema introdutório, que precisa ser mencionado antes de serem examinadas as regras procedimentais, é a distinção entre “arbitragem institucional” (ou administrada) e “arbitragem *ad hoc*”.¹⁰²

A **arbitragem institucional**, ou administrada, é aquela que ocorre perante um órgão institucional arbitral, que é uma pessoa jurídica (ou um departamento de uma pessoa jurídica) que tem como missão institucional organizar arbitragens. Um órgão institucional arbitral não deve ser confundido com o árbitro ou com o Tribunal Arbitral (que é o colegiado de árbitros). O árbitro ou Tribunal Arbitral têm a atribuição de dirigir e julgar a arbitragem. O órgão institucional arbitral não julga a arbitragem, e sim atua como uma secretaria – algo similar ao cartório que auxilia o juiz estatal –, como um órgão de apoio para as partes e para os árbitros. Ou seja, o órgão institucional arbitral realiza a administração da arbitragem,¹⁰³ motivo pelo qual também se usa a expressão arbitragem administrada, que é sinônimo de arbitragem institucional.

¹⁰¹ Fazendo a ressalva de que nem todos os autores indicados nesta nota usam todos os argumentos explicados no texto, ver, entre outros: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, A arbitragem como, cit., n. 6, p. 112; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 1 ao parágrafo único do art. 6 da Lei 9.307/96, p. 1396; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 13, p. 67; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 12.8.4-12.8.4.1, p. 318-319, e n. 30.4-30.4.2, p. 589-595; MARIA HELENA DINIZ, *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 304 e 309; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 62-63; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 23-32; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, n. 1870-1871, p. 169-170; FREDIE DIDIER JR., *Curso*, cit., v. 1, p. 82; CELSO BARBI FILHO, Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei n. 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano 36, nº 108, out./dez. 1997, n. 2, p. 78, e n. 4, p. 79-80; CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *Código Civil comentado*. Coordenação: Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007, p. 722-723.

¹⁰² Sobre o tema, e também explicando as atribuições dos órgãos institucionais arbitrais, ver, entre outros: FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 956 ss, p. 534 ss; CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 127 ss; GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, As arbitragens, cit., n. 4, p. 508; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 45-46; CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES, A arbitragem no Brasil de acordo com a Lei nº 9.307/96. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era*, cit., n. 3, p. 74-75, e A arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. In: MARTINS-GARCEZ (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem*, cit., p. 293-284; LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, O uso da medida, cit., n. 3, p. 143-144; VERA M. JACOB DE FRADERA, A arbitragem internacional. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., p. 468-469.

¹⁰³ Neste sentido, explicando as atribuições da Corte de Arbitragem da CCI: CARLOS NEHRING NETTO e YVES DERAIS, A prática de uma arbitragem CCI. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova*, cit., p. 22.

Aliás, existem regulamentos de órgãos institucionais arbitrais que expressamente afirmam o supra explicado, que o órgão somente administra a arbitragem, que ele não julga o litígio, pois tal incumbência é do árbitro.¹⁰⁴ Outros regulamentos somente mencionam que o órgão institucional arbitral é o administrador da arbitragem,¹⁰⁵ sem mencionar expressamente que quem julga são os árbitros, mas ficando isso implícito das demais regras – inclusive procedimentais – de tal regulamento.

Entre outras questões, o órgão institucional arbitral é quem recebe a provocação para instituir a arbitragem, convoca o demandado para participar da arbitragem, funciona como protocolo, remete comunicações para as partes (inclusive cópias das manifestações da parte contrária), guarda a documentação, cobra as despesas e honorários a serem pagos pelas partes, paga os honorários dos árbitros e peritos etc. Alguns órgãos institucionais arbitrais também colocam à disposição das partes e dos árbitros instalações para realização dos atos processuais, tais como audiências e reuniões de trabalho.

O órgão institucional arbitral normalmente costuma ter importantes atribuições e/ou regras que visam desestimular que uma das partes se recuse a participar da arbitragem e, com isso, consiga inviabilizá-la (ver item 14.2 infra). O melhor exemplo de regra com tal propósito são as previsões, presentes em inúmeros regulamentos de órgãos arbitrais, de que tal órgão terá automaticamente atribuição para indicar árbitros no lugar de qualquer uma das partes, caso uma delas (ou mesmo ambas) não queiram ou não consigam praticar tal ato, situação essa que pode ocorrer tanto no começo da arbitragem quanto posteriormente, caso o árbitro tenha que ser substituído (aliás, essa atribuição é das mais importantes, para evitar que as partes tenham que buscar o judiciário para instituir a arbitragem).

Alguns regulamentos também estabelecem que o órgão institucional (e não os árbitros) tem poderes para decidir determinados tipos de questões específicas, por exemplo: a análise *prima facie* da arbitrabilidade da matéria e de ter sido eleito tal órgão institucional (sem prejuízo desses temas serem revistos pelo árbitro); a escolha do terceiro árbitro, que será o presidente; a decisão de eventual impugnação contra a nomeação de árbitro. Esses exemplos, e outros, serão examinados ao longo desta tese, nos momentos oportunos, quando tiverem ligação com a flexibilidade procedimental.

¹⁰⁴ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP “1.3. A Câmara não resolve por si mesma as controvérsias que lhe são submetidas. Administra e vela pelo correto desenvolvimento do procedimento arbitral, indicando e nomeando árbitro(s), quando não disposto de outra forma pelas partes.” No mesmo sentido, ver também: Reg. AMCHAM SP 1.2; Reg. CCI Art. 1º (1) e (2).

¹⁰⁵ Por exemplo: Reg. FGV Art. 1º.

Já a **arbitragem *ad hoc*** é aquela que ocorre sem o apoio de um órgão institucional arbitral. Todas as tarefas realizadas por órgãos institucionais arbitrais ficam a cargo do árbitro. Para que o árbitro não fique atolado de providências administrativas, é comum que em arbitragens *ad hoc* o árbitro, com a concordância das partes (encarregadas do custo), nomeie um secretário *ad hoc*, ou tenha um assistente, o qual então cuidará das questões administrativas. Ressalve-se, contudo, que também nas arbitragens institucionais podem ser usados um secretário e/ou assistente.

Tanto a arbitragem institucional quanto *ad hoc* possuem vantagens e desvantagens.¹⁰⁶

São várias as **vantagens da arbitragem institucional**, que levam a doutrina a recomendar a sua utilização.¹⁰⁷ Um primeiro ponto, ventilado anteriormente, é que, com a eleição de um órgão institucional em uma cláusula cheia, a arbitragem terá início sem provocação do Judiciário. A arbitragem ganha com a segurança e a experiência daquela entidade. E com a sua eventual especialização, pois existem instituições arbitrais “especializadas” em algumas áreas da economia, e também existem, em algumas instituições arbitrais “genéricas”, regulamentos específicos para regular arbitragens cujo objeto é determinado tipo de litígio. Outro ponto relevante é que os regulamentos dos órgãos institucionais costumam refletir os anos de experiência acumulada por tal entidade, sendo que disciplinam diversas questões que podem atrapalhar o andamento da arbitragem; essa vantagem, contudo, é relativa, por dois motivos: primeiro, se o regulamento for mal feito, a arbitragem fica enormemente prejudicada; segundo, pois nada impede que em arbitragem *ad hoc* se preveja a aplicação de determinado regulamento. De qualquer modo, outra grande vantagem da arbitragem institucional é que eventuais percalços ocorridos na arbitragem – por exemplo, falecimento do árbitro, ou outros motivos que levem à sua substituição – são solucionados com o concurso do órgão institucional (com aplicação do previsto no seu regulamento), sem precisar recorrer ao Poder Judiciário (conforme previsto no art. 16, § 1º, da Lei 9.307/96). Por fim, também se afirma que a sentença arbitral ganha credibilidade quando a arbitragem corre é administrada por uma entidade de renome.

Mas também existem **vantagens da arbitragem *ad hoc***. Os custos da arbitragem *ad hoc* são normalmente inferiores aos da arbitragem institucional, por dois motivos:

¹⁰⁶ Sobre o tema, ver, entre outros: FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 53-57, p. 33-35, e n. 956 ss, p. 534 ss; ALAIN GOULENE e JEAN BAPTISTE RACINE, As flutuações processuais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova*, cit., p. 126-128; RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 31.

¹⁰⁷ Entre outros, pode-se citar: PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 235-246; EDUARDO GREBLER, A arbitragem nos contratos privados. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, nº 745, nov. 1997, p. 65-66.

primeiro, na arbitragem institucional existem as taxas de administração da arbitragem, cobradas pelo órgão institucional; segundo, na arbitragem institucional, quando o árbitro é remunerado por hora trabalhada, o valor da hora costuma estar fixado por ato da entidade, válido para todas as arbitragens que ela administra, e que geralmente não pode ser negociado na arbitragem institucional, sendo que esse tipo de regra não existe na arbitragem *ad hoc*, sendo os honorários do árbitro fixados por negociação entre ele e as partes, podendo muito bem ocorrer do árbitro aceitar remuneração inferior à usual em arbitragens institucionais (o que geralmente ele não pode fazer na arbitragem institucional, até mesmo para não abrir precedentes naquela entidade). De outro lado, também se afirma que a arbitragem institucional costuma ser mais lenta do que a arbitragem *ad hoc*, o que, todavia, depende muito do órgão institucional arbitral envolvido; aliás, existem questões que são resolvidas de forma muito mais rápida na arbitragem institucional (como o já dado exemplo da substituição de um árbitro) do que na arbitragem *ad hoc*, em que tal problema pode ter que ser levado ao Poder Judiciário, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 9.307/96. Outra vantagem teórica da arbitragem *ad hoc* é, para parte da doutrina, o fato de que o sigilo seria muito maior do que na arbitragem institucional; novamente, esse argumento é também bem relativo, dependendo muito das pessoas envolvidas.

Existe um aspecto que poderá, dependendo do prisma (e da experiência prévia) de cada um, ser considerado tanto uma vantagem quanto uma desvantagem da arbitragem institucional. Veja-se que, ao decidirem pela utilização da arbitragem institucional, as partes devem estar conscientes de que **estão dando poder ao órgão institucional arbitral** por elas escolhido para administrar a arbitragem, poder esse inclusive para decidir algumas questões procedimentais. Com isso, as partes passam a se sujeitar ao exercício desse poder por parte do órgão institucional arbitral, nos termos e limites previstos nas normas internas de cada órgão, em especial do que consta no regulamento de cada entidade. No item 6.5 infra é examinado esse poder dos órgãos institucionais arbitrais, que costuma ser exercido somente durante a fase pré-arbitral, pois após o árbitro ter aceito seu encargo (após estar instituída a arbitragem, nos termos do art. 19 da Lei 9.307/96), caberá ao árbitro decidir as eventuais questões procedimentais – salvo eventuais problemas relacionados com a substituição do árbitro e/ou a prorrogação do prazo da arbitragem, que em alguns regulamentos são apreciados pelo órgão institucional arbitral, e não pelo árbitro.

E essa sujeição das partes ao que for decidido pelo órgão institucional arbitral é tanto para o bem (a favor da arbitragem) quanto para o mal (em eventual prejuízo da arbitragem). Os órgãos institucionais arbitrais são dirigidos por pessoas físicas, que não são

infalíveis. Por isso, o órgão escolhido pelas partes pode tanto acertar quanto errar ao tomar alguma decisão relacionada com uma arbitragem. Mas isso não significa que as partes ficam à completa e total mercê dos eventuais arbítrios da entidade que administra a arbitragem, pois ao escolherem a entidade arbitral, elas não perderam a sua autonomia da vontade. Ou seja, se ambas as partes discordarem de uma decisão, em tese elas podem, por comum acordo, rever tal questão; aliás, podem até mesmo, por comum acordo, destituir aquela entidade, e transferir a administração da arbitragem para outra entidade. Mas se não tiverem de acordo, em diversas situações caberá ao órgão institucional arbitral decidir a questão controvertida.

Veja-se ainda que quando a **cláusula compromissória é cheia**, a arbitragem costuma ser institucional. Mas isso não é obrigatório. Apesar de existir uma cláusula cheia, elegendo um órgão institucional arbitral para administrar a arbitragem, as partes podem, de comum acordo, decidir realizar uma arbitragem *ad hoc*, por exemplo para economizar custos. Na verdade, o mais comum é o contrário, ou seja, que apesar de existir uma **cláusula compromissória vazia**, as partes resolvam, quando surge o litígio, realizar uma arbitragem institucional. Assim, apesar da cláusula compromissória vazia tender a levar a uma arbitragem *ad hoc*, pode muito bem acontecer de ser realizada uma arbitragem institucional. Esse é inclusive um dos aspectos da flexibilidade do procedimento arbitral, que é a adaptação (modificação) das regras procedimentais já existentes pelas partes.

Por fim, mesmo quando não existe cláusula compromissória, as partes podem negociar a assinatura de um **compromisso arbitral**, optando por realizar uma arbitragem *ad hoc* ou uma arbitragem institucional. Aliás, existem regulamentos de órgãos institucionais brasileiros que expressamente prevêm que quando as partes não firmaram prévia cláusula compromissória, então para ser realizada a arbitragem deverá ser feito o compromisso arbitral.¹⁰⁸ Tal disposição atende perfeitamente a lei brasileira, eis que para ser realizada a arbitragem deve existir ou cláusula compromissória ou compromisso arbitral (uma das duas espécies do gênero convenção arbitral), o que significa que, se não existe a cláusula, precisa ser lavrado o compromisso, sem o qual a arbitragem não pode se desenvolver.

¹⁰⁸ Por exemplo: Reg. CCBC “5.10. No caso de não haver cláusula compromissória prévia e havendo interesse das partes em solucionar o litígio por arbitragem será firmado o Compromisso Arbitral, nos moldes do disposto no artigo 10 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” No mesmo sentido: Reg. CMA-CIESP 4.1; Reg. AMCHAM SP 2.4.

2ª PARTE. AS DUAS VERTENTES DA FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

5) OBSERVAÇÕES INICIAIS.

5.1) A flexibilidade do procedimento arbitral é maior do que a flexibilidade dos procedimentos judiciais.

Em paralelo à tendência de progressiva ampliação da flexibilidade dos procedimentos judiciais estatais, que foi explicada no capítulo 3 desta tese, é necessário apontar que **a flexibilidade do procedimento arbitral é bem maior do que a dos procedimentos judiciais.**¹⁰⁹

A arbitragem é decorrente da autonomia da vontade, ou seja, da liberdade conferida aos indivíduos, que elegem esse meio de solução de controvérsias para resolver seus litígios. O ordenamento dá (ou melhor, reconhece) essa liberdade. O ordenamento também dá (reconhece) a liberdade para que as partes estabeleçam como será realizado o procedimento, desde a instauração da arbitragem, passando pela escolha dos árbitros, apresentação das alegações pelas partes, produção das provas, até chegar ao objetivo final da arbitragem, isso é, à sentença arbitral que irá resolver o litígio e conferir a tutela jurisdicional a quem tem razão. Portanto, a flexibilidade do procedimento é algo que decorre da liberdade, que é a base da arbitragem. Em outras palavras, a liberdade – a flexibilidade – procedimental é algo natural na arbitragem.

E essa liberdade – flexibilidade – procedimental está consagrada em diversos momentos na Lei de Arbitragem. Antes de ser editada a Lei 9.307/96, os artigos 1.072 a 1.102 do CPC previam um procedimento suplementar a ser adotado na arbitragem, em caso de omissão ou desacordo das partes. A Lei 9.307/96 não usou essa técnica, tendo regulado o procedimento arbitral, em termos genéricos, no seu art. 2º, § 1º, 11, inciso IV, 19, parágrafo único, e 21, *caput* e §§s 1º e 2º, abaixo transcritos.

¹⁰⁹ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, Arbitragem e processo, cit., p. 61-66, em especial p. 64; SELMA FERREIRA LEMES, Oito anos da Lei de Arbitragem. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, n. 4, p. 25.

Art. 2º (...) § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: (...)

IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; (...)

Art. 19. (...) **Parágrafo único.** Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Em razão desses dispositivos, verifica-se que é enorme a flexibilidade no procedimento arbitral, muito maior do que nos procedimentos judiciais brasileiros.

Sobre o tema, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, que defende a possibilidade do juiz estatal flexibilizar o procedimento judicial, aponta o que considera um paradoxo: “Observe-se o paradoxo: o árbitro, que aprecia exclusivamente questões relacionadas a direitos disponíveis de cunho privado (art. 1º da Lei 9.307/96), pode receber das partes expressa e tacitamente poderes para eleger o procedimento, adequando-o à exata tutela da situação subjetiva e objetiva do caso. Mas o juiz, a quem é conferido, em tese, o dever de decidir também sobre direitos indisponíveis (hipoteticamente de maior grau de importância), não recebe do legislador brasileiro, ao menos de forma genérica e de maneira expressa, autorização para a adequação formal do procedimento, nem que seja só para estas causas!”¹¹⁰

Acredito, porém, que o que o autor acima citado considera um paradoxo, na verdade nada tem de absurdo nem de contraditório – pelo menos no que diz respeito à arbitragem. Como explicado, a arbitragem é decorrente da autonomia da vontade, da liberdade. E essa liberdade também abrange a de estabelecer o procedimento arbitral. Já a jurisdição estatal é decorrente do exercício do poder estatal, que tem que ser limitado através de mecanismos de controle (freios e contrapesos), para que sejam evitados abusos.

¹¹⁰ *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 149.

Assim, explicou-se no item 3.2 supra que vários autores entendem que um dos mecanismos de controle do poder do juiz seria a rigidez procedimental, limitando-se a flexibilidade procedimental. Ora, o absurdo não é a liberdade procedimental da arbitragem (o que é natural desse meio de solução de controvérsias), mas sim achar que a limitação do poder do magistrado em flexibilizar o procedimento seria uma medida útil que ajuda a controlar o exercício de poder: nada mais falso, como apontado no item 3.3 supra.

Desse modo, não existe contradição, na legislação, em dar ampla liberdade procedimental ao árbitro e negá-la ao juiz estatal. O que existe é erro de avaliação do legislador, que entende que o magistrado não deve ter um poder genérico para flexibilizar os procedimentos judiciais.

Aliás, a ampla flexibilidade procedimental da arbitragem regulada pela Lei 9.307/96 encontra paralelo no que acontece no exterior, tanto em arbitragens internas realizadas em outros países, como nas chamadas arbitragens internacionais, com partes oriundas de diferentes nações. Isso é realçado pela doutrina estrangeira,¹¹¹ esta garantido em normas internas de vários países, e na grande maioria dos regulamentos arbitrais.

5.2) As duas vertentes da flexibilidade do procedimento arbitral: a criação (eleição, escolha) e a adaptação (modificação, flexibilização).

A flexibilidade do procedimento arbitral existe em – pelo menos – **dois aspectos (vertentes) diferentes**, ambos extremamente importantes. Essa classificação é, salvo engano, inédita, não tendo a doutrina notado as duas vertentes da flexibilidade procedimental na arbitragem.

O primeiro aspecto (vertente) da flexibilidade do procedimento arbitral é a possibilidade de **criação** – eleição, escolha – das regras procedimentais aplicáveis a uma arbitragem determinada. Ou seja, o poder que as partes, o árbitro, o órgão arbitral institucional (que eventualmente administrará a arbitragem) e o juiz estatal (na ação do art. 7º da Lei 9.307/96, quando essa for proposta), têm de criar as regras procedimentais, normalmente antes mesmo de instituir-se a arbitragem ou de iniciar-se o procedimento arbitral. Quem pode criar regras procedimentais? Onde elas são criadas? Esses pontos são analisados no capítulo 6 infra.

¹¹¹ Ver autores citados no item 5.4 supra, e também: RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 261.

O segundo aspecto (vertente) da flexibilidade do procedimento arbitral é a possibilidade de **adaptação** – modificação, flexibilização –, das regras antes escolhidas para reger o procedimento. A arbitragem está em curso, já tem regras procedimentais definidas, mas essas precisam ser adaptadas, modificadas, flexibilizadas, para melhor regularem a arbitragem em questão. Essa situação é estudada no capítulo 7 infra.

Deve ficar claro que essas duas vertentes, identificadas e estudadas nesta tese, são aspectos da flexibilidade do procedimento arbitral. Não é objetivo desta tese defender que a flexibilidade dos procedimentos judiciais estatais também teria, necessariamente, as duas vertentes ora explicadas e/ou que elas seriam tão importantes nos procedimentos estatais quanto no procedimento arbitral. Acredito que as vertentes da criação e da adaptação também podem ser identificadas nos procedimentos estatais, sem prejuízo de que nesses existam outras técnicas flexibilizadoras diferentes. Na arbitragem, as duas principais (ou únicas?) vertentes são a criação e a adaptação das regras procedimentais. E como o objeto desta tese é somente a flexibilidade do procedimento arbitral – e não a flexibilidade procedimental em geral –, o estudo ora desenvolvido terá sempre em vista esses dois aspectos já identificados: criação (eleição, escolha) do procedimento arbitral, e adaptação (modificação, flexibilização) do procedimento arbitral.

As duas vertentes da flexibilidade do procedimento arbitral são limitadas pelas garantias mínimas concedidas às partes na arbitragem, o que é explicado nos capítulos 8 a 12 infra. E essa limitação em estabelecer regras procedimentais também implica em problemas pontuais específicos, alguns dos quais serão mencionados (junto com outros temas) nos capítulos 13 a 20 infra, em que se examinam diversas possibilidades de criação e adaptação de regras procedimentais específicas.

5.3) Flexibilidade do procedimento arbitral e a preclusão

Os procedimentos judiciais estatais costumam ser fortemente baseados na preclusão (o que, para muitos, é um dos motivos para classificar o processo civil brasileiro como sendo rígido: ver item 3.1 supra). A doutrina brasileira tradicional inclusive ensina a existência de três tipos de preclusão: a preclusão temporal, a preclusão consumativa, e a preclusão lógica.¹¹²

¹¹² Ver, por todos, inclusive criticando as posições tradicionais: HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, em especial n. 4 ss, p. 72 ss.

Ocorre que na arbitragem o instituto da preclusão é, muitas vezes, mitigado, atenuado. Para diversos árbitros, quando uma das partes alega ter ocorrido preclusão, a questão deve ser resolvida verificando-se se há algum prejuízo para as partes ou para o desenvolvimento da arbitragem. Se a realização do ato supostamente precluso não causar prejuízo, esse poderá então ser praticado, apesar da preclusão. Veja-se assim que o panorama é completamente diferente do que geralmente ocorre nos procedimentos judiciais estatais.

Por tais motivos, parte da doutrina aponta que a preclusão é atenuada, flexibilizada, ou mesmo inexistente na arbitragem.¹¹³

Assim, a atenuação da preclusão é um dos fatores que levam a uma **maior flexibilidade do procedimento**. Sem ser baseada num rígido sistema de preclusões, a arbitragem é, naturalmente, mais flexível. Essa flexibilidade permite que o árbitro e/ou as partes estabeleça(m) a realização dos atos processuais de forma a buscar um melhor desenvolvimento do procedimento, uma busca mais eficaz das provas, ou até mesmo uma prestação jurisdicional mais célere.

Veja-se que é comum situação na qual, ao longo do andamento do procedimento arbitral, verifica-se que as regras antes estabelecidas têm lacunas, que precisam ser “preenchidas”: as regras procedimentais precisam assim ser **criadas**. Outra possibilidade é, apesar de existirem regras já estabelecidas para o procedimento, alguma delas acabe sendo considerada, pelas partes ou pelo árbitro, desnecessária ou inadequada para o caso concreto, e, por isso, tenham que ser **adaptadas**. Essas duas vertentes da flexibilidade do procedimento arbitral (criação e adaptação) são examinadas com detalhes nos capítulos seguintes desta tese. Por ora, necessário apontar que, via de regra, não se pode falar que as regras procedimentais somente podem ser criadas em algum momento determinado, e/ou que nunca poderiam ser adaptadas, por ter ocorrido suposta preclusão. Isso ficará mais claro ao longo dos demais capítulos desta tese.

5.4) A flexibilidade do procedimento como uma das vantagens da arbitragem. As vantagens da flexibilidade procedimental.

Tendo em vista as diversas possibilidades de flexibilidade do procedimento arbitral (de criação e de adaptação do procedimento, muitas das quais examinadas ao longo deste

¹¹³ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 315; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Arbitragem e processo*, cit., p. 64.

estudo), parte da doutrina afirma que uma das grandes vantagens da arbitragem é exatamente a flexibilidade do procedimento arbitral, que pode ser adaptado a cada caso concreto. Isso é apontado por autores brasileiros¹¹⁴ e também estrangeiros.¹¹⁵

Mais ainda, vários autores brasileiros¹¹⁶ e também autores estrangeiros de diferentes países¹¹⁷ afirmam que uma das vantagens da arbitragem é ela ser menos formal do que o Poder Judiciário. A menor formalidade dos procedimentos arbitrais,¹¹⁸ é, em grande parte, decorrente da sua flexibilidade, da desnecessidade de serem seguidos os ritos e formas solenes do Poder Judiciário. Então, quando se elogia a informalidade (desformalização,¹¹⁹ simplificação das formas etc.) da arbitragem, indiretamente se está elogiando sua flexibilidade, já que a informalidade não existiria se o procedimento arbitral fosse rígido.

Nessa linha de raciocínio, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO defende que a simplificação das formas e a flexibilidade do procedimento arbitral são fatores que

¹¹⁴ CARLOS ALBERTO DE SALLES, Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 6, p. 78; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 149; MAURÍCIO GOMM FERREIRA DOS SANTOS, Existe um *consenso* internacional no âmbito da arbitragem comercial? Está o Brasil em linha com tal *consenso*? In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 4, p. 417; LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR, *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

¹¹⁵ STEVEN A. HAMMOND, Making the case in international arbitration: a common law orientation to the marshalling and presentation of evidence. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 5, nº 16, jan./mar. 2008, n. 2.3, p. 175; LAWRENCE S. SCHANER e JOHN R. SCHLEPPENBACH, Due process in international arbitration: anything goes? A U.S. perspective. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 22, jul./set. 2009, p. 179.

¹¹⁶ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Nova era*, cit., n. 10, p. 32, e *Manual das pequenas*, cit., n. 69, p. 79; CARLOS ALBERTO CARMONA, *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 73-74; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, A arbitragem como, cit., n. 4, p. 110; ILMAR GALVÃO, Juízo arbitral. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 6, nº 20, abr./jun. 2003, p. 273; MARIA HELENA DINIZ, *Tratado*, cit., v. 5, p. 304; GUSTAVO TEPEDINO et al., *Código Civil*, cit., v. 2, p. 680-681; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 23; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 74-75; PAULO HOFFMAN, Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o Juízo Estatal é chamado a intervir. In: JOBIM-MACHADO (Coord.), *Arbitragem*, cit., n. 3, p. 308; LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 41-42, e p. 154; FLÁVIA BITTAR NEVES, A arbitragem no setor público. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 30 jul. 2003, Caderno Legal e Jurisprudência, p. 1; EDUARDO SPINOLA E CASTRO, *A convenção*, cit., n. 3, p. 16-17.

¹¹⁷ LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO, *Lezione sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995, p. 146; MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 82; GOLDBERG-SANDER-ROGERS, *Dispute resolution*, cit., p. 234.

¹¹⁸ Todavia, explica-se, no item 13.4 infra, que alguns autores estrangeiros apontam que a arbitragem já não é mais tão informal quanto era no passado, tendo ela adquirido alguns vícios e problemas que eram exclusivos dos processos judiciais.

¹¹⁹ MARISTELA BASSO, Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma? In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 1, p. 1-2, nota 1, crítica a expressão informalidade, que significaria “sem cerimônia”, preferindo a expressão “desformalização”, cujo significado seria “evitar procedimentos padronizados”, “evitar solenidades” etc.

contribuem para a celeridade da arbitragem.¹²⁰ Explicando o tema de outro ângulo, JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES aponta, com razão, que tanto o menor formalismo quanto a celeridade na arbitragem são frutos da liberdade em fixar o procedimento¹²¹ (ou seja, da flexibilidade). Assim, também por tais motivos, bem aponta MARISTELA BASSO que a flexibilidade e a ausência de caráter formal (informalidade / desformalização / simplificação das formas) são elementos indispensáveis na arbitragem, que fazem parte da sua essência.¹²²

E outra correta constatação, também feita por JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, é que uma das grandes vantagens da arbitragem é que o enfoque da discussão entre as partes, ao longo do procedimento, incide sobre o mérito da controvérsia, sobre o direito material discutido pelas partes, enquanto que no processo judicial se perde muito tempo discutindo o direito processual.¹²³ Com base nessa constatação, é possível acrescentar que a flexibilidade do procedimento arbitral inibe as discussões processuais na arbitragem, na qual o que realmente importa é o direito material controvertido. Ou seja, a flexibilidade do procedimento arbitral é fator que ajuda as partes e árbitro a concentrarem sua energia nas questões de fundo daquela arbitragem, o que tende a dar mais qualidade à sentença arbitral.

A flexibilidade do procedimento arbitral também tem a importante vantagem de permitir a **conjunção de regras e técnicas procedimentais oriundas de diferentes sistemas jurídicos**. Neste sentido, vários autores têm apontado que na arbitragem – principalmente na chamada arbitragem internacional – é comum a utilização de regras procedimentais inspiradas tanto no sistema da *civil law* quanto no sistema da *common law*; são assim criados ou adaptados, na arbitragem, procedimentos “híbridos”, com elementos de famílias jurídicas diversas;¹²⁴ um bom exemplo são as regras sobre a instrução probatória (ver capítulo 18 infra). A flexibilidade do procedimento arbitral permite a criação e adaptação de regras que, assim, satisfaçam todas as partes, mesmo quando elas

¹²⁰ *Nova era*, cit., n. 10, p. 32.

¹²¹ A ordem das provas, cit., p. 57.

¹²² Procedimento arbitral, cit., n. 1-2, p. 1-3.

¹²³ Arbitragem e processo, cit., p. 64-65.

¹²⁴ Sobre o tema, ver, entre outros: ARNOLDO WALD, Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008, em especial n. 25 ss, p. 38 ss; NADIA DE ARAUJO, A nova lei de arbitragem brasileira e os “princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais”, elaborados pela UNIDROIT. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova*, cit., p. 93.

são oriundas de sistemas jurídicos distintos.¹²⁵ Sem a flexibilidade procedimental isso não seria possível.

5.5) Flexibilidade do procedimento arbitral e *appropriate dispute resolution*.

A flexibilidade do procedimento arbitral é o instrumento utilizado para, em cada caso concreto, encontrar a forma mais adequada para a resolução do conflito por meio de arbitragem.

Nesse sentido, a sigla ADR, historicamente utilizada para identificar a expressão *alternative dispute resolution*,¹²⁶ tem também recebido uma leitura diferente, mais moderna, de que é necessário encontrar a *appropriate dispute resolution*, ou seja, o meio mais apropriado, no caso concreto, para resolver o litígio. Explica com razão CARRIE MENKEL-MEADOW que: “*The term appropriate dispute resolution is used to express the idea that different kinds of disputes may require different kinds of process – there is no one legal or dispute resolution process that serves for all kinds of human disputing.*”¹²⁷

A flexibilidade do procedimento arbitral também tem esse papel. Não existe um procedimento arbitral que sirva para todos os litígios submetidos à arbitragem. Em cada arbitragem pode ser moldado um procedimento que melhor atenda as necessidades do caso concreto, das especificidades do direito material em disputa, de algum aspecto particular das partes envolvidas etc.

Por tais motivos é que existem órgãos institucionais arbitrais “especializados” em setores da atividade econômica,¹²⁸ regulamentos criados tendo em vista algum aspecto do comércio,¹²⁹ e também existem, em algumas instituições arbitrais “genéricas”,

¹²⁵ Contudo, existem controvérsias sobre a utilização de certos meios de prova utilizados nos países da *common law*, como a *discovery*. Sobre o tema, ver itens 18.6 e 18.7.4 infra.

¹²⁶ Sobre ADRs, ver, entre outros: PETRÔNIO CALMON, *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, em especial n. 8.5 ss, p. 95 ss, e n. 15.1 ss, p. 173 ss; OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JR., *Teoria e prática*, cit., p. 190 ss; GOLDBERG-SANDER-ROGERS, *Dispute resolution*, cit.; CARRIE MENKEL-MEADOW, *Alternative dispute*, cit., p. 17-21; MARCO PERRINI, *Metodi alternativi di soluzione delle controversie*. In: BERNARDINI, Piero (Coord.). *La conciliazione*. Milão: EGEEA, 2001, p. 7 ss.

¹²⁷ *Alternative dispute*, cit., p. 17.

¹²⁸ Alguns exemplos: (i) Câmara de Arbitragem do Mercado, ligada à Bovespa. Ver: <http://www.camaradomercado.com.br>. Acesso em 12.1.09. (ii) *WIPO Arbitration and Mediation Center*, ligada a *World Intellectual Property Organization*. Ver: <http://www.wipo.int/amc/en/index.html>. Acesso em 12.1.09. (iii) Arbitragem realizada na *International Cotton Association*. Ver: <http://www.ica-ltd.org/our-services/arbitration>. Acesso em 12.1.09.

¹²⁹ Além dos regulamentos das entidades citadas na nota anterior, ver, por exemplo, as *Maritime Arbitration Rules* da *Society of Maritime Arbitrators*. Ver: <http://www.smany.org>. Acesso em 12.1.09.

regulamentos específicos para regular arbitragens cujo objeto é determinado tipo de litígio.¹³⁰

¹³⁰ O melhor exemplo é a AAA – *American Arbitration Association*, que possui regulamentos e/ou regras suplementares específicas para diversos campos. Ver: <http://www.adr.org>. Acesso em 12.1.09.

6) A PRIMEIRA VERTENTE DA FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL: A CRIAÇÃO (OU ELEIÇÃO) DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS.

6.1) Aspectos subjetivos e objetivos das possíveis “fontes” das regras procedimentais de uma arbitragem.

Apontou-se anteriormente que a flexibilidade do procedimento arbitral tem duas vertentes: de um lado, a possibilidade de criação (escolha, eleição) da regra procedimental; de outro lado, a possibilidade de adaptação (modificação, flexibilização) do procedimento antes fixado. Neste capítulo será examinado somente a primeira vertente, da **criação** da regra processual.

Assim, o procedimento arbitral a ser adotado em determinado caso concreto pode decorrer de atos de diferentes pessoas, e pode estar regulado (ou melhor, ser criado) em mais de um tipo de documento. Tratam-se de dois aspectos distintos: (a) o aspecto **subjetivo**, referente a quem criou a regra procedimental; e (b) o aspecto **objetivo**, referente a onde – qual local, ou melhor, em que documento – criou-se a regra procedimental.

Em relação ao aspecto **subjetivo**, detalhado nos itens 6.2 a 6.6 infra, as regras que regulam o procedimento arbitral podem ser criadas, dependendo de cada situação: (a1) pelas partes; e/ou (a2) pelo árbitro; e/ou (a3) pelo órgão institucional arbitral; e/ou (a4) pelo juiz estatal. E em muitas arbitragens existem normas procedimentais com mais de uma “fonte subjetiva”, isto, é, existem regras criadas pelas partes, pelo árbitro, e também pelo órgão institucional arbitral (sendo mais rara a existência de regras fixadas pelo juiz estatal). O que usualmente ocorre – em especial quando a cláusula arbitral é cheia – é que as partes estabelecem diversas regras do procedimento arbitral, sendo que na falta de acordo ou na omissão das partes, então esse poder de regular o procedimentos é exercido pelo árbitro, e/ou pelo órgão institucional arbitral eleito pelas partes, e/ou pelo juiz estatal. Essas diversas possibilidades de escolha das regras procedimentais específicas são detalhadas nos itens seguintes desta tese.

Já no que se refere ao aspecto **objetivo**, detalhado no item 6.7 e seguintes infra, as regras que regulam o procedimento arbitral podem ser criadas, dependendo de cada situação: (b1) na cláusula compromissória; e/ou (b2) no compromisso arbitral; e/ou (b3)

em qualquer outro documento firmado pelas partes, como o adendo à convenção arbitral e o “termo de arbitragem”; e/ou (b4) no regulamento arbitral; e/ou (b5) por decisão do árbitro, ou do órgão arbitral institucional, ou do juiz estatal. E, obviamente, as regras podem estar disciplinadas em mais de um local, por exemplo, algumas delas presentes na convenção arbitral (cláusula e/ou compromisso), outras no regulamento, outras ainda estabelecidas pelos litigantes em documento específico, e um pedaço “residual” fixado pelo árbitro (e/ou pelo órgão institucional arbitral eventualmente eleito pelas partes para administrar a arbitragem). Aliás, normalmente é isso mesmo que ocorre, ou seja, que as regras procedimentais de uma arbitragem específica sejam oriundas de mais de uma “fonte objetiva”, sem prejuízo da sua eventual consolidação em um único documento.

Antes de se examinar os aspectos subjetivos e objetivos da criação das regras procedimentais, necessário realçar, mais uma vez, que ao longo desta tese são apontados alguns limites que devem ser respeitados pelas regras procedimentais, limites esses que valem para as regras previstas pelas partes, pelo árbitro, em regulamentos arbitrais, ou mesmo pelo juiz estatal. Os aspectos genéricos desses limites são examinados nos capítulos 8 a 12 infra, sendo que algumas controvérsias específicas, relativas ao poder das partes e do árbitro de estipular determinados tipos de regras procedimentais, são examinadas nos demais capítulos desta tese, junto com outros temas.

Finalizando esse item introdutório, necessário apontar que a criação de regras procedimentais não estatais, na arbitragem, pelos atores abaixo mencionados, e nas formas a seguir descritas, representa uma faceta do chamado direito não estatal, de formas jurídicas que vinculam as partes, não oriundas do poder estatal.¹³¹

6.2) Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais. Criação das regras pelas partes. Visão geral dos arts. 2º, § 1º, 11, inciso IV, 19, parágrafo único, e 21, *caput* e §§s 1º e 2º, todos da Lei de Arbitragem.

No item anterior desta tese apontou-se que a criação das regras procedimentais pode ser estudada tendo em vistas os seus aspectos subjetivos e objetivos. Os aspectos subjetivos relacionam-se com saber quem pode fixar regras procedimentais.

¹³¹ Sobre as fontes jurídicas não estatais, ver, entre outros: ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 416 ss; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES e REGINA RIBEIRO DO VALE, *Mundialização*, cit., n. 3 ss, p. 258 ss; BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., p. 195 ss.

É regra comum, em ordenamentos estrangeiros, prever que as partes têm o poder de estabelecer as regras procedimentais na arbitragem. Trata-se de regra de importância capital, até mesmo pela sua ligação com a autonomia da vontade.

Esse poder das partes em fixar o procedimento arbitral também está previsto, de forma direta ou indireta, em vários dispositivos da Lei de Arbitragem brasileira, a saber: art. 2º, § 1º, art. 11, inciso IV, art. 19, parágrafo único, e art. 21, *caput* e §§s 1º e 2º.

Assim, logo no início da Lei de Arbitragem, o § 1º do art. 2º determina que: “*Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.*” E parte da doutrina brasileira aponta, com razão, que tal dispositivo, ao mencionar “*regras de direito que serão aplicáveis na arbitragem*”, refere-se tanto às regras de direito material (aplicadas na solução do mérito do litígio) quanto às regras do procedimento arbitral.¹³²

Esse é um ponto que não é notado por outra parte da doutrina, que afirma que o § 1º do art. 2º da Lei 9.307/96 somente se referiria às regras de direito material escolhidas pelas partes.¹³³ Na verdade, o dispositivo em questão não faz essa distinção ou ressalva, o que não permite ao intérprete efetuar leitura restritiva. As “*regras de direito que serão aplicadas na arbitragem*”, mencionadas no § 1º do art. 2º da Lei 9.307/96, são tanto as regras de direito material quanto as regras de direito processual (as regras procedimentais inclusive).

E a interpretação ora defendida é importante, pois tem como relevante consequência a conclusão de que as regras procedimentais arbitrais não podem violar os bons costumes e a ordem pública, o que é explicado no capítulo 9 desta tese.

O poder das partes de escolher as normas procedimentais aplicáveis à arbitragem também está previsto no **inciso IV do art. 11** da Lei de Arbitragem, que estabelece que o compromisso arbitral pode conter: “*a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes*”. Da mesma forma do antes explicado sobre o § 1º do art. 2º, o agora examinado inciso IV do art. 11, todos da Lei

¹³² CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 64; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 4 ao art. 2º da Lei 9.307/96, p. 1394; PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 46; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, Aspectos fundamentais, cit., n. 2.1, p. 192-193; JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Arbitragem nacional e internacional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 237-238. Esse também parece ser o entendimento de: LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 1.4.3, p. 37.

¹³³ MARISTELA BASSO, As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 3, nº 9, jul./set. 2000, n. 3.1, p. 313.

9.307/96, também deve ser interpretado como norma que possibilita às partes escolherem as regras procedimentais aplicáveis à arbitragem.

Isso é defendido expressamente por parte da doutrina,¹³⁴ mas não é notado por todos os autores, já que alguns somente mencionam que o inciso IV do art. 11 refere-se às regras de direito material aplicáveis à arbitragem. A explicação antes efetuada (sobre o § 1º do art. 2º), também se aplica neste momento, ou seja, a lei não faz distinção ou ressalva, não cabendo ao intérprete fazê-lo.

Outros importantíssimos dispositivos que concedem poderes para as partes estipularem as regras procedimentais são o **art. 21, caput** e §§ 1º e 2º, da Lei de Arbitragem, abaixo transcritos:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Esses dispositivos novamente estabelecem a liberdade das partes em criar as regras do procedimento arbitral. Mas também se prevê tanto alguns limites (examinados no capítulo 8 a 12 desta tese), quanto o poder normativo supletivo do árbitro (ver item 6.4 infra).

Mais uma regra da Lei de Arbitragem que também disciplina o poder das partes em estipular regras procedimentais é o **parágrafo único do art. 19**, que estabelece que: *“Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.”* Dois pontos devem ser destacados dessa regra.

¹³⁴ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 212; PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 175-176, e Cláusulas opcionais do compromisso. In: CARMONA-LEMES-MARTINS, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 4, p. 225; IRINEU STRENGER, *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83.

Primeiro, que ela de certa forma “complementa” o art. 21 antes transcrito, para deixar claro que as regras procedimentais podem ser escolhidas pelas partes em outro documento posterior à convenção de arbitragem. Na verdade isso pode ocorrer em qualquer tipo de documento, e não somente no adendo previsto no parágrafo único do art. 19 da Lei 9.307/96 (ver item 6.12 infra).

Segundo, que tendo sido instituída a arbitragem, as regras procedimentais são feitas não somente pelas partes, mas também com a participação do árbitro.

Tendo em vista todas as regras acima explicadas, necessário apontar que normalmente a previsão das regras procedimentais pelas partes ocorre na convenção arbitral (em especial no compromisso), sendo também comum a eleição de procedimento previsto no regulamento de um órgão institucional arbitral.

Obviamente, no momento em que for ser realizada a arbitragem, nada impede as partes de modificarem regras anteriormente previstas. Essa possibilidade, contudo, é ligada ao poder das partes em adaptar (modificar) o procedimento arbitral, sendo assim examinado no capítulo 7 infra.

Por fim, importante destacar que, ao contrário do que ocorre no processo judicial estatal, na arbitragem os litigantes têm uma grande possibilidade de controlar as regras procedimentais.¹³⁵ Por exemplo, no processo judicial estatal as partes não podem convencionar que o prazo da contestação será de 60 dias; mas na arbitragem, podem. Outro exemplo, no procedimento comum ordinário do CPC brasileiro, cada uma das partes somente pode indicar 10 testemunhas, sendo 3 para cada fato (art. 407, parágrafo único, do CPC);¹³⁶ já na arbitragem, esse número pode ser ampliado ou diminuído por acordo entre as partes (ver capítulo 18 abaixo. E ao longo desta tese serão dados inúmeros outros exemplos de situações em que as partes (e também os árbitros) poderão criar regras procedimentais, inclusive diferentes das regras “usuais” estatais (em especial diferentes das do CPC) e das regras previstas em regulamentos arbitrais.

¹³⁵ NICOLÁS GAMBOA-MORALES, Notes on collection of evidence in international arbitration. Witnesses and experts. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, n° 7, out./dez 2005, n. 2, p. 147.

¹³⁶ CPC: “Art. 407. (...) Parágrafo único. É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes.”

6.3) Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras pelas partes (cont.). Será que o procedimento será sempre o escolhido pelas partes? Mitigação do poder das partes em eleger as regras procedimentais, em razão da atuação de outros atores na arbitragem.

Em função do explicado no item anterior desta tese, a doutrina tradicional costuma afirmar que, em última análise, o procedimento arbitral que vai reger uma arbitragem específica é aquele que for escolhido pelas partes. Nesse sentido, CARLOS ALBERTO CARMONA afirma que “*as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem*”,¹³⁷ fazendo o mesmo autor, contudo, a ressalva de existirem alguns limites, explicados nos capítulos 8 a 12 infra.

A doutrina brasileira costuma seguir essa mesma linha de raciocínio.¹³⁸ E a doutrina estrangeira também afirma que o procedimento arbitral é desenhado pelas partes.¹³⁹

Ora, esse entendimento nada mais é do que uma natural consequência do princípio da autonomia da vontade, que informa a arbitragem e tem larga aplicação na determinação do procedimento arbitral.

Seguindo a linha de raciocínio acima desenvolvida, seria como afirmar que, no que se refere ao seu aspecto subjetivo, a criação da regra procedimental na arbitragem decorre sempre de ato das partes, e somente quando elas se omitem (ou não estão de acordo) é que os demais atores da arbitragem poderiam criar regras procedimentais.

Mas não é bem assim. Não existe esse poder quase ilimitado das partes em fixar as regras procedimentais. As partes têm muitos poderes, mas esses são limitados por duas ordens de fatores. De um lado, o poder das partes não pode ultrapassar ou ignorar as balizas legais e constitucionais analisadas nos capítulos 8 a 12 infra. De outro lado, a

¹³⁷ *Arbitragem e processo*, cit., p. 23.

¹³⁸ Por exemplo (alguns também fazendo a ressalva de existirem limites), ver: JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Arbitragem e processo*, cit., p. 63, e *A ordem das provas*, cit., p. 56 ss; IRINEU STRENGER, *Comentários*, cit., p. 83 e 123; MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, *Efeitos da judicialização da arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 4, nº 4, abr./jun. 2007, p. 33; PAULO FURTADO e UADI LAMMÊGO BULOS, *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 81; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede da arbitragem*. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 4, p. 27-28; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 2.1, p. 390.

¹³⁹ ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 54-55, aponta a ampla liberdade das partes, limitadas somente pela “*ordine pubblico processuale*” por ele analisada. Também apontam a liberdade das partes em estabelecer as regras procedimentais (alguns também apontando certos limites): FAZZALARI-BRIGUGLIO-MORENGO, *La nuova*, cit., p. 103-105; COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezione sul processo*, cit., p. 146 e 149; CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*. 8. ed. Turim: Giappichelli, 1991, v. 3, n. 73, p. 364; RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 239 e 259; STEPHEN C. YEAZELL, *Civil procedure*, cit., p. 610-612; NICOLÁS GAMBOA-MORALES, *Notes on collection*, cit., n. 2, p. 146-147.

autonomia das partes pode ser afetada pelos poderes concedidos aos outros atores que atuam na arbitragem, ou seja, o árbitro e o eventual órgão institucional arbitral. Esse é assim o ponto que deve ser explicado neste momento: como as demais “fontes subjetivas” podem limitar a autonomia da vontade das partes em criar regras procedimentais.

É verdade que as partes têm muitos poderes, decorrentes, sobretudo, da autonomia da vontade. Também é verdade que as partes são – provavelmente na maioria das arbitragens – a principal “fonte subjetiva” de criação de regras procedimentais. **Todavia, ao contrário do defendido por parte da doutrina, é uma ilusão pensar que a autonomia das partes seria sempre total.**

Em muitas arbitragens existe um importante fator limitador à autonomia das partes, que são os eventuais “poderes” que os outros participantes de cada arbitragem (o árbitro e o eventual órgão institucional arbitral) possuem naquele caso concreto, poder esse decorrente de regra legal estatal ou de regulamento arbitral eleito pelas partes. Para melhor entender essa observação, é necessário examinar duas situações diferentes.

Um primeiro cenário que pode ocorrer é as partes criarem regras procedimentais na convenção arbitral ou em outro documento feito antes de ocorrer a provocação para instituir a arbitragem e/ou antes da aceitação do encargo pelos árbitros. Nessa hipótese, as regras em questão (que não são necessariamente todas as regras que regulam o caso concreto) foram criadas sem qualquer participação ou interferência do árbitro e/ou do órgão institucional arbitral. A única fonte subjetiva de criação das regras procedimentais são as partes. Assim, pode acontecer de determinado órgão institucional arbitral não aceitar administrar uma arbitragem em razão das regras escolhidas pelas partes; por exemplo, existem órgãos que não aceitam administrar uma arbitragem aplicando regulamentos diferentes do que o seu próprio.¹⁴⁰ Situação semelhante pode ocorrer ao se escolher um árbitro, pois a pessoa indicada para ser o árbitro pode recusar o convite por não concordar com determinada regra anteriormente fixada pelas partes; por exemplo, pode entender que a regra que exige o término da arbitragem em 2 meses seria impossível de ser cumprida no caso concreto, motivo pelo qual prefere não aceitar um encargo que já sabe que não conseguirá cumprir, e cuja violação poderá lhe acarretar responsabilidade pessoal pelo pagamento de danos causados às partes. Esses exemplos demonstram que existe sim limitação do poder das partes, que se quiserem ser inflexíveis quando criarem as regras

¹⁴⁰ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP 1.3.

procedimentais, podem ter dificuldades em escolher o árbitro e/ou o órgão institucional arbitral.

E ainda nesse primeiro cenário, às vezes pode ocorrer do árbitro ou o órgão institucional arbitral, apesar de terem aceitado atuar aplicando as regras procedimentais criadas pelas partes, verifiquem posteriormente que tais regras devem ser modificadas (adaptadas). Pode o árbitro alterar as regras procedimentais sem a anuência das partes? Esse espinhoso problema é tratado no item 7.5 infra.

E existe ainda um segundo cenário, que é quando, após o órgão institucional arbitral começar a atuar, ou após os árbitros aceitarem o seu encargo, as partes resolverem, de comum acordo, criar uma regra procedimental até então não prevista. Nessa situação a autonomia da vontade das partes é ainda mais limitada pelo poder que as mesmas partes outorgaram ao órgão institucional arbitral e/ou aos árbitros.

Não existe regra genérica pré-determinada que estabeleça o que deve prevalecer em tais situações, vai depender do caso concreto, da existência de dispositivo no regulamento arbitral (eventualmente aplicável) que trata de tal questão, e da flexibilidade (e boa vontade) das partes, árbitro e órgão institucional encontrarem uma regra que satisfaça a todos. E no fundo a resolução da questão pode ter que ser negociada mesmo que exista previsão, no regulamento arbitral aplicável, de que as regras procedimentais criadas (ou modificadas) pelas partes após a instauração da arbitragem devem ser necessariamente aprovadas pelo árbitro e/ou pelo órgão institucional arbitral.¹⁴¹

Se as partes quiserem impor regra que o órgão institucional arbitral e/ou o árbitro (já escolhido! já atuando!) não concordam, então as partes correm o risco do órgão e/ou árbitro renunciar(em), e terem assim que recomeçar a arbitragem do zero em outro órgão e/ou com outro árbitro. De outro lado, se o árbitro e/ou o órgão institucional arbitral impedirem (ou tentarem impedir) a criação de regra nova pelas partes (que são os tomadores do serviço!), correm o risco de serem destituídos pelos litigantes, que vão assim procurar outro órgão e/ou árbitro para resolver o litígio objeto da arbitragem.

Independentemente dessas possibilidades de confronto, é extremamente comum que regras procedimentais não sejam fixadas pelas partes, mas sim pelo árbitro, ou pelo

¹⁴¹ Esse tipo de previsão existe no Regulamento da CCI, da seguinte forma: Reg. CCI “Artigo 32 Modificação dos prazos. (1) As partes poderão concordar em reduzir os diversos prazos estipulados no presente Regulamento. Qualquer acordo nesse sentido celebrado após a constituição do Tribunal Arbitral somente entrará em vigor com a sua concordância. (2) A Corte poderá, por iniciativa própria, prorrogar qualquer prazo que tenha sido modificado em conformidade com o artigo 32(1), se entender que tal medida é necessária para que o Tribunal Arbitral ou a Corte possam cumprir com as suas funções, nos termos do presente Regulamento.”

órgão institucional arbitral. E também nesses momentos podem surgir choques de posições, as partes não concordando com o estabelecido pelo árbitro e/ou órgão institucional arbitral. Essas situações são examinadas no capítulo 7 abaixo.

6.4) Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais (cont.).

Estabelecimento das regras pelo árbitro.

No item 6.1 desta tese apontou-se que a criação das regras procedimentais pode ser estudada tendo em vista os seus aspectos subjetivos e objetivos. Os aspectos subjetivos relacionam-se com saber quem pode fixar regras procedimentais.

Uma das “fontes subjetivas” de criação de regras procedimentais é o árbitro. O § 1º do art. 21 da Lei 9.307/96 estabelece que: “*Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo*”.

Assim, a própria Lei de Arbitragem concede este “poder normativo supletivo” aos árbitros, que podem estabelecer as regras do procedimento na ausência de estipulação das regras pelas partes. Para ROMANO VACARELLA e GIOVANNI VERDE o poder normativo do árbitro tem fundamento no “mandato” que lhe é conferido para decidir o mérito do litígio.¹⁴²

A concessão de tais poderes ao árbitro é solução comum nas normas que regulam a arbitragem em vários países.¹⁴³ E a doutrina estrangeira também aponta que, na ausência de estipulação pelas partes, o procedimento é estabelecido pelos árbitros.¹⁴⁴

Existem também regulamentos arbitrais que expressamente mencionam que o árbitro tem poderes não só de interpretar o regulamento, mas também de suprir suas

¹⁴² Dell'Arbitrato. Turim: UTET, 1997, p. 816.

¹⁴³ Por exemplo, na Itália, o art. 816 do CPC determina, entre outras regras, que: “*Le parti possano stabilire nel compromesso, nella clausola compromissoria o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno.*” Já na Espanha, o art. 25 da Ley 60/2003, de 23.12.03, determina: “*Artículo 25. Determinación del procedimiento. 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. 2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.*”

¹⁴⁴ Ver, entre outros: ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 55; COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezione sul processo*, cit., p. 149; GOULENE-RACINE, *As flutuações*, cit., p. 118; JOHN F. COUND, JACK H. FRIEDENTHAL, ARTHUR R. MILLER, e JOHN E. SEXTON, *Civil procedure*. 8. ed. St. Paul: West Group, 2001, p. 1364-1365.

lacunas, ou seja, criar as regras procedimentais pertinentes.¹⁴⁵ Já outros regulamentos falam expressamente do poder do árbitro em interpretar o mesmo regulamento, mas nada mencionam sobre o poder normativo supletivo do árbitro;¹⁴⁶ mas isso não quer dizer que o árbitro não tenha esse poder, que geralmente é previsto em lei, sendo mesmo da essência da arbitragem, pois caso contrário ela talvez não consiga chegar ao seu fim. Há também regulamentos que têm disposições específicas sobre o poder normativo do árbitro em situações determinadas, por exemplo, que ele é quem deverá estabelecer as regras que regularão a audiência,¹⁴⁷ ou que na falta de acordo é ele que determina o idioma da arbitragem.¹⁴⁸

Veja-se que tal poder do árbitro pode ser usado em inúmeras situações. Sem querer esgotar o tema – sem ter a pretensão de apresentar um elenco exaustivo –, acredito que as principais situações em que o árbitro usa o poder de estipular as regras do procedimento são as seguintes:

(i) As partes não entram em acordo sobre as regras do procedimento. Ou não entram em acordo sobre algumas regras do procedimento. Para solucionar o impasse, a Lei previu o poder do árbitro em estabelecer as regras procedimentais.

(ii) As partes preferem delegar aos árbitros a fixação das regras do procedimento, ou de parte das regras do procedimento. Não existe desacordo entre as partes, elas confiam no árbitro, preferem que ele discipline o procedimento. Seria até mesmo uma forma das partes evitarem o desgaste em discutir tal tema.

(iii) Ao longo do andamento do procedimento arbitral, verifica-se que as regras eleitas ou fixadas pelas partes têm lacunas que precisam ser “preenchidas”, sendo que as partes nada estabeleceram. Essa possibilidade é diretamente ligada à questão da adaptação (modificação) do procedimento anteriormente eleito pelas partes, o que é examinado no capítulo 7 infra.

Apesar do árbitro ter esse poder de estabelecer as regras do procedimento, é recomendável que ele sempre tente obter a concordância, o consenso das partes, ou seja, que sejam editadas deliberações processuais estabelecidas pelos árbitros em conjunto com

¹⁴⁵ Por exemplo: Reg. CCI “Art. 15 Regras aplicáveis ao procedimento. (1) O procedimento perante o Tribunal Arbitral será regido pelo presente Regulamento, e, no que este silenciar, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o Tribunal Arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem.” No mesmo sentido: Reg. CAMARB 1.3, 7.1, 7.2.

¹⁴⁶ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 17.2 e 17.3; Reg. CCBC 13.1 a 13.3.

¹⁴⁷ Por exemplo: Reg. CCI Art. 21 (3).

¹⁴⁸ Por exemplo: Reg. CCI Art. 16.

as partes.¹⁴⁹ Isso não é uma obrigação, e sim uma recomendação. Regras sugeridas pelo árbitro e formalmente aceitas pelas partes têm mais chance de serem aplicadas sem conflitos; já as regras unilateralmente impostas pelo árbitro podem gerar conflitos com as partes, que sempre poderão tentar alegar alguma nulidade por não concordarem com tal regra procedimental.

Em suma, o árbitro tem o explicado poder normativo supletivo, mas deve exercer esse poder com muita moderação, buscando sempre – se possível – o consenso das partes.

6.5) Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais (cont.). O estabelecimento de regras pelo órgão institucional arbitral que administra a arbitragem em questão.

Apesar da doutrina geralmente não mencionar, o órgão institucional arbitral é importante “fonte subjetiva” de criação das regras procedimentais, sobretudo nas arbitragens administradas, e isso por dois motivos.

Primeiro, pelo fato dos inúmeros órgãos institucionais arbitrais atualmente existentes editarem regulamentos arbitrais (de tempos em tempos reformados por tais órgãos). Esses regulamentos podem, inclusive, ser aplicados em arbitragens *ad hoc*. Sobre os regulamentos arbitrais serem uma das fontes objetivas (da criação de regras arbitrais), ver itens 6.13 a 6.13.2 infra.

Segundo, pois quando as partes decidem que a arbitragem será institucional, elas – devem estar conscientes de que – estão dando poder ao órgão institucional arbitral que escolheram para administrar a arbitragem. Com isso, passam a se sujeitar ao exercício desse poder por parte do órgão institucional arbitral, nos termos e limites previstos nas normas internas de cada órgão, em especial do que consta no seu regulamento arbitral.

Por exemplo, no item 14.2 infra são apontadas várias regras, presentes em regulamentos arbitrais, dando poderes para o órgão institucional escolher árbitro, quando existir omissão da parte que deveria ter feito a indicação. Há regulamentos que prevêm o poder da instituição arbitral de decidir se a arbitragem terá 1 ou 3 árbitros. Outro exemplo é que, em alguns regulamentos, prevê-se que quem decide a impugnação à nomeação de um árbitro não é o próprio árbitro, mas sim o órgão institucional arbitral.¹⁵⁰ E também há

¹⁴⁹ PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 236.

¹⁵⁰ Por exemplo, ver: Reg. CCBC 6.4; Reg. FGV Arts. 9º, 32, §§s 2º e 3º, e 34; Reg. AMCHAM SP 5.2 a 5.4; Reg. CCI Arts. 11 e 12.

regulamentos que expressamente afirmam que, na falta de escolha das partes, é o órgão institucional arbitral que fixa a sede da arbitragem.¹⁵¹

Os exemplos acima mencionados – apesar de diretamente ligados a importantes aspectos do desenvolvimento da arbitragem, e demonstrarem que os órgãos institucionais arbitrais efetivamente exercem poder dentro da arbitragem – não envolvem a criação de regras procedimentais que sejam aplicadas em uma arbitragem determinada. Será que existem situações em que um órgão institucional arbitral efetivamente criará regras procedimentais para uma arbitragem específica?

A resposta é positiva. Por mais completo que um regulamento arbitral seja, sempre podem existir omissões, situações não previstas, não reguladas. E tais omissões podem ser verificadas tanto na fase pré arbitral (antes do árbitro aceitar o seu encargo) quanto na fase arbitral propriamente dita. Se essa omissão for verificada na fase arbitral, como o árbitro já aceitou o seu encargo, então caberá a ele suprir as omissões, criando as regras procedimentais, conforme mencionado no item anterior desta tese. Mas se o problema surge na fase pré arbitral, e sendo necessário estabelecer (criar) regras procedimentais não previstas, como fazer?

Existem regulamentos que estabelecem que os casos omissos são decididos pelo órgão institucional arbitral ou pelo árbitro.¹⁵² Quando o regulamento assim prevê, enquanto a arbitragem não for instituída (com a aceitação do encargo pelo árbitro, nos termos do art. 19 da Lei 9.307/96), então caberá ao órgão arbitral institucional preencher as **omissões procedimentais**, inclusive criando regras não estabelecidas no seu regulamento (quando e se tais regras precisarem ser criadas para resolver algum problema específico); mas se o árbitro já tiver aceito o seu encargo, caberá a ele preencher as omissões das regras procedimentais. Em outras palavras, quem tem poder para criar as regras até então inexistentes (e que se verificaram necessárias) dependerá da constatação de qual fase está a arbitragem, se na fase pré arbitral, ou se na fase arbitral propriamente dita. Na fase pré arbitral, havendo cláusula cheia elegendo um órgão institucional arbitral, caberá a esse órgão estabelecer as regras procedimentais ainda não estabelecidas pelas partes; já na fase arbitral propriamente dita, esse poder é exercido pelo árbitro.

Mas mesmo que não esteja previsto, no regulamento arbitral, que órgão institucional arbitral tem o poder de preencher as eventuais omissões desse mesmo regulamento, acredito que tal poder deve ser exercido por tal órgão enquanto durar a fase

¹⁵¹ Por exemplo: Reg. CCI Arts. 4º (3-f), 5º (1-e), e 14.

¹⁵² Por exemplo: Reg. CCI Art. 35; Reg. CAMARB 1.3 (e ver ainda 7.1 e 7.2).

pré arbitral. As partes escolhem um órgão institucional para administrar a arbitragem pois querem que esse órgão auxilie na condução da arbitragem até o seu final; ora, se surge uma questão não disciplinada no regulamento, e o árbitro ainda não aceitou o seu encargo, então, como corolário da sua missão de conduzir a arbitragem até o final, caberá àquela instituição arbitral criar as regras procedimentais (até então inexistentes) que levem à solução do problema. Mas, após ocorrer a instituição da arbitragem, com a aceitação do encargo pelo árbitro (art. 19 da Lei de Arbitragem), então passa a ser o árbitro, e não o órgão institucional arbitral, o responsável por criar as regras procedimentais que as partes ainda não estipularam.

De qualquer modo, quando o árbitro aceita o seu encargo, iniciando-se a fase arbitral propriamente dita, então ele pode rever as regras procedimentais fixadas pelo órgão arbitral institucional. Tal previsão inclusive consta expressamente de alguns regulamentos arbitrais.¹⁵³ Essa possibilidade é um aspecto da modificação (adaptação) da regra procedimental pelo árbitro, motivo pelo qual é analisada no capítulo 7 infra.

Por fim, necessário apontar que, em tese, um regulamento pode estabelecer expressamente que o órgão institucional arbitral continuará exercendo alguns tipos de poderes durante a fase arbitral propriamente dita. Um exemplo já foi mencionado acima, que é atribuição de julgar a impugnação ao árbitro, que pode ocorrer durante a fase arbitral propriamente dita, se a causa que levou à apresentação da impugnação é superveniente à instauração da arbitragem e/ou se dela a parte somente tomou conhecimento após o árbitro ter aceito seu encargo.

6.6) Aspectos subjetivos da criação das regras procedimentais (cont.). A disciplina de regras procedimentais pelo juiz estatal na demanda do art. 7º da Lei de Arbitragem.

No item 6.1 desta tese apontou-se que a criação das regras procedimentais pode ser estudada tendo em vistas os seus aspectos subjetivos e objetivos. Os aspectos subjetivos relacionam-se com saber quem pode fixar regras procedimentais.

A doutrina normalmente não informa que as regras procedimentais podem ser fixadas pelo juiz estatal competente para apreciar a ação de instituição da arbitragem do

¹⁵³ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP “1.5. Nos casos não previstos no Regulamento, o Comitê tomará as decisões necessárias para o desenvolvimento da arbitragem, as quais posteriormente serão analisadas pelo Tribunal Arbitral.”

art. 7º da Lei 9.307/96, prevista para quando existir cláusula compromissória vazia e uma das partes recusa-se a colaborar para instituir a arbitragem. Ou seja, o juiz estatal também pode ser uma das “fontes subjetivas” de criação das regras procedimentais.

Essa afirmação é baseada nos §§s 3º, 4º e 7º da Lei de Arbitragem. O § 3º prevê que: “*Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei*”. Já o § 4º determina que: “*Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio*”. Por fim, o § 7º estabelece que: “*A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral*”.

Esses três parágrafos do art. 7º da Lei 9.307/96 têm em comum o comando de que, na ação de instituição de arbitragem, havendo litígio sobre os termos do compromisso arbitral, cabe ao juiz estatal decidir qual será o conteúdo do compromisso arbitral. Ora, um dos temas regulados pelo compromisso arbitral são as regras procedimentais.

Assim, tendo sido necessário ingressar com a ação do art. 7º para instituir a arbitragem, uma das possíveis “fontes subjetivas” de criação das regras procedimentais é o juiz estatal que aprecia tal processo estatal.

Nesta tese existe um capítulo específico sobre a flexibilidade do procedimento nos atos destinados a instituir a arbitragem (capítulo 14 infra), no qual se examina a demanda do art. 7º da Lei 9.307/96. Assim, para mais detalhes sobre a criação das regras procedimentais pelo juiz estatal (na ação do art. 7º da Lei de Arbitragem), ver tal capítulo, que aborda o tema em profundidade.

6.7) Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais. Observações iniciais sobre a criação das regras na convenção arbitral.

No item 6.1 desta tese apontou-se que a criação das regras procedimentais pode ser estudada tendo em vista os seus aspectos subjetivos e objetivos. Os aspectos objetivos relacionam-se com saber onde são estabelecidas as regras procedimentais, ou seja, em que documento, em que local disciplinou-se o procedimento arbitral.

Assim, as partes podem prever regras procedimentais já na **convenção arbitral**, ou seja, ao firmarem a cláusula compromissória e/ou o compromisso arbitral. Essas são duas

importantes “fontes objetivas”, nas quais podem ser (e muitas vezes são) criadas regras procedimentais que regerão a arbitragem.

A situação em que as partes se encontram quando assinam uma **cláusula compromissória** é diferente das que elas enfrentam quando firmam o **compromisso arbitral**. Na grande maioria das situações, a cláusula compromissória está inserta no contrato principal, sendo sua assinatura concomitante à conclusão do negócio, momento esse que ainda não surgiu o conflito, pelo contrário, o que existe é a convergência das partes, a festa, a *champagne*, pois o negócio foi acertado. Já quando se firma o compromisso arbitral, o litígio já surgiu, o contrato já está gerando problemas, não existe mais festa, mas sim o conflito.

Assim, oportuno estudar a eleição de regras procedimentais, na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, de forma separada. São situações distintas, que precisam ser examinadas tendo em vista a realidade de cada momento.

6.8) Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras na cláusula compromissória.

Um dos locais onde as partes podem criar as (ou alguma das) regras procedimentais da arbitragem é na cláusula arbitral. Aliás, esse é o primeiro momento em que são criadas as regras procedimentais.¹⁵⁴ É, portanto, a primeira possível “fonte objetiva” das regras procedimentais. Por isso, é interessante examinar com certa profundidade a redação da cláusula compromissória.

A primeira observação a ser feita é que, ao contrário das demais “fontes objetivas” adiante examinadas, a cláusula compromissória é, em praticamente todas as situações, fruto de criação exclusiva das partes. Já no que se refere às outras “fontes objetivas”, é muito mais comum que sua origem seja decorrente dos esforços conjuntos de mais de uma “fonte subjetiva; por exemplo, não raro o compromisso arbitral, ou o “termo de arbitragem”, são elaborados pelas partes junto com os árbitros e/ou com o órgão institucional arbitral. Em tese, somente consigo vislumbrar um caso em que as regras procedimentais previstas na cláusula compromissória não sejam decorrentes somente da vontade das partes, que seria a hipótese da cláusula já prever o nome do árbitro, que inclusive influenciou a redação do documento (e eventualmente o assinou na qualidade de

¹⁵⁴ Em sentido similar, LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 4, p. 158, mas mencionando a convenção arbitral.

anuente). Todavia, esse tipo de situação é bem rara, pois é difícil – na verdade sequer é recomendável – que o árbitro seja escolhido na cláusula compromissória, pois nem mesmo se sabe qual tipo de conflito vai surgir.

De outro lado, como a lei (pelo menos a brasileira) não estabelece um conteúdo obrigatório da cláusula arbitral, não existe necessidade das partes desde logo criarem, na cláusula, todas as regras, inclusive procedimentais, que vão regular a futura eventual arbitragem. Não se trata de obrigação das partes, e sim de uma faculdade.

Portanto, as partes até podem, se quiserem, estabelecer diversos tipos de regras na cláusula compromissória, regulando inúmeros aspectos da arbitragem, inclusive questões procedimentais. Mas não é comum redigir-se uma cláusula compromissória com a disciplina integral, detalhada, do procedimento arbitral a ser adotado em caso de litígio. O mais comum é a escolha, pelas partes, de algumas poucas regras procedimentais, normalmente pela referência de aplicação de um regulamento arbitral. Essa afirmação, todavia, é cercada de enorme controvérsia, cujos contornos são explicados no item seguinte desta tese.

6.9) Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras na cláusula compromissória (cont.). Cláusulas mais enxutas e cláusulas mais robustas (o gordo e o magro).

Existe controvérsia, na doutrina e na praxe (entre os advogados que negociam contratos), sobre qual seria o conteúdo ideal da cláusula compromissória. A discussão decorre da necessidade de se estabelecer, em cada caso concreto (em cada contrato), quais regras – inclusive de natureza procedimental – já devem constar desde logo no compromisso arbitral.

Uma primeira corrente – que pode ser denominada de **restritiva** – defende a desnecessidade, ou mesmo a inconveniência, de ser redigida uma cláusula compromissória excessivamente detalhista, motivo pelo qual criticam (e evitam) a inclusão de muitas regras (inclusive procedimentais) na cláusula compromissória. Afirma-se, por exemplo, que não seria necessário que no contrato já estejam previstas, em detalhes, as regras específicas que regularão um eventual litígio, que ainda não surgiu. Até mesmo por ser desgastante prolongar uma discussão contratual para estabelecer regras sobre um eventual conflito que não se sabe se vai surgir – pelo contrário, no momento do contrato imagina-se que o

conflito não surgirá!¹⁵⁵ Outro argumento desta corrente de pensamento é que quanto mais regras forem fixadas no compromisso arbitral, menor seria a flexibilidade do procedimento. Afirma-se ainda que as regras fixadas em abstrato podem não ser as mais adequadas quando surgir o litígio.

A segunda corrente – que pode ser denominada de **ampliativa** – entende o contrário, que o ideal é que as partes já estabeleçam, na cláusula compromissória, a maior quantidade de regras regulando a eventual futura arbitragem, entre elas as (ou ao menos parte das) regras procedimentais. Essa linha de raciocínio apóia-se na idéia de que seria mais fácil estabelecer as (senão todas, pelo menos parte das) regras quando se assina a cláusula compromissória. Isso pelo fato do litígio não ter surgido, ser hipotético, eventual. Quando se assina a cláusula compromissória (geralmente inserida no contrato), as partes estão num momento convergente, em que estariam mais propensas a negociar “em abstrato”, sem estarem necessariamente vislumbrando um conflito real. Seria assim mais fácil estabelecer as regras procedimentais antes de surgido o litígio, do que após, quando os ânimos já estão exaltados, em que é mais fácil surgirem impasses. Outro argumento desta corrente é que se as partes, quando surgido o litígio, não chegarem a um acordo sobre as regras procedimentais, essas serão fixadas pelo árbitro. Assim, para não perder controle sobre a fixação das regras procedimentais, seria interessante negociá-las já quando se assina o compromisso.

São assim duas linhas de raciocínio distintas. De um lado, uma cláusula compromissória mais **robusta**, com várias estipulações, inclusive prevendo-se algumas (ou várias) regras procedimentais. De outro lado, uma cláusula compromissória mais **enxuta**, com poucas regras, quase sem estipulações procedimentais. Em suma, cláusula “enxuta” versus cláusula “robusta”. No popular, deixando de lado expressões politicamente corretas, é o confronto do **gordo** contra o **magro**.

Desse “confronto” não vai surgir qualquer fórmula mágica sobre o que deve ou não constar na cláusula compromissória. Não existe o conteúdo “ideal” da cláusula compromissória. O que deve constar na cláusula depende muito da situação em concreto, das experiências prévias das partes e dos seus advogados, de quanto espaço as partes ainda têm para negociar, para detalhar o contrato, para prever as regras – inclusive procedimentais – que vão reger a futura e eventual arbitragem.

¹⁵⁵ No sentido ora explicado: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 290.

Não se deve confundir o “confronto” supra citado, entre as correntes restritiva (a cláusula magra) e ampliativa (a cláusula gorda), com os conceitos de cláusula compromissória cheia e vazia, explicadas no item 4.3 desta tese. A diferença entre a cláusula cheia e vazia refere-se exclusivamente a um único aspecto, que é prévia determinação da forma de se iniciar a arbitragem, geralmente pela indicação do órgão institucional arbitral que irá administrar a arbitragem: se existe essa determinação, a cláusula é cheia, se não existe, é vazia.

Ora, uma cláusula pode ser robusta (gorda), com diversas regras, mas ser vazia, não prevendo como se inicia a arbitragem. E ela pode ser enxuta (magra), com poucas estipulações, mas prever a forma mediante a qual se inicia a arbitragem.

6.10) Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras na cláusula compromissória (cont.). Conteúdo “ideal” de uma cláusula compromissória? O cardápio. O aprendiz de feiticeiro.

Para melhor visualizar o explicado no item anterior deste estudo, e para facilitar a decisão sobre o que deve constar na cláusula compromissória, o seu possível conteúdo pode ser dividido em três grupos de possíveis regras a serem escolhidas pelas partes. Assim, quando se redige uma cláusula compromissória arbitral, deve-se ter em mente que existem “pontos fundamentais”, “pontos importantes”, e “pontos controvertidos”. Essas três categorias abrangem questões que se relacionam com regras procedimentais, mas também outras que não envolvem regras procedimentais. São todas citadas abaixo, para que o raciocínio fique completo.

(A) São **pontos fundamentais**, cuja inserção na cláusula compromissória é altamente recomendável:

(a1) a menção clara de quem é atingido pela cláusula compromissória (aspecto subjetivo da cláusula);

(a2) a menção clara de quais tipos de questões contratuais – se todas ou se somente alguns tipos – serão resolvidos por arbitragem (aspecto objetivo da cláusula);

(a3) a utilização de uma cláusula cheia, com a menção expressa de que a arbitragem será institucional, ou seja, que ela será administrada por determinado órgão arbitral institucional, desde logo escolhido pelas partes; obviamente, se as partes não querem que a arbitragem seja institucional, se refletiram expressamente sobre o tema e preferem a arbitragem *ad hoc*, então essa sugestão é só parcialmente válida, mantendo-se a

recomendação de que prevejam uma forma de iniciar-se a arbitragem, ou seja, de que a cláusula, apesar de prever a arbitragem *ad hoc*, permanece sendo uma cláusula cheia;¹⁵⁶

(a4) a menção expressa de qual é o regulamento arbitral que vai disciplinar a arbitragem, o qual pode ou não ser o regulamento do órgão arbitral escolhido pelas partes; essa sugestão continua sendo válida mesmo quando a arbitragem é *ad hoc*, pois as partes podem determinar que o árbitro aplique o regulamento arbitral de um órgão institucional arbitral ou um regulamento autônomo, como a *UNCITRAL Arbitration Rules* ou a *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules)*.

(B) São **pontos importantes**, cuja inserção na cláusula compromissória deve ser avaliada pelas partes, e que dependem muito de cada caso concreto:

(b1) a quantidade de árbitros;

(b2) o local em que a sentença arbitral será proferida¹⁵⁷, o local em que os atos processuais da arbitragem serão realizados, e/ou a sede da arbitragem, expressão essa, todavia, que deve ser usada com cuidado quando as arbitragens forem realizadas no Brasil;

(b3) o idioma da arbitragem;

(b4) a qualificação dos árbitros, inclusive sua nacionalidade;

(b5) qual é o direito material aplicável, ou se a arbitragem será por equidade;

(b6) a vinculação das partes à sentença arbitral (o que pode ser necessário dependendo da legislação arbitral aplicável às partes ou à arbitragem); e

(b7) o sigilo.

(C) São **pontos controvertidos**, que às vezes podem mais atrapalhar do que ajudar, e que por isso devem ser avaliados pelas partes com extremo cuidado:

(c1) o estabelecimento de uma cláusula escalonada, prevendo primeiro uma etapa obrigatória de mediação, e somente depois a arbitragem;

(c2) escolha de um procedimento “cautelar” pré-arbitral, o que tem vantagens e desvantagens;

(c3) divisão prévia das custas da arbitragem;

(c4) prazo para iniciar a arbitragem;¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ver itens 4.3 a 4.5 supra, nos quais se explica: (i) as diferenças entre cláusula cheia e vazia, e também a distinção entre arbitragem institucional (administrada) e arbitragem *ad hoc*; e (ii) os motivos que levam a maior parte da doutrina a defender a cláusula cheia e a arbitragem institucional.

¹⁵⁷ A indicação, na cláusula compromissória, do lugar em que a sentença arbitral será proferida, é defendida por: ADRIANA BRAGHETTA, A importância da sede, cit., p. 18 ss, em especial n. 6, p. 31-32.

- (c5) o prazo para terminar a arbitragem;
- (c6) prever-se que a arbitragem é “facultativa”, que ela não é obrigatória, mas mera opção das (ou de uma das) partes;
- (c7) a escolha do(s) árbitro(s), já feita na cláusula compromissória, mesmo sem ter surgido o litígio;
- (c8) a escolha de uma lei processual nacional para reger a arbitragem (ver a crítica a esta opção no item 6.17 desta tese);
- (c9) a fixação de regras sobre a produção de provas; e
- (c10) o detalhamento excessivo de outras regras procedimentais, como fixando prazos etc., que podem engessar o procedimento, e também não serem as mais adequadas quando surgir o litígio (mas que podem ser depois alteradas: ver capítulo 7 infra).

As listas acima expostas, longe de serem exaustivas, demonstram a grande quantidade de opções de escolha de regras – inclusive procedimentais – ofertadas às partes quando elas redigem uma cláusula compromissória arbitral. Várias dessas opções são examinadas ao longo desta tese.

Voltando ao exemplo do gordo e do magro, essas listas podem ser comparadas a um **cardápio**. Quanto mais itens do cardápio forem escolhidos, mais robusta (gorda) será a cláusula. Às vezes a fome é grande e por isso são escolhidos muitos itens do cardápio; assim, o contrato em negociação pode ter peculiaridades que efetivamente exigem a redação de uma cláusula compromissória mais robusta. Mas existem pessoas que mesmo sem fome escolhem muitos itens de um cardápio; assim, há advogados que gostam de inserir várias regras na cláusula arbitral independentemente delas serem efetivamente necessárias (ou mesmo convenientes) naquele contrato específico. E há quem, mesmo com fome, preferirá sempre escolher poucos itens de um cardápio; assim, há advogados que preferem sempre redigir uma cláusula arbitral mais enxuta, evitando (mesmo quando pode ser conveniente ou necessário) inserir excessivas disposições sobre a eventual futura arbitragem.

¹⁵⁸ Esse tipo de cláusula pode gerar pelo menos três indagações: (i) o que significa iniciar a arbitragem, é preciso que ela esteja instituída (art. 19 da Lei 9.307/96), ou basta ter sido formalizada a intenção de uma das partes iniciar a arbitragem? (ii) o prazo para iniciar a arbitragem é contado a partir de quando?; (iii) se passar o prazo para iniciar a arbitragem, sem que as partes tenham tomado qualquer providência, então isso significa que existe renúncia tácita à convenção arbitral? E as respostas a essas indagações geram a discussão se a eleição da arbitragem como meio de solução de controvérsias no caso concreto permanece ou não válida após passar tal prazo para iniciar a arbitragem. Por isso, a regra que prevê prazo para as partes iniciarem a arbitragem mais atrapalha do que ajuda.

E, reafirmo, não existe fórmula mágica pré-determinada que seja sempre correta. Ninguém pode prever com exatidão qual seria a melhor redação da cláusula, pois o conflito é eventual e futuro. As partes podem prever, na cláusula, que determinada regra é a mais adequada, e ela se revelar inadequada quando for realizar a arbitragem. E cada um que escrever sobre o tema com certeza terá suas próprias preferências, sua lista de prioridades.¹⁵⁹

Por isso, em certo sentido pode-se afirmar que, ao redigir a cláusula na forma que considerar mais adequada para o contrato específico, todo advogado exerce um papel parecido com o “**aprendiz de feiticeiro**”. Como não existe a fórmula mágica correta e infalível, não existe o efetivo feiticeiro: somos todos assim aprendizes de feiticeiro.

E, obviamente, o aprendiz de feiticeiro corre o risco de montar fórmula que posteriormente se demonstre inadequada. E nem sempre a fórmula errada poderá ser consertada pelo feiticeiro. Mas essa correção pode até acontecer, pois uma das vantagens da arbitragem é a sua flexibilidade, já que as regras antes previstas muitas vezes podem ser modificadas, seja pelas partes, seja pelo árbitro (ver capítulo 7 infra).

Quero deixar claro que não estou insinuando que os advogados seriam sempre aprendizes de feiticeiros e que o árbitro seria sempre o feiticeiro experiente. A modificação (adaptação) de regra antes escolhida pelas partes pode ser feita pelas próprias partes, sozinhas, de comum acordo. Ou essa modificação pode ser feita de forma conjunta, conversada, negociada, entre as partes e o árbitro. E mesmo o árbitro também pode ter o seu dia de aprendiz de feiticeiro, criando regra procedimental que depois se verifique não ser a mais adequada, ou pode pegar uma boa regra, prevista pelas partes, e mesmo assim modificá-la, piorando a regulamentação de tal questão.

A imagem do aprendiz de feiticeiro é usada nesta tese para apontar que, apesar de existir ampla liberdade em se contratar o conteúdo da cláusula compromissória arbitral, as escolhas devem ser feitas com muito cuidado pelas partes, advogados, árbitro etc., pois a fórmula encontrada, se mal pensada, mal redigida, mal dimensionada para o caso concreto, pode acabar gerando mais problemas do que soluções.

Para diminuir a possibilidade de cláusulas serem mal redigidas, vários órgãos arbitrais institucionais possuem, nos seus sítios na Internet, **sugestões de redação de cláusulas compromissórias**. Por isso, uma boa prática – até para evitar alguns possíveis erros que eventualmente podem ser cometidos pelo aprendiz de feiticeiro – é utilizar os

¹⁵⁹ Ver, entre outros, as listas mencionadas por: EDUARDO SPINOLA E CASTRO, A convenção, cit., n. 4, p. 19.

modelos sugeridos pelos órgãos institucionais, ou ao menos usá-los como base inicial da redação da cláusula compromissória.

Ocorre que as redações sugeridas pelos órgãos institucionais variam, inclusive em função do lugar onde está estabelecido tal órgão, do sistema legal do local (*common law* ou *civil law*), da lei arbitral da nação em que está o órgão, e ainda da eventual especialidade do órgão. Existem sugestões mais robustas e outras mais enxutas. Algumas com mais detalhes do procedimento arbitral, outras com menos (ou quase nada) sobre o procedimento. Então, mesmo quando utilizarem modelos sugeridos pelos órgãos institucionais, as partes devem verificar se é interessante incluir ou retirar regras procedimentais. As listas acima mencionadas podem ajudar nesta tarefa.

6.11) Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Criação das regras no compromisso arbitral.

No item 6.1 desta tese apontou-se que a criação das regras procedimentais pode ser estudada tendo em vistas os seus aspectos subjetivos e objetivos. Os aspectos objetivos relacionam-se com saber onde são estabelecidas as regras procedimentais. Assim, uma das possíveis fontes objetivas das regras procedimentais é o compromisso arbitral.

Comparando-se com o que costuma acontecer com a cláusula compromissória (explicada nos itens precedentes desta tese), é bem mais comum, na prática, que o detalhamento das regras que vão reger a arbitragem – entre elas as regras procedimentais – ocorra quando as partes firmam o compromisso arbitral, ou seja, após o surgimento do litígio. Antes não se sabia se haveria um conflito, e nem como esse seria. As partes no máximo tinham uma idéia do que poderia acontecer de ruim, mas obviamente não tinham o poder de prever com exatidão como seria a execução do contrato no futuro (salvo a hipótese do contratante de má-fé que, quando assina o contrato, já soube que irá descumpri-lo).

Surgido o litígio, o panorama define-se. Agora fica mais fácil – ao menos em tese – estabelecer as regras que vão disciplinar a arbitragem, em especial que irão reger o procedimento arbitral. Um pequeno exemplo é a quantidade de árbitros: se a questão em discussão é pequena (tendo em vista o resto do contrato ou as demais relações contratuais entre as partes), ou ainda existindo um bom relacionamento e/ou confiança entre as partes, ou querendo elas economizar, podem as partes preferir escolher árbitro único do que utilizar três árbitros.

Talvez o leitor ache que, quando é assinado o compromisso arbitral, nesse sempre deveria constar todos (ou quase todos) os pontos mencionados nas três listas explicadas no item anterior desta tese. Mas isso não é necessariamente verdade. Em certa medida, o debate entre as correntes restritiva e ampliativa antes explicadas se reproduz quando se redige o compromisso arbitral. O compromisso arbitral pode ser mais enxuto, com poucas regras, por exemplo sem prever como será o procedimento, deixando para o árbitro fixá-lo. Ou pode ser mais robusto, com muitas regras, por exemplo detalhando-se o procedimento arbitral. Novamente, é o gordo e o magro (item 6.9 supra).

Como já mencionado antes, não existe fórmula mágica correta – apesar de existirem requisitos obrigatórios. Isso pelo fato de que o art. 10 da Lei 9.307/96 estabelece alguns requisitos obrigatórios para o compromisso arbitral, que são disposições que devem sempre constar no compromisso. Já o art. 11 da mesma Lei de Arbitragem estabelece alguns pontos facultativos que podem ou não ser previstos na convenção de arbitragem, entre esses algumas questões procedimentais. O rol dos arts. 10 e 11 da Lei 9.307/96 não abrange todas as possibilidades de tipos de regras (inclusive procedimentais) que podem regular uma arbitragem; basta comparar tais dispositivos com a lista feita no item precedente desta tese. Por isso, ao longo desse estudo serão examinadas várias outras questões procedimentais não decorrentes do previsto nos arts. 10 e 11 da Lei 9.307/96.

Um dos argumentos dos defensores de um compromisso arbitral mais robusto é que deixar questões sem disciplina automaticamente implicará na transferência de poder ao árbitro para preencher as lacunas, inclusive estabelecendo regras procedimentais. Para tal corrente, seria melhor que as partes tivessem controle direto sobre a criação das regras do procedimento, para evitar que o árbitro estipulasse regras não desejadas pelas partes.

Já os defensores de um compromisso arbitral mais enxuto usam o argumento inverso, que é melhor deixar para o árbitro estabelecer as regras procedimentais, pois a sua prévia escolha pelas partes poderia engessar o procedimento, tornando-o menos flexível.

No fundo é o mesmo tipo de discussão explicada no item 6.9 supra. E, por isso, aplicam-se as mesmas observações quanto à não existência de fórmula mágica, que permite a cada advogado exercer o seu lado de aprendiz de feiticeiro.

Aliás, muitas vezes o compromisso arbitral é assinado já com a prévia eleição dos árbitros, que assim influenciam a redação do compromisso, e a escolha das regras procedimentais eleitas pelas partes. Então, podem ser previstas regras sugeridas ou escolhidas pelo árbitro, o qual também terá, assim, seu momento de aprendiz de feiticeiro.

Ao longo desta tese são abordadas inúmeras opções de regras que podem ser aplicadas na arbitragem. Um dos lugares em que essas regras podem ser estabelecidas é no compromisso arbitral. Já foi dito antes, e agora se reitera, que o compromisso arbitral não é o único documento em que isso pode ser feito. Aliás, conforme explicado em detalhes no item 4.4 desta tese, nem sempre é necessário assinar um compromisso arbitral para realizar-se uma arbitragem, em especial quando existe uma cláusula compromissória cheia. Portanto, apesar de ser um bom local para prever as regras procedimentais, o compromisso arbitral não é o único lugar em que elas podem ser estabelecidas. Outro tipo de documento, comum na praxe arbitral, é o chamado “termo de arbitragem” (examinado no item 6.12.2 desta tese), principalmente nas arbitragens em que não é firmado compromisso arbitral.

6.12) Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). A criação de regras procedimentais em outros documentos firmados pelas partes.

No item 5.12 desta tese apontou-se que a criação das regras procedimentais pode ser estudada tendo em vistas os seus aspectos subjetivos e objetivos. Os aspectos objetivos relacionam-se com saber onde são estabelecidas as regras procedimentais.

E nos itens anteriores desta tese examinaram-se vários aspectos da criação de regras procedimentais na convenção arbitral, seja na cláusula compromissória, seja no compromisso arbitral. Ocorre que esses dois documentos – cláusula e compromisso – não são os únicos tipos de documentos nos quais as regras procedimentais podem ser criadas pelas partes (eventualmente com o concurso do árbitro e/ou do órgão arbitral institucional eventualmente escolhido pelas partes para administrar a arbitragem).

Na verdade, não importa tanto o nome do documento, mas sim o seu conteúdo, e a inequívoca demonstração dele expressar a efetiva vontade das partes.

De qualquer modo, existem dois tipos “específicos” de documentos que, na prática, também costumam ser utilizados para criar-se regras procedimentais. O primeiro é o adendo à convenção arbitral, examinado a seguir. O segundo é o chamado “termo de arbitragem”, explicado no item 6.12.2 infra. Esses dois “tipos” de documentos são examinados de forma separada, sem prejuízo de afirmar-se, mais uma vez, que eles não esgotam a lista de espécies de documentos nos quais podem ser estabelecidas, pelas partes, regras procedimentais.

6.12.1) O adendo à convenção arbitral.

O parágrafo único do art. 19 da Lei 9.307/96 estabelece que: *“Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.”*

Tal dispositivo de certa forma “complementa” o art. 21 da Lei de Arbitragem, para deixar claro que as regras procedimentais podem ser escolhidas pelas partes em outro **documento posterior à convenção de arbitragem**. Na verdade isso pode ocorrer em qualquer tipo de documento, e não somente no adendo previsto no parágrafo único do art. 19 da Lei 9.307/96. A Lei menciona expressamente o adendo, mas a criação de regras procedimentais pode ser feita em **qualquer tipo de documento** assinado pelas partes. Não importa a forma, mas sim ficar clara a manifestação de vontade das partes.

O parágrafo único do art. 19 também realça um aspecto prático importante da criação das regras procedimentais, que é a **estipulação conjunta das partes e do árbitro**. Esse dispositivo menciona que o adendo deve ser firmado por todas as partes e pelo árbitro, o que pressupõe uma negociação, entre eles, dos seus termos. Tal dispositivo reconhece, assim, que iniciado o procedimento, o árbitro tem importante papel em formular as regras procedimentais mesmo quando existe convergência de vontades das partes.

O dispositivo em questão afirma que pode ser assinado um adendo quando *“há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem”*. Na verdade, o conteúdo do adendo à convenção não é limitado à explicitação de questões presentes na convenção arbitral, podendo também disciplinar toda e qualquer questão – inclusive procedimental – ainda não regulada pelas partes. Aliás, pode até mesmo modificar algo antes estabelecido pelas partes (ver capítulo 7 infra). Assim, apesar da sua redação aparentemente restritiva, o adendo à convenção arbitral pode perfeitamente disciplinar outras questões (além daquelas que constam na convenção e que precisam ser explicitadas). Aqui, claramente, a lei disse menos do que queria, menos do que deveria.

O parágrafo único do art. 19 é expresso em prever que **todas as partes devem assinar o adendo à convenção arbitral**. Isso significa que, recusando-se uma das partes a firmar o documento, sua assinatura não pode ser suprida por outro método. O adendo à convenção arbitral é um documento consensual, no qual são expressas as livres

manifestações de vontade das partes em conjunto com o árbitro. Se uma das partes não aceita assinar aquele documento, isso não lhe pode ser imposto. Portanto, somente de forma consensual (convergência de vontades das partes e do árbitro) é possível criar regra procedimental por meio de adendo à convenção arbitral.

Mas essa conclusão não implica que a arbitragem fica engessada, ou que ela terá que se desenvolver somente com as regras já existentes, e nem que a mera objeção de uma das partes impedirá a criação de regras procedimentais ainda não formuladas. O que a objeção de uma das partes gera é a mera impossibilidade de firmar o adendo, ou seja, não será fixada regra procedimental de comum acordo entre partes e árbitro. Não sendo possível assinar o adendo em virtude da recusa de uma das partes, o árbitro pode simplesmente emitir uma ordem processual, estabelecendo as regras ainda não estipuladas pelas partes. Veja-se que o árbitro já tinha esse poder de sozinho estipular a regra procedimental em caso de omissão das partes; normalmente é preferível que ele tente fixar as regras junto com as partes, eventualmente assinando um adendo à convenção arbitral; mas se isso não for possível, o árbitro pode (sempre teve o poder de) estipular sozinho as regras procedimentais a respeito das questões ainda não reguladas.

Situação diferente é a do **árbitro que se recusa a assinar o adendo** à convenção arbitral, por não concordar com regras procedimentais nele inseridas. O adendo é perfeitamente válido sem a assinatura do árbitro, pois é um aditivo contratual, firmado pelas partes que originalmente assinaram a convenção arbitral. Mesmo quando a convenção arbitral existente no caso concreto é um compromisso arbitral também assinado pelo árbitro, pode ser feito um adendo sem a assinatura desse último, pois, como afirmado antes, as partes podem criar regras procedimentais em qualquer tipo de documento. Ainda que se considere que tal documento não é um adendo à convenção, por faltar a assinatura do árbitro, de qualquer modo é documento escrito no qual consta a regular e expressa vontade das partes em criar regras procedimentais, que passam assim a regular a arbitragem em questão.

O que ocorre é que, não concordando com as regras procedimentais – estipuladas pelas partes após ter aceito o seu encargo –, o árbitro pode renunciar. Ou, dependendo da situação, proferir decisão modificando a regra procedimental criada pelas partes (sobre essa questão, ver item 7.5 infra, que trata da modificação de regras procedimentais pelo árbitro sem a concordância das partes).

Outro aspecto importante do parágrafo único do art. 19 é que tal dispositivo **não prevê limitação temporal**. O adendo à convenção arbitral pode ser assinado a qualquer

momento após a instauração da arbitragem. Obviamente, proferida a sentença arbitral (e/ou seu complemento), não existirá mais espaço para ser assinado um adendo na forma prevista no parágrafo único do art. 19, pois a missão do árbitro já terá sido encerrada (ele não terá mais jurisdição); e também pelo fato de que não tem sentido estabelecer regras procedimentais para um procedimento que já se encerrou.

O § 2º do art. 9º da Lei de Arbitragem determina que: “*O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.*” Já o parágrafo único do art. 19 da Lei de Arbitragem **não exige** que o adendo à convenção arbitral seja assinado por **duas testemunhas**. Por isso, apesar do compromisso arbitral extrajudicial precisar de duas testemunhas (quando não lavrado por instrumento público), o seu eventual adendo não precisará ser firmado por duas testemunhas. Do mesmo modo, o eventual adendo a uma cláusula compromissória também não precisará ser assinado por duas testemunhas. Agora, se o adendo à convenção for sim assinado por duas testemunhas, não haverá qualquer problema.

Essa regra da desnecessidade da assinatura de duas testemunhas para formalizar o adendo à convenção arbitral é extremamente importante, pois, no fundo, muitas vezes em que as partes assinam o “termo de arbitragem” (explicado no item seguinte desta tese), na verdade estão firmando um adendo à convenção arbitral. Não importa o nome dado, sendo o conteúdo o de adendo, ele é materialmente um adendo.

O adendo à convenção arbitral não recebe muita atenção da doutrina. Talvez pelo fato de imaginar-se que sua utilização seria rara. Mas, como acima explicado, muitas vezes o “termo de arbitragem” firmado pelas partes e pelo árbitro resta por ser, materialmente, equivalente a um adendo à convenção arbitral. Por isso, acredito que a quantidade de arbitragens nas quais existe um adendo à convenção arbitral (mesmo que sem usar esse nome) é superior ao que usualmente se pensa.

6.12.2) “Termo de arbitragem” (“termos de referência”, “ata de missão”).

Quando a cláusula compromissória é cheia, a arbitragem pode iniciar-se diretamente com base na cláusula arbitral, sendo desnecessário assinar compromisso arbitral. O mesmo pode ocorrer quando a cláusula é vazia, se as partes tomarem as medidas efetivas para iniciar-se a arbitragem, cooperando uma com a outra. Portanto, pode perfeitamente ser

instituída uma arbitragem sem compromisso arbitral. Essas idéias são explicadas em detalhes no item 4.4 supra, no qual também se aponta posições contrárias à ora defendida.

Tendo em vista a possibilidade – prática – de uma arbitragem iniciar-se sem prévia assinatura de compromisso arbitral, os regulamentos de alguns órgãos institucionais arbitrais prevêem que, no início da fase arbitral propriamente dita, as partes e o árbitro devem assinar um documento, denominado de “termo de arbitragem”,¹⁶⁰ ou “termos de referência”, ou ainda “ata de missão”.¹⁶¹ Cada regulamento específico tem uma lista de pontos – inclusive procedimentais – que devem constar no “termo de arbitragem”. Explica JOÃO BOSCO LEE que tal tipo de documento foi originalmente adotado na CCI, tendo, posteriormente, sido copiado por outras instituições arbitrais.¹⁶²

Quando o “termo de arbitragem” é assinado, o árbitro já está escolhido. O árbitro eventualmente ainda não assinou um documento formal de aceitação do seu encargo, mas já se determinou quem será o árbitro e esse já aceitou, pelo menos verbalmente, sua missão. Assim, o árbitro participa da elaboração do “termo de arbitragem”. E o órgão institucional arbitral também participa desse ato, auxiliando as partes e o árbitro a preparem tal documento. Aliás, existem regulamentos que expressamente prevêem que o “termo de arbitragem” é elaborado pelo árbitro junto com as partes,¹⁶³ ou ainda com assistência do órgão institucional arbitral.¹⁶⁴ Há ainda regulamentos que afirmam que o “termo de arbitragem” é elaborado pelo árbitro,¹⁶⁵ ou pelo órgão institucional com a assistência das partes.¹⁶⁶

E para evitar que uma das partes ser recuse a assinar o “termo de arbitragem”, os regulamentos arbitrais também costumam prever que essa recusa não impede a lavratura de tal documento.¹⁶⁷ Esse tipo de regra visa proteger a arbitragem institucional.

¹⁶⁰ Essa denominação é usada, entre outros regulamentos, no: Reg. CMA-CIESP 3.1 e 3.2; Reg. CCBC 5.8 e 5.9; Reg. AMCHAM SP 8.1 e 8.2.

¹⁶¹ Essa denominação é usada, entre outros regulamentos, no: Reg. CCI Art. 18.

¹⁶² *Arbitragem*, cit., p. 100. Sobre o “termo de arbitragem”, ver também: FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1228 ss, p. 665 ss.

¹⁶³ Reg. AMCHAM SP 8.1

¹⁶⁴ Reg. CMA-CIESP 3.1.

¹⁶⁵ Reg. CCI Art. 18 (1).

¹⁶⁶ Reg. CCBC 5.8.

¹⁶⁷ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP “8.2. O Termo de Arbitragem deverá ser assinado pelas partes e pelo(s) árbitro(s), bem como por duas testemunhas. A ausência de assinatura de qualquer das partes no Termo de Arbitragem não impedirá o regular processamento da arbitragem.” No mesmo sentido: Reg. CMA-CIESP 3.2; Reg. CCBC 5.9; Reg. CCI Art. 18 (2) e (3).

Mas por que os regulamentos arbitrais exigem a elaboração do “termo de arbitragem”? Quais os motivos para exigir este ato? Seria uma mera formalidade? Tradição? Reminiscências da exigência do compromisso arbitral?¹⁶⁸

Apesar de ser sim um ato formal, cuja negociação dos seus termos pode infelizmente durar bastante tempo, existem várias razões para prever a elaboração do “termo de arbitragem”. Os **principais motivos** são quatro: (a) marcar o início da fase arbitral propriamente dita; (b) fixar o objeto da arbitragem; (c) melhor organizar o posterior desenvolvimento da arbitragem; e (d) para proteger a arbitragem.

Quanto ao primeiro motivo, o art. 19 da Lei 9.307/96 estabelece que a arbitragem considera-se instituída com a aceitação, pelo árbitro, do seu encargo. A doutrina afirma, assim, que esse ato marca o início da fase arbitral propriamente dita. Ora, se o árbitro ainda não firmou um documento escrito aceitando o seu encargo, a sua assinatura no “termo de arbitragem” constituirá ato de aceitação formal da sua missão.

Em relação ao segundo motivo, diversos regulamentos arbitrais prevêm que, entre os pontos que devem estar regulados no “termo de arbitragem”, está a fixação do objeto da arbitragem, ou seja, quais são as pretensões das partes. Isso é de capital importância, pois o árbitro somente pode resolver as questões que forem objeto da arbitragem.

Já o terceiro motivo é melhor organizar a arbitragem, já que em muitas arbitragens existe a necessidade de elaborar (criar) regras procedimentais. Após ser escolhido o árbitro, a melhor forma de criar as regras procedimentais (de organizar o procedimento) é através de decisão conjunta das partes e do árbitro; por tal razão é que se prevê que o “termo de arbitragem” é feito pelas partes com o árbitro. Mais ainda, para que a fase arbitral propriamente dita possa se desenvolver, então as partes devem ter ciência das regras procedimentais aplicáveis ao caso concreto, por exemplo, como será a apresentação das alegações iniciais, quais serão os prazos etc. Por isso, cada regulamento arbitral costuma listar quais são os requisitos do “termo de arbitragem”, ou melhor, qual é o seu conteúdo. E diversos dos pontos que os regulamentos arbitrais determinam que sejam previstos no “termo de arbitragem” são, no fundo, regras procedimentais. Assim, por exemplo, há regulamentos que determinam que no “termo de arbitragem” deve constar: (i) o lugar em que a sentença será proferida; (ii) a responsabilidade pelo pagamento das custas e

¹⁶⁸ Analisando o tema, inclusive tendo em vista a regulamentação em outros países, ver: FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1229 ss, p. 666 ss; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 101 ss.

honorários; (iii) a língua da arbitragem; (iv) o prazo para proferir a sentença; (v) os endereços para os quais deverão ser enviadas as comunicações processuais; etc.

O quarto motivo é proteger a arbitragem. Há regulamentos de instituições arbitrais brasileiras que estabelecem, como conteúdo do “termo de arbitragem”, o estabelecido pelo art. 10 da Lei 9.307/96 para o compromisso arbitral, e inclusive exigem a assinatura de duas testemunhas.¹⁶⁹ Alguns desse regulamentos exigem ainda que sejam estabelecidos, no termos de arbitragem, outros tipos de regras. Ora, tal tipo de documento é, no fundo (materialmente), um compromisso arbitral, apesar de não ser denominado dessa forma pelo regulamento arbitral eleito pelas partes.¹⁷⁰ O objetivo – em se exigir que o “termo de arbitragem” contenha todos os requisitos previstos no art. 10 da Lei 9.307/96 – é proteger a arbitragem, criando outro documento que, materialmente, também é uma convenção arbitral (mais especificamente um compromisso arbitral). Isso ajudaria a evitar eventual alegação de nulidade da arbitragem em função da não assinatura de compromisso arbitral.

Na doutrina estrangeira há autores que criticam a necessidade de ser assinado, no meio do procedimento arbitral, um documento como o “termo de arbitragem”. A crítica que se faz é que esse documento – que tem que ser negociado entre partes e árbitro, muitas vezes com a participação do órgão institucional arbitral – torna o procedimento arbitral mais complicado, sem vantagens efetivas.¹⁷¹

Contudo, no atual estágio do desenvolvimento da arbitragem no Brasil, havendo ainda autores de renome que defendem a necessidade de ser sempre assinado o compromisso arbitral (ver item 4.4 supra), o “termo de arbitragem” pode trazer segurança à arbitragem, conforme antes explicado. Mas é necessário concordar que a assinatura do “termo de arbitragem” pode, em alguns casos, transformar-se em etapa mais demorada do que deveria ser.

6.13) Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). Aplicação de um regulamento arbitral.

¹⁶⁹ Ver, por exemplo: Reg. CMA-CIESP 3.1 e 3.2; Reg. CCBC 5.8 e 5.9; Reg. AMCHAM SP 8.1 e 8.2.

¹⁷⁰ Ver, sobre as diferenças entre o “termo de arbitragem” e o compromisso arbitral: JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 102 ss.

¹⁷¹ Ver, entre outros: GOULENE-RACINE, *As flutuações*, cit., p. 125.

No item 6.1 desta tese apontou-se que a criação das regras procedimentais pode ser estudada tendo em vistas os seus aspectos subjetivos e objetivos. Os aspectos objetivos relacionam-se com saber onde são estabelecidas as regras procedimentais.

Assim, uma das possíveis formas de escolher as regras do procedimento arbitral – ou melhor, outra possível fonte objetiva das regras procedimentais – é eleger a aplicação de determinado regulamento arbitral no caso concreto. Esse, aliás, é o modo mais comum das partes criarem as regras procedimentais.¹⁷² Também é o modo mais prático, pois, conforme bem apontam ALAN SCOUT RAU, EDWARD F. SHERMAN e SCOTT R. PEPPET, a escolha de um regulamento arbitral evita que as partes tenham que “reinventar a roda”.¹⁷³

A grande maioria dos regulamentos arbitrais existentes foram “editados” por órgãos institucionais arbitrais com o objetivo de regular as arbitragens que administram. Contudo, também existem regulamentos arbitrais “autônomos”, não editados por órgãos arbitrais institucionais. Entre esses últimos, o mais conhecidos é *UNCITRAL Arbitration Rules*. Outro regulamento “autônomo”, mas somente aplicável na fase instrutória, é o *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules)*.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a aplicação de um regulamento arbitral pode ocorrer tanto em **arbitragens institucionais** (feitas com o apoio e direção de um órgão institucional arbitral) quanto em **arbitragens ad hoc**, nas quais não existe o órgão arbitral, mas somente as partes e o árbitro. Isso porque nada impede que, na arbitragem *ad hoc*, as partes determinem que a arbitragem, apesar de não ser realizada perante a instituição arbitral X (não ser por essa administrada), deverá seguir o regulamento daquela instituição X. Ou que em tal arbitragem *ad hoc* seja aplicado um regulamento “autônomo”.

Normalmente a escolha (eleição) do regulamento aplicável é feita pelas partes, na cláusula compromissória, no compromisso arbitral, ou ainda em qualquer outro documento por elas firmado (como o adendo à convenção ou o “termo de arbitragem”). Isso pode até mesmo acontecer por sugestão (influência) do árbitro, mas, em geral, trata-se de uma escolha das partes. Essa regra, todavia, não é absoluta. Existem pelo menos três situações diferentes, nas quais não são as partes quem escolhe o regulamento aplicável.

A primeira situação é quando a arbitragem é institucional (administrada) e existe mais de um regulamento no órgão institucional arbitral, por exemplo, um regulamento comum, e outro expedito, ou outro “setorial”. Muitos regulamentos arbitrais prevêm como

¹⁷² RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 239.

¹⁷³ *Arbitration*, cit., p. 239.

fazer essa escolha quando as partes não estão de acordo sobre qual regulamento seguir. Uma solução possível é prever que caberá ao órgão institucional arbitral decidir qual regulamento será aplicado; outro tipo de solução é prever-se sempre a aplicação do regulamento “comum”, salvo quando as partes conjuntamente elegerem outro regulamento. Nas duas soluções, quem decidiu qual regulamento aplicar foi o órgão institucional arbitral, seja tomando essa decisão caso a caso (primeira solução) seja previamente determinando qual o regulamento a ser aplicado (segunda solução). O regulamento não é eleito pela vontade convergente das partes, mas pelo órgão institucional arbitral. E diversas vezes essa tarefa é do órgão institucional arbitral pois trata-se de uma das primeiras decisões a serem proferidas após ser feita a provocação para a instituição da arbitragem, ainda na fase pré arbitral, antes portanto da escolha dos árbitros (escolha essa cujo procedimento pode inclusive depender de qual regulamento será aplicado).

A segunda situação, que pode ocorrer em arbitragens *ad hoc*, verifica-se quando as partes não conseguem chegar a um acordo sobre qual regulamento aplicar, e o árbitro entende adequado determinar a aplicação de um regulamento arbitral, até para que as partes saibam com antecedência qual procedimento será realizado. Nesse tipo de situação, a eleição do regulamento arbitral aplicável é feita exclusivamente pelo árbitro, sem participação das partes. Claro que o árbitro pode – até mesmo deve – tentar escolher o regulamento arbitral junto com as partes, negociando uma solução que agrade a todos; mas se não tiver sucesso em tal tentativa, pode sim determinar a aplicação de um determinado regulamento arbitral.¹⁷⁴

A terceira situação é quando a arbitragem é instituída em razão da propositura da ação do art. 7º da Lei de Arbitragem. Ao apreciar a ação do art. 7º, o juiz estatal tem poderes para estabelecer o conteúdo do compromisso arbitral, ou seja, ele também pode fixar (criar) as regras procedimentais daquela arbitragem. Assim, com tal finalidade, o juiz estatal pode determinar a aplicação de determinado regulamento arbitral. Nesse tipo de situação, novamente a escolha do regulamento arbitral aplicável não é feita pelas partes, mas sim por terceiro, no caso o magistrado estatal.

¹⁷⁴ O regulamento arbitral escolhido “unilateralmente” pelo árbitro pode se chocar com regra antes prevista pelas partes. Se isso acontecer, o árbitro terá modificado (adaptado) regra procedimental que já fora fixada pelas partes.

6.13.1) Afirmar que a arbitragem será administrada por determinado órgão institucional arbitral é a mesma coisa que dizer que se aplica o regulamento de tal órgão?

Uma cláusula compromissória pode afirmar que os litígios serão resolvidos por arbitragem a ser realizada no órgão arbitral X. Tal cláusula prevê, portanto, quem irá administrar a arbitragem. Não se afirma qual é o regulamento a ser aplicado.

Outra coisa é afirmar, na cláusula compromissória, que a arbitragem será regida pelo regulamento arbitral Y, ou pelo regulamento do órgão institucional W. O que essa cláusula determina é a **aplicação do regulamento** (Y ou W), e não que a arbitragem será necessariamente **administrada pelo órgão institucional arbitral** (Y ou W).

Uma terceira coisa diferente é a cláusula arbitral desde logo afirmar que os litígios serão resolvidos por arbitragem a ser realizada perante o órgão institucional arbitral Z, e aplicando-se o seu regulamento. Esse segundo tipo de redação é que caracteriza uma cláusula arbitral cheia, na qual o órgão institucional arbitral é claramente eleito.

Trata-se de sutil diferença, que não costuma ser abordada pela doutrina.¹⁷⁵ Afirmar que uma arbitragem será administrada por um órgão não é a mesma coisa que afirmar que será aplicado o regulamento de tal órgão. Até porque, como explicado no item anterior desta tese, podem ser utilizados regulamentos arbitrais em arbitragens *ad hoc*.

Para evitar confusões e discussões protelatórias, é extremamente recomendável que as partes determinem a aplicação do regulamento de um órgão institucional arbitral e ainda que a arbitragem ocorra perante tal órgão institucional. Geralmente é melhor usar a arbitragem institucional, pelas razões explicadas no item 4.5 supra.

De qualquer modo, há quem considere que quando a convenção arbitral somente afirma que se aplica o regulamento da instituição arbitral X, ela também teria sido implicitamente escolhida pelas partes para administrar a arbitragem.

Outra hipótese é a convenção arbitral mencionar que a arbitragem ocorrerá perante a instituição arbitral X, mas não dizer qual regulamento se aplica ao caso concreto. Nesse tipo de situação, se a instituição arbitral somente tem um regulamento, parece lógico supor que é esse o regulamento que deve ser aplicado. Se ela tiver mais de um regulamento,

¹⁷⁵ O tema é tratado brevemente por: DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 287; JOAQUIM SIMÕES BARBOSA, Algumas escolhas que precisam ser feitas quando da estruturação da arbitragem. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, n. 1, p. 205-206.

então necessário verificar se tais regulamentos possuem alguma regra de “solução de omissões”, a qual estabeleça qual regulamento deve ser aplicado em caso de omissão das partes, ou que estabeleça quem deve determinar o procedimento aplicável, conforme explicado no item anterior desta tese. Não havendo tal regra, e na ausência de estipulação das partes, também explicou-se anteriormente que caberá então ao árbitro estabelecer qual é o regulamento aplicável.

6.13.2) Aplicação parcial de um regulamento. Aplicação de um regulamento por órgão institucional arbitral diferente.

Há regulamentos arbitrais que **prevêem em detalhes as regras procedimentais** a serem seguidas nas arbitragens. Regulam os prazos para apresentação das alegações iniciais, da impugnação, da réplica, da tréplica etc. Estipulam a possibilidade e/ou limites para o demandado apresentar pedido reconvenicional. Disciplinam a concessão de medidas de urgência. Estabelecem regras sobre a produção de provas. Alguns chegam a detalhes como a intervenção de terceiros, arbitragens multipartes, conexão de arbitragens, e a possibilidade (ou não) de serem editadas sentenças arbitrais parciais.

Outros regulamentos, contudo, não têm essa riqueza de detalhes, ou são omissos em relação a algumas regras. Por isso, às vezes a eleição da aplicação do regulamento de determinado órgão institucional arbitral pode resolver somente parcialmente a questão da fixação das regras do procedimento. Ou seja, mesmo com a eleição de um regulamento, as partes e/ou o árbitro ainda podem ter que prever, para aquela arbitragem específica, outras regras procedimentais.

Até em função do acima explicado, verifica-se que tendo as partes eleito previamente a aplicação do regulamento de um órgão institucional arbitral, nada impede que elas também estabeleçam que tal regulamento não será aplicado na sua integralidade. Assim, as partes podem determinar a utilização parcial do regulamento,¹⁷⁶ ou mesmo modificar algumas das suas regras, por exemplo ampliando ou encurtando prazos, criando ou suprimindo fases ou atos processuais, alargando ou estreitando a colheita de provas etc. Ou seja, via de regra o regulamento de um órgão arbitral não é um pacote hermeticamente fechado, no qual ou se aceita tudo ou não se aceita nada.

¹⁷⁶ ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 55.

Geralmente existe ampla flexibilidade para as partes alterarem as regras procedimentais de acordo com o que for melhor para solucionar o litígio em questão. Há regulamentos que expressamente ou implicitamente prevêm essa possibilidade de alteração dos seus regulamentos para o caso concreto,¹⁷⁷ às vezes condicionando tal alteração à aprovação do próprio órgão e/ou do árbitro.

Todavia, há instituições arbitrais cujos órgãos diretivos não gostam que se modifique o seu regulamento nas arbitragens por elas administradas.

Outra situação diferente é quando **as partes prevêm que a arbitragem será realizada perante o órgão institucional X, mas sem a aplicação de seu regulamento, e sim utilizando-se outro regulamento de arbitragem Y**, por exemplo de outro órgão institucional arbitral. Apesar desse tipo de regra procedimental ser totalmente válida – por decorrer do princípio da autonomia da vontade –, as partes devem estar atentas, pois tal opção pode gerar pelo menos dois tipos de problemas, que inclusive levam parte da doutrina a desaconselhar esse tipo de disposição.¹⁷⁸

Um primeiro tipo de problema gerado por tal escolha das partes é que o órgão arbitral escolhido para administrar a arbitragem pode se recusar a aplicar outro regulamento. Aliás, há órgãos institucionais arbitrais cujo regulamento expressamente afirma que eles não seguem outros regulamentos quando administram uma arbitragem.¹⁷⁹

Um segundo tipo de problema pode ser a incompatibilidade entre as funções que o regulamento Y estabelece para o órgão institucional arbitral, e a estrutura administrativa / institucional do órgão arbitral X. Pode acontecer do órgão arbitral escolhido (X) aceitar aplicar o outro regulamento (Y), mas não ter a estrutura institucional e/ou administrativa para exercer todos os encargos estabelecidos no outro regulamento (Y). Por exemplo, há órgãos institucionais arbitrais que prevêm, na sua estrutura institucional / administrativa, a existência de órgãos colegiados, sendo que os seus regulamentos estabelecem algumas atribuições a tais órgãos colegiados, como a análise da impugnação à indicação de árbitro; se o órgão escolhido pelas partes (X) não tiver órgão colegiado semelhante, poderá ter

¹⁷⁷ Por exemplo: Reg. FGV “Art. 13. As normas deste Regulamento que regem a arbitragem poderão sofrer as modificações acordadas em cláusula compromissória ou no termo de compromisso, limitando-se a sua aplicação ao caso específico” (e ver ainda Art. 40, “j”, e Parágrafo único, “b”). No mesmo sentido: Reg. CMA-CIESP 1.2 e 17.9; Reg. CCBC 1.2 e 13.4; Reg. AMCHAM SP 1.4; Reg. ICDR (AAA) Art. 1 (1) e (2); *IBA Rules Preamble* (2); *UNCITRAL Arbitration Rules* Art. 1 (1).

¹⁷⁸ Sobre o tema, ver: LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 1.3.2.1, p. 26.

¹⁷⁹ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP “1.3. A resolução de controvérsias por meio de arbitragem será realizada respeitando-se as determinações constantes deste Regulamento, bem como as disposições legais aplicáveis à matéria, não se admitindo o processamento de procedimento arbitral regido por Regulamentos de outras instituições.”

sérias dificuldades em resolver as questões que o regulamento manda submeter a tal órgão colegiado. Outro exemplo, sempre lembrado pela doutrina, é o regulamento da CCI, que prevê a competência da Corte para fazer a análise prévia da sentença arbitral, antes dela ser entregue para as partes, podendo ser feitas sugestões de modificação aos árbitros;¹⁸⁰ ora, a determinação da aplicação do regulamento da CCI por outro órgão institucional arbitral, que não faz esse tipo de análise prévia da sentença arbitral, também pode gerar dificuldades em tal arbitragem.

6.14) Aspectos objetivos da criação das regras procedimentais (cont.). A criação de regras em “ordens processuais” proferidas pelo árbitro e/ou pelo órgão institucional arbitral, e em decisões judiciais estatais.

No item 6.1 desta tese apontou-se que a criação das regras procedimentais pode ser estudada tendo em vistas os seus aspectos subjetivos e objetivos. Os aspectos subjetivos relacionam-se com saber quem pode fixar regras procedimentais. Os aspectos objetivos relacionam-se com saber onde são estabelecidas as regras procedimentais.

Ao se examinar os aspectos subjetivos verificou-se que, em algumas situações, as regras procedimentais podem ser fixadas pelo árbitro, pelo órgão institucional arbitral, ou pelo juiz estatal. Ora, quando isso ocorre sem a participação das partes, normalmente não é firmado qualquer tipo de documento formal, como a convenção arbitral, ou seu adendo, ou o “termo de arbitragem”. O árbitro, o órgão institucional arbitral, o juiz estatal, todos eles simplesmente proferem uma decisão, criando uma regra procedimental que reputou-se necessário.

Na arbitragem, isso ocorre nas chamadas “ordens processuais”. A **ordem processual** da arbitragem é um tipo de decisão similar às decisões interlocutórias dos processos judiciais estatais brasileiros, apesar de que, às vezes, as ordens processuais podem ter conteúdo que mais se assemelhe aos despachos.¹⁸¹ As ordens processuais são as decisões, proferidas na arbitragem, que impulsionam o procedimento, que resolvem as questões processuais etc.

¹⁸⁰ Reg. CCI “Art. 27. Exame prévio do Laudo pela Corte. Antes de assinar qualquer Laudo, o Tribunal Arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais do Laudo e, sem afetar a liberdade de decisão do Tribunal Arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito da controvérsia. Nenhum Laudo poderá ser proferido pelo Tribunal Arbitral antes de ter sido aprovado quanto à sua forma pela Corte.”

¹⁸¹ O significado técnico das expressões “decisão interlocutória” e “despacho”, no processo civil brasileiro, é explicado no item 20.1 desta tese.

Ora, um tipo de questão que pode ser resolvida por meio de uma ordem processual é fixar-se (criar-se) determinada regra procedimental. Por isso, outra possível “fonte objetiva” de criação das regras procedimentais são as ordens processuais proferidas pelo árbitro, ou ainda as proferidas pelo órgão institucional arbitral (sobretudo na fase pré-arbitral).

De outro lado, quando existe a ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, as regras procedimentais podem ser fixadas pelo juiz estatal. O local adequado para o magistrado estabelecer tais regras é a sentença, pois, nos termos do §7º do citado art. 7º, ela vale como compromisso arbitral. Veja-se que o juiz estatal pode até proferir decisão interlocutória (por exemplo, uma liminar) determinando as regras procedimentais aplicáveis, mas o que foi decidido liminarmente deve ser confirmado na sentença.

6.15) O legislador estatal é “fonte subjetiva”? A lei processual estatal é “fonte objetiva”?

O leitor talvez tenha notado que a lei processual estatal não foi arrolada, nos itens precedentes, como uma das fontes das regras procedimentais que regem a arbitragem. Não se afirmou que o legislador estatal é “fonte subjetiva”, e nem se afirma que a lei processual estatal é “fonte objetiva”.

Isso ocorreu pois o objetivo desta tese é examinar a flexibilidade do procedimento arbitral, flexibilidade essa que, como já dito várias vezes, verifica-se tanto na criação quanto na adaptação das regras procedimentais.

Assim, em razão do enfoque desta tese, as normas procedimentais estatais – inclusive as existentes na Lei 9.307/96 – não são consideradas fontes, mas sim possíveis limites (balizas) à criação de regras procedimentais. No capítulo 8 infra explica-se que esses limites, essas balizas, são verdadeiras garantias processuais mínimas, que aplicam-se em qualquer arbitragem, mesmo contra a vontade das partes, por serem regras indisponíveis. Tais balizas têm assim um aspecto negativo, de impedir que regras procedimentais criadas na arbitragem violem referidas garantias processuais mínimas; isso sem prejuízo dessas balizas também terem um aspecto positivo, de serem regras processuais “auto aplicáveis”, que obrigam certos tipos de conduta (ver item 8.2 infra).

O enfoque desta tese é a flexibilidade. A flexibilidade envolve a criação. Assim, o que já estava criado, e não pode ser alterado pela partes, é um limite à flexibilidade. Por

isso que as regras processuais estatais, quando indisponíveis, são adiante examinadas como limites, balizas, garantias (ver capítulos 8 a 12 infra).

Deve-se deixar claro, todavia, que nem toda regra procedimental estatal funciona como limite à flexibilidade do procedimento. Existem regras estatais procedimentais claramente dispositivas, que podem ser alteradas pelas partes no caso concreto. O melhor exemplo é o procedimento para instauração da arbitragem, objeto do capítulo 14 infra.

E existem regras processuais estatais que podem ser alteradas pelas partes, mas não podem ser modificadas pelos árbitros sem anuência das partes. Para as partes, são regras disponíveis; mas para os árbitros, são indisponíveis. Um bom exemplo é o prazo para proferir a sentença arbitral, explicado no item 15.5 infra.

6.16) O Código de Processo Civil não é, obrigatoriamente, fonte subsidiária para fixar as regras procedimentais.

Até em razão do explicado em todos os itens antecedentes deste capítulo, verifica-se que o procedimento na arbitragem não precisa necessariamente seguir o que está previsto no Código de Processo Civil. Pelo contrário, boa parte da doutrina defende que é melhor não aplicar o CPC na arbitragem (ver item seguinte desta tese).

Além disso, deve ficar claro que **é errado concluir que, havendo omissão das regras eleitas pelas partes, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil**. A doutrina tem defendido, com razão, que o CPC não se aplica em caso de omissão das partes.¹⁸²

Veja-se que a Lei de Arbitragem brasileira não tem regra estabelecendo que, na ausência de regra específica (da mesma lei e/ou escolhida pelas partes) aplica-se o previsto no CPC brasileiro. Não existe regra expressa nesse sentido, e nem há qualquer dispositivo do qual se possa, implicitamente, afirmar a aplicação subsidiária do CPC na arbitragem. Usando a terminologia explicada neste capítulo, a Lei 9.307/96 – optando por técnica também aplicada em diversas outras nações – estabeleceu quais são as “fontes subjetivas” que criam as regras procedimentais: as partes, o árbitro, o órgão institucional arbitral, o juiz estatal. E quando trata das “fontes objetivas”, não menciona a lei processual.

¹⁸² CARLOS ALBERTO CARMONA, O processo arbitral, cit., n. 9, p. 28; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, A ordem das provas, cit., p. 52 ss, e A tutela, cit., p. 12. Contra, entendo que a legislação processual estatal é aplicada subsidiariamente: MARISTELA BASSO, As leis envolvidas, cit., n. 1.4, p. 310, e n. 3.1, p. 312-313.

A Lei de Arbitragem é clara em determinar que as partes podem criar as regras procedimentais. E na omissão delas, a mesma lei determina que cabe ao árbitro fixar o procedimento. Essa é a regra geral, que foi detalhada e melhor explicada (complementada) nos itens precedentes desta tese. Não está previsto que quando as partes deixam de criar a regra procedimental, aplica-se o CPC. E essa “omissão” da Lei de Arbitragem foi proposital, em razão de que, se constasse qualquer referência à eventual aplicação subsidiária do CPC na arbitragem, isso estaria em conflito com outros dispositivos da mesma Lei 9.307/96, que prevêem que:

(i) as partes têm ampla autonomia para fixar as regras procedimentais, em decorrência do previsto nos arts. 2º, § 1º, 11, inciso IV, 19, parágrafo único, e 21, *caput* e §§s 1º e 2º, todos da Lei 9.307/96, analisados no item 6.2 e seguintes supra, nos quais inclusive se apontou os modos através dos quais as partes podem escolher regras procedimentais, como a eleição do regulamento de um órgão institucional arbitral;

(ii) em certas situações, explicadas no item 6.6 supra, as regras procedimentais de determinada arbitragem são criadas por decisão do juiz estatal e/ou do órgão institucional arbitral;

(iii) na omissão das partes, e não tendo sido fixada alguma regra na forma prevista no item (b) supra, cabe ao árbitro estabelecer as regras procedimentais, pois ele tem o chamado poder normativo supletivo, que está previsto no § 1º do art. 21 da Lei 9.307/96, examinado no item 6.4 supra.

Ou seja, a Lei de Arbitragem brasileira estabelece sistema de escolha da regra procedimental que prestigia a autonomia da vontade das partes, e, na sua ausência, transfere o poder original das partes (de fixar regras procedimentais) para o árbitro.

Ora, se o árbitro tivesse que aplicar automaticamente o CPC, como se esse fosse fonte subsidiária obrigatória (em caso de omissão das demais regras aplicáveis ao caso concreto), então isso transformaria em letra morta o § 1º do art. 21 da Lei de Arbitragem brasileira, que estabelece que: “*Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo*”.

Esse dispositivo não afirma que, na omissão das partes, o árbitro deve verificar, no ordenamento, qual a regra procedimental aplicável. O que a lei determina é que caberá ao árbitro **disciplinar** a regra procedimental, o que lhe possibilita escolher uma regra pré-existente (qualquer uma, não necessariamente o CPC!) ou mesmo **criar** uma regra específica para o caso concreto. Se a vontade do legislador fosse que o CPC sempre deveria ser aplicado de forma subsidiária na arbitragem, não teria estabelecido que caberia

ao árbitro disciplinar a regra procedimental, mas sim que caberia ao árbitro aplicar a regra procedimental estatal pertinente.

Mais ainda, não se pode afirmar que como o CPC regula, de forma genérica e para todo o país, os procedimentos jurisdicionais de resolução de controvérsias, as regras de hermenêutica obrigariam a aplicação supletiva do Código de Processo Civil na arbitragem, que também tem caráter jurisdicional. O caráter jurisdicional da arbitragem não acarreta que as regras do CPC sejam automaticamente aplicadas nos procedimentos arbitrais, em função de quatro motivos.

Primeiro, pelo fato de que nem todas as formas jurisdicionais de resolução de conflitos estão reguladas pelo Código de Processo Civil. Um exemplo em matéria cível é o sistema do Juizado Especial Cível, havendo autores que corretamente defendem a idéia de que o CPC não é, necessariamente, fonte normativa subsidiária a regular o procedimento perante o JEC.¹⁸³

Segundo, pelo fato de que as regras do CPC foram editadas pelo legislador para regular a resolução de conflitos perante um órgão estatal, ou seja, para regular os procedimentos em curso perante o Poder Judiciário. São regras destinadas a regular a atuação do poder estatal, e para regular os deveres, obrigações e ônus de todos os participantes da relação jurídica processual instaurada perante um órgão estatal, integrante do Poder Judiciário. Ora, na arbitragem não existe este elemento estatal, quem resolve o litígio é o árbitro, que não é integrante da estrutura estatal.

Terceiro, as normas do CPC foram criadas para regular os mais variados tipos de processos, sendo que as regras procedimentais de uma arbitragem destinam-se a regular exclusivamente aquela arbitragem.¹⁸⁴ Ou seja, o procedimento pode ser “moldado”, pelas partes ou pelos árbitros, seguindo as características próprias daquela arbitragem específica, buscando-se montar a *appropriate dispute resolution*, ou seja, o meio mais apropriado, no caso concreto, para resolver o litígio (ver item 5.4 supra).

Quarto, é fato bem estabelecido, na arbitragem, que nem sempre a lei aplicável ao mérito da demanda (o direito material) provem da mesma fonte da lei que governa o

¹⁸³ FÁTIMA NANCY ANDRIGHI e SIDNEI BENETI, *Juizados*, cit., p. 24, entendem que como a Lei 9.099/95 não tem regra determinando a aplicação subsidiária do CPC, então pode-se “inferir, salvo situações especiais, que buscou-se manter afastada a sua incidência, considerando a especialidade de que é revestida esta Justiça.” E JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA, *Lei dos Juizados*, cit., p. 5-6, afirma que, havendo omissão da Lei 9.009/95, o intérprete deve primeiro buscar soluções com base nos princípios previstos no art. 2º da mesma lei, e somente se esse método não alcançar resultado, deve ele então verificar como o CPC regula a questão.

¹⁸⁴ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Arbitragem e processo*, cit., p. 63, e *A ordem das provas*, cit., p. 56.

processo arbitral. A arbitragem pode ter por objeto decidir uma controvérsia com base na lei material de determinado país, e não aplicar a lei processual de tal nação na arbitragem.¹⁸⁵ Assim, mesmo que a arbitragem seja realizada no Brasil, aplicando-se ao direito material controvertido a legislação brasileira, isso não significaria a automática aplicação do CPC em tal arbitragem.

De qualquer forma, nada impede as partes de expressamente estabelecerem que determinada arbitragem será redigida pelas regras do CPC,¹⁸⁶ ou que esse seja aplicado em caso de omissão do regulamento e/ou das regras eleitas pelas partes. Também nada impede que o árbitro decida pela aplicação do Código de Processo Civil em determinado caso. Ou que o regulamento de um órgão institucional arbitral determina a aplicação do CPC nas arbitragens por ele administradas.¹⁸⁷ Mas determinar a aplicação do CPC não é recomendável, em função do explicado no item seguinte desta tese.

Por fim, a não aplicação das regras que regulam os procedimentos estatais na arbitragem não é uma novidade ou invenção brasileira. A doutrina estrangeira também afirma que um dos aspectos da arbitragem é que nela geralmente não são aplicadas as regras estatais que regulam os procedimentos judiciais.¹⁸⁸ O tema, contudo, não é pacífico, pois há autores estrangeiros que defende a aplicação subsidiária, na arbitragem, das normas que regulam os procedimentos judiciais.¹⁸⁹ E também existem informações de que em várias arbitragens realizadas no exterior são utilizadas regras procedimentais típicas dos processos judiciais.¹⁹⁰ Parece assim correto assumir que, em razão da flexibilidade do procedimento arbitral, existem arbitragens que copiam as regras processuais estatais, arbitragens que transcorrem em um ambiente bem mais informal, sem seguir as regras que regulam os procedimentos judiciais estatais.¹⁹¹

6.17) Críticas à aplicação “automática” (sem maiores reflexões) de regras do Código de Processo Civil na arbitragem.

¹⁸⁵ Sobre o tema, ver: FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1173 ss, p. 634 ss.

¹⁸⁶ ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 55.

¹⁸⁷ Existem regulamentos que mencionam a lei processual estatal como possível fonte subsidiária, mas não obrigam que essa seja aplicada em todas as arbitragens. Por exemplo: Reg. FGV Art. 63; Reg. CCI Art. 15.

¹⁸⁸ BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., p. 42 ss, e p. 60 ss; STEPHEN C. YEAZELL, *Civil procedure*, cit., p. 610-612; STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.1, p. 176; NICOLÁS GAMBOA-MORALES, *Notes on collection*, cit., n. 2, p. 147.

¹⁸⁹ ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 56-57 e 68, entende que, no direito italiano, se existe omissão das regras escolhidas pelas partes ou fixadas pelo árbitro, então aplicam-se as regras processuais que regem os procedimentos judiciais.

¹⁹⁰ LAWRENCE S. SCHANER e JOHN R. SCHLEPPENBACH, *Due process*, cit., p. 176.

¹⁹¹ É o que explicam, dando exemplos: RAU-SHERMAN-PEPPE, *Arbitration*, cit., p. 259.

Há autores que defendem, com razão, que é melhor não aplicar o Código de Processo Civil na arbitragem.¹⁹² Afirma-se também que se forem trazidas para dentro da arbitragem as mesmas falhas e problemas do processo judicial estatal, a arbitragem perderá uma das suas vantagens, que é a agilidade e celeridade. Vários argumentos – apresentados por esses autores, por outros, ou ora levantados – justificam tal entendimento.

Primeiro, afirma-se que os procedimentos previstos no Código de Processo Civil são rígidos, e não dariam espaço para o árbitro adaptar as necessidades procedimentais ao caso concreto. Apesar de já existir certa flexibilidade procedimental no processo judicial estatal brasileiro (ver itens 3.4 e 3.5 supra), ela é inferior à existente na arbitragem. Por isso, estabelecer que em determinada arbitragem serão aplicadas as regras do CPC terá como consequência diminuir a flexibilidade procedimental no caso concreto. E isso significa jogar no lixo uma das vantagens da arbitragem (ver item 5.4 supra).

Segundo, foi apontado no item 3.1 supra que os procedimentos judiciais estatais costumam ser fortemente baseados na preclusão, bem como que na arbitragem o instituto da preclusão é atenuado. Assim, afirmar que o CPC aplica-se em determinada arbitragem pode acarretar na importação das rígidas regras que disciplinam a preclusão. E isso também prejudica a flexibilidade procedimental da arbitragem.

Terceiro, o Código de Processo Civil prevê rígidas regras de estabilização da demanda (arts. 264 e 294), cuja mera importação para dentro da arbitragem pode trazer uma série de dificuldades. Esse tema é explorado em detalhes no capítulo 17 infra.

Quarto, o Código de Processo Civil regula, em detalhes, como deve ser feita a instrução probatória. Assim, afirmar que o CPC se aplica em determinada arbitragem pode acarretar na necessidade do árbitro seguir as regras desse código que regulam a fase probatória. Ocorre que um dos mais importantes aspectos da flexibilidade do procedimento arbitral é a possibilidade da instrução probatória ser organizada para melhor atender as necessidades do caso concreto, ou seja, sem ser necessário aplicar-se as regras estatais que regulam a produção de provas. Isso é explicado no capítulo 18 desta tese. Trazer o CPC para dentro da arbitragem poderá implicar, assim, na diminuição da flexibilidade procedimental na produção das provas.

¹⁹² JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas*, cit., p. 52 ss, e *Arbitragem e processo*, cit., p. 61 ss; MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, *Efeitos*, cit., p. 32-37; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Doze anos da lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes*. In: _____ (Coord.). *Aspectos*, cit., n. 5, p. 26.

Quinto, determinar a aplicação (mesmo que supletiva) das regras do CPC na arbitragem poderá trazer para dentro do procedimento arbitral as falhas e problemas típicos dos procedimentos estatais, afetando inclusive a agilidade e a celeridade da arbitragem.¹⁹³

Sexto, a determinação de aplicação do Código de Processo Civil na arbitragem pode acarretar a importação, para dentro da arbitragem, de discussões processuais típicas dos procedimentos estatais, e que em nada auxiliam na apuração de quem tem razão no litígio. Qualquer uma das partes poderia tentar, em várias situações, alegar que uma regra do CPC foi desrespeitada pela parte contrária e/ou pelo árbitro, tentando assim “cavar” fundamentos para uma eventual ação de nulidade da sentença arbitral. É claro que isso pode ocorrer mesmo quando não há regra prevendo a aplicação subsidiária do CPC na arbitragem. Mas como o CPC contém um grande número de regras formais, e como tal código disciplina em detalhes vários atos procedimentais, então quando se determina a sua aplicação subsidiária na arbitragem, a consequência é aumentar o “telhado de vidro”, ou seja, amplia-se consideravelmente a quantidade de supostas nulidades processuais que em tese poderiam ser alegadas por qualquer uma das partes. Qualquer mero desvio procedimental, qualquer mera irregularidade, pode gerar uma alegação de nulidade.

Por exemplo, se em determinada arbitragem o “demandado” apresenta pedido contraposto (dentro de sua contestação) em vez de reconvenção (em petição à parte), isso provavelmente não acarretará qualquer problema processual quando se pensar na flexibilidade procedimental natural da arbitragem, podendo o árbitro decidir tal pretensão, obviamente se estiver dentro do objeto da arbitragem. Mas se existir regra estabelecendo a aplicação subsidiária do CPC em tal arbitragem, o “demandante” poderia alegar que o meio processual utilizado pelo “demandado” para apresentar sua pretensão (o pedido contraposto) não é o previsto em lei, e que o árbitro somente poderia examinar tal pretensão se tivesse sido apresentada reconvenção. E mesmo que o árbitro afaste tal alegação do “demandante”, se a final a pretensão do “demandado” for julgada procedente, o “demandante” poderá em tese tentar ingressar com a ação de anulação da sentença arbitral. Apesar de pessoalmente acreditar que não há qualquer nulidade nessa situação, admito que existe o risco de que tal discussão seja travada, no mínimo atrasando ou dificultando a outorga da tutela jurisdicional.

Sétimo, nem todos os ordenamentos estatais têm as mesmas regras processuais. Assim, as regras do CPC não são necessariamente as mesmas de outros ordenamentos. Em

¹⁹³ Em sentido similar: LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 41.

uma arbitragem realizada no Brasil, com participação de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, a aplicação do CPC pode significar, na prática, um tratamento desigual a quem está acostumado com a legislação brasileira e a quem não está habituado com ela.

Por todos esses motivos, não se recomenda que as partes ou o árbitro estabeleçam a aplicação das regras do Código de Processo Civil na arbitragem. Não se recomenda nem mesmo que se afirme que o CPC é aplicado subsidiariamente, ou que pode ser aplicado subsidiariamente, já que esse tipo de estipulação pode ser interpretada – erroneamente – como obrigação ou recomendação em utilizar-se a legislação processual que rege os procedimentos judiciais estatais.

7) A SEGUNDA VERTENTE DA FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL: A ADAPTAÇÃO (MODIFICAÇÃO) DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS.

7.1) A necessidade de adaptar (modificar) regras procedimentais.

No item 5.2 deste estudo foi apontado que a flexibilidade do procedimento arbitral atua em duas vertentes. A primeira vertente é a flexibilidade que as partes e árbitros têm em criar, em escolher as regras que serão aplicadas a uma determinada arbitragem (é o que foi estudado no capítulo anterior desta tese). Agora, é necessário verificar a segunda vertente antes mencionada, relacionada com a adaptação (modificação, flexibilização) das regras procedimentais.

As regras procedimentais já existem, já foram criadas, já regulam o caso concreto. Isso, contudo, não impede que elas sejam posteriormente modificadas. Ou seja, apesar de existirem regras procedimentais anteriormente estabelecidas para determinada arbitragem, as partes e/ou o árbitro (e/ou o juiz estatal, em circunstâncias limitadas) podem posteriormente verificar que existem regras desnecessárias ou inadequadas para o caso concreto, motivo pelo qual elas devem ser **adaptadas (modificadas)**.

No item 5.3 desta tese afirmou-se que a preclusão, instituto largamente utilizado nos procedimentos judiciais, é atenuada, flexibilizada, ou mesmo inexistente na arbitragem. Também explicou-se que a atenuação da preclusão leva a uma maior flexibilidade do procedimento, podendo o árbitro e/ou as partes tanto criar quanto posteriormente adaptar as regras procedimentais mais adequadas para que o procedimento se desenvolva da melhor forma. Assim, reitera-se neste momento que não existe qualquer suposta regra de preclusão que impeça toda e qualquer adaptação (modificação) do procedimento arbitral. Pode acontecer que determinados tipos de regras não possam, por motivos variados, serem modificadas. E existem regras procedimentais que somente podem ser modificadas com a expressa participação tanto das partes quanto do árbitro. Mas não existe regra genérica proibindo – em razão de suposta preclusão, ou por qualquer outro motivo – toda e qualquer alteração de regra procedimental antes fixada.

No capítulo anterior desta tese apontou-se que a criação da regra procedimental pode ser estudada tendo em vista dois aspectos diferentes. De um lado, o que se chamou de

“fontes subjetivas”, que é a análise de quem pode criar regras procedimentais (quais condições para partes, árbitros, instituições arbitrais e juízes estatais criarem regras); de outro lado, o que se denominou de “fontes objetivas”, que é apurar onde (em quais tipos de documentos, ou de decisões) são criadas as regras procedimentais. Por isso, no capítulo precedente foram examinadas, primeiro, as “fontes subjetivas”, e, depois, as “fontes objetivas”.

Neste capítulo, todavia, não será seguida tal sistemática. O estudo dos locais onde podem ser feitas as adaptações das regras procedimentais nada mais é do que o exame das chamadas “fontes objetivas”, examinadas no capítulo precedente: seria nova análise das “fontes objetivas”, de forma repetitiva, mencionando-se várias explicações já feitas nesta tese. Por isso, o enfoque principal deste capítulo não é onde pode ser feita a alteração do procedimento, mas sim quem pode fazer, e em quais condições. Isso porque a análise da modificação das regras procedimentais pelas “fontes subjetivas” não envolve a mera repetição do antes explicado, mas sim a apuração de questões novas.

7.2) Modificação do procedimento pelas partes.

Nos itens 6.2 e 6.3 desta tese explicou-se o poder das partes em criar as regras procedimentais. Nesse momento é necessário deixar claro que as partes também têm o poder de modificar as regras que elas mesmas já tinham estabelecido. Seu poder – em criar regras procedimentais – não é limitado a um único momento. Não existe algo como uma preclusão temporal, que impeça as partes de rever as regras que já estipularam.

Portanto, no momento em que for ser realizada a arbitragem, nada impede as partes de modificarem regras anteriormente previstas,¹⁹⁴ inclusive as eleitas na convenção arbitral, sobretudo o que fora estabelecido na cláusula compromissória – redigida em momento no qual não existia o conflito, às vezes estipulando regras que não são as mais adequadas para solucionar o litígio.

Por exemplo,¹⁹⁵ em contrato de execução continuada, as partes podem ter previsto, na cláusula compromissória, que a arbitragem seria realizada perante o órgão arbitral X, utilizando-se do regulamento do órgão Y, em língua inglesa, com árbitro único, no prazo

¹⁹⁴ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 12.8.4.1, p. 319, e n. 30.4.1, p. 591; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 149.

¹⁹⁵ O exemplo é parcialmente baseado em caso prático narrado (obviamente sem mencionar o nome das partes e maiores detalhes) pelo prof. CARLOS ALBERTO CARMONA nas aulas de pós graduação, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no 1º semestre de 2008.

de 6 meses, sendo a sentença proferida na cidade de Nova Iorque. Alguns anos após a assinatura do contrato, surgindo o litígio, nada impede as partes de resolverem, de comum acordo, realizar a arbitragem no órgão arbitral Z (por elas considerado mais organizado), com base no regulamento desse mesmo órgão arbitral Z, na língua portuguesa, com 3 árbitros, no prazo de 12 meses, sendo a sentença proferida na cidade de São Paulo.

Tudo que fora decidido antes (na cláusula compromissória) foi posteriormente modificado. O compromisso arbitral, ou seu adendo, ou o “termo de arbitragem”, ou mesmo algum outro documento firmado pelas partes, pode ter mudado tudo que estava previsto na cláusula compromissória. Algum problema? Nenhum, pois o principal é seguir-se a vontade das partes, que é um dos fundamentos da arbitragem. Esse é outro importante aspecto da flexibilidade do procedimento arbitral.

Contudo, se a arbitragem já está em curso, a modificação de regras procedimentais pelas partes pode esbarrar na vontade do árbitro. Trata-se de problema similar ao explicado antes nesta tese, no qual se apontou que, instituída a arbitragem, se as partes quiserem criar regras procedimentais ainda não previstas, isso passará, em certa medida, pelo crivo do árbitro. Assim, as observações anteriormente feitas nesta tese são ora reiteradas. E como solucionar este tipo de problema / impasse entre partes e árbitro? A solução é a colaboração entre eles, como explicado a seguir

7.3) As lacunas e/ou a necessidade de modificação das regras procedimentais após ser instituída a arbitragem. Colaboração entre partes e árbitro.

Após ter sido instituída a arbitragem, estando em curso a fase arbitral propriamente dita, a melhor forma de resolver as lacunas do procedimento, ou de modificar regras anteriormente estabelecidas, é mediante uma decisão conjunta das partes e do árbitro. Por tal motivo é que o parágrafo único do art. 19 da Lei de Arbitragem prevê que o adendo à convenção arbitral é feito pelas partes junto com o árbitro. Também por tal motivo é que diversos regulamentos arbitrais prevêm a necessidade do árbitro e das partes elaborarem o “termo de arbitragem”.

É muito importante que ocorra efetiva colaboração entre as partes e o árbitro, para estabelecerem conjuntamente as regras procedimentais ainda não previstas (para preencher as lacunas, portanto), ou para modificarem as regras anteriormente eleitas. O árbitro precisa assim trabalhar em estreito contato com os advogados das partes, para, em grupo, estabelecerem regras aceitas por todos. É sempre melhor buscar o consenso, até para evitar

eventual alegação posterior de cerceamento do direito de defesa, ou de desrespeito a regra procedimental eleita pelas partes.

Mais ainda, a colaboração entre as partes e o árbitro, esse diálogo para construir as regras do procedimento, resta por prestigiar e ampliar a atuação do princípio do contraditório na arbitragem, conforme explicado em detalhes no item 10.2.5 *infra*.

Outro aspecto importante é que essa colaboração entre as partes e o árbitro vai evitar – ou pelo menos ajudar a evitar – que as partes sejam surpreendidas, ao longo do procedimento, com a criação, pelo árbitro, de regras procedimentais que não pensavam que seriam estipuladas, por exemplo relacionadas com a produção probatória. Nesse sentido, é comum a realização de reuniões de trabalhos entre as partes (e/ou advogados) e o árbitro, para organizar as etapas seguintes de cada procedimento (ver itens 13.3 e 18.8 *infra*).

7.4) A adaptação (modificação) das regras procedimentais pelo árbitro.

Nos dois itens anteriores examinou-se a possibilidade de serem feitas modificações, adaptações no procedimento, em virtude da vontade convergente das partes, ou de decisão do árbitro junto com as partes. São situações nas quais houve acordo de vontade, em que a negociação entre os envolvidos chegou a um resultado que agradou a todos.

Mas nem sempre isso ocorre. As partes podem não conseguir fixar as regras procedimentais. A desavença entre elas pode ser tamanha, que não consigam sequer estabelecer o prazo para alegações iniciais. Ou podem existir controvérsias pontuais, sobre algumas regras procedimentais.

Assim, a adaptação das regras procedimentais – ao longo de uma arbitragem já em curso – pode ser decidida pelas partes, mas também pode ser decidida pelo árbitro sozinho. Isso é decorrente daquilo que a doutrina chama de **poder normativo supletivo do árbitro**.

Bem explica CARLOS ALBERTO CARMONA que “haverá sempre espaço para o árbitro adaptar ao caso efetivo as regras escolhidas, até porque não se imagina um procedimento pré-concebido que seja tão completo que possa prever todas as situações e vicissitudes de uma arbitragem *in concreto*. Não há como negar, portanto, a existência de um verdadeiro poder normativo do árbitro”.¹⁹⁶ Todavia, o mesmo autor aponta que esse

¹⁹⁶ *Arbitragem e processo*, cit., p. 292. O poder normativo do árbitro também é reconhecido por: LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem: aspectos práticos*. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 1, nº zero, jul./out 2003, p. 218; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 150.

poder normativo do árbitro “será supletivo quando as partes tiverem escolhido um regramento pré-existente”.¹⁹⁷

O poder do árbitro de adaptar o procedimento decorrerá, dependendo da situação em concreto, de pelo menos um dos quatro fatores abaixo explicados. Em outras palavras, são pelo menos quatro os fatores que podem justificar, em cada caso concreto, a adaptação do procedimento por decisão exclusiva do árbitro.

Primeiro, em função da aplicação do § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem, que determina que: “*No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.*”¹⁹⁸ O árbitro tem assim o dever legal de agir com competência e diligência. E para poder agir com competência e diligência, o árbitro deve tentar sempre implementar as melhores regras procedimentais para cada caso concreto. Isso pode levar o árbitro a ter que adaptar (modificar) regras anteriormente eleitas para tal arbitragem, quando elas se revelarem inadequadas, até mesmo por terem sido escolhidas antes do surgimento do conflito.

Se o árbitro verificar que a regra procedimental antes escolhida vai atrasar a conclusão da arbitragem, e que existe outra regra que pode levar à conclusão da arbitragem de forma mais rápida, ele pode – talvez mesmo deve! – proceder à modificação (adaptação) do procedimento. Obviamente, isso desde que respeitados os limites à criação e à adaptação das regras procedimentais que são explicados na terceira parte desta tese.

Segundo, quando as regras procedimentais foram criadas pelo próprio árbitro – em decorrência do previsto no § 1º do art. 21 da Lei de Arbitragem –, não há dúvidas de que ele tem o poder de, posteriormente, as alterar, se constatar não serem as melhores para o caso concreto. Aqui parece que o árbitro tem uma margem maior para adaptar o procedimento, que foi por ele criado, e que agora será por ele adaptado.

Terceiro, quando havia omissão no regulamento, e as regras procedimentais foram criadas pelo órgão institucional arbitral durante a fase pré arbitral, situação essa explicada no item 6.5 supra. Assim, a partir do momento em que o árbitro aceita o seu encargo, e passa a atuar na arbitragem – ou seja, inicia-se a fase arbitral propriamente dita –, então ele árbitro tem o poder de rever as regras procedimentais fixadas pelo órgão arbitral institucional, se isso ainda for pertinente. Claro que se os atos das partes já foram praticados com base nas regras procedimentais criadas pelo órgão institucional arbitral,

¹⁹⁷ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 292.

¹⁹⁸ No capítulo 11 infra explica-se que o § 6º do art. 13 da lei de Arbitragem é regra cogente, que não pode ser modificada ou regulada de outra forma pelas partes.

talvez seja melhor o árbitro não proceder a qualquer revisão. Mas se o órgão institucional criou regras para gerir atos ainda não realizados, o árbitro tem o poder de revê-las, com base até mesmo no primeiro fundamento acima citado (os deveres de competência e diligência do árbitro).

Quarto, no item 8.2 *infra* defende-se a idéia de que os limites à criação e adaptação de regras procedimentais (objeto dos capítulos 9 a 12 *infra*), que nada mais são do que garantias mínimas para as partes, servem de balizas que têm dois propósitos (ou efeitos), um negativo e outro positivo. De um lado existe o aspecto negativo, de impedir que sejam criadas (ou modificadas) regras procedimentais que violem esses limites. E de outro lado existe o aspecto positivo, de estimular que sejam previstas regras procedimentais que levem à implementação efetiva das garantias mínimas. Um bom exemplo é o princípio do contraditório: de um lado, não podem ser estabelecidas regras que violem tal princípio (aspecto negativo); de outro lado, devem ser previstas regras procedimentais que implementem, que possibilitem a efetiva realização do contraditório (aspecto positivo).

Ora, verificando que uma regra procedimental leva à violação de alguma das garantias mínimas, ou que não permita a efetiva implementação de alguma dessas garantias mínimas, então o árbitro deve proceder à modificação do procedimento.¹⁹⁹ Deve ele modificar o procedimento, nessas condições, para fazer atuar os explicados propósitos (ou efeitos) negativo e positivo dos limites à criação e à adaptação das regras procedimentais. Nesse tipo de situação existe clara obrigação do árbitro em modificar o procedimento, pois a manutenção da regra antiga – que viola alguma das garantias mínimas das partes – pode eventualmente levar à anulação da sentença arbitral.

Em suma, as partes, apesar de terem conferido a jurisdição ao árbitro, não o transformaram num mero serviçal, ele é quem vai conduzir a arbitragem, e efetivamente dará a palavra final em diversas situações, não só quando profere a sentença, mas ao longo da criação do procedimento arbitral.

O grande problema, todavia, é quando esse poder supletivo do árbitro se choca com a vontade das partes. Pode o árbitro modificar o procedimento contra a vontade convergente das partes? É o que se aborda a seguir.

¹⁹⁹ Neste sentido: ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1875, p. 174; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 2.1, p. 390, e n. 2.2, p. 393.

7.5) O árbitro pode alterar o procedimento contra a vontade das partes?

Como já mencionado, toda vez que o árbitro entender necessário modificar alguma regra procedimental antes estabelecida pelas partes, será melhor primeiro consultá-las, buscar uma decisão de consenso. As partes podem concordar com o árbitro, ou podem discordar do árbitro, apresentando argumentos que o levem a concluir que a regra original deve ser mantida, ou a se estabelecer um terceiro caminho que agrade a todos. Mas e se mesmo assim não se obtiver o consenso, e o árbitro não concordar com os argumentos das partes (pela manutenção das regras já existentes)?

Saber se um árbitro pode ou não alterar as regras procedimentais contra a vontade de todas as partes daquela arbitragem é questão delicada, na qual existe frontal conflito entre dois importantes valores que informam a arbitragem.²⁰⁰

De um lado, o poder do árbitro é decorrente da vontade das partes, que elegeram a arbitragem como meio de solução de conflitos e, via de regra, escolheram o(s) árbitro(s). Como já dito e repetido antes, a arbitragem é diretamente ligada com a autonomia da vontade. Será que estando as partes de acordo com determinada regra processual, poderia o árbitro alterá-la, contra a vontade dessas partes? Existem autores e árbitros que entendem que não, que o papel do árbitro é aplicar as regras procedimentais previstas pelas partes.²⁰¹

De outro lado, a grande missão do árbitro é julgar o litígio que lhe foi apresentado, da forma mais barata e mais rápida que for possível (nos limites da lei e da Constituição Federal). Até porque o já mencionado § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem estabelece que: “*No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricão*”. Ora, se para melhor julgar o mérito da demanda o árbitro verifica ser necessário alterar uma regra procedimental, será que ele não pode fazer isso pelo fato das partes serem contra tal modificação?

Um exemplo. As partes estabeleceram regra procedimental determinando que naquele caso concreto será obrigatoriamente produzida prova pericial. O árbitro chega à conclusão de que as demais provas já são suficientes, e que a perícia, além de cara, levará bastante tempo. Deve cumprir a vontade das partes e realizar a perícia, ou deve cumprir sua missão de julgar de forma célere, sem causar dispêndios desnecessários para as partes?

²⁰⁰ Ver: MATTHIEU DE BOISSÉSON, New tensions between arbitrators and parties in the conduct of the arbitral procedure. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 4, nº 16, out./dez. 2007, p. 69.

²⁰¹ Ver: YVES DERAÏNS, A arbitragem internacional: custo e duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 20, jan./mar. 2009, n. 6, p. 179.

Como todo conflito entre valores ou princípios, a solução é a aplicação de ferramentas como a proporcionalidade e a razoabilidade. Haverá situações nas quais o árbitro deve seguir o estabelecido pelas partes, e haverá situações nas quais o árbitro deverá alterar o procedimento antes estabelecido. O que é errado é dar respostas peremptórias em situações como essas, por exemplo dizendo que o árbitro nunca pode modificar as regras antes estabelecidas pelas partes. O árbitro pode sim alterar o procedimento previamente fixado pelas partes, mas deve tomar cuidado em só fazer isso quando efetivamente for necessário para que ele possa cumprir sua missão de julgar bem, rapidamente, e com o menor custo possível.

Mais ainda, podem existir situações nas quais o árbitro entende que uma regra acordada pelas partes viola alguma das garantias mínimas que os litigantes possuem na arbitragem (os limites à criação e adaptação do procedimento, analisados na terceira parte desta tese), e que, por isso, tal regra procedimental deve ser alterada. Essa situação foi explicada no item anterior desta tese, no qual se expôs que o árbitro não só pode, mas na verdade deve modificar a regra procedimental em questão. E isso mesmo contra a vontade conjunta das partes.

O tema é extremamente controvertido, inclusive na doutrina estrangeira. Há autores que, ao explicar o procedimento arbitral, dão ênfase nos poderes do árbitro de moldar o procedimento;²⁰² outros dão ênfase nos poderes das partes de estabelecer as regras procedimentais.²⁰³ Também há autores que expressamente afirmam que as decisões tomadas pelas partes têm que ser cumpridas pelo árbitro, que apesar dele dirigir o procedimento, deve respeitar a vontade das partes.²⁰⁴

A solução dificilmente será teórica, mas sim dependerá de cada caso concreto. Ver ainda o explicado no item 18.2 infra, quando se analisam os poderes instrutórios do árbitro.

7.6) Modificação das regras procedimentais previstas na cláusula compromissória vazia pelo juiz estatal, quando apreciada a demanda do art. 7º da Lei de Arbitragem.

²⁰² COUND-FRIEDENTHAL-MILLER-SEXTON, *Civil procedure*, cit., p. 1364 ss.

²⁰³ STEPHEN C. YEAZELL, *Civil procedure*, cit., p. 610-612; NICOLÁS GAMBOA-MORALES, Notes on collection, cit., n. 2 ss, p. 146 ss.

²⁰⁴ MATTHIEU DE BOISSÉSON, *New tensions*, cit., p. 68 e 75.

No item 4.3 supra é feita a distinção entre cláusula compromissória vazia e cláusula compromissória cheia, cuja diferença é que essa última prevê uma sistemática procedimental para iniciar-se a arbitragem (geralmente indicação de que a arbitragem será administrada por um órgão institucional arbitral), e a primeira nada prevê sobre o tema. E nos itens 6.9 e 6.10 supra apontou-se que uma cláusula compromissória, apesar de ser vazia, pode conter diversas regras, inclusive de natureza procedimental (outras regras que não as relacionadas com a forma de instituição da arbitragem). Ou seja, pode muito bem acontecer da cláusula ser robusta (gorda), com várias regras procedimentais, mas ao mesmo tempo ser vazia, sem prever como instituir a arbitragem.

Já nos item 4.4 supra, e no capítulo 14 infra, explica-se que, havendo cláusula arbitral vazia, e não havendo colaboração de uma das partes para instituir arbitragem, a única saída da outra parte (que quer realizar a arbitragem) é proceder de acordo com o previsto nos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem (notificação e ação de instituição da arbitragem).

Não surtindo efeito a notificação do art. 6º, é proposta a demanda de instituição da arbitragem do art. 7º. Nessa demanda o magistrado tenta inicialmente conciliar as partes sobre o litígio de direito material, e, se não tiver sucesso, sobre o conteúdo do compromisso arbitral (§ 2º do art. 7º). E o § 3º do art. 7º da Lei de Arbitragem prevê que: *“Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.”*

Os termos do § 3º do art. 7º da Lei 9.307/96 – em especial a parte sublinhada – podem dar a impressão de que, ao decidir o conteúdo do compromisso, o magistrado estatal não teria o poder de modificar as regras procedimentais previstas na cláusula compromissória. Esse raciocínio é errado, por vários motivos.

Primeiro, veja-se que no próprio § 3º supra transcrito consta que ao fixar o conteúdo do compromisso, o juiz estatal também deve observar as regras dos arts. 10 e 21, § 2º da Lei 9.307/96. O art. 10 estabelece o conteúdo obrigatório do compromisso. O § 2º do art. 21 determina que o procedimento arbitral deve sempre respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, da igualdade, da imparcialidade, e do livre convencimento motivado. Ou seja, o § 3º não determina que o juiz estaria constricto a observar só o conteúdo da cláusula compromissória, pelo contrário, tal regra prevê que o magistrado também deve levar em conta o arts. 10 e 21, § 2º.

Segundo, o § 3º disse menos que devia. É óbvio que, ao fixar o conteúdo do compromisso, o juiz estatal não deve observar apenas a cláusula compromissória e os arts. 10 e 21, § 2º. Ele tem que levar em conta todas as regras cogentes previstas da Lei de Arbitragem e ainda as regras cogentes de outras normas que sejam eventualmente aplicáveis ao caso concreto. O § 3º do art. 7º da Lei de Arbitragem não é regra que autoriza o magistrado a ignorar todas as outras eventuais regras cogentes aplicáveis no caso concreto.

Terceiro, se até mesmo o árbitro tem o poder de adaptar / modificar regras procedimentais – nos termos e limites explicados nos itens anteriores desta tese – então não tem sentido afirmar que o juiz estatal (ao julgar a ação do art. 7º) estaria proibido de modificar as regras procedimentais presentes na cláusula compromissória. Ele pode sim modificar tais regras, aplicando-se, em linha geral, os mesmos parâmetros aplicáveis ao árbitro, citados nos itens anteriores deste estudo. Em especial, o magistrado deve modificar (adaptar) as regras procedimentais que violem as garantias mínimas (os limites, as balizas) explicadas nos capítulos 8 a 12 desta tese. Mas, alerte-se, esse poder deve ser exercido com extremo cuidado, até mesmo para não prejudicar a flexibilidade do procedimento arbitral: veja, a respeito, o explicado em detalhes no capítulo 14 infra, onde se analisa a instituição da arbitragem quando proposta a ação do art. 7º da Lei 9.307/96.

Aliás, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO explica que: “Não existe novidade em permitir que o juiz crie ou modifique cláusulas contratuais. Veja-se, a propósito: ação renovatória de locação comercial; ações coletivas na justiça do trabalho. Nestas últimas a sentença substitui o contrato coletivo, ou cumpre a função dele.”²⁰⁵

Em suma, ao julgar a ação do art. 7º da Lei 9.307/96, fixando o compromisso arbitral, é perfeitamente possível, em tal documento, ser feita a modificação (adaptação) de regra procedimental originalmente prevista na cláusula compromissória, desde que respeitados os limites e condições explicados anteriormente.

7.7) Iniciada a arbitragem, e havendo controvérsia sobre o procedimento, seria possível pleitear a intervenção do juiz estatal?

Nos itens anteriores deste estudo foi explicado que existem situações na quais é necessário adaptar o procedimento arbitral anteriormente criado, seja suprimindo lacunas,

²⁰⁵ Aspectos, cit., n. 27, p. 136.

seja modificando regras consideradas inadequadas. Mas e se não conseguirem as partes e o árbitro estabelecer de comum acordo uma regra, pode qualquer uma das partes ingressar em juízo para que a questão procedimental seja dirimida judicialmente? Ou, proferindo o árbitro ordem processual que cria ou adapta regra procedimental, e não concordando uma das partes com tal decisão, será que ela pode pleitear a intervenção judicial, para alterar ou cassar aquela decisão do árbitro? Por exemplo, se um árbitro determinar a não realização de perícia, e marcar prazo para memoriais, pode uma das partes ajuizar demanda perante a justiça estatal alegando que tal prova é imprescindível, e pleitear que o juiz profira decisão determinando que a prova pericial seja realizada?

A resposta é negativa. Salvo situações excepcionalíssimas, não cabe ao Poder Judiciário Estatal intrometer-se no andamento do procedimento arbitral. Todo o sistema arbitral foi montado para se evitar ao máximo a utilização dos órgãos estatais. Conforme bem aponta LEONARDO GRECO, o chamado controle judicial²⁰⁶ sobre a arbitragem se limita às ações típicas previstas na Lei 9.307/96, como do art. 7º, de nulidade do art. 33, ou impugnação ao cumprimento de sentença.²⁰⁷ Esse tipo de questão deve ser resolvida dentro da arbitragem.²⁰⁸

Agora, se a parte não concorda com a decisão arbitral, se ela considera que o árbitro proferiu decisão que a prejudicou, deve apresentar sua reclamação, dentro da arbitragem, na primeira oportunidade que tiver para se manifestar. Mesmo assim, mantida a decisão, a parte “prejudicada” nada pode fazer no momento. Somente no final da arbitragem, se a mesma parte for derrotada, ela poderá ingressar com a ação de anulação da sentença arbitral (prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem), caso esteja caracterizada uma das causas de nulidade listadas no art. 32 da Lei 9.307/96.

Ou seja, o eventual controle judicial das decisões interlocutórias (das ordens processuais) tomadas no procedimento arbitral é feito *a posteriori*, após terminado o

²⁰⁶ Na verdade não existe controle, mas colaboração entre as esferas arbitral e judicial. Ver, sobre o tema: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 318.

²⁰⁷ Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 6.3, p. 298.

²⁰⁸ Contra: PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos, cit., n. 62-63, p. 142, n. 95, p. 147, e n. 129-133, p. 154. E aparentemente contra, afirma SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 12.8.4.1, p. 319, e n. 30.4.1, p. 591, que: “havendo conflito de interesses a respeito da arbitragem já regulada, o Judiciário pode compor a instituição definitiva, complementando com o que for necessário, com fundamento no sentido da nova lei”. *Data venia*, o sentido da lei é justamente o contrário, conforme apontado no texto desta tese. Também aparentemente contra, ver: LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 2.2, p. 127.

procedimento e proferida a sentença. Aplica-se assim, por analogia, a sistemática prevista no art. 20 e parágrafos da Lei de Arbitragem.²⁰⁹ Ou seja, o que deve ocorrer é, de certo modo, a aplicação similar das idéias que inspiraram a criação do princípio da competência-competência. Primeiro cabe ao árbitro decidir. Posteriormente, após o final da arbitragem, a parte que se sentiu prejudicada por um árbitro poderá, se quiser, ingressar com a ação de nulidade (anulação) do art. 33 da Lei de Arbitragem, obviamente se a questão for uma das previstas no rol do art. 32 da mesma Lei 9.307/96.

Veja-se que uma ação judicial cujo objeto seja estabelecer regras ou comandos para uma determinada arbitragem em curso, nada mais é do que uma espécie de *anti-suit injunction*, ou seja, uma medida processual contra a arbitragem. No caso em análise, apesar de, em tese, a pretensão da parte não ser contra a arbitragem (como é a *anti-suit injunction* “clássica”), a medida poderia ter efeitos práticos similares, principalmente quando for pleiteada (e obtida) medida liminar para interromper o andamento da arbitragem enquanto a questão procedimental controvertida não for decidida. Poderão ser anos no judiciário debatendo a questão procedimental, enquanto a arbitragem permanece parada. Assim, os mesmos argumentos utilizados pela doutrina para criticar a utilização das *anti-suit injunction* também servem para criticar a utilização do judiciário para modificar ou implementar regra procedimental na arbitragem.

²⁰⁹ Lei 9.307/96: “Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. § 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. § 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.”

3ª PARTE. LIMITAÇÕES À CRIAÇÃO E À ADAPTAÇÃO DE REGRAS PROCEDIMENTAIS NA ARBITRAGEM.

8) OS QUATRO GRUPOS DE LIMITES (BALIZAS, GARANTIAS MÍNIMAS) À CRIAÇÃO E À ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

8.1) Visão geral dos quatro grupos de limites.

O poder das partes, do árbitro, do órgão institucional arbitral (quando a arbitragem é administrada) e do juiz estatal, em criar (escolher) as regras do procedimento arbitral não é absoluto e ilimitado. Também existem limites para a adaptação (modificação) das regras de um procedimento arbitral já em curso. Esses limites – ora somente mencionados, pois melhor explicados nos capítulos seguintes desta tese – são de quatro ordens.

A primeira limitação está estabelecida no § 1º do art. 2º da Lei de Arbitragem, que estabelece que: “*Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.*” No item 6.2 supra foi apontado que esse dispositivo também se refere à possibilidade das partes escolherem as regras de procedimento. Ora, assim, os participantes da arbitragem podem estipular regras de procedimento desde que essas não violem os bons costumes e a ordem pública.

A segunda limitação é prevista no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem, que determina que, ao se estabelecer as regras procedimentais: “*Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.*” Esses princípios expressamente mencionados pelo legislador infraconstitucional – na realidade, quase todos verdadeiras garantias constitucionais – não podem ser ignorados pelas partes ou pelo árbitro.

A terceira limitação é que as regras procedimentais (criadas ou adaptadas) não podem violar outros preceitos cogentes da própria Lei de Arbitragem.

A quarta limitação ao poder das partes e do árbitro de criar regras procedimentais (e de adaptá-las) é o direito processual constitucional, em especial os princípios processuais constitucionais, inclusive os não listados no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem.

Assim, como já ventilado antes, apesar de haver ampla flexibilidade na criação e adaptação de regra procedimentais, essa liberdade não irrestrita, sem limites. O que é absolutamente natural, e também ocorre em outros ordenamentos estrangeiros.²¹⁰

8.2) Os limites como balizas, como garantias mínimas, que tem propósitos (efeitos) negativos e positivos.

É necessário deixar claro que os limites à criação e adaptação de regras procedimentais (objeto dos capítulos seguintes), nada mais são do que garantias mínimas para as partes na arbitragem. São, de certo modo, grandes balizas, que funcionam como faróis, a orientar tanto a criação quanto a adaptação das regras procedimentais. Sua função na arbitragem é muito semelhante à função exercida pelos princípios processuais constitucionais, que tutelam o processo civil.

E os limites, sendo garantias, sendo balizas, têm dois propósitos (ou efeitos), um negativo e outro positivo.

Assim, de um lado, existe o **aspecto (ou efeito) negativo**, de impedir que sejam criadas (ou modificadas) regras procedimentais que violem esses limites.

E, de outro lado, existe o **aspecto (ou efeito) positivo**, de estimular que sejam previstas regras procedimentais que levem à implementação efetiva das garantias mínimas.

Um bom exemplo – já mencionado antes, e ora reiterado – é o princípio do contraditório e da ampla defesa: de um lado, não podem ser estabelecidas regras que violem o princípio do contraditório e da ampla defesa (aspecto negativo); de outro lado, devem ser previstas regras procedimentais que implementem, que possibilitem a efetiva realização do contraditório e da ampla defesa (aspecto positivo).

Assim, nos capítulos posteriores desta tese se apontará, quando pertinente, conseqüências relacionadas tanto com o aspecto (ou efeito) negativo quanto com o aspecto (ou efeito) positivo da garantias mínimas existentes no procedimento arbitral.

²¹⁰ Ver: ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit. p. 53; FAZZALARI-BRIGUGLIO-MORENGO, *La nuova*, cit., p. 105-107; COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezione sul processo*, cit., p. 149.

E, ainda como alerta introdutório, os limites, balizas, garantias mínimas explicadas nos capítulos seguintes desta tese devem ser aplicados respeitando-se critérios de proporcionalidade e razoabilidade.²¹¹

8.3) O controle da violação dos limites à flexibilidade. Será o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem taxativo?

Nos capítulos seguintes desta tese são explicados vários limites – que são verdadeiras balizas, garantias processuais mínimas – à flexibilização do procedimento arbitral (tanto em relação à criação da regra procedimental quanto no que se refere à adaptação da regra procedimental).

Mas e se, em determinada arbitragem concreta, um dos limites for violado, como proceder? De que modo as partes podem impugnar uma decisão não final proferida pelo árbitro (uma ordem processual) que estabeleça uma regra procedimental que, no entender do litigante, viola um dos limites à flexibilidade procedimental? Idem, quando a decisão é do órgão institucional arbitral?

O passo inicial é apontar o erro, a violação, o problema, na primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar, explicando porque considera ter ocorrido uma violação das garantias mínimas que as partes têm na arbitragem. Ou, se não houver previsão de oportunidade para a parte se manifestar, se não estiver em curso prazo para ela falar na arbitragem, então que apresente imediatamente²¹² uma petição (manifestação) sobre o tema. Seria algo como um misto de impugnação com pedido de reconsideração.

Essa imediata impugnação pela parte é extremamente importante, por dois motivos. Primeiro, o árbitro (ou órgão institucional arbitral), alertado de uma questão que não havia notado, pode mudar o seu entendimento. Segundo, mesmo que o árbitro (ou órgão institucional arbitral) não mude sua decisão, ficou consignado o protesto, o desacordo, a

²¹¹ Defende a aplicação do princípio da proporcionalidade na arbitragem, entre outros: MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONICIO, *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006, n. 4.3-4.3.2, p. 173-181.

²¹² Imediatamente não significa no mesmo dia ou no dia seguinte. E em razão da flexibilidade do procedimento arbitral, também não é possível fixar de antemão qual seria – para todas as arbitragens – esse prazo, que vai variar caso a caso. De qualquer modo, como mera sugestão, acredito que a manifestação (impugnação) pode ser apresentada em até 5 dias, que é um prazo curto, mas não excessivamente curto. Confesso que esse prazo é *inspirado* – e não *baseado* – no previsto no art. 185 do CPC, que estabelece que: “*Não havendo preceito legal nem assinatura pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte*”. Esse dispositivo do CPC não se aplica obrigatoriamente na arbitragem (ver item 6.16 desta tese), mas o prazo nele previsto é uma boa medida de tempo (pelo menos no Brasil, cujos operadores do direito já estão acostumados com tal regra) para que a parte (o advogado) possa preparar uma manifestação em pouco tempo, mas sem atropelos excessivos.

impugnação imediata da parte, o que evitaria qualquer eventual alegação de preclusão para rediscutir a matéria ao término da arbitragem.²¹³

Mas como fazer se, mesmo apontado o erro, a violação a uma regra cogente, isso não for corrigido? Como proceder quando o árbitro e/ou o órgão arbitral institucional não altera a sua decisão, e mantém a regra procedimental que a parte reputa em violação aos limites (balizas, garantias mínimas) explicadas nos capítulos seguintes desta tese?

Há quem pense que seria hipótese do prejudicado procurar imediatamente o Poder Judiciário, para cassar tal decisão arbitral. Podem existir efetivamente casos extremamente graves em que isso seja necessário, mas via de regra o caminho não é esse.²¹⁴ A estrada normal é deixar a arbitragem continuar o seu curso, participando normalmente dos demais atos processuais, até ser proferida a sentença final. E se a sentença final for contrária aos interesses da parte – que havia apontado o problema procedimental antes mencionado – então ela deverá ingressar com a ação de nulidade (de anulação) da sentença arbitral, prevista nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

Em algumas situações talvez haja dificuldade de “encaixar” o vício processual (o alegado desrespeito a uma das garantias mínimas) em uma das hipóteses de nulidade da sentença arbitral listadas no art. 32 da Lei de Arbitragem. Apesar de existirem vários autores que afirmam que o elenco do art. 32 seria taxativo,²¹⁵ também há quem sustente o contrário, defendendo que podem existir situações excepcionais que não se encaixem no referido rol, e que sejam efetivamente causas de nulidade da sentença arbitral.²¹⁶

A razão parece estar com esse segundo grupo, com algumas importantes ressalvas. Não se pode dizer que a lista do art. 32 é meramente exemplificativa, pois isso dá vazão a toda a sorte de alegações contra a sentença. Mas esse rol também não pode ser considerado “totalmente” taxativo, fechado, pois poderia gerar injustiças em situações nas quais a

²¹³ Essa alegação poderia ser baseada na aplicação (até mesmo extensiva) do art. 20 da Lei 9.307/96.

²¹⁴ Ver, a respeito, observações feitas no item 7.7 supra, em que se criticou a tentativa de adaptar as regras procedimentais buscando-se o Poder Judiciário.

²¹⁵ FLÁVIO LUIZ YARSHELL, Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, nº 5, abr./jun. 2005, n. 3, p. 98; ARNOLDO WALD, Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 1, nº 1, jan./abr. 2004, n. 56, p. 52; JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, Anulação, cit., n. 1, p. 250; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 135.

²¹⁶ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 399; DONALDO ARMELIN, Ação de nulidade, cit., n. 3, p. 121; EDUARDO GREBLER, Controle judicial da sentença arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 2, nº 5, jan./mar. 2005, n. 2, p. 52-53; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, Aspectos fundamentais, cit., n. 2.12, p. 211; MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONICIO, *Proporcionalidade*, cit., n. 4.3.2, p. 177 ss; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 206-208; CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO, *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 163; JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Arbitragem*, cit., p. 302-304; RICARDO RAMALHO ALMEIDA, A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 3, nº 9, abr./jun. 2006, p. 262 ss.

sentença arbitral deve efetivamente ser anulada por ter violado algum preceito importante, por exemplo de natureza cogente. Infelizmente, parece ser situação da mulher “meia grávida”, algo que, em tese, não deveria existir. Nessa situação, a prática parece desmentir a teoria. Assim, somente em casos efetivamente excepcionais seria possível anular sentença arbitral sem estar caracterizado um dos motivos previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem.

Desse modo, e seguindo a linha de raciocínio supra elaborada, se o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem não abranger o desrespeito a um dos – adiante explicados – limites (balizas, garantias mínimas) à flexibilização procedimental na arbitragem, estará configurada uma situação excepcional, a permitir que o Poder Judiciário anule a sentença arbitral apesar do alegado vício não estar expressamente previsto no art. 32.

9) PRIMEIRO GRUPO DE LIMITES. O § 1º DO ART. 2º DA LEI 9.307/96. BONS COSTUMES E ORDEM PÚBLICA.

9.1) Observações gerais sobre o § 1º do art. 2º da Lei 9.307/96.

O § 1º do art. 2º da Lei de Arbitragem estabelece que: “*Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.*”

No item 6.2 desta tese explicou-se que parte da doutrina considera, com razão, que quando tal dispositivo menciona “*as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem*”, trata-se de referência tanto a regras de direito material quanto a regras de direito processual. Esse é um dos vários dispositivos que permitem às partes criar regras procedimentais na arbitragem.

Ocorre que tal dispositivo, além de conceder às partes o poder de criar as regras procedimentais, impõe um primeiro grupo de limites a tal poder, que é o respeito aos bons costumes e à ordem pública. Assim, as regras procedimentais criadas pelas partes devem sempre respeitar os bons costumes e a ordem pública, que funcionam como balizas, como garantias mínimas que toda e qualquer pessoa possui quando participa da arbitragem. Obviamente, não são as únicas balizas ou garantias mínimas, pois existem as outras, resumidas no capítulo precedente desta tese, e desenvolvidas nos capítulos seguintes.

Apesar do dispositivo em análise regular uma faculdade das partes – o de estabelecer as regras de direito, inclusive as procedimentais –, na verdade as balizas (garantias mínimas) dos bons costumes e da ordem pública aplicam-se em toda e qualquer regra procedimental arbitral, independentemente da regra ter sido criada diretamente pelas partes, ou ter sido fixada pelo árbitro, por órgão institucional arbitral, ou pelo juiz estatal na ação do art. 7º da Lei 9.307/96. Em suma, não importa se foram ou não as partes quem criou a regra procedimental, essa deve sempre respeitar os bons costumes e a ordem pública.

De outro lado, bem sintetiza JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA que ordem pública e bons costumes “são, à evidência, conceitos jurídicos indeterminados, que comportam

notável flexibilidade em sua utilização pelos órgãos judiciais”.²¹⁷ O fato da ordem pública e dos bons costumes serem conceitos jurídicos abertos, indeterminados, torna mais difícil fixar o exato contorno das balizas (garantias mínimas) ora examinadas; por isso é que o professor antes citado fale em flexibilidade em sua utilização no judiciário.

Essa flexibilidade, contudo, pode ser bem ou mal aplicada. Esse é o risco da utilização de conceitos abertos ou indeterminados. Ordem pública e bons costumes podem funcionar como uma espécie de “**válvula de escape**”, ou como um “**disjuntor**”, para questões jurídicas. Tudo aquilo que for muito relevante, que agrida frontalmente o conceito de justiça, mas que não se encaixe perfeitamente em outra regra jurídica determinada, poderia eventualmente ser enquadrado como atentatório aos bons costumes ou à ordem pública. Sendo conceitos abertos, podem ser aplicados para resolver questões que não são solucionadas por outras regras jurídicas. Quão aberta ou fechada será a válvula, quanta energia agüenta o disjuntor, dependerá muito da situação real em cada caso concreto e de eventuais interpretações restritivas ou ampliativas feitas nos tribunais e na doutrina.

Apesar dessas dificuldades em lidar com tais conceitos, devem ser feitas algumas observações específicas sobre cada um deles, o que é desenvolvido a seguir.

9.2) Bons costumes.

Em feliz síntese, ADRIANA BELTRAME explica que “Falar em bons costumes significa falar em conduta moral”.²¹⁸ Em sentido similar, MARIA HELENA DINIZ apresenta diversas definições do que seriam bons costumes, entre elas afirmando que “são a expressão da moral social, uma vez que constituem as normas morais e de conduta social generalizadamente reconhecidas numa sociedade, num dado momento”.²¹⁹ Outros autores também fazem essa ligação entre bons costumes e moral.²²⁰

Com outro enfoque, MARIA HELENA DINIZ também explica que bons costumes seriam “normas de procedimento que revelam honradez, recato e honestidade nas relações domésticas e sociais”.²²¹

²¹⁷ Problemas relativos a litígios internacionais. *Temas de direito processual – Quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159.

²¹⁸ *Reconhecimento de sentenças estrangeiras*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, n. 6.1.3, p. 162.

²¹⁹ *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 431.

²²⁰ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 68; GUILHERME PEÑA DE MORAES, *Homologação de sentença estrangeira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, n. 5.4.5, p. 47.

²²¹ MARIA HELENA DINIZ, *Dicionário jurídico*, cit., v. 1, p. 431.

Bons costumes é, em certa medida, uma expressão cada vez mais “fora de moda”,²²² em especial na sociedade brasileira, extremamente tolerante nas questões morais (o que é bom em alguns aspectos e ruim em outros). Talvez essa expressão possa ser resgatada, ignorando-se sua (parcial) conotação sexual, e reforçado-se a idéia de conduta ética,²²³ de não proceder de forma desonesta, de agir com boa-fé.

Mas se “bons costumes” é expressão cada vez menos utilizada, “boa-fé” é expressão que está na pauta do dia, até pelo fato do art. 422 do Código Civil prever que as partes devem agir com **boa-fé** tanto na conclusão quanto na execução de um contrato.²²⁴ Em relação à arbitragem, há quem afirme que como o compromisso arbitral é um contrato, a ele aplica-se art. 422 do Código Civil.²²⁵ Também existe posição sustentando que à cláusula compromissória igualmente aplica-se o previsto no art. 422 do CC, inclusive no momento da execução da cláusula, que é a realização da arbitragem.²²⁶ Conjugando essas duas afirmações, ensina-se que em toda e qualquer arbitragem as partes estão sujeitas, desde a celebração da convenção arbitral até o final da arbitragem, a respeitar o princípio da boa-fé.²²⁷ E há autores que, sem desenvolver esse raciocínio, defendem a aplicação do princípio da boa-fé na arbitragem,²²⁸ tanto quando a convenção está sendo negociada (e algumas regras procedimentais estão sendo criadas) quanto ao longo do procedimento arbitral.²²⁹

Portanto, quando se fala que as regras procedimentais devem respeitar os bons costumes, isso também engloba a obrigação dessas mesmas regras respeitarem – e ajudarem a implementar – o dever de agir de boa-fé. Desde a assinatura da convenção até o final da arbitragem, o que envolve a criação e adaptação das regras procedimentais e a sua efetiva implementação (utilização). E o árbitro também está sujeito a essas mesmas obrigações (de respeitar o princípio da boa-fé), pois apesar de eventualmente não ter

²²² Destaco que o que está fora de moda é a expressão “bons costumes”, e não os bons costumes em si, que abrangem vários valores extremamente importantes, especialmente os mencionados no texto.

²²³ Há autores que, ao falarem sobre os bons costumes, mencionam a expressamente a ética, entre eles: ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1867, p. 165.

²²⁴ *Código Civil*: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

²²⁵ JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *Comentários*, cit., v. 11, t. 2, p. 361.

²²⁶ JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, *Anulação*, cit., n. 4, p. 269.

²²⁷ HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Doze anos*, cit., n. 6, p. 28.

²²⁸ PAULO BORBA CASELLA, *Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o direito brasileiro*. In: _____ (Coord.). *Arbitragem: A nova*, cit., n. 20, p. 181.

²²⁹ LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 1.4.3, p. 39.

assinado a convenção arbitral, ele tem nítida relação jurídica, inclusive de natureza contratual, com as partes.²³⁰

Aplicando essas explicações e observações no procedimento arbitral, pode-se concluir que, pelo menos em tese, seria atentatório aos bons costumes toda regra procedimental que abertamente estimulasse, propiciasse ou permitisse que as partes fossem desonestas e/ou que agissem com má-fé na arbitragem. As regras procedimentais não podem, portanto, estimular, propiciar, ou permitir que as partes, durante o desenrolar da arbitragem, pratiquem atos que atentem contra os bons costumes, que violem as condutas morais consideradas fundamentais na sociedade, entre elas a honestidade e a boa-fé.

Ainda sobre bons costumes e procedimento arbitral, aponta ELIO FAZZALARI que o árbitro pode determinar a utilização de meios de prova não previstos na legislação processual estatal, desde que respeitados os bons costumes, dando como exemplo de prova que não poderia ser admitida *“um nuovo tipo de esperimento che violi la dignità o il pudore della persona”*.²³¹

Contudo, necessário reconhecer que essas formulações são bastante abstratas, e, por tal motivo, difíceis de serem aplicadas na prática. Mas isso é quase que inevitável, em decorrência da definição de bons costumes também ser extremamente abstrata.

9.3) Ordem pública.

No item 9.1 supra já foi apontado que a ordem pública é um conceito aberto, indeterminado, o que em certa medida dificulta o seu estudo. Apesar de não ser possível

²³⁰ Essa afirmação pode parecer estar em contraditório com o sustentado no item 2.1 supra, em que se demonstrou que existe entre as partes e o árbitro uma relação jurídica processual, equivalente à relação jurídica processual que envolve as partes e o juiz estatal nos litígios submetidas ao Poder Judiciário. Ocorre que além da relação jurídica (entre partes e árbitro) ter esse caráter processual, necessário reconhecer que ela também tem um caráter contratual, pois o árbitro se compromete a uma prestação (realizar a arbitragem e proferir a sentença), e as partes se comprometem a remunerá-lo; isso sem mencionar eventuais outros elementos ou obrigações de nítido conteúdo contratual na arbitragem. Não é contraditório afirmar que a mesma relação jurídica tem caráter processual e contratual: nessa situação, uma não exclui a outra. Aliás, é perfeitamente normal que de fatos da vida decorram conseqüências jurídicas em campos diversos; por exemplo, de um acidente de trânsito podem advir conseqüências cíveis (ressarcimento dos danos causados), penais (se houver vítimas), e mesmo administrativas (multas ou suspensão da habilitação). Também não há qualquer contradição entre o ora sustentado (a existência de relação contratual entre partes e o árbitro) e a anterior explicação de que a arbitragem tem natureza jurisdicional; ocorre que mesmo a arbitragem tendo natureza jurisdicional, pode haver – e efetivamente existe, como explicado – uma relação contratual entre as partes e o árbitro.

²³¹ *L'Arbitrato*, cit, p. 69.

examinar todos os aspectos, todas as faces do instituto²³² – o que inclusive fugiria o objetivo desta tese –, alguns pontos devem ser abordados, principalmente no que se refere à aplicação do conceito de ordem pública na arbitragem.

São inúmeras as definições de ordem pública.²³³ Assim, mencionando conceitos que costumam ser apontados por vários autores, CARMEM TIBURCIO define a ordem pública “como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivados na Constituição e na legislação vigente.”²³⁴

Para os fins deste estudo é necessário apontar que as regras de ordem pública são regras cogentes, que não permitem disposição em contrário, que vinculam seus destinatários independentemente da sua vontade²³⁵ ou até mesmo contra sua vontade.

Ora, a flexibilidade do procedimento arbitral é baseada, sobretudo, na autonomia da vontade, que levou as partes escolherem a arbitragem como forma de solução de conflitos, e que lhes permite disciplinar (criar e adaptar) as regras procedimentais que serão aplicadas ao longo da arbitragem. Mas essa liberdade tem limites, um dos quais é exatamente a ordem pública, que, “por sua natureza, prevalece contra interesses privados.”²³⁶ Por isso é que se afirma que as regras de ordem pública são “barreiras à autonomia da vontade”.²³⁷

²³² Bem apontam JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA e RAFAELA LACÔRTE VITALE PIMENTEL, Ordem pública na Lei 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova*, cit., n. 1.A, p. 198, que “a ordem pública é como um só prisma com diferentes facetas.”

²³³ Mencionam várias definições de ordem pública: JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA e RAFAELA LACÔRTE VITALE PIMENTEL, Ordem pública, cit., n. 1.A ss, p. 199 ss; CARLA FERNANDA DE MARCO, *Arbitragem internacional*, cit., p. 42 ss.; GUILHERME PEÑA DE MORAES, *Homologação*, cit., n. 5.4.5, p. 44-45.

²³⁴ A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX-NERY JR.-ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos*, cit., n. 2, p. 209-210. Essa definição é mencionada, por: ADRIANA BELTRAME, *Reconhecimento*, cit., n. 6.1.2, p. 160. Entre outros que apresentam definição de ordem pública com elementos similares aos mencionados no texto, ver: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 69; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 149-150; ADRIANA NOEMI PUCCI, Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 6.4, p. 350; ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008, n. 8.7.2, p. 203; LAURO DA GAMA E SOUZA JR., Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova*, cit., n. 3, p. 321; MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA, *Homologação de sentenças estrangeiras: Aspectos gerais e o problema da falta de fundamentação no exterior*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 64 ss.

²³⁵ ARRUDA ALVIM, *Manual*, cit., v. 1, n. 35, p. 103.

²³⁶ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1989, n. 4.2.2, p. 124.

²³⁷ RAFAEL PELLEGRINI RIBEIRO, O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no direito brasileiro. In: JOBIM-MACHADO (Coord.), *Arbitragem*, cit., n. 2.3.2, p. 430;

Parte da doutrina faz a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional.²³⁸ O tema, contudo, não é pacífico, pois há autores que afirmam que o direito brasileiro desconhece a diferença entre ordem pública nacional e ordem pública internacional.²³⁹

Outra classificação relevante é a que afirma que existe a ordem pública material e a **ordem pública processual**.²⁴⁰ Os autores que apresentam esta classificação defendem que a ordem pública processual relaciona-se com os princípios fundamentais do processo,²⁴¹ com a cláusula do devido processo legal.²⁴²

A idéia de que existe uma ordem pública processual, que seria a observância dos princípios processuais, do devido processo legal, ajuda a vislumbrar um importante aspecto defendido nesta tese, que é o fato de que algumas regras processuais não podem ser ignoradas nem na arbitragem (apesar da autonomia da vontade).

Normalmente a doutrina estuda a chamada ordem pública processual como um dos motivos que impediria a homologação de sentença (arbitral e judicial) estrangeira, ou seja, quando ocorreu a violação de um dos preceitos decorrentes do devido processo legal.²⁴³ Todavia, sendo aceita a idéia da ordem pública processual, ela se aplica não só na homologação de sentença arbitral estrangeira, mas também na criação e na adaptação de regras procedimentais, ou seja, como limite à flexibilidade procedimental.

A ordem pública, assim, não é somente um limite aplicável à sentença arbitral estrangeira, ela também se aplica à sentença arbitral nacional, e, antes disso, à própria criação (e/ou adaptação) das regras procedimentais de cada arbitragem. Aliás, existem

²³⁸ Ver: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 69-70; DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 104-107; MARIA HELENA DINIZ, *Dicionário jurídico*, cit., v. 2, p. 460-461; CARMEN TIBURCIO, *A lei aplicável*, cit., n. 5.4-5.5, p. 110-113; ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação*, cit., n. 8.7.2, p. 208 ss; CARLA FERNANDA DE MARCO, *Arbitragem internacional*, cit., p. 43; JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA e RAFAELA LACÔRTE VITALE PIMENTEL, *Ordem pública*, cit., n. 1.B, p. 200-202; MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA, *Homologação*, cit., p. 66 ss; MARCO DELUIGGI, *O controle da conformidade da sentença arbitral estrangeira à ordem pública material: a contribuição da experiência francesa e internacional para prática brasileira*. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 5, nº 20, out./dez. 2008, p. 12 ss.

²³⁹ JOÃO BOSCO LEE, *A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem*. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 1, p. 182.

²⁴⁰ CARMEM TIBURCIO, *A ordem pública*, cit., n. 4, p. 221-224; ADRIANA BELTRAME, *Reconhecimento*, cit., n. 6.1.2, p. 161; ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE, *¿Garantías ordinárias*, cit., n. 2 ss, p. 233 ss.

²⁴¹ MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA, *Homologação*, cit., p. 71; ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE, *¿Garantías ordinárias*, cit., n. 2 ss, p. 232 ss.

²⁴² CARMEM TIBURCIO, *A ordem pública*, cit., n. 4, p. 221; ADRIANA BELTRAME, *Reconhecimento*, cit., n. 6.1.2, p. 161.

²⁴³ Por exemplo, CARMEM TIBURCIO, *A ordem pública*, cit., n. 4, p. 222-224, cita doutrina e jurisprudência estrangeira no sentido de que o desrespeito à ordem pública processual é motivo para a recusa de homologação de sentença estrangeira.

autores que entendem que a violação à ordem pública é motivo de anulação da sentença arbitral nacional, apesar da ordem pública não constar no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem.²⁴⁴

Em sentido similar – mas sem falar de ordem pública processual – há quem afirme que as regras do § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96 (que estabelecem que o procedimento arbitral deve respeitar os princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento motivado) são de ordem pública.²⁴⁵ Esses preceitos são efetivamente de ordem pública, constituindo um outro grupo de limites à flexibilidade procedimental, examinado em detalhes no capítulo seguinte desta tese.

Seguindo sempre a mesma linha, a doutrina, quando examina as regras de homologação da sentença estrangeira, afirma que entre as questões de ordem pública que podem impedir a homologação está o desrespeito ao devido processo legal.²⁴⁶

O que há de comum em todas essas explicações é que questões de direito processual podem ser – ou melhor, em várias situações são – consideradas regras de ordem pública. E sendo uma regra de ordem pública, ela servirá como baliza (limite, garantia mínima) à criação e adaptação de regras procedimentais na arbitragem.

E uma consequência – da aplicação do conceito de ordem pública no procedimento arbitral – que já foi notada pela doutrina é que, se o árbitro verificar que a regra procedimental fere a ordem pública, ele não deve aplicá-la.²⁴⁷ Esse ponto relaciona-se com a idéia, explicada nos itens 7.3 a 7.5 supra, de que um dos motivos que autorizam o árbitro a modificar (adaptar) uma regra procedimental é a verificação de que a regra em questão viola alguma das balizas (garantias mínimas, limites) à flexibilização do procedimento arbitral, entre elas a ordem pública.

Mas a doutrina também aponta, com inteira razão, que o conceito de ordem pública não pode ser alargado, devendo ser aplicado com muito cuidado, com parcimônia, com

²⁴⁴ Ver, entre outros: FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos*, cit., n. 2.12, p. 211; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 206-208; CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO, *Poder*, cit., p. 163-164; RICARDO RAMALHO ALMEIDA, A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 3, nº 9, abr./jun. 2006, p. 262 ss.

²⁴⁵ ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1869, p. 169.

²⁴⁶ ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação*, cit., n. 8.7.2, p. 210.

²⁴⁷ CARLA FERNANDA DE MARCO, *Arbitragem internacional*, cit., p. 46. Esse também parece ser o entendimento de JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA e RAFAELA LACÔRTE VITALE PIMENTEL, *Ordem pública*, cit., n. 3, p. 206 e 213. O tema, contudo, não é tão simples como parece, o que é explicado por RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES, *Regra imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado?* *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 5, nº 19, out./dez. 2008, p. 31 ss.

ponderação, utilizando-se de **interpretação restritiva**.²⁴⁸ Isso pelo fato, bem explicado por ADRIANA NOEMI PUCCI, de que “a indeterminação do conceito de ordem pública faz com que, às vezes, seja utilizado como subterfúgio pela parte que procura se subtrair do cumprimento de suas obrigações, e pode servir de sucedâneo para a consagração de injustiças.”²⁴⁹

O legislador também quis restringir a aplicação do conceito de ordem pública, por ter previsto, no parágrafo único do art. 39 da Lei 9.307/96, que: “*Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.*”

Esse dispositivo foi inserido na Lei de Arbitragem em função da antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que considerava ofensiva à ordem pública brasileira a citação de pessoa residente no Brasil através de outro método diferente ao da carta rogatória.²⁵⁰

Competindo atualmente ao Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentenças estrangeiras (em razão das reformas feita pela Emenda Constitucional 45/04), tal Corte já teve a oportunidade de prestigiar o previsto no citado parágrafo único do art. 39, decidindo que: “Nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, é descabida a alegação, *in casu*, de necessidade de citação por meio de carta rogatória ou de ausência de citação, ante a comprovação de que o requerido foi comunicado acerca do início do procedimento de arbitragem, bem como dos atos ali realizados, tanto por meio das empresas de serviços de *courier*, como também via correio eletrônico e fax.”²⁵¹

Mas mesmo antes, quando a homologação de sentença estrangeira ainda era de competência do Supremo Tribunal Federal, essa Corte proferiu vários acórdãos homologando sentença estrangeira não motivada. Ao contrário do que muitos autores afirmam, a jurisprudência do STF, nesse aspecto, restringiu o conceito de ordem pública,

²⁴⁸ ADRIANA NOEMI PUCCI, *Homologação*, cit., n. 6.4, p. 350; ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação*, cit., n. 8.7.2, p. 206 ss; RAFAEL PELLEGRINI RIBEIRO, *O reconhecimento*, cit., n. 2.3.2, p. 430-431.

²⁴⁹ *Homologação*, cit., n. 6.4, p. 350.

²⁵⁰ Sobre essa antiga posição do STF, ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 479-480; ADRIANA NOEMI PUCCI, *Homologação*, cit., n. 5.2, p. 345/346; LAURO DA GAMA E SOUZA JR., *Reconhecimento*, cit., n. 322-323.

²⁵¹ STJ, SEC 3.660-GB, Corte Especial, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.5.09, *RDDP* 78/224. No mesmo sentido: STJ, SEC 874-CH, Corte Especial, rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.4.06, *RDDP* 40/236.

entendendo que se a lei processual do local da sentença não exigia a fundamentação, a sua falta não impediria a homologação da sentença no Brasil, sem incidência de qualquer regra de ordem pública que levasse à conclusão pela negativa da homologação. Essa questão, e a indicação dos acórdãos do STF, é abordada em detalhes no item 12.7.2 infra.

A restrição – ou limitação – do conceito de ordem pública parece ser uma tendência mundial, talvez em paralelo com a diminuição da importância do conceito de soberania. Por exemplo, na Espanha considerou-se, durante algum tempo, que nunca seria possível homologar-se sentença arbitral estrangeira, por ser ela sempre contrária à ordem pública espanhola, posição essa depois totalmente revista no referido país, que hoje homologa normalmente sentenças arbitrais estrangeiras.²⁵² E há autores que apontam que, apesar de ser um conceito aberto, são poucos os casos em que as partes tiveram sucesso em atacar uma sentença arbitral alegando a violação da ordem pública.²⁵³

²⁵² ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE, *¿Garantías ordinárias*, cit., n. 3, p. 236 ss.

²⁵³ LAWRENCE S. SCHANER e JOHN R. SCHLEPPENBACH, *Due process*, cit., 182.

10) SEGUNDO GRUPO DE LIMITES. O § 2º DO ART. 21 DA LEI 9.307/96. CONTRADITÓRIO, IGUALDADE, IMPARCIALIDADE, LIVRO CONVENCIMENTO.

10.1) Observações gerais sobre o § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96.

O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem estabelece que: *“Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”*

Muitos autores afirmam, de forma genérica, que as balizas presentes no dispositivo supra transcrito seriam as únicas que devem ser observadas ao se criar ou adaptar regras procedimentais na arbitragem. Todavia, conforme já explicado antes, existem outros limites, tratados em outros capítulos desta tese. Isso não impede constatar que os princípios listados no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem podem sim ser considerados as regras principais a nortear a criação e a adaptação das regras procedimentais. Não foi à toa que foram explicitamente mencionadas pelo legislador, por constituírem parâmetros essenciais que devem ser observadas em qualquer arbitragem, tanto quando se criam as regras procedimentais para um caso concreto, quanto quando se adaptam as regras procedimentais já existentes.

Em relação ao tema específico desta tese – a flexibilidade do procedimento arbitral –, verifica-se que os princípios listados no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem atuam de duas formas distintas e complementares, já apontadas no item 8.2 supra, e que devem ser explicadas tendo em vista os princípios processuais ora examinados.

Assim, de um lado, os princípios em questão influenciam a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que visam assegurar a aplicação desses mesmos princípios nos diversos procedimentos arbitrais. É o que se denomina, nesta tese, de aspecto (ou efeito) positivo das garantias mínimas que as partes têm na arbitragem.

De outro lado, os princípios também atuam como um limitador, uma cerca, que impedem que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretam na violação destes princípios. É o que se denomina, nesta tese, de aspecto (ou efeito) negativo das garantias mínimas que as partes têm na arbitragem.

Exemplos dessas duas formas de atuação dos princípios sobre o procedimento arbitral serão dados nos itens seguintes desta tese.

Assim, serão examinados a seguir, de forma separada, cada um dos princípios previstos no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem. Obviamente, foge ao escopo desta tese tratar tais princípios de forma extremamente aprofundada. Por isso, o enfoque é verificar os principais aspectos – de cada um dos princípios – que têm ligação com o procedimento arbitral, inclusive dando exemplos de como cada princípio costuma influenciar a criação ou adaptação de regras procedimentais arbitrais.

E é sempre importante recordar que a violação desses preceitos cogentes listados no § 2º do art. 21 pode dar causa à anulação da sentença arbitral, conforme previsto no art. 32, inciso VIII, da Lei de Arbitragem.

10.2) Princípio do contraditório (e da ampla defesa).

O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem estabelece que: “*Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.*”

O princípio do contraditório é, portanto, a primeira baliza procedimental mencionada no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem. Diversos aspectos de tal princípio, e sua aplicação prática na arbitragem, são explicados a seguir.

10.2.1) Importância do princípio. Aplicação em procedimentos não estatais.

O princípio do contraditório e da ampla defesa é um dos mais importantes pilares do processo. Não é possível imaginar-se a aplicação da justiça sem a atuação do contraditório, sem a possibilidade de ampla defesa, sem que seja realizada a audiência bilateral dos interessados na solução do problema, das partes envolvidas no conflito de interesses.²⁵⁴ Afirma-se, com razão, que “não há processo sem respeito efetivo do contraditório.”²⁵⁵

²⁵⁴ Em sentido substancialmente similar, destacando a importância do contraditório, inclusive como fator de legitimação da decisão, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 20, p. 55-57; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 85, p. 214; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São

Em razão da sua importância, no Brasil é princípio com *status* constitucional, por estar previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

E interpretando tal dispositivo, a doutrina explica, com razão, que o princípio do contraditório aplica-se em procedimentos não estatais.

Um exemplo é a **justiça esportiva**, prevista nos §§s 1º e 2º do art. 217 da Constituição Federal, e nos art. 49 e seguintes da Lei Pelé (nº 9.615/98). A justiça esportiva não é um ramo do Poder Judiciário, ela é constituída de órgãos – em tese autônomos – existentes dentro das diversas federações e confederações esportivas, e que julgam as questões relacionadas com as infrações disciplinares e com as competições esportivas. São compostos, portanto, por integrantes da sociedade, e não por juízes estatais;²⁵⁶ aliás, os integrantes dos órgãos da justiça esportiva são denominados de auditores. O *caput* do art. 52 e o § 3º do art. 53, ambos da Lei Pelé²⁵⁷ expressamente mencionam a necessidade de respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos que correm perante a justiça esportiva. Tais procedimentos estão previstos no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, que é editado pelo Conselho Nacional de Esportes, nos termos do art. 11, VI, da Lei Pelé. E o Código Brasileiro de Justiça Desportiva expressamente prevê, no art. 2º, I, e III, que a interpretação e aplicação das regras de tal código devem sempre observar os princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁵⁸

De outro lado, **em diversas associações, clubes, cooperativas etc. existem regras prevendo a possibilidade de punição aos seus associados, inclusive a exclusão da entidade.** O entendimento prevalente é que a exclusão de um associado somente pode

Paulo: Malheiros, 2009, p. 97; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA e FÁBIO LUIZ GOMES, *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

²⁵⁵ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 5, p. 27.

²⁵⁶ Durante muito tempo era relativamente comum que alguns integrantes dos órgãos da justiça desportiva fossem juízes estatais. Mas essa prática foi proibida pelo Conselho Nacional de Justiça através da sua Resolução nº 10, de 19.12.05. Hoje, para ser auditor da justiça esportiva, não pode ser magistrado de carreira.

²⁵⁷ Lei 9.615/98: “Art. 52. Os órgãos integrantes da Justiça Desportiva são autônomos e independentes das entidades de administração do desporto de cada sistema, compondo-se do Superior Tribunal de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades nacionais de administração do desporto; dos Tribunais de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades regionais da administração do desporto, e das Comissões Disciplinares, com competência para processar e julgar as questões previstas nos Códigos de Justiça Desportiva, sempre assegurados a ampla defesa e o contraditório.” (Redação da Lei 9.981/00) “Art. 53 (...) § 2º A Comissão Disciplinar aplicará sanções em procedimento sumário, assegurados a ampla defesa e o contraditório.”

²⁵⁸ O Código Brasileiro de Justiça Desportiva foi recentemente reformado, através da edição da Resolução nº 29, de 10.12.09, editada pelo Ministro dos Esportes e Presidente do Conselho Nacional de Esportes (*DOU* 31.12.09, p. 77-94).

ocorrer se no procedimento de exclusão seja permitido o direito de defesa e respeitado o princípio do contraditório. Nesse sentido, após a Constituição Federal de 1988 foram proferidos alguns acórdãos, inclusive do STF, afirmando-se que não era possível a exclusão de associado sem respeitar-se o direito ao contraditório e à ampla defesa.²⁵⁹ E tão forte é esse entendimento, que ele restou por ser incorporado na legislação nacional de forma expressa, no art. 507 do atual Código Civil,²⁶⁰ que exige a observância do direito de defesa.

Outro exemplo é a **expulsão ou jubramento de aluno**, que também somente podem ser decretados após regular procedimento, no qual seja assegurado o direito de defesa e a participação em contraditório.²⁶¹

E, seguindo essa mesma linha de raciocínio, tratando-se de **litígio entre sócios dentro de uma sociedade**, é necessário observar-se o direito de defesa para que possa um dos sócios ser excluído por deliberação dos demais, o que está previsto no parágrafo único do art. 1085 do Código Civil.²⁶²

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, conforme explicado a seguir.

²⁵⁹ STF: RE 158.215-RS, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.4.96, *DJU* 7.6.96, p. 19830; TJ SP: Ap. 241.221-2/4, 11ª Cam. Civ., rel. Des. Gildo dos Santos, j. 22.9.94, *RT* 714/131; TJ RJ: Ap. 9.404/98, 8ª Cam. Civ., rel. Des. Carpena Amorim, j. 16.9.98, *Bol. AASP* 2132/239-E.

²⁶⁰ Código Civil: “Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto” (redação da Lei 11.127/05).

²⁶¹ STJ: REsp 6.601-CE, 1ª T., rel. Min. Pedro Acioli, j. 18.9.91, *RSTJ* 39/363; REsp 3.813-CE, 2ª T., rel. Min. Américo Luz, j. 12.2.92, *DJU* 9.3.92, p. 2562; REsp 444.968-PR, 2ª T., rel. Min. Franciulli Neto, j. 26.6.03, *DJU* 22.9.03, p. 296; TJ SP: Ap. 410.123-5/4, 13ª Cam. Dir. Publ., rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 26.9.07, *Bol. AASP* 2567/4669; TRF 4ª Reg.: Ap. 2001.71.00.005137-5, rel. Des. Fed. Luiz Carols de Castro Lugon, j. 4.5.04, *IOB* 1/19686.

²⁶² Código Civil: “Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.”

10.2.2) Princípio do contraditório (e da ampla defesa) e a arbitragem: primeiras observações.

Como não podia deixar de ser, o princípio do contraditório e da ampla defesa também se aplica na **arbitragem**, por vários motivos. Primeiro, em razão do dispositivo constitucional antes citado. Segundo, por expressa previsão legal (arts. 21, § 2º, e 38, III da Lei 9.307/96). Terceiro, por ter a arbitragem natureza jurisdicional, e sendo o seu objetivo resolver um litígio, seria totalmente ilegítimo que uma solução fosse imposta pelo árbitro sem que ocorresse o prévio contraditório entre os interessados. Quarto, por ser o princípio do contraditório e da ampla defesa verdadeiro postulado universal, aplicável inclusive quando se exerce poder em órgãos não estatais.

E, conforme explicado anteriormente, quando se examina o princípio do contraditório e da ampla defesa à luz do tema desta tese – a flexibilidade do procedimento arbitral –, verifica-se que sua atuação ocorre de duas formas distintas e complementares.

De um lado, o princípio do contraditório e da ampla defesa influencia a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que visam assegurar a aplicação desse mesmo princípio nos diversos procedimentos arbitrais. Este é o efeito positivo. Assim, por exemplo, regras que: estabelecem a possibilidade de recíprocas manifestações (impugnações ao alegado pela parte contrária) ao longo do procedimento; exigem que seja dada vista de documentos apresentados por um litigante ao outro litigante; prevêm o direito de formular perguntas para testemunhas; estabelecem o direito de apresentar razões finais etc. (ver item 10.2.6 infra).

Mas, de outro lado, o princípio do contraditório e da ampla defesa também atua como um limitador, uma baliza, que impede que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretam na violação do citado princípio. Este é o efeito negativo. São exemplos de regras que claramente violariam o direito ao contraditório, as que proibissem uma das partes de se manifestar ao longo do procedimento, ou que permitissem a apresentação de provas aos árbitros sem que fosse dada ciência à parte contrária etc. Outro exemplo, que vai depender de cada situação em concreto, é o estabelecimento de prazos tão curtos que os advogados não teriam efetiva possibilidade de se manifestar, de reagir, de alegar.

10.2.3) Ampla defesa como aspecto do contraditório?

O citado inciso LV do art. 5º da Constituição Federal menciona “*o contraditório e ampla defesa*”. Por isso, quando se estuda o contraditório, também se examina a **ampla defesa**. Até porque um aspecto importante do contraditório é dar a possibilidade de cada litigante trazer as provas que dão suporte a sua posição, ou seja, permitir que as partes exerçam sua defesa de forma ampla. Ou seja, em certa medida, o direito à ampla defesa é um aspecto do contraditório.

Todavia, apesar de umbilicalmente ligados, nem sempre contraditório e ampla defesa se confundem. Dependendo da situação em concreto, pode ocorrer de um ser respeitado, e outro violado. Por exemplo, em determinado processo os litigantes têm a possibilidade real de debater a respeito de todas as questões discutidas nos autos e sobre todas as provas produzidas, mas não se permite que um dos litigantes traga aos autos uma prova considerada essencial para a sua posição; assim, nessa situação existiria violação direta do direito à ampla defesa, e somente violação indireta ao princípio do contraditório; em tal exemplo é muito mais fácil vislumbrar uma violação ao direito de ampla defesa do que uma violação ao princípio do contraditório.

O direito de ampla defesa não é um direito exclusivo do réu, do requerido, do acusado, ou de qualquer outro que conste no pólo passivo de um processo ou procedimento. O direito à ampla defesa é uma garantia para todas as partes do processo, inclusive ao autor (requerente, acusador etc.), já que todos devem ter a ampla possibilidade de defender sua posição, de expor as suas razões.

A respeito do tema, autores norte-americanos acentuam que uma das regras mais importantes do processo judicial é que “*the parties must have an adequate opportunity to present their side of case to the court*”,²⁶³ ou seja, que elas têm o direito de ser ouvidas.²⁶⁴ Todas as partes, e não somente o demandado, têm que ter oportunidades processuais para defenderem as suas respectivas posições.

O acima exposto – direito de ampla defesa de todas as partes do processo – é particularmente importante na **arbitragem**, pois pode ocorrer de não estar claro quem seria o autor (requerente) ou o réu (requerido) em dado procedimento arbitral. Por exemplo: se

²⁶³ COUND-FRIEDENTHAL-MILLER-SEXTON, *Civil procedure*, cit., p. 228.

²⁶⁴ MICHAEL FORDHAM, *Judicial review handbook*. 2. ed. Nova Iorque: Wiley, 1997, p. 618 ss; REBECCA L. BROWN, Due process. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion*, cit., p. 233.

não existe prévia cláusula compromissória, sendo a arbitragem instaurada em razão do compromisso arbitral firmado pelas duas partes; ou mesmo existindo prévia cláusula arbitral, quando as partes tomam de forma conjunta as providências para iniciar a arbitragem, apresentando um requerimento conjunto à entidade arbitral institucional.

Assim, todas as partes na arbitragem têm o direito à ampla defesa (até mesmo por ser essa uma consequência do princípio do contraditório), independentemente do eventual pólo em que se encontra (autor, réu, requerente, requerido etc.) ou mesmo de existirem pólos processuais bem definidos em tal litígio.

O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem não menciona expressamente o direito de ampla defesa como sendo um dos princípios que devem ser respeitados ao se criar (ou adaptar) o procedimento arbitral. Todavia, a interpretação sistemática da norma leva à conclusão de que essa omissão não foi intencional e que tal dispositivo não deve ser interpretado como se na arbitragem não fosse garantido o direito de ampla defesa. E isso por vários motivos. Primeiro, em razão do texto constitucional antes citado. Segundo, pois apesar de não estar expresso no § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96, o direito de ampla defesa está mencionado no art. 38, III, da mesma Lei, que prevê que o desrespeito ao direito de ampla defesa é causa que impede a homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil; ora, não tem sentido (e nem seria coerente) estabelecer que o direito de ampla defesa é garantia que se aplica só nas arbitragens estrangeiras e não nas nacionais. Terceiro, pelo fato de que, como dito, um dos principais aspectos do princípio do contraditório é o respeito ao direito da ampla defesa e, sem essa garantia, poderia restar muito pouco do princípio do contraditório. Quarto, sendo arbitragem atividade jurisdicional, voltada a resolver litígio, não seria legítimo que ocorresse a resolução da disputa sem que uma das partes tivesse tido a oportunidade de exercer o seu direito de ampla defesa. Quinto, em todo procedimento, mesmo não estatal, que seja de interesse direto de uma pessoa (a qual poderá ser atingida pela decisão final), essa pessoa que pode ser atingida tem que ter o direito à ampla defesa assegurado.

10.2.4) Os elementos do contraditório: informação e reação. Atos de comunicação processual. Aspectos peculiares na arbitragem.

Aponta a doutrina que o princípio do contraditório é composto de dois elementos: (i) necessidade absoluta de disponibilizar a **informação**; e (ii) possibilitar a apresentação da **reação**. Cada um desses elementos merece ser examinado em separado.²⁶⁵

O primeiro elemento é a informação. Afirma-se, com razão, que a informação é sempre exigida, ela é imprescindível. Para que possa existir contraditório, o litigante tem que ter a informação do que é alegado contra ele, das provas apresentadas no processo, das decisões proferidas, em suma, de todo o andamento processual, do seu início até o fim. Existe assim **necessidade absoluta** de ser dado, a cada um dos litigantes, completa informação de tudo que ocorre dentro de cada processo.²⁶⁶

É exatamente em razão da necessidade da informação que o ordenamento processual regula em detalhes os atos de comunicação processual nos procedimentos estatais. No que se refere à citação – que é ato mediante o qual alguém é chamado a defender-se em juízo –, existem formas solenes, métodos definidos em lei para se realizar a citação, tudo montado para garantir-se o máximo possível a efetiva comunicação, para a parte interessada, da existência de demanda judicial contra ela.²⁶⁷ E a lei processual também regula as diferentes formas de intimação das partes e dos seus advogados, para que recebam a necessária informação a respeito do desenrolar do procedimento e/ou para que tomem ciência do conteúdo de decisões judiciais.

Na **arbitragem** a situação é similar, mas com regras menos formais, mais flexíveis. A informação é sim absolutamente necessária, mas as formas solenes previstas na legislação processual (para os atos de comunicação nos procedimentos estatais) não são automaticamente aplicadas na arbitragem.

Um exemplo, de fácil percepção, são os atos de intimação processual realizados ao longo do procedimento. Nos procedimentos judiciais brasileiros os atos de intimação

²⁶⁵ As explicações feitas nesta tese sobre “informação” e “reação” são baseadas nas lições clássicas da doutrina. A respeito, ver, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 20, p. 56-57; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 85, p. 216-217; DONALDO ARMELIN, *Ação de nulidade*, cit., n. 4, p. 131; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 20, p. 126 ss, e n. 21, p. 134 ss; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 76; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 399-401.

²⁶⁶ O que também é destacado por autores estrangeiros: COUND-FRIEDENTHAL-MILLER-SEXTON, *Civil procedure*, cit., p. 228; MICHAEL FORDHAM, *Judicial review*, cit., p. 622 ss.

²⁶⁷ As formas solenes do ato de citação, disciplinadas na lei processual, são um bom exemplo da utilização da forma prescrita em lei como instrumento para dar segurança ao sistema (ver item 3.2 desta tese).

ocorrem, via de regra, mediante publicação na imprensa oficial. Já na arbitragem, não há tal possibilidade, existindo ampla liberdade para estabelecer-se outros métodos de intimação dos atos processuais, por carta registrada, ou por correio eletrônico, por fax etc.

Outro exemplo um pouco mais complexo é a citação. Nos procedimentos judiciais estatais a citação ocorre para que a parte possa se defender das alegações já apresentadas pela parte contrária, sendo que o prazo para tal defesa ser apresentada normalmente conta-se do aperfeiçoamento do ato de citação (juntada da carta citatória ou do mandado aos autos etc.). Mas na arbitragem nem sempre a “citação” (se é que tal palavra pode ser usada!) ocorre nos mesmos moldes “tradicionais” (da justiça estatal). E isso por dois motivos.

O primeiro motivo é possibilidade das partes terem previsto (diretamente, ou pela indicação de um regulamento arbitral institucional) formas de “citação” diferentes – e/ou com requisitos formais atenuados – das previstas na legislação que regula os procedimentos estatais. 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.²⁶⁸ Aliás, esse é o espírito que norteia o previsto no parágrafo único do art. 39 da Lei de Arbitragem.²⁶⁹

O segundo motivo é ligado ao que está explicado com detalhes no item 14.2 desta tese, onde se menciona que é extremamente comum a previsão, em regulamentos arbitrais, que quando se apresenta, no órgão institucional arbitral, o requerimento solicitando-se a instauração de arbitragem, o “requerente” não precisa alegar todas as questões de fato e de direito que embasam sua pretensão, mas sim somente solicitar que sejam praticados os atos necessários à instauração de tal arbitragem institucional. Nessa hipótese, o que a parte contrária recebe não é uma “citação” para se defender sobre o mérito do litígio, mas uma “citação” para se manifestar sobre o pedido de instauração da arbitragem, o que significa que ela não precisará apresentar todos os seus argumentos de defesa relacionados com o mérito do litígio. Em tais situações, após ser efetivamente instaurada a arbitragem, é então concedido prazo para as partes apresentarem suas alegações iniciais e respectivas impugnações.

²⁶⁸ Em sentido similar: RAFAEL FRANCISCO ALVES, O devido, cit., n. 3.2, p. 400-401.

²⁶⁹ Lei. 9.307/96: “Art. 39. (...) Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Deve ficar claro, contudo, que **o acima explicado não significa que na arbitragem é dado pouco valor aos atos de comunicação processual**. Nem implica em afirmar que poderia ser criado, pelas partes, árbitros, e órgãos institucionais arbitrais, qualquer tipo de regra disciplinando a comunicação processual, mesmo que a regra eleita não traga segurança de que a informação enviada a cada litigante foi efetivamente recebida.

Existe sim ampla possibilidade de criação de regras relacionadas com os atos de comunicação processual, até mesmo de forma diferente do previsto para os procedimentos judiciais estatais; mas essas regras criadas para uma arbitragem específica somente podem ser consideradas válidas se a sua aplicação no caso concreto atinja, de forma efetiva, o objetivo de propiciar que as partes recebam de forma correta e tempestiva as informações a respeito do andamento processual. Ressalta-se que receber a informação da existência da arbitragem de forma tempestiva envolve principalmente ter tempo razoável para tomar as providências necessárias à sua defesa.²⁷⁰

Portanto, se esse objetivo – a efetiva e tempestiva transmissão da informação – não foi atingido pela forma de comunicação processual aplicada em determinado momento, então existirá violação ao princípio do contraditório, por falta do citado elemento da informação, que é absolutamente necessária. Isso mesmo quando a forma utilizada para realizar o ato de comunicação processual foi eleita pelas partes (seja de forma direta, seja pela referência a um regulamento arbitral).

De outro lado, mencionou-se acima que **o segundo elemento do contraditório é a reação**. Mas ao contrário da informação (sempre exigida), para se respeitar o contraditório não se exige a reação efetiva, mas sim que seja conferida a efetiva possibilidade da parte reagir, se manifestar.²⁷¹ Conferida essa possibilidade, se o litigante prefere manter-se inerte, ou se prefere somente reagir contra determinadas alegações, ou mesmo se prefere confessar ou renunciar ao seu direito, isso não significa violação ao contraditório, mas sim natural decorrência do princípio da autonomia da vontade. Em outras palavras, deve ser possibilitada a reação, mas as partes têm liberdade de não reagir.

²⁷⁰ Autores norte-americanos destacam, com apoio na jurisprudência, a necessidade de que o demandado receba a informação da existência do processo com tempo suficiente para preparar sua defesa. Neste sentido: COUND-FRIEDENTHAL-MILLER-SEXTON, *Civil procedure*, cit., p. 228; MICHAEL FORDHAM, *Judicial review*, cit., p. 628; REBECCA L. BROWN, *Due process*, cit., p. 233.

²⁷¹ Neste sentido: VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, n. 9.1, p. 47.

Na arbitragem, que somente pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, também é suficiente – para considerar-se respeitado esse segundo elemento do princípio do contraditório – que seja prevista na norma procedimental (mais ainda, que seja efetivamente concedida pelo árbitro) a possibilidade de reação, de manifestação. Mas se a parte envolvida numa arbitragem não quiser reagir, se preferir permanecer em silêncio, se somente se manifestar sobre parte das questões, ou mesmo se confessar, tal postura não implicaria em prejuízo ao contraditório, sendo, como afirmado, expressão da sua autonomia da vontade, da sua liberdade.

Ressalve-se, contudo, que em certas situações da vida, normalmente envolvendo direitos indisponíveis, afirma-se que, para respeitar-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, a reação seria absolutamente necessária, ou seja, sem reação efetiva, haveria violação ao princípio em questão. Mas tal situação não se aplica na arbitragem, já essa não pode versar sobre direitos indisponíveis.

10.2.5) Participação das partes e do órgão julgador no contraditório.

É comum afirmar-se que os litigantes são as pessoas mais qualificadas para trazer ao processo os elementos necessários para formação da convicção (de fato e de direito) do órgão julgador. Essa observação é até mesmo um dos motivos que justificam a importância do contraditório. Em função do seu interesse pessoal, cada parte acaba por contribuir enormemente na colheita do material a ser analisado pelo órgão julgador. Os litigantes seriam assim colaboradores necessários, já que cada um age em busca de seu próprio interesse, sendo que os atos combinados de todas as partes restam por trazer as informações de fato e de direito pertinentes ao caso concreto.

Apesar dessas observações serem adequadas – e totalmente aplicáveis na arbitragem –, elas têm que ser compreendidas com a ressalva de que o contraditório não é questão limitada à atuação formal das partes. Parte da doutrina defende, com razão, que o **princípio do contraditório (e da ampla defesa) atua em três vertentes**, quais sejam:

- (a) a lei deve dar aos litigantes meios efetivos de participar do processo;
- (b) o órgão julgador deve possibilitar essa participação das partes; e
- (c) o órgão julgador também deve participar do contraditório.

A primeira vertente é a que se visualiza com mais facilidade. **Não pode a lei criar regras procedimentais que impeçam o exercício do contraditório e da ampla defesa.** Essa vertente também é integralmente aplicável na arbitragem, conforme mencionado

anteriormente: não podem as partes, árbitros, órgãos institucionais arbitrais, e magistrados estatais criar e/ou adaptar regras procedimentais que acarretem na violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

A segunda vertente liga-se à idéia de que não basta a garantia formal presente em lei, é necessário que o **magistrado** efetivamente dirija o processo respeitando o contraditório, **propiciando o debate entre as partes**.²⁷² Esse é outro aspecto integralmente aplicável na arbitragem, pois deve o árbitro conduzir a arbitragem respeitando sempre o princípio do contraditório. Aliás, apesar do árbitro ter o poder normativo supletivo, para criar e adaptar (modificar) o procedimento arbitral, esse poder encontra limite no princípio do contraditório.

Por fim, a terceira vertente relaciona-se com a idéia de que **o juiz não deve dirigir o processo de forma distante das partes**, pois ele não é mero espectador de uma batalha, devendo assim participar de forma ativa do contraditório.²⁷³ Por exemplo, afirma-se que o juiz deve ter iniciativas probatórias sempre que necessário. Outro importante exemplo é que o juiz deve manter **diálogo** com as partes, pois o magistrado não está antecipando sua posição quando expressa idéias e sentimentos e nem quando tenta a conciliação, ou quando convoca as partes para discutir determinado problema de direito material ou processual.²⁷⁴

Aliás, conjugando a segunda e a terceira vertente antes citadas, existem regras, em ordenamentos estrangeiros, determinando que quando um magistrado verifica ser necessário decidir de ofício **ponto não debatido pelas partes**, então o juiz deve necessariamente provocar os litigantes, solicitando que eles se manifestem sobre tal ponto, sendo que **somente após a manifestação das partes é que o juiz poderá decidir**.²⁷⁵ Um exemplo seria o magistrado, no momento em que vai proferir a sentença, vislumbrar eventual ilegitimidade passiva, não argüida pelo réu, sendo que, antes de extinguir o processo, determina que partes se manifestem sobre a eventual ilegitimidade passiva.

²⁷² JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar*, cit., p. 97-98; JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, *A causa petendi*, cit., n. 2.1, p. 57 ss.

²⁷³ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 88, p. 220 ss; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, cit., n. 15.1, p. 45, e *Tutela cautelar*, cit., p. 97-98; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas*, cit., n. 2.5.9, p. 67; JOÃO BATISTA LOPES, Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA-CRUZ-CERQUEIRA-GOMES JUNIOR (Coord.), *Os poderes do juiz*, cit., p. 265 ss; JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, *A causa petendi*, cit., n. 2.1, p. 57 ss.

²⁷⁴ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 88, p. 223-224.

²⁷⁵ Art. 3.3 do CPC Português, § 139 da ZPO Alemã, art. 16 do CPC Francês. Os dois primeiros dispositivos são citados e analisados por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 168, fev. 2009, n. 3, em especial p.123 ss. Já o terceiro dispositivo é citado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 88, p. 220-224.

Tal tipo de providência, determinando que as partes se manifestem sobre temas não debatidos, que o juiz considere relevantes para decisão do litígio, está em direta sintonia com o princípio do contraditório, por ampliar a discussão, por propiciar debate real e não somente formal, por possibilitar que as partes efetivamente influenciem o convencimento do magistrado.²⁷⁶ Para, no fundo, evitar que seja proferida decisão que surpreenda as partes.²⁷⁷ Aliás, há quem defenda que a decisão de surpresa – ou em surpresa para as partes – viola o princípio do contraditório, que não é mera garantia de ser ouvido, mas sim garantia de influenciar na formação da convicção do julgador.²⁷⁸

E como os juízes estatais têm o poder de dirigir os processos de sua competência e têm o dever de respeitar e de incentivar o contraditório, isso implica que podem tomar esse tipo de atitude – determinar que as partes examinem determinado ponto até então não debatido – mesmo quando não existe norma legal em tal sentido. É o que ocorre no Brasil, pois apesar da ausência de norma infra constitucional brasileira em tal sentido, existe o comando constitucional que manda respeitar o contraditório, motivo pelo qual os magistrados brasileiros não deveriam (como infelizmente fazem) proferir decisão que envolva questões não previamente debatidas pelas partes.²⁷⁹

Somente se faz uma ressalva de que, se as partes são provocadas pelo magistrado a se manifestar sobre determinado tema, mas mesmo assim permanecem inertes, isso não impedirá que a decisão seja proferida. A decisão não será mais de surpresa (em surpresa para as partes), pois o magistrado deu a elas a oportunidade de se manifestarem, ou seja, foi feita a informação, sendo que a reação, a medida da efetiva reação, está dentro do campo da disponibilidade das partes. Portanto, basta o magistrado provocar as partes para se manifestarem sobre o tema ainda não debatido; se as partes permanecerem omissas, ou se fugirem do assunto, isso não mais impedirá o magistrado de decidir, pois o contraditório foi efetivamente respeitado.

As segunda e terceira vertentes antes explicadas – e também essa conjunção entre elas acima exposta – são ainda mais fortes na **arbitragem**, até pelo fato de que os árbitros têm menos casos do que os juízes estatais e muitas vezes conhecerem melhor os temas em discussão em cada procedimento. Assim, os árbitros podem ter um importante papel ativo

²⁷⁶ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 88, p. 224; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar*, cit., p.101-104.

²⁷⁷ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, *Uma dimensão*, cit., n. 3 ss, p. 117 ss.

²⁷⁸ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar*, cit., p. 101-104; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, *Uma dimensão*, cit., em especial n. 3, p. 125. Esse também parece ser o entendimento de JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, *A causa petendi*, cit., n. 2.1, p. 61-62.

²⁷⁹ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, *Uma dimensão*, cit., n. 3 ss, p. 117 ss.

na arbitragem, o qual, se corretamente exercido, não implica em violação do contraditório, mas sim no seu aperfeiçoamento. O diálogo do árbitro com as partes e seus advogados é fundamental quando se está criando ou adaptando as regras procedimentais.

Um exemplo, na linha do explicado acima, é o árbitro – independentemente de regra procedimental expressa neste sentido – determinar que as partes se manifestem expressamente questão não debatida (ou mal debatida), quando o tema for considerado relevante pelo árbitro, para que ele não decida sem prévia manifestação das partes.²⁸⁰ Uma forma relativamente comum, na arbitragem, para operacionalizar esse debate entre as partes e o magistrado, é o árbitro formular questões por escrito para serem respondidas pelas partes (item 16.3 infra). Esse contato, diálogo entre partes e árbitro também pode ser exercido realizando-se reuniões de trabalho, preparatórias das fases processuais seguintes (itens 13.3 e 18.8 infra). E ainda existe o poder instrutório do árbitro (item 18.2 infra).

10.2.6) Análise de regras arbitrais específicas à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Existem diversas regras, nos regulamentos arbitrais, e mesmo na legislação estrangeira, direta ou indiretamente ligados ao princípio do contraditório e da ampla defesa. As principais situações são examinadas a seguir. Obviamente, não se trata de lista exaustiva, mas exemplificativa. Considero oportuno sistematizar as conseqüências da influência do princípio do contraditório e da ampla defesa sobre alguns aspectos do procedimento arbitral, para melhor vislumbrar a aplicação prática do instituto no dia a dia da arbitragem.

(a) Menção expressa do princípio do contraditório e/ou da ampla defesa.

Como explicado antes, o princípio do contraditório e da ampla defesa é aplicado na arbitragem, tanto em virtude da existência de regras expressas, como por ser absolutamente impossível imaginar-se que a jurisdição seja prestada, que o litígio seja resolvido, sem a participação dos interessados em contraditório. Na legislação infraconstitucional brasileira, o reconhecimento da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa na arbitragem está expresso nos arts. 21, § 2º, e 38, IV, da Lei de Arbitragem. Esse tipo de regra é comum no direito estrangeiro, em regulamentos arbitrais, e mesmo em Convenções

²⁸⁰ Esse tipo de atitude, na arbitragem, é elogiada por: HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, Doze anos, cit., n. 5, p. 27.

Internacionais, obviamente utilizando-se expressões distintas, mas de conteúdo similar.²⁸¹ Pode-se afirmar, portanto, que o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa é um verdadeiro postulado universal, que deve informar a arbitragem independentemente de onde essa se realizar.

(b) As partes terão sempre ciência das manifestações da parte contrária.

Uma das conseqüências mais claras da aplicação do princípio do contraditório no procedimento arbitral é que todos os litigantes devem ter sempre receber ciência das manifestações apresentadas pelas partes contrárias (informação necessária!), para que possam, se quiserem, se manifestar a respeito das alegações da parte contrária (possibilidade de reação!). Essa conseqüência do princípio do contraditório (e da ampla defesa) é tão clara, tão patente, que nem precisa estar expressamente prevista nas regras procedimentais que regulam determinada arbitragem para serem aplicadas pelo árbitro. Em outras palavras, o árbitro deve sempre dar ciência das manifestações de uma parte para a outra parte e permitir que uma se manifeste sobre o alegado pela outra, mesmo se as regras procedimentais que regulam tal arbitragem nada estipulem. Como já afirmado, necessidade de informação e possibilidade de reação.

Mais ainda, o princípio do contraditório (e da ampla defesa) seria violado se existisse norma procedimental prevendo que as partes não terão ciência das manifestações das partes contrárias, ou que não poderão se manifestar sobre o alegado pela parte contrária. Regras desse tipo podem até respeitar o princípio da igualdade (se todos os litigantes não tiverem direito de ter ciência das manifestações das partes contrárias), mas violam o princípio do contraditório (e da ampla defesa).

Trata-se assim de claro limite à flexibilidade do procedimento arbitral, já que não pode ser criada (ou adaptada) regra procedimental que implique em uma das (ou todas as) partes não terem acesso ao conteúdo das manifestações das partes contrárias ou que as impeçam de se manifestarem sobre o alegado pelo outro litigante.

De qualquer modo, há regulamentos arbitrais que expressamente prevêm que as partes devem sempre ter ciência das manifestações apresentadas pelas partes contrárias.²⁸²

²⁸¹ Por exemplo, prevê o: Reg. ICDR (AAA) “Art. 1 (1) O tribunal, respeitados os limites deste Regulamento, poderá conduzir a arbitragem da maneira que considere apropriada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e a cada uma seja assegurado o direito de ser ouvida e lhe(s) seja(m) dada uma justa oportunidade de apresentar sua causa.”

²⁸² Por exemplo: Reg. CCI: “Art. 3º Notificações ou comunicações por escrito; prazos. (1) Todas as petições e outras comunicações por escrito apresentadas por qualquer das partes, bem como todos os documentos a elas anexados, deverão ser fornecidos em número de cópias suficientes para que cada parte receba uma cópia, mais uma para cada árbitro e uma para a Secretaria. Uma cópia de cada comunicação do Tribunal Arbitral às

A regra nem precisava ser prevista de forma expressa, mas a sua existência, em um regulamento arbitral, ajuda a afastar qualquer dúvida sobre o tema.

(c) As partes terão sempre ciência das provas produzidas na arbitragem, e sempre poderão se manifestar sobre elas.

Outra consequência patente, absolutamente clara, da aplicação do princípio do contraditório (e da ampla defesa) no procedimento arbitral, é que todos os litigantes devem ter acesso a todas as provas produzidas na arbitragem (informação necessária!) e sempre poderão se manifestar sobre tais provas (possibilidade de reação!). Isso nem precisaria estar previsto de forma expressa nas regras procedimentais, pois é patente que há violação ao princípio do contraditório (e da ampla defesa) se for previsto (ou determinado) que as provas produzidas por uma das partes, ou mesmo obtidas por iniciativa do árbitro, não serão mostradas para a(s) parte(s) que não as produziram. Também haveria violação ao princípio do contraditório (e da ampla defesa) se existir regra procedimental – ou determinação do árbitro – impedindo uma das (ou todas as) partes de se manifestarem sobre as provas produzidas na arbitragem. Não importa quem produziu a prova, nem se a prova foi produzida por iniciativa de uma das partes ou por determinação do árbitro, e muito menos a forma como a prova foi produzida. É sempre necessário permitir-se que todas as partes possam examinar as provas e manifestarem-se sobre elas. Em suma, necessidade de informação e possibilidade de reação.

Da mesma forma do apontado no sub-item “b” supra, em tal situação pode até ser respeitado o princípio da igualdade, mas existe violação ao princípio do contraditório (e da ampla defesa).

Portanto, esse é outro limite da flexibilidade do procedimento arbitral, já que não pode ser criada (ou adaptada) regra procedimental que restrinja o direito das partes de terem ciência de todas as provas produzidas na arbitragem, independentemente de quem as produziu ou de como foram produzidas.

Diversos regulamentos arbitrais expressamente prevêm regras na linha supra explicada, ou seja, de que as partes devem sempre ter ciência de todas as provas produzidas na arbitragem, e sempre devem poder se manifestar a respeito delas.²⁸³

partes deverá ser enviada à Secretaria.” “Artigo 15 Regras aplicáveis ao procedimento (2) Em todos os casos, o Tribunal Arbitral deverá atuar com equidade e imparcialidade, devendo sempre assegurar que cada parte tenha tido a oportunidade de apresentar as suas razões.” Ver também: Reg. ICDR (AAA) Art. 16 (4).

²⁸³ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 8.6; Reg. CCBC 9.6; Reg. FGV Art. 46; Reg. CCI Arts. 21 e 22.

Também existem regulamentos que expressamente prevêm o direito das partes acompanharem a colheita das provas, principalmente em audiência.²⁸⁴

(d) Regras sobre a “revelia” na arbitragem.

Algumas regras que regulam determinados aspectos específicos da revelia na arbitragem têm ligação direta com o princípio do princípio do contraditório (e da ampla defesa). Antes de examiná-las, necessário deixar claro que não é objetivo desta obra discutir os conceitos de revelia, contumácia etc., ou como tais conceitos se aplicam na arbitragem. Se o conceito técnico de revelia, nos procedimentos judiciais estatais brasileiros, é a falta de apresentação da defesa, na arbitragem a questão é um pouco diferente, pois qualquer uma das partes pode-se omitir em apresentar manifestação em pelo menos três momentos importantes: (i) quando ainda se está discutindo a instauração da arbitragem, pois ela pode preferir não responder o pedido de instauração da arbitragem; e/ou (ii) quando lhe for concedido prazo para alegações iniciais; e/ou (iii) quando recebe prazo para impugnar as alegações iniciais da parte contrária.²⁸⁵ Feitas essas observações, quando se mencionar, abaixo, a “revelia”, a idéia básica é a da omissão da parte em se manifestar, o que, para parte da doutrina, é melhor descrita como contumácia, ou como inércia.²⁸⁶

Assim, alguns regulamentos arbitrais prevêm que a revelia, ou ausência de manifestação de uma das partes no procedimento arbitral, não implica na sua paralisação, o qual deverá continuar até o final.²⁸⁷ Esse tipo de regra não viola o princípio do princípio do contraditório (e da ampla defesa), já que, como explicado, o que é absolutamente imprescindível é a informação, sendo a reação uma faculdade da parte; se ele preferiu permanecer inerte, revel, trata-se de decorrência da sua liberdade, da autonomia da vontade.

Outro tipo de norma que costuma estar prevista nos regulamentos arbitrais – ou que costuma ser aplicada pelo árbitro mesmo sem previsão expressa no eventual regulamento eleito – é o envio de intimações a respeito do andamento processual para o “revel”, o qual, apesar de não ter se manifestado na arbitragem, continuará sendo informado de seu

²⁸⁴ Por exemplo: Reg. FGV Art. 46, parágrafo único; Reg. CCI Artigo 21 (3).

²⁸⁵ Em sentido similar: EDUARDO GREBLER, *A revelia*, cit., n. 2, p. 29; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 88-90.

²⁸⁶ No mesmo sentido: ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 89-90; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 402-403.

²⁸⁷ Por exemplo: Reg. ICDR (AAA) Art. 23.

andamento até o final.²⁸⁸ Esse tipo de procedimento é absolutamente correto e deve ser elogiado (e estimulado), pois dá efetiva aplicação à idéia de que as partes devem ter informação de tudo que ocorre na arbitragem, já que a informação é um dos elementos do princípio do contraditório (e da ampla defesa).²⁸⁹

Já a eventual previsão contrária – no sentido de que o revel não mais receberá as comunicações processuais – seria uma norma de duvidosa validade, por suprimir a informação, que, como realçado, é imprescindível. Seria uma regra que violaria o princípio do contraditório (e da ampla defesa), que como explicado, tem como elemento obrigatório a informação. E nem se pode alegar, em defesa à possibilidade de ausência de intimação do revel, a aplicação do previsto no art. 322 do CPC,²⁹⁰ pois essa regra destina-se a regular procedimentos estatais, normalmente públicos (não sigilosos), e cujos autos estão em local público, de fácil acesso.

De outro lado, as regras procedimentais eleitas para o caso concreto não podem estabelecer que a parte que permanece inerte em determinado momento (o “revel”) será impedida de participar dos atos processuais posteriores. Esse tipo de regra viola o princípio do contraditório, por impedir a reação; mais ainda, prejudica o direito de ampla defesa, que é aspecto essencial do contraditório. Ao contrário, o que deve ser previsto nas regras procedimentais (ou, se não previsto, deve ser aplicado pelo árbitro) é a possibilidade do revel “ingressar” na arbitragem a qualquer momento, permitindo que participe das etapas e atos procedimentais ainda não realizados. Aplica-se assim, em essência, o espírito do estabelecido no parágrafo único do art. 322 do CPC, que nada mais faz do que disciplinar importante aspecto do contraditório nos procedimentos judiciais estatais.²⁹¹

(e) Contraditório no “pedido de esclarecimentos” (“embargos de declaração”).

Apesar da Lei de Arbitragem não utilizar a terminologia “embargos de declaração”, é patente que esse está previsto no seu art. 30. E em função da forma como está redigido o

²⁸⁸ Por exemplo: Reg. CAMARB 2.9 (ii); Reg. FGV Art. 38, § 3º.

²⁸⁹ Esse tipo de regra (nos regulamentos arbitrais) ou de comportamento (do árbitro em mandar intimar mesmo sem norma expressa) é defendido e/ou elogiado, entre outros, por: FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, Aspectos fundamentais, cit., n. 2.4, p. 198; RAFAEL FRANCISCO ALVES, O devido, cit., n. 3.2, p. 403-404.

²⁹⁰ CPC: “Art. 322. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório. Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar” (redação da Lei 11.280/06)

²⁹¹ Mas quero deixar claro que a aplicação, na arbitragem, do espírito do estabelecido no parágrafo único do art. 322 do CPC não decorre de eventual conclusão de que o CPC regula a arbitragem de forma subsidiária, o que foi criticado e combatido no item 6.16 desta tese. Aplica-se o espírito de tal regra por ser essa um importante aspecto do contraditório, e não por estar prevista no CPC. Estando o princípio do contraditório bem expresso no parágrafo único do art. 322 do CPC, essa regra pode ser sim aplicada na arbitragem, mas não por ser referido dispositivo norma do CPC, mas sim por ser aspecto do princípio do contraditório.

inciso II do art. 30 da Lei 9.307/96, é comum, no meio arbitral brasileiro, denominar tal instituto, na arbitragem, de “pedido de esclarecimentos”, terminologia essa adotada nesta tese.

Nos procedimentos judiciais estatais brasileiros não se prevê, quando uma das partes apresenta embargos de declaração, que seja dada vista para o outro litigante (o embargado) se manifestar. Apesar dessa omissão da norma, às vezes o magistrado (ou tribunal) dá vista dos embargos de declaração ao embargado; isso é mais comum quando o órgão julgador percebe que, para decidir os embargos de declaração, talvez tenha que modificar a sua decisão original (no jargão forense, atribuir efeito infringente ao embargos, para alterar a decisão original); nesse tipo de situação, para haver respeito ao princípio do contraditório (e da ampla defesa), é dada vista à parte contrária, ou seja, ao embargado. Aliás, o STJ, aplicando o princípio do contraditório, já proferiu inúmeros acórdãos reconhecendo que para dar efeito infringente aos embargos de declaração (para que esses levem à alteração da decisão original), é imprescindível, sob pena de nulidade, que primeiro seja dada vista dos embargos à parte contrária.²⁹² Assim, apesar de não haver texto infraconstitucional expresso regulando essa questão, existe forte corrente jurisprudencial exigindo que respeite-se o princípio do contraditório – concedendo-se vista para a parte contrária – quando se apresenta embargos de declaração aos quais poderá eventualmente ser dado efeito infringente. Mas essa corrente não determina que seja dada vista à parte contrária toda vez que for apresentado embargos de declaração, mas sim que isso ocorra quando o órgão julgador vislumbrar que será dado efeito infringente aos embargos de declaração.

Na arbitragem, todavia, a situação é um pouco diferente, pois a parte final do *caput* do art. 30 Lei 9.307/96 estabelece que: “*a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que (...)*”. O trecho sublinhado é clara decorrência da aplicação do princípio do contraditório (e da ampla defesa) no pedido de esclarecimento, por constar de forma expressa a necessidade de comunicação à parte contrária, ou seja, existe expressa previsão de necessidade de dar-se a

²⁹² ED no AgRg no REsp 87.823-SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.8.00, *RSTJ* 139/136; REsp 491.311-MG, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 6.5.03, *RDDP* 5/215; ED nos ED no RMS 8.430-BA, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 9.9.03, *DJU* 29.9.03, p. 274; REsp 615.532/RJ, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 6.4.04, *RDDP* 17/141, *RF* 377/335; REsp 686.752-PA, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.5.05, *DJU* 27.6.05, p. 336; AgRg no REsp 615.449-PB, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.9.05, *DJU* 26.9.05, p. 360; REsp 567.951-RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 6.12.05, *DJU* 13.2.06, p. 662; ED no AgRg no REsp 434.742-RS, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 6.10.05, *DJU* 7.11.05, p. 256; HC 46.465-PR, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27.2.07, *DJU* 12.3.07, p. 266; ED nos ED no RMS 21.719-DF, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 4.12.08, *RDDP* 72/191.

informação – da apresentação do pedido de esclarecimentos e do seu conteúdo – à parte contrária.

Ora, como já explicado, o princípio do contraditório (e da ampla defesa) é composto de dois elementos: necessidade da informação e possibilidade da reação. Por isso, a melhor interpretação da expressão “*mediante comunicação à outra parte*” presente no *caput* do art. 30 da Lei de Arbitragem é que além de ser dada ciência à parte contrária, também **deve obrigatoriamente ser dada a possibilidade desse outro litigante se manifestar sobre o pedido de esclarecimentos**, antes do árbitro apreciá-lo.²⁹³ Em outras palavras, apesar de não constar de forma expressa na Lei brasileira, e mesmo não estando expresso nas regras procedimentais que regulam determinada arbitragem, considero que, para se respeitar o princípio do contraditório (e da ampla defesa), é necessário que, quando apresentado um pedido de esclarecimento, seja sempre dada oportunidade para a parte contrária se manifestar sobre tal pedido.²⁹⁴ E essa obrigação fica ainda mais reforçada quando o árbitro perceber que, para decidir o pedido de esclarecimentos, ele eventualmente terá que modificar sua decisão original.

O acima defendido não significa que haverá necessariamente violação ao princípio do contraditório (e da ampla defesa) toda vez que o árbitro decidir um pedido de esclarecimento sem a prévia oitiva da parte contrária. Para caracterizar a violação ao princípio do contraditório (e da ampla defesa) é necessário verificar se a decisão do pedido de esclarecimentos causou prejuízo ao outro litigante, que não apresentou o pedido de esclarecimentos. Se a decisão do pedido de esclarecimentos não alterou o conteúdo da sentença arbitral, então não houve qualquer prejuízo pela não concessão de prazo para manifestação da outra parte e não existe violação ao princípio do contraditório (e da ampla defesa).

Mas se a sentença arbitral foi modificada em decorrência da apreciação do pedido de esclarecimentos, e se essa alteração prejudicou a parte contrária – aquela que não apresentou o pedido de esclarecimentos e que não teve oportunidade de se manifestar sobre tal pedido – então existe clara violação ao princípio do contraditório (e da ampla defesa). Veja-se que se não tivesse sido apresentado o pedido de esclarecimentos, a sentença arbitral “original” não seria alterada, o que significa que o que pode levar à alteração da

²⁹³ E o prazo de 10 dias para o árbitro decidir, previsto no parágrafo único do art. 30 da Lei 9.307/96, deve ser contado da apresentação, pela outra parte, da manifestação sobre o pedido de esclarecimentos (ou do transcurso do prazo para tal manifestação).

²⁹⁴ Também defende que a outra parte deve ter a possibilidade de se manifestar sobre o pedido de esclarecimentos: SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 30.9, p. 605.

sentença arbitral original é a apreciação do pedido de esclarecimentos. Existe uma clara relação de causa e efeito: o pedido de esclarecimentos é que levou à modificação da sentença arbitral original. Por isso, deve ser dada a possibilidade da parte contrária se manifestar sobre o pedido de esclarecimentos, já que esse tem o potencial de prejudicar o outro litigante. Assim, nesse tipo de situação, sem ser dada vista do pedido de esclarecimento à parte contrária, e sendo proferida decisão em prejuízo da parte que não apresentou o pedido de esclarecimentos (e que não teve oportunidade de se manifestar sobre ele), há violação ao princípio do contraditório (e da ampla defesa).

Muitos regulamentos de órgãos arbitrais institucionais (em especial estabelecidos no Brasil) possuem dispositivos que usam terminologia similar à lei brasileira, dizendo que, quando apresentado o pedido de esclarecimento numa arbitragem, deve ser dada ciência à parte contrária, sem afirmar expressamente que deve ser dado prazo para o outro litigante se manifestar sobre o pedido de esclarecimentos.²⁹⁵ Na linha do explicado acima, tais regras dos regulamentos arbitrais devem ser interpretadas no sentido de que, além de ser dada ciência à parte contrária, é necessário conceder prazo para que esse último possa se manifestar sobre o pedido de esclarecimentos.

E também existem regulamentos que afirmam, de forma expressa, que sendo apresentado o pedido de esclarecimento, deverá ser necessariamente aberto prazo para a parte contrária se manifestar sobre tal pedido.²⁹⁶ Esse tipo de regra, por ser mais clara e não gerar dúvidas, deve ser elogiada.

Por fim, em razão do acima explicado, também se conclui que constitui violação do princípio do contraditório (e da ampla defesa) a criação ou adaptação de regra procedimental que implique em impedir-se uma das (ou mesmo todas as) partes em se manifestar(em) sobre o pedido de esclarecimentos apresentado pela parte contrária. Por exemplo, uma regra procedimental que determine que a parte contrária não deve receber cópia do pedido de esclarecimento, ou que ela está proibida de se manifestar sobre esse pedido. Trata-se assim de outra limitação à flexibilidade do procedimento arbitral, decorrente da prevalência do princípio do contraditório (e da ampla defesa).

²⁹⁵ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 13.9; Reg. FGV Art. 53.

²⁹⁶ Por exemplo: Reg. CCI Art. 29 (2).

10.3) Princípio da igualdade das partes.

O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem estabelece que: “*Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.*” O princípio da igualdade das partes é assim a segunda baliza procedimental (limite, garantia mínima) mencionada no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem.

A igualdade é um dos grandes pilares da democracia.²⁹⁷ Em quase todos os campos do direito o tema é examinado, com aplicações teóricas e práticas que transbordam os limites desta tese. Assim, restringido o estudo, o enfoque da investigação será: no item seguinte, verificar as linhas gerais relacionadas com a aplicação do princípio da igualdade das partes no processo civil estatal (sem entrar nas discussões específicas se determinadas regras processuais violam ou não o princípio); e no item 10.3.2 infra, a aplicação do princípio da igualdade das partes na criação e adaptação das regras procedimentais na arbitragem.

10.3.1) Princípio da igualdade na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, e sua incidência nos processos judiciais estatais.

O princípio da igualdade está expressamente consagrado na Constituição Federal brasileira, no art. 5º, *caput*, e inciso I.²⁹⁸ E também está previsto no inciso I do art. 125 do Código de Processo Civil.²⁹⁹ Vários autores tratam da aplicação do princípio da igualdade das partes no processo civil.³⁰⁰ As explicações a seguir desenvolvidas são uma síntese das principais idéias que costumam ser mencionadas na doutrina.

A partir do **princípio da isonomia**, consagrado no texto constitucional, a doutrina ensina a existência do princípio da igualdade das partes no processo. Esse princípio tem

²⁹⁷ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 82, p. 207.

²⁹⁸ **CF**: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

²⁹⁹ **CPC**: “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

³⁰⁰ Sobre o tema, ver, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 19, p. 53-55; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 82-83, p. 207-213; VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual*, cit., v. 1, n. 9.4, p. 63-66; SIDNEY PALHARINI JÚNIOR, O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. In: FUX-NERY JR.-ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos*, cit., p. 616 ss.

como base a idéia de que as diferentes partes e procuradores devem receber igual tratamento dentro do processo.

A doutrina também costuma afirmar que é necessário **abandonar a igualdade meramente formal, para buscar uma igualdade substancial**, ou seja, tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida das desigualdades.³⁰¹ E isso significa que, dentro do processo, o princípio da igualdade não exige um tratamento formalmente igualitário, mas sim que esse tratamento seja substancialmente igualitário. As desigualdades – que são resultantes de fatores externos ao processo – devem ser atenuadas ou eliminadas dentro do processo, tanto por instrumentos previstos em lei, quanto pela atuação do magistrado.

Nessa linha de raciocínio, afirma-se ainda que o princípio é dirigido tanto ao legislador quanto aos órgãos julgadores. E que esses, além de não poderem criar desigualdades, devem atuar de forma a neutralizar as desigualdades já existentes.

Esse raciocínio é que justificaria algumas regras da legislação processual, tais como as que beneficiam a Fazenda Pública em juízo, ou que concedem prazo em dobro à parte que for representada por defensor público, ou que estabelecem a competência de certos tipos de processos para a comarca em que reside a parte supostamente mais fraca etc. Esses tipos de regras são denominadas, por VICENTE GRECO FILHO, de mecanismos de compensações jurídicas,³⁰² expressão essa que dá uma boa idéia do que o legislador pretendeu ao tratar de forma desigual partes que, aos olhos dele legislador, seriam materialmente desiguais.

Como não podia deixar de ser, quase sempre há alguma controvérsia (no mínimo doutrinária) sobre o acerto ou desacerto do legislador e se a regra legal que dá tratamento diferente a uma das partes seria ou não constitucional. Todo o problema é baseado na discussão se existem efetivamente desigualdades nas situações (teóricas ou concretas) reguladas pelo legislador de forma desigual e/ou se o mecanismo de compensação deveria ter sido criado de tal forma.³⁰³

De outro lado, o princípio da igualdade das partes tem tamanha importância que ele acaba, em certa medida, se expandindo para temas abrangidos por outros princípios.

³⁰¹ Ver, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 19, p. 53-55; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 82, p. 207-208; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 8, p. 40; SIDNEY PALHARINI JÚNIOR, *O princípio*, cit., n. 1, p. 616-617.

³⁰² *Direito processual*, cit., v. 1, n. 9.4, p. 63.

³⁰³ Por exemplo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 83, p. 210-211, critica os chamados privilégios da Fazenda Pública.

Assim, existe a inter-relação entre os princípios da igualdade e da imparcialidade, pois o juiz imparcial dá às partes (materialmente iguais) tratamento igualitário.³⁰⁴

Outro ponto de contato do princípio da igualdade das partes é com o princípio do contraditório e da ampla defesa. A igualdade das partes exige a igualdade em oportunidades de participação das partes no processo, ou seja, a chamada **paridade de armas**.³⁰⁵ De outro lado, contraditório equilibrado é contraditório com igualdade. Obviamente, não se deve confundir cada conceito, já que o contraditório não é um aspecto ou projeção da isonomia (por exemplo, se todas as partes não recebem vista do laudo pericial, existe clara violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sem ter ocorrido infringência ao princípio da igualdade das partes, pois elas foram tratadas de forma igual).

10.3.2) Princípio da igualdade e a criação e adaptação de regras procedimentais na arbitragem.

Conforme explicado anteriormente, quando se examina o princípio da igualdade das partes à luz do tema desta tese – a flexibilidade do procedimento arbitral –, é possível notar que o princípio atua de duas formas distintas e complementares.

De um lado, o princípio da igualdade das partes influencia a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que visam assegurar a aplicação desse mesmo princípio nos diversos procedimentos arbitrais. E, de outro lado, também atua como um limitador, uma baliza, que impede que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretam na violação do princípio da igualdade das partes.

Não existe qualquer dúvida de que o princípio da igualdade se aplica na arbitragem, já que previsto em dispositivo legal (Lei 9.307/96, art. 22, § 2º) e constitucional (CF, art. 5º, I), que devem ser respeitados. O que é necessário apurar é se as lições tradicionais da doutrina sobre o princípio da igualdade das partes – resumidas no item anterior desta tese, e que foram quase todas escritas tendo em vista somente os procedimentos judiciais estatais – devem ou não ser integralmente (ou parcialmente) aplicadas na arbitragem, mais especificamente, na criação e adaptação de regras procedimentais arbitrais.

³⁰⁴ Nesse sentido: ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 53-54.

³⁰⁵ Sobre paridade de armas, ver: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 82, p. 209; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 23, p. 141; JOÃO BATISTA LOPES, *Contraditório, paridade de armas*, cit., p. 265 ss.

Ocorre que, para alguns autores, na arbitragem a igualdade entre as partes é sempre presumida. Como a escolha da arbitragem como método de solução de controvérsias é decorrente da manifestação de vontade das partes, da sua liberdade, em suma, da autonomia da vontade, então as partes estariam sempre em igualdades de condições dentro de uma arbitragem.³⁰⁶

E, em função dessa constatação, existem autores que expressamente afirmam que nas arbitragens nunca podem ser estabelecidas regras procedimentais atribuindo às partes direitos, e/ou obrigações, e/ou ônus diferenciados.³⁰⁷ Nesse sentido, afirma CARLOS ALBERTO CARMONA que é “necessário notar que não existem no processo arbitral os mesmos mecanismos de transformação da igualdade formal em igualdade material de que dispõe o juiz estatal. Desta forma, a igualdade de que trata a Lei permanece numa dimensão estática, dificilmente superável. É preciso, porém, lembrar que no processo arbitral as partes encontram-se normalmente em situação bastante equilibrada”.³⁰⁸

Essas idéias, contudo, devem ser examinadas com cuidado. Tal presunção de igualdade das partes na arbitragem não resiste à análise do que pode ocorrer na prática. É verdade que em um número considerável – provavelmente a maioria – das arbitragens as partes estão em igualdade de condições. Mas isso não autoriza a dizer que em toda arbitragem as partes estejam em igualdade de condições. Pode perfeitamente ocorrer de ser realizada uma arbitragem entre partes com profundas desigualdades materiais, econômicas, culturais etc. Um exemplo simples é a arbitragem decorrente de contrato de adesão, entre uma pessoa física e uma grande empresa multinacional, cuja possibilidade deve respeitar o previsto no art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.³⁰⁹ Mesmo se o aderente, pessoa física, tomar a iniciativa e ingressar com a arbitragem contra a multinacional, existe razoável possibilidade das partes não estarem em igualdade de condições.

E essa desigualdade material não pode ser levada em conta dentro da arbitragem? Em tais situações deve ser colocada uma venda nos olhos? Quando as regras procedimentais que vão reger tal arbitragem forem criadas ou adaptadas, essa situação de desigualdade material deve ser totalmente ignorada?

³⁰⁶ HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Doze anos*, cit., n. 5, p. 27. Ver ainda: MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 1.2, p. 4.

³⁰⁷ HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Doze anos*, cit., n. 5, p. 27.

³⁰⁸ *Arbitragem e processo*, cit., p. 296.

³⁰⁹ Lei 9.307/96: “Art. 4º (...) § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

Existindo desigualdades materiais entre as partes, isso deve ser necessariamente levado em consideração quando forem criadas ou adaptadas as regras procedimentais. E essa é uma obrigação tanto das partes, quando do árbitro, do órgão institucional arbitral (que eventualmente administra a arbitragem), e do juiz estatal (dentro da ação do art. 7º da Lei de Arbitragem).

Isso não significa que a única forma possível para compensar as desigualdades seria através da estipulação de direitos, e/ou obrigações, e/ou ônus diferenciados entre as partes. Existem situações em que as diferenças entre as partes podem ser compensadas usando-se um pouco de criatividade e, sobretudo, bom senso – que, em termos jurídicos, são a razoabilidade e a proporcionalidade. Dois exemplos ajudam a vislumbrar o ora defendido.

(a) Voltando à situação antes imaginada, da arbitragem decorrente de contrato de adesão, a pessoa física aderente é representada por um advogado profissional liberal, sendo que a multinacional utiliza os serviços de um grande escritório de advocacia, com inúmeros advogados trabalhando no seu caso. No momento em que as partes e advogados se reúnem com o árbitro, para estipular as regras procedimentais, a multinacional pede que ambas as partes tenham prazo de 10 dias para apresentar suas alegações iniciais, seguidos de novo prazo de 5 dias para ambos fazerem impugnações recíprocas. Já o advogado da pessoa física afirma que está com vários prazos em curso, e que a matéria é complexa, pedindo assim 60 dias de prazo para alegações iniciais e, em seguida, 30 dias de prazo para as impugnações recíprocas. Veja-se que esses prazos são comuns, não seriam 10 dias para a empresa e 60 para a pessoa física, são 10 dias para os dois ou 60 dias para os dois.³¹⁰ A empresa quer só 10 dias pois seu vasto corpo jurídico já está trabalhando nas alegações iniciais há vários dias; o advogado solitário da pessoa física sabe que precisa de bastante tempo pois a causa é importante e complexa. Sem haver acordo entre as partes, caberá ao árbitro criar ou adaptar a regra procedimental. Ora, nesse tipo de situação – propositadamente maniqueísta, para facilitar o raciocínio –, o árbitro, levando em conta a desigualdade das partes, pode estipular os prazos pleiteados pela pessoa física; o prazo será o mesmo para todos, não foram criadas regras procedimentais tratando as partes de forma desigual, mas a regra foi criada tendo em vista a desigualdade material das partes, para que a parte com menos recursos pudesse se defender a contento.

³¹⁰ Já que ambas as partes apresentarão suas respectivas alegações iniciais no mesmo momento e, posteriormente, ambas apresentarão suas impugnações recíprocas em outro mesmo momento: ver item 16.2 infra, sobre essa técnica de apresentação de manifestações pelas partes nos mesmos momentos, que difere do modelo usual do processo judicial.

Como dito antes, a regra foi fixada, sobretudo, com bom senso (aplicando-se a razoabilidade e a proporcionalidade).

(b) Um segundo exemplo seria uma disputa entre duas empresas, uma estrangeira de pequeno porte, outra estabelecida no Brasil, de grande porte. A empresa estrangeira aceita a regra de que todas as audiências serão realizadas no Brasil. O árbitro propõe marcar a audiência para o início do mês de abril. Mas a empresa estrangeira informa que duas das suas testemunhas, que moram no exterior, já estão com viagem marcada para o Brasil para meados do mês de junho (para participar de uma feira comercial) e que seria demais custoso, para o porte da empresa, bancar uma segunda viagem delas para o Brasil. Por tal motivo a empresa estrangeira pede que a audiência não seja realizada em abril, mas em junho. A empresa brasileira não concorda, afirmando que se trata de medida protelatória; todavia, da sua posição, e de comportamentos anteriores, transparece que, na verdade, a tática da empresa brasileira é fazer com que a arbitragem fique muito custosa para a empresa estrangeira, e, assim, forçar um acordo vantajoso. Veja-se que, no caso concreto, a empresa estrangeira tem nítida desvantagem em ter que trazer testemunhas para o Brasil, estando, portanto, em desvantagem material. Diante de tal situação, para resolver o problema, o árbitro pode marcar a data da audiência para junho, o que é, sobretudo, uma medida de bom senso.

De qualquer modo, apesar das explicações acima mencionadas, existem regulamentos arbitrais que expressamente mencionam que as partes devem ser sempre tratadas com equidade,³¹¹ de forma igualitária. Esse tipo de regra não é necessariamente errada, mas deve ser lida com as ressalvas acima feitas.

E, superada a questão das partes serem eventualmente desiguais, então as lições doutrinárias (explicada no item anterior deste estudo) sobre a necessidade das partes receberem o mesmo tratamento, de terem paridade de armas, de terem oportunidades iguais em participar, são integralmente aplicáveis na arbitragem.

10.4) Princípio da imparcialidade do árbitro.

O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem estabelece que: “*Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.*”

³¹¹ Por exemplo: Reg. CCI 15 (2).

O princípio da imparcialidade do árbitro é, portanto, a terceira baliza procedimental mencionada no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem. Diversos aspectos de tal princípio, e sua aplicação prática na arbitragem, são explicados a seguir.

Antes, porém, necessário apontar que o princípio da imparcialidade do árbitro também é mencionado em outros dispositivos da Lei 9.307/96. Assim, o § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem estabelece que: “*No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.*” E o § 1º do art. 14 da mesma Lei 9.307/96 prevê que: “*As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.*” Por fim – e essa é a regra principal a ser examinada neste momento – o § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96 estabelece que as regras procedimentais da arbitragem devem respeitar o princípio da imparcialidade.

Os dispositivos supra transcritos também mencionam a **necessidade de que o árbitro seja independente**. Diversos regulamentos arbitrais, mencionados no item 10.4.4 infra, também exigem que o árbitro seja ao mesmo tempo independente e imparcial. Na doutrina existe a discussão sobre o que significa cada um desses conceitos, como devem ser exigidos, como eles se inter-relacionam etc.³¹² Fazendo um exame superficial, parece que imparcialidade é um conceito mais amplo do que independência. O árbitro pode ser independente, e ao mesmo tempo ser parcial; mas dificilmente o árbitro que for dependente será imparcial. O aprofundamento deste debate foge aos objetivos propostos nesta tese. De qualquer modo, para os que enxergarem a necessidade de se separar de forma absolutamente estanque os conceitos de independência e imparcialidade, alerto que a maioria das explicações a seguir desenvolvidas, apesar de mencionarem somente a imparcialidade do árbitro, também valem para as questões relacionadas à independência do árbitro.

A imparcialidade do árbitro, mais do que uma exigência legal, é decorrência do *status* constitucional do princípio da imparcialidade. Mas será que o princípio constitucional da imparcialidade é aplicável na arbitragem do mesmo modo que afeta os procedimentos judiciais estatais? Ou na arbitragem existem diferenças, peculiaridades que

³¹² Ver, entre outros: SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *Árbitro: Princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001, em especial n. 4 ss, p. 52 ss; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1028 ss, p. 564 ss.

levam à sua aplicação de forma diferente? E como o princípio da imparcialidade funciona como limitação ao estabelecimento (criação ou modificação) de regras procedimentais?

É o que se examinará nos itens seguintes desta tese.

10.4.1) O princípio constitucional da imparcialidade e a legislação brasileira.

A idéia da imparcialidade do órgão julgador é inerente ao próprio conceito de distribuição da tutela jurisdicional.³¹³ Seria absolutamente ilegítimo que, atribuído a um terceiro o poder para julgar um litígio – seja esse terceiro agente do estado (juiz estatal), seja ele escolhido pelas partes (árbitro privado) –, fosse permitido que o julgador resolvesse a questão motivado por interesses próprios.³¹⁴ Bem aponta DONALDO ARMELIN que “juiz parcial será sempre uma contradição em seus próprios termos”.³¹⁵

Apesar dessa patente importância da imparcialidade do juiz, verifica-se que, salvo o previsto nos acima citados arts. 13, § 6º, e 21, § 2º, da Lei 9.307/96, não existem outras normas brasileiras que afirmam de forma expressa e peremptória que o órgão julgador deve ser imparcial. Não deixa de ser um paradoxo constatar-se que uma diretiva tão importante não está prevista expressamente em norma constitucional ou legal, salvo no que se refere à arbitragem.

Todavia, essa “omissão” legislativa não impede a doutrina de ensinar, com razão, que a imparcialidade do juiz é sim um princípio constitucional do processo civil brasileiro. Essa afirmação decorre do fato de que existem diversas normas, constitucionais e infraconstitucionais, destinadas a garantir tanto a imparcialidade do magistrado estatal, quanto a independência do Poder Judiciário como um todo e também de cada juiz estatal específico, pois essa independência é um dos suportes da imparcialidade do juiz: como já afirmado, se não for independente, muito provavelmente o juiz não será imparcial.

As regras da Constituição Federal, que têm por objetivo direto ou indireto reforçar a independência e a imparcialidade do juiz estatal, são as seguintes:³¹⁶

³¹³ Em sentido similar: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 18, p. 51-53.

³¹⁴ Entre outros, ver: VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual*, cit., v. 1, n. 9.1, p. 52; SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *Árbitro: Princípios*, cit., n. 5.1, p. 60.

³¹⁵ Ação de nulidade, cit., n. 4, p. 131.

³¹⁶ Outros autores também apontam que as regras da CF e do CPC citadas no texto têm ligação com o princípio da imparcialidade. Assim, fazendo a ressalva que nem todas as regras listadas nesta tese são mencionadas por todos os autores, ver: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 18, p. 52, e n. 84 ss, p. 162 ss; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 80-81, p. 200 ss.

- (a) ingresso por concurso público (art. 93, I);
- (b) sistema de promoções por antiguidade e merecimento (art. 93, II e III);³¹⁷
- (c) as garantias dos juízes, quais sejam a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95, I, II, III);
- (d) as várias vedações dos juízes (art. 95, p. único); e
- (e) as prerrogativas institucionais do Poder Judiciário, em especial as regras de autogoverno e autonomia administrativa e orçamentária (arts. 96 e 99).

Também existem outras regras na Constituição Federal – ligadas direta ou indiretamente ao princípio da imparcialidade – que, em razão da sua enorme importância para o sistema (já que visam atingir relevantes objetivos próprios), são consideradas pela doutrina como princípios constitucionais autônomos. Assim:

- (f) a publicidade do processo (art. 93, IX), tratado no item 12.6 abaixo;
- (g) a motivação das decisões (art. 93, X), analisado no item 12.7 infra; e
- (h) o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), explicado no item 12.5 infra.

E no Código de Processo Civil também existem pelo menos dois importantes dispositivos que buscam garantir a imparcialidade do juiz, quais sejam, os arts. 134 e 135, que regulamentam as hipóteses de impedimento e de suspeição do magistrado.

10.4.2) Aplica-se, na arbitragem, o princípio constitucional da imparcialidade? Do mesmo modo que nos procedimentos estatais?

Todas as normas (constitucionais e infraconstitucionais) antes mencionadas foram originalmente editadas pelo legislador tendo em vista a atuação do juiz estatal. Mas será que elas se aplicam na arbitragem? Quanto aos arts. 134 e 135 do CPC a resposta é positiva, em virtude do previsto no art. 14 da Lei 9.307/96. Mas e as regras constitucionais antes apontadas?

O primeiro grupo de regras constitucionais, que foram mencionadas nos sub-itens (a) a (e) do item anterior desta tese, não se aplicam na arbitragem. São regras destinadas exclusivamente a regular o exercício da atividade jurisdicional estatal, que nada tem a ver

³¹⁷ Obviamente, se manipulados tendo em vista interesses políticos, econômicos, pessoais etc., tanto o concurso público quanto os sistemas de promoção por antiguidade ou merecimento podem minar a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário e/ou de cada magistrado. Mas essa não foi, obviamente, a intenção do legislador constitucional, que estabelece tais regras pensando na sua adequada utilização.

com a utilização da arbitragem como forma de solução de controvérsias. Veja-se que o árbitro: não precisa passar por concurso público; não se submete a sistema de promoções, já que não existe, na arbitragem, carreira similar à do juiz estatal; não tem nem as garantias nem as vedações da magistratura estatal; não tem as prerrogativas institucionais do Poder Judiciário.

Já os outros princípios constitucionais citados nos itens (f) a (h) supra são analisados em outros itens desta tese. Contudo, pode-se desde logo apontar que dois desses princípios não são aplicados na arbitragem (publicidade e juiz natural), e mesmo o que é aplicado, não é imune de controvérsias (motivação).

Mas se de todas as regras constitucionais antes mencionadas (itens (a) a (h) supra), a única que se aplica na arbitragem é a que regula a motivação (o que ainda é sujeito a algumas controvérsias), por que se afirma que o princípio constitucional da imparcialidade é aplicado na arbitragem? A resposta é baseada em três argumentos.

O primeiro, e mais importante, é a constatação de que, apesar de ser de certo modo decorrente das regras constitucionais antes mencionadas, o princípio da imparcialidade sempre teve vida própria, autônoma em relação às regras expressas eventualmente existentes (em determinado ordenamento, em dado momento histórico). No fundo, o princípio existe e deve ser respeitado, independentemente de quais as regras expressas que visem direta ou indiretamente a protegê-lo. Como dito no começo deste item, sem imparcialidade não existe efetiva distribuição da justiça. E isso também vale para a atuação do árbitro. Aliás, apontam PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, e BERTHOLD GOLDMAN, que existe uma aceitação universal à idéia de que o árbitro deve ser independente e imparcial.³¹⁸

O segundo argumento é que baseado no fato de que a Lei da Arbitragem refere-se expressamente sobre o princípio da imparcialidade em 3 diferentes dispositivos, quais sejam, o § 6º do art. 13, o § 1º do art. 14, e o § 2º do art. 21, sendo que essa última regra estabelece que o procedimento arbitral deve sempre respeitar o princípio da imparcialidade do árbitro.

Por fim, e em terceiro lugar, pelo fato do art. 14 da Lei de Arbitragem afirmar que a escolha de um árbitro pode ser impugnada com base nos mesmos motivos que levam a se considerar um juiz estatal impedido ou suspeito (arts. 134 e 135 do CPC).

³¹⁸ *International commercial*, cit., n. 1022, p. 561

Assim, respondendo a primeira indagação existente no título deste item, na arbitragem aplica-se sim o princípio da imparcialidade, tanto em virtude desse ser um princípio constitucional, quanto por expressa previsão legal. Isso deve ficar claro: não são só as citadas regras da Lei 9.307/96 que exigem a observância do princípio da imparcialidade, como essa também é aplicável na arbitragem (regida pelo direito brasileiro, ou que deverá ter efeitos no Brasil) em função de tal princípio ter natureza constitucional.

Mas a segunda pergunta feita no título deste item é parcialmente negativa. Nem todas as regras ligadas ao princípio da imparcialidade são aplicáveis na arbitragem, conforme acima explicado. E existe outra importante diferença, que é o fato de que existem conseqüências decorrentes da incidência do princípio da imparcialidade na arbitragem que só ocorrem na arbitragem, que não se verificam nos procedimentos judiciais estatais. É o que se verifica nos itens seguintes desta tese.

E seguindo a linha explicada anteriormente, necessário apontar que quando se examina o princípio da imparcialidade do árbitro à luz do tema desta tese – a flexibilidade do procedimento arbitral –, verifica-se que tal princípio atua de duas formas distintas e complementares. De um lado, o princípio da imparcialidade do árbitro influencia a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que visam assegurar a aplicação desse mesmo princípio nos diversos procedimentos arbitrais. De outro lado, o princípio da imparcialidade do árbitro também atua como um limitador, uma baliza, que impede que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretam a violação do citado princípio. Exemplos desses dois tipos de situação são dados nos itens seguintes desta tese.

10.4.3) O princípio da imparcialidade e criação (eleição) das regras que regulam o procedimento de escolha de árbitro(s).

Tendo se fixado, no item anterior deste estudo, o ponto de partida de que na arbitragem aplica-se sim o princípio constitucional da imparcialidade, é necessário agora, para os fins pretendidos nesta tese, verificar em que medida o princípio da imparcialidade se aplica como fator limitador à criação (ou modificação) de regras que regulam o procedimento de escolha do árbitro em cada arbitragem.

Veja-se que esse é um aspecto do princípio da imparcialidade que não tem qualquer aplicação nos processos judiciais estatais, nos quais não existe procedimento para escolha do magistrado. Mas na arbitragem, como existem procedimentos que disciplinam a escolha

do árbitro, tais procedimentos não podem ser previamente planejados de tal modo a se “burlar” o princípio da imparcialidade.

Dessa constatação, verifica-se que existe certo grau de indisponibilidade no que se refere à criação (ou mesmo adaptação) das regras procedimentais que regulam a escolha de árbitro(s). Isso porque as partes não têm autonomia para aceitar / escolher / criar regra relacionada ao procedimento de escolha do árbitro que implique na violação do princípio da imparcialidade do árbitro. Não podem estabelecer mecanismo (procedimento) de escolha de árbitro que já saibam, de antemão, vai resultar na eleição de árbitro que certamente não será imparcial. Seriam regras procedimentais que não respeitam o princípio da imparcialidade, e que, por isso, são inválidas, por violarem o previsto no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem.

A respeito do tema, podem ser dados alguns exemplos.

Assim, seria ilegítimo prever que a escolha do(s) árbitro(s) ficará a cargo exclusivo de uma única parte. Além de existir patente potencial de violação do princípio da imparcialidade (suficiente para considerar tal tipo de regra inválida), nessa situação ocorrerá também o desrespeito ao princípio da igualdade das partes.

Também pode ser mencionado como exemplo algumas decisões da Corte de Cassação italiana, citadas por ROMANO VACARELLA e GIOVANNI VERDE,³¹⁹ que reputaram não válidas a escolha de árbitro – para resolver litígio entre sócio e sociedade – pela assembléia geral de tal sociedade, salvo se o sócio tiver votado a favor da escolha de tal árbitro. No fundo o que a Corte de Cassação italiana decidiu foi que o procedimento de escolha do árbitro pela assembléia não seria válido, devendo o procedimento de escolha ser realizado de outra forma.

Do exemplo supra mencionado pode ser extraída a idéia básica de que, quando a escolha do árbitro é delegada para terceiro, esse terceiro também tem que ser imparcial. Se não for imparcial, o procedimento pode ser viciado.

Um último exemplo seria a existência de regras que direcionassem de tal forma a escolha do árbitro, que ficaria patente a sua parcialidade. Por exemplo, que especificasse a cidade de residência, a profissão, a idade mínima etc., de tal forma detalhada, que somente poucos profissionais – todos ligados direta ou indiretamente a uma das partes – poderiam ser escolhidos. Apesar deste exemplo não ser diretamente ligado à flexibilidade do

³¹⁹ *Dell'Arbitrato*, cit., p. 809.

procedimento de escolha, ele ajuda a entender o panorama geral, de que o procedimento de escolha não pode acarretar na escolha de um árbitro parcial.

É necessário, contudo, deixar claro que existe uma fundamental diferença entre: de um lado, a parte aceitar um procedimento de escolha do árbitro não respeita o princípio da imparcialidade (situação que, conforme explicado acima, ela não tem disponibilidade, sendo a regra inválida apesar da concordância da parte); de outro lado, a parte aceitar que seja feita a escolha de um árbitro parcial, ou ao qual se aplica alguma das regras dos arts. 134 e 135 do CPC. Nessa segunda hipótese, existe debate (pelo menos doutrinário) se a parte, previamente cientificada de que o árbitro é impedido, ou suspeito, ou tem algum grau de ligação com a parte contrária, poderia (ou não) aceitar que tal árbitro decidisse o litígio. Essa aceitação é válida, ou autonomia da vontade não alcançaria tanto? Tal controvérsia foge do objeto desta tese, pois não se relaciona com a criação (ou modificação) da regra procedimental em si mesma, mas sim com a escolha efetiva da parte.³²⁰ O problema é somente mencionado agora para deixar claro que se trata de questão diferente daquela antes investigada. Uma coisa é escolher regras procedimentais que levarão (um dia futuro) a escolher-se um árbitro muito provavelmente parcial; isso as partes não podem fazer, não tem disponibilidade, a regra procedimental escolhida é inválida, por violar o § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96. Outra coisa distinta é a parte aceitar a escolha de um árbitro que se enquadre nas regras dos arts. 134 e 135 do CPC, ou que tenha algum outro tipo de ligação com a parte contrária.

10.4.4) Peculiaridades do princípio da imparcialidade na arbitragem, e visão geral da sua disciplina nos regulamentos arbitrais.

Via de regra, os regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais têm especial preocupação com a questão da imparcialidade e independência do árbitro. São inúmeras as disposições – algumas procedimentais – relacionadas com a necessária imparcialidade do árbitro. Assim, por exemplo:

(i) Vários regulamentos determinam tanto que o árbitro deve ser imparcial e/ou independente, quanto que deve continuar sendo imparcial e/ou independente ao longo de todo o procedimento arbitral.³²¹ A **permanência desse *status* de independência e**

³²⁰ De qualquer modo, ver item seguinte desta tese.

³²¹ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP 3.2. “Os árbitros escolhidos devem ser e permanecer independentes das partes em litígio, desempenhando sua função com indiscutível imparcialidade, independência, competência,

imparcialidade ao longo do procedimento é bem resumida no Art.7º (1) do Regulamento da CCI, nos seguintes termos: “*Todo árbitro deverá ser e permanecer independente das partes envolvidas na arbitragem*”. Esse ponto também é destacado pela doutrina, que afirma que o árbitro deve permanecer imparcial durante todo o desenrolar da arbitragem.³²²

(ii) Em função do previsto no *caput* do art. 14 da Lei 9.307/96, os regulamentos de órgãos institucionais arbitrais estabelecidos no Brasil costumam ter dispositivos estabelecendo **quem não pode ser árbitro**, normalmente repetindo, mesmo que com redação diferente, o elenco de situações em que há impedimento ou suspeição do juiz estatal (arts. 134 e 135 do CPC).³²³ Sobre esse tema, contudo, é de se destacar que parte da doutrina explica que existe certa relativização da aplicação dessas regras na arbitragem, em função do papel da autonomia da vontade, que permitiria às partes, em certa medida, aceitar como árbitro alguém que, em tese, não poderia exercer esse encargo.³²⁴

(iii) Outra regra comum, tanto em regulamentos de órgãos institucionais arbitrais estabelecidos no Brasil quanto os sediados no exterior, é prever que o árbitro deve, quando convidado, **informar todos os fatos que possam ser eventualmente considerados** por uma das partes como elemento a se considerar tal árbitro parcial.³²⁵ No Brasil essa obrigação está inclusive estabelecida no § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem.³²⁶ Comentando tal preceito, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, afirma, com completa razão tratar-se de “importante dispositivo de ordem ética”.³²⁷ E a dimensão correta deste dever não é que o árbitro somente deve fazer tal revelação no começo da arbitragem, mas que tal dever perdura até o final da fase arbitral propriamente dita.³²⁸

(iv) Também é extremamente comum que o regulamento preveja que o árbitro deverá firmar um **termo de independência e imparcialidade** no início da arbitragem.³²⁹ Veja-se que esse termo não se confunde com o citado no sub-item anterior, que era uma

diligência, discrição e sigilo.” Ver ainda: Reg. CMA-CIESP 5.6; Reg. CCI Art. 7º (1) e 15 (2); Reg. ICDR (AAA) Art. 7 (1); Reg. LCIA Art. 5.2.

³²² SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *Árbitro: Princípios*, n. 5.1, p. 61-63, e n. 12.7, p. 153 ss.

³²³ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 5.2; Reg. CCBC 6.2; Reg. CAMARB 3.3; Reg. FGV Art. 32; Reg. AMCHAM SP 4.1 e 4.2.

³²⁴ Ver, entre outros: SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *Árbitro: Princípios*, n. 12.4, p. 143 ss.

³²⁵ Por exemplo: Reg. FGV Art. 32, § 2º; Reg. CCI Art. 7º (2) (3); Reg. ICDR (AAA) Art. 7 (1).

³²⁶ Lei 9.307/96: “Art. 14. (...) § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.”

³²⁷ Aspectos, cit., n. 60, p. 141.

³²⁸ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1059, p. 579; SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *Árbitro: Princípios*, n. 12.5, p. 151.

³²⁹ Reg. CMA-CIESP 2.4; Reg. CCBC 5.4; Reg. CAMARB 2.5; Reg. FGV Art. 40 (g); Reg. AMCHAM SP 6.5; Reg. CCI Art. 7º (2) e 9º (2); Reg. LCIA Art. 5.3

declaração de quais eventuais fatos poderiam em tese comprometer a imparcialidade do árbitro. Já este termo tem outro objetivo, ele é a efetiva declaração formal do árbitro de que ele é imparcial.

(v) Quando o órgão institucional arbitral costuma administrar arbitragens internacionais, envolvendo partes de diferentes países, é comum haverem regras sobre a **nacionalidade do árbitro**.³³⁰ Por exemplo, estabelecendo-se que, em princípio, o árbitro poderá ter qualquer nacionalidade.³³¹ Outra disposição relativamente comum é prever-se que, sendo as partes na arbitragem oriundas de países diferentes, o terceiro árbitro, ou árbitro único, será – ou poderá ser – nacional de um terceiro país.³³²

Regra interessante sobre a nacionalidade do árbitro é a do art. 9º (1) do Regulamento da CCI, que estabelece que: “*Na nomeação ou confirmação dos árbitros, a Corte deverá considerar a sua nacionalidade, o local da sua residência e eventuais relações com os países de nacionalidade das partes ou dos árbitros, bem como a disponibilidade e a competência do possível árbitro em conduzir a arbitragem, nos termos do presente Regulamento.*” Ou seja, em arbitragens realizadas na CCI, um dos importantes fatores levados em consideração, para decidir-se quem será o árbitro, é a sua nacionalidade e também o seu **local de residência**.

(vi) Inúmeros regulamentos também afirmam que **a indicação de árbitro pelas partes deve ser aprovado pelo órgão** institucional arbitral em questão.³³³ Essa necessidade de aprovação prévia existe por diversos motivos, um dos quais é a análise da imparcialidade do árbitro pelo órgão institucional arbitral.

(vii) Muitos órgãos institucionais arbitrais possuem **listas de árbitros**. Mas poucos regulamentos determinam que somente podem ser nomeados árbitros integrantes da lista de árbitros daquela instituição; essa restrição nem sempre é recomendável, pois ela pode acarretar a nomeação de árbitros parciais (ou considerados parciais por uma das partes); obviamente, isso não significa que toda vez que for aplicada tal regra a escolha recairá sobre árbitro parcial, pois isso dependerá de quem são os integrantes da lista de árbitros e quem são os participantes da arbitragem; ressalte-se ainda que o argumento normalmente usado para justificar a exclusividade da indicação de árbitros da lista é o necessário

³³⁰ Sobre o tema da nacionalidade do árbitro, ver observações de: SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *Árbitro: Princípios*, n. 5.3, p. 68 ss; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 124.

³³¹ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP 3.1.

³³² Por exemplo: Reg. CCI Art. 9º (5); Reg. ICDR (AAA) Art. 6 (4); *UNCITRAL Arbitration Rules* Art. 6 (4); Reg. LCIA Art. 6.

³³³ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.4; Reg. CCBC 5.4; Reg. CAMARB 3.1; Reg. FGV Arts. 7º, §§s 1º e 2º, 9º, § 1º, “a”, 31, §§s 1º ao 5º; Reg. CCI Art. 9.

conhecimento técnico que o árbitro deve ter para atuar em arbitragens que envolvam determinado ramo da atividade econômica.

Em sentido completamente contrário, há regulamentos que afirmam expressamente que podem ser nomeados árbitros não integrantes da lista de árbitros daquela entidade arbitral.³³⁴ E em posição intermediária, existem regulamentos que estabelecem que o Presidente do Tribunal Arbitral, ou o árbitro único, somente pode ser escolhido entre os integrantes da lista de árbitros daquela entidade;³³⁵ novamente esse tipo de regra é perigosa, e pode dar origem a escolha de árbitro parcial (ou considerado parcial por uma das partes); por exemplo, numa arbitragem internacional, quando todos os árbitros da lista de árbitros forem nacionais do mesmo país de uma das partes.

(viii) Por fim, há regulamentos que determinam, para preservar a imparcialidade do árbitro, que o eventual **contato prévio entre as partes (advogados) e árbitros** seja restrito a pouquíssimas questões. Nesse sentido, o art. 7º (2) do Regulamento da ICDR (AAA), nos seguintes termos: *“É vedado à parte, ou a qualquer pessoa agindo em seu nome, comunicar-se com qualquer árbitro ou com candidato a sê-lo por indicação da parte, sem a presença da outra parte, sobre o caso, salvo para informá-lo da natureza geral da controvérsia e dos procedimentos já realizados, bem como para discutir as qualificações, disponibilidade ou independência do candidato em relação às partes, ou ainda para discutir a adequação dos candidatos a serem selecionados como terceiro árbitro quando as partes, ou os árbitros nomeados pelas partes, participarem de tal seleção. É vedado à(s) parte(s), ou a qualquer pessoa agindo em seu nome, comunicar-se com qualquer candidato à presidência do Tribunal Arbitral sobre o caso, sem a presença da outra parte.”*

10.5) Princípio do livre convencimento do árbitro.

O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem estabelece que: *“Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”*

O princípio do livre convencimento do árbitro é, portanto, a quarta baliza procedimental mencionada no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem. Diversos aspectos de tal princípio, e sua aplicação prática na arbitragem, são explicados a seguir.

³³⁴ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.4 e 5.1; Reg. CAMARB 3.1; Reg. FGV Art. 31, §§s 3º e 4º.

³³⁵ Por exemplo: Reg. CCBC 5.4, 5.7 e 6.1.

10.5.1) Os possíveis sistemas de apreciação da prova.

Explica a doutrina que existem três sistemas relacionados com a apreciação da prova.³³⁶

O primeiro sistema que surgiu teria sido o do julgamento *secundum conscientiam*, que dá ao juiz totais poderes para apreciar a prova como quiser, ou seja, de acordo com sua convicção íntima, podendo até julgar contra a prova ou sem qualquer prova.

O segundo tipo de sistema (surgido posteriormente e de certa forma em reação ao primeiro sistema) é o da prova legal, ou da prova tarifada, na qual cada tipo de prova tem um valor predefinido na lei, existindo ainda complexos sistemas de presunções, sendo que o juiz devia fazer cálculos para verificar qual das partes melhor provou suas alegações.

Já o terceiro sistema é o do **livre convencimento**, ou livre convencimento motivado, ou da persuasão racional do juiz, no qual, apesar das provas também não terem valor previamente fixado, o juiz somente pode apreciar as provas existentes nos autos e segundo critérios racionais. Mais ainda, a sua decisão é obrigatoriamente motivada, com base nos elementos existentes nos autos, para se saber qual valor foi dado a cada prova ou ao conjunto probatório.

Apesar do sistema brasileiro ser o do livre convencimento motivado, ainda existem resquícios, na legislação processual, do sistema da prova tarifada. Alguns exemplos: (a) a proibição da prova ilícita, prevista no art. 5º, LVI, da CF; (b) o art. 401 do CPC somente

³³⁶ As explicações feitas neste item são baseadas nas lições clássicas da doutrina. Para mais detalhes, ver, entre outros: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 3, n. 813 ss, p. 101 ss; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 26, p. 67-68, e n. 229, p. 352; VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, n. 43.8, p. 198-201, e *Direito processual*, cit., v. 1, n. 9.1, p. 50-51; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004, p. 365-366; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 102-104; ANTÔNIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, n. 6, p. 8-10; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso*, cit., v. 1, n. 418-419, p. 378-379; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA e FÁBIO LUIZ GOMES, *Teoria geral*, cit., p. 296-301; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários*, cit., v. 1, n. 700-701, p. 399-401; HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 1, p. 403-404; JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 4, p. 14 ss; LEONARDO GRECO, A prova no processo civil: Do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 15, jun. 2004, n. 7 ss, p. 83 ss; JOÃO BATISTA LOPES, *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, n. 7-8, p. 46-52; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 78-80; SIDNEI AMENDOEIRA JR., *Direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2007, v. 17, n. 33.3, p. 459-460; MARICÍ GIANNICO, *A prova*, cit., n. 17, p. 82-85; RICARDO ARONNE, *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996; FLÁVIA HELLMEISTER CLITO FORNACIARI, As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 10, jan. 2004, n. 2, p. 9 ss.

admite a prova exclusivamente testemunhal para comprovar a existência de contratos de valor até dez salários mínimos; (c) na regulação da prova documental existem várias regras que estabelecem qual é o valor probatório de cada tipo de documento (arts. 364 e seguintes do CPC); (d) na regulamentação da prova do Código Civil (arts. 212 e seguintes) também existem diversas regras diretamente ligadas ao sistema da prova tarifada;³³⁷ e (e) os arts. 4º, § 1º, e 9º, §§s 1º e 2º, da Lei de Arbitragem, estabelecem que somente documento escrito prova a existência de convenção arbitral.

10.5.2) O sistema do livre convencimento motivado e a flexibilidade do procedimento arbitral.

Na linha do explicado anteriormente (item 8.2 supra), quando se examina o princípio do livre convencimento do árbitro à luz do tema desta tese – a flexibilidade do procedimento arbitral –, verifica-se que ele pode atuar de duas formas distintas e complementares.

De um lado, o princípio do livre convencimento do árbitro influencia a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que visam assegurar a aplicação desse mesmo princípio nos diversos procedimentos arbitrais. E, de outro lado, o princípio do livre convencimento do árbitro também atua como um limitador, uma baliza, que impede que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretam na violação do citado princípio.

Em relação à primeira vertente, há regulamentos arbitrais que prevêm expressamente que as provas devem ser produzidas perante o árbitro.³³⁸ Esse tipo de regra, apesar de parecer óbvia (não precisa estar num regulamento para ser observada), tem direta ligação com o princípio do livre convencimento motivado: as provas devem ser produzidas perante o árbitro, para que esse possa as apreciar livremente.

Já em relação à segunda vertente, pode-se pensar nos seguintes exemplos de regras – criadas ou adaptadas em dado procedimento arbitral – que violariam o princípio do livre convencimento do árbitro:

(i) As que permitissem ou estimulassem o árbitro decidir com base em provas que não foram produzidas na arbitragem. Isso porque, como dito antes, no sistema do livre

³³⁷ Sobre o confronto entre a regulamentação da prova no CC e no CPC, ver: MARICÍ GIANNICO, *A prova*, cit., em especial n. 41 ss, p. 193 ss.

³³⁸ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 8.6; Reg. CCBC 9.6.

convencimento motivado, as provas tem que ser produzidas dentro do processo. Não se permite ao árbitro decidir com base em provas que não foram produzidas na arbitragem.

(ii) As que permitissem o árbitro decidir contra as provas produzidas na arbitragem, ou seja, que lhe permitisse julgar de acordo com sua própria consciência. Esse exemplo, contudo, comporta duas ressalvas. Uma delas é relacionado com a arbitragem por equidade, na qual, em certas situações, talvez o árbitro possa considerar o fato provado, mas não lhe atribuir a consequência prevista em lei.³³⁹ A outra ressalva é que, pelo menos em tese, não há como efetuar o controle da má apreciação da prova pelo árbitro, pois isso é questão de mérito da arbitragem; nesse aspecto, a norma procedimental que permitisse ao árbitro julgar contra as provas seria inválida, mas o eventual julgamento contra as provas talvez estivesse imune de qualquer ataque.

(iii) As que criassem alguma espécie de sistema de prova tarifada que tolhesse completamente a livre apreciação da prova pelo magistrado.³⁴⁰ Veja-se que haver uma ou outra regra de prova tarifada não implica em automática violação ao princípio do livre convencimento motivado; aliás, o ordenamento brasileiro segue o princípio do livre convencimento motivado, e mesmo assim possui – convive com – algumas regras relacionadas com a prova tarifada (ver item anterior desta tese). O que afronta tal princípio é a construção de um sistema de prova tarifada que efetivamente tolhesse o livre convencimento motivado, que obrigasse o árbitro a considerar tais fatos provados (por causa do valor pré determinado de certas provas) apesar do conjunto probatório ser em sentido contrário (as outras provas tem valor pré determinado inferior). Um exemplo ajuda a entender o raciocínio. Vamos supor que fosse criada regra procedimental prevendo que a testemunha do engenheiro da obra teria valor 5, e as dos funcionários da obra valor 1; o engenheiro dá depoimento confuso, inseguro, vago, afirmando que a técnica empregada na obra era correta; todos os 4 funcionários ouvidos deram depoimentos esclarecedores, com convicção, detalhistas, explicando que a técnica empregada na obra não era correta, que já tinham visto tal técnica dar errado antes, que em outras obras outros engenheiros evitavam e/ou criticavam tal técnica. Pelo sistema da prova tarifada, apesar do depoimento do engenheiro ser fraco, ele vale 5 pontos, e todos os demais depoimentos valem somente 4 pontos; o árbitro, preso pelas regras de prova tarifada, acaba tendo que decidir que a técnica empregada na obra foi correta. Já pelo sistema do livre convencimento motivado, o

³³⁹ Em sentido similar: RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.3, p. 411. De certa forma contra: ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 80.

³⁴⁰ Neste sentido: RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.3, p. 411.

árbitro não está amarrado às (restrito pelas) regras de prova tarifada, podendo assim concluir, com base nos depoimentos mais convincentes dos funcionários, que a técnica empregada na obra não era a correta.

(iv) As que permitissem que o árbitro não motivasse sua sentença. Sobre esse ponto, ver item 12.7 desta tese.

Por fim, há quem defenda a idéia de que as partes não podem limitar os poderes instrutórios dos árbitros, pois isso acarretaria em violação ao contraditório e ao livre convencimento do árbitro.³⁴¹ Seguindo essa linha de raciocínio, haveria uma limitação à vontade das partes, que não poderiam vedar determinados meios de prova. Contudo, a posição mais adequada é buscar equilibrar, em cada situação concreta, os poderes instrutórios com a autonomia da vontade das partes.

³⁴¹ PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos, cit., n. 89, p. 146.

11) TERCEIRO GRUPO DE LIMITES. REGRAS COGENTES DA LEI 9.307/96.

O terceiro grupo de regras que funcionam como balizas (limites, garantias mínimas) à criação e à adaptação (modificação) das regras procedimentais na arbitragem é o fato de que as regras procedimentais arbitrais não podem violar outros preceitos cogentes da própria Lei de Arbitragem.

Sobre tal aspecto, explica CARLOS ALBERTO CARMONA que a escolha das regras procedimentais “encontra limitação na natureza e finalidade da arbitragem, bem como na própria Lei. Assim, não podem as partes estabelecer, por exemplo, que a sentença arbitral tenha forma diversa daquela prevista no art. 26 ou que possa ser a decisão impugnada além do prazo previsto no art. 33.”³⁴² Assim, por exemplo, para o sistema brasileiro não seria válida a regra que permitisse que a sentença fosse oral.³⁴³

Outro exemplo de regra cogente presente na Lei de Arbitragem é o § 6º do art. 13, que determina que: “*No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.*” Realmente, não a flexibilidade do procedimento arbitral não pode afetar tal disposição, ou seja, não é possível criar ou adaptar (modificar) regra procedimental com o objetivo de dispor de forma diferente ao previsto no § 6º do art. 13 da Lei 9.307/96.

Alguns autores também apontam que a Lei de Arbitragem possui regras cogentes, cada um apresentando um rol exemplificativo.³⁴⁴

Ocorre que o que é considerado regra cogente para alguém, talvez não seja para outra pessoa. Repete-se aqui o problema já apontado quando se tratou dos bons costumes e da ordem pública (capítulo 9 supra), que sendo conceitos abertos, podem ser interpretados de forma elástica.

De qualquer modo, sendo uma regra da Lei de Arbitragem considerada cogente, ela então deve ser necessariamente respeitada quando se cria ou se adapta (modifica) uma

³⁴² *Arbitragem e processo*, cit., p. 23-24.

³⁴³ Mas há autores estrangeiros que mencionam a possibilidade da sentença arbitral ser oral: STEPHEN C. YEAZELL, *Civil procedure*, cit., p. 610. Obviamente, sem estar escrita em documento, uma sentença oral “nacional” não pode nem ser executada (falta o título), e a sentença oral estrangeira não conseguirá ser homologada no STJ.

³⁴⁴ JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 82; LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, *O uso da medida*, cit., n. 1, p. 140.

regra procedimental em determinada arbitragem. E essa obrigação não é só para as partes, também cabe ao árbitro, ao órgão institucional arbitral que eventualmente administre aquela arbitragem, e ao juiz estatal (nos limites da ação do art. 7º da Lei 9.307/96), respeitar e implementar o previsto na norma cogente em questão.

Seguindo-se o já explicado no item 8.2 supra, as normas cogentes têm um aspecto positivo e um aspecto negativo.

Assim, em relação ao aspecto positivo, as normas cogentes da Lei 9.307/96 influenciam a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que implementem, naquele procedimento arbitral específico, o previsto pela regra cogente em questão. Ilustrando essa afirmação, e partindo do exemplo acima transcrito (formulado por CARLOS ALBERTO CARMONA), pode-se mencionar que os regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais estabelecidos no Brasil costumam prever expressamente que a sentença arbitral – proferida em casos que esses órgãos administram – deve sempre ter a mesma estrutura prevista no art. 26 da Lei de Arbitragem.³⁴⁵ A regra do art. 26 é cogente e, reconhecendo esse fato, os regulamentos arbitrais a reiteram, para reforçar o comando e evitar que um árbitro não a observe.

De outro lado, há o efeito negativo, pois as regras cogentes também atuam como um limitador, uma cerca, que impedem que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretam na violação da norma cogente em questão. Continuando com o mesmo exemplo, o art. 26 impede que as partes (árbitro etc.) estabeleçam uma estrutura diferente para a sentença arbitral.

Por fim, é de se reconhecer que as regras cogentes da Lei de Arbitragem que têm maior aplicação na criação ou na adaptação do procedimento arbitral, que se aplicam com mais frequência no procedimento arbitral, são os comandos previstos no arts. 2º, § 1º (respeito aos bons costumes e à ordem pública) e 21, § 2º (respeito aos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento), todos esses examinados em detalhes nos dois capítulos anteriores desta tese.

³⁴⁵ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 13.6; Reg. CCBC 10.5; Reg. CAMARB 5.18; Reg. FGV Art. 51.

12) QUARTO GRUPO DE LIMITES. O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL.

12.1) Direito processual constitucional e princípios processuais constitucionais.

Bem apontam ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, CANDIDO RANGEL DINAMARCO, ADA PELLEGRINI GRINOVER que “É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”.³⁴⁶ Esse paralelo, essa inter-relação entre processo e constituição, as influências existentes entre esses grandes campos, é denominado de **direito processual constitucional**.

O direito processual constitucional não é – como seu nome aparenta sugerir – um ramo do direito processual.³⁴⁷ Trata-se de um método, uma “colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático”,³⁴⁸ mediante o qual as regras processuais (em especial da legislação infraconstitucional) são estudadas e aplicadas à luz da Constituição Federal. E através desse método também se analisam as influências recíprocas entre processo e CF, influências essas decorrentes inclusive do fato do processo ser ramo do direito público, e ter “suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional”.³⁴⁹

Com base nas lições da doutrina,³⁵⁰ é possível afirmar que o direito processual constitucional envolve quatro grandes vertentes, a saber:

(i) A **tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária**, que são as normas da Constituição Federal sobre organização judiciária e competências jurisdicionais.

³⁴⁶ *Teoria*, cit., n. 32, p. 78. No mesmo sentido: ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, n. 1, p. 3.

³⁴⁷ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 33, p. 79; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 1, p. 19.

³⁴⁸ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria*, cit., n. 33, p. 79. No mesmo sentido: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 74, p. 188; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias*, cit., n. 2, p. 4; ANTONIO SCARANCA FERNANDES, *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 1.3, p. 16; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Introdução ao direito*, cit., n. 1, p. 8.

³⁴⁹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria*, cit., n. 32, p. 78. No mesmo sentido: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 74, p. 188 ss; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias*, cit., n. 3, p. 7; ARRUDA ALVIM, *Manual*, cit., v. 1, n. 29, p. 91.

³⁵⁰ A lista apresentada no texto é decorrente da condensação e classificação de idéias defendidas pelos seguintes autores: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria*, cit., n. 32-34, p. 78-81; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 12, p. 53, n. 74-76, p. 188-195, e n. 97, p. 250-252; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias*, cit., n. 1-5, p. 3-15; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 1, p. 19-21; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Introdução ao direito*, cit., n. 1, p. 8-9.

(ii) A **jurisdição constitucional**, tema esse que envolve dois aspectos que são ao mesmo tempo distintos e complementares. De um lado, o controle judiciário da constitucionalidade de leis e atos da administração pública, realizado tanto pelo controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo controle concentrado de constitucionalidade (Adin, ADC etc.). De outro lado, a jurisdição constitucional das liberdades, que é exercida pelos instrumentos processuais previstos na CF, a saber: mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular.

(iii) A **tutela da Constituição Federal pelo processo**, que é a idéia de que o sistema processual constitui fator de efetividade das normas da CF. O processo é instrumento que ajuda a efetivar o escopo político de preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade do Estado.

(iv) A **tutela constitucional do processo**, ou seja, os princípios e garantias que advém da Constituição Federal e ditam padrões políticos para o processo. Tutela é proteção, o que significa que a tutela constitucional do processo é a proteção conferida pela CF ao processo, não só como ciência, mas como método prático de solução de conflitos. Essa proteção decorre de um conjunto de regras, presentes na Constituição Federal, que se destinam a estabelecer garantias e padrões mínimos de conduta na atividade jurisdicional. São como balizas, que marcam limites, não só para o legislador, mas também para o operador do direito. Tratam-se de regras limitadoras de poder, que influenciam tanto a construção quanto a aplicação da regra processual.

Dos quatro temas acima resumos, o mais “popular” (o mais estudado) é o último. Assim, são utilizadas as expressões princípios processuais constitucionais ou princípios constitucionais do processo ou simplesmente princípios constitucionais. Considero que qualquer uma dessas nomenclaturas é válida.³⁵¹ E os princípios processuais constitucionais mais mencionados pela doutrina são os seguintes: inafastabilidade do controle jurisdicional, imparcialidade, juiz natural, igualdade, contraditório e ampla defesa, motivação, publicidade, duplo grau de jurisdição, celeridade, e devido processo legal.

Afirma-se ainda, com total razão, que os princípios processuais constitucionais não são regras absolutas, podendo sofrer temperamentos em cada tipo de situação. Até porque os princípios podem colidir um com os outros. Deve o intérprete encontrar saídas para cada questão prática, tentando harmonizar o sistema, utilizando ferramentas como proporcionalidade e razoabilidade.

³⁵¹ Seria um exemplo de fungibilidade de nomenclaturas (ver nota 26 supra).

Alguns exemplos de limitações aos princípios e regras processuais constitucionais ajudam a entender o raciocínio.³⁵² O princípio da **inafastabilidade do controle jurisdicional**, apesar de amplo e abrangente, não permite aos Tribunais apreciar o mérito do ato administrativo (sua conveniência e oportunidade), já que existe outra regra constitucional a ser considerada, que é a da separação de poderes. O princípio do **juiz natural** é mitigado quando a própria Constituição estabelece foro especial para autoridades ou competências originárias aos Tribunais. O princípio da **imparcialidade** sofre certa restrição no momento em que a Constituição estabelece que o órgão que julgará o Presidente da República por crime de responsabilidade é o Senado (art. 52, I), já que esse é não composto de juízes, mas sim de políticos, os quais não têm as garantias da magistratura, nem seus impedimentos, e não podem ser considerados julgadores imparciais. O princípio da **igualdade** não é interpretado no seu sentido literal, mas sim no substancial, o que para parte da doutrina justifica a existência de normas que protegem o poder público em juízo. As tutelas de urgência concedidas *inaudita altera pars* não são violações ao princípio do **contraditório**, uma vez que esse é deferido para um momento posterior. A Constituição e a legislação infraconstitucional prevêm hipóteses em que o processo não é público, sem que isso signifique violação ao princípio da **publicidade**. Em relação ao princípio do **duplo grau de jurisdição**, o seu campo de atuação é restringido tanto pela Constituição Federal (ao prever competências originárias aos Tribunais de Segundo Grau e aos Tribunais de Superposição), quanto a própria legislação infraconstitucional (por exemplo, arts. 515, § 3º, e 518, § 1º, do CPC). O princípio da **celeridade** é, infelizmente, o menos observado no dia a dia do foro, sendo que sua constante violação tem gerado pouquíssimas conseqüências de ordem prática (até porque anular um processo lento seria postergar ainda mais a prestação jurisdicional). Por fim, existem diversos autores que defendem a não declaração de nulidade pela inobservância de forma quando o ato alcançou o seu objetivo, ou ainda quando a regra supostamente violada visava proteger a parte vitoriosa, o que é, de certo modo, uma mitigação da regra do **devido processo legal**. Vários dos exemplos acima dados são controvertidos, o que somente prova o ponto declarado: cada princípio não é absoluto e pode ser mitigado, temperado, aplicado de forma diferente em cada tipo de situação ou questão específica.

³⁵² De forma propositada, neste item não é dado exemplo que envolva a arbitragem, já que a aplicação dos princípios processuais constitucionais na arbitragem é explicado em vários momentos desta tese.

12.2) Existem limites ao procedimento arbitral decorrentes do direito processual constitucional?

No que se refere à interligação entre o direito processual constitucional, os princípios processuais constitucionais, e o processo (e procedimento) arbitral, e tendo em vista o objeto desta tese, é necessário fazer duas indagações preliminares. Primeiro: o direito processual constitucional é método que também deve ser utilizado ao se estudar e ao se utilizar (criar, adaptar, aplicar) o procedimento arbitral? Segundo: todos os princípios processuais constitucionais também se aplicam ao procedimento arbitral?

A resposta à **primeira pergunta** é positiva, e sem qualquer sombra de dúvida. Estando a arbitragem regida pelas normas brasileiras, e sendo a Constituição Federal a norma mais importante da nação, é óbvio que as regras que regulam o procedimento arbitral devem ser estudadas e utilizadas (construídas, aplicadas e adaptadas) à luz do que prevê a CF, ou seja, tendo em vista o direito processual constitucional.

Nesse sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO defende a idéia de que a arbitragem está sob o manto do direito processual constitucional.³⁵³ Na mesma linha, bem aponta FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI que “todos devem se subsumir ao modelo constitucional do processo civil brasileiro. É o limite que se impõe ao princípio da autonomia da vontade que rege o processo arbitral”.³⁵⁴ Outros autores brasileiros igualmente defendem a aplicação do direito processual constitucional na arbitragem.³⁵⁵ E, na doutrina estrangeira também existem autores que, tendo em vista as peculiaridades de cada sistema, defendem que as garantias processuais constitucionais incidem sobre a arbitragem.³⁵⁶

Em reforço, lembre-se, como já apontado antes, que o art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral deve respeitar as questões de ordem pública; ora, muitos dos temas tratados pelo direito processual constitucional são questões de ordem pública. Aliás, mesmo a arbitragem que não é regida pelas leis brasileiras, se uma das partes pretende homologar a sentença arbitral no Brasil, ela deverá preocupar-se em evitar que o procedimento desrespeite as balizas estabelecidas na Constituição Federal

³⁵³ *Nova era*, cit., n. 9, p. 29-30.

³⁵⁴ *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 150-151.

³⁵⁵ MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONICIO, *Proporcionalidade*, cit., n. 4.3, p. 175; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Arbitragem no direito*, cit., p. 103 (listando os princípios que entende aplicáveis à arbitragem); LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 1.4.3, p. 37-38; MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 1.2, p. 2-3.

³⁵⁶ ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE, *Garantias ordinárias*, cit., n. 1 ss, p. 230 ss.

brasileira,³⁵⁷ que são questões de ordem pública, cuja não observância pode levar à negativa da homologação.³⁵⁸

Assim, as importantes balizas constitucionais decorrentes do direito processual constitucional atingem sim a arbitragem, e devem ser observadas ao se criar e ao se adaptar (modificar) as regras procedimentais arbitrais em cada caso concreto. O problema maior, contudo, não é saber se o direito processual constitucional aplica-se na arbitragem, o que causa maior indagação é em que medida ele é aplicado, como isso ocorre. Por isso é que, acima, foram formuladas duas questões, sendo que a segunda pergunta tem por objetivo apurar se todos os princípios processuais constitucionais também se aplicam ao procedimento arbitral.

E a resposta à **segunda pergunta** é negativa, nem todos os princípios processuais constitucionais são aplicados na arbitragem. Existem princípios processuais constitucionais que efetivamente devem ser aplicados no processo (e no procedimento) arbitral. Outros princípios processuais constitucionais são aplicados na arbitragem de forma diferente (em relação ao que ocorre nos procedimentos judiciais estatais), ou com atenuações, ressalvas. E há princípios processuais constitucionais que não são aplicados na arbitragem.

Como explicado no item anterior desta tese, mesmo no processo judicial não se considera que os princípios processuais constitucionais são regras absolutas, pois eles sofrem temperamentos e adaptações em cada situação específica. Isso também ocorre em relação ao processo e ao procedimento arbitral: cada princípio processual constitucional é aplicado na arbitragem de uma forma específica, às vezes (um pouco ou totalmente) diferente do que ocorre no processo judicial, e às vezes sem qualquer aplicação.

É o que se examinará nos tópicos seguintes desta tese, em especial verificando em que medida os princípios processuais constitucionais são regras que limitam a **flexibilidade** (a criação e a adaptação) das regras procedimentais da arbitragem. Esclarece-se ainda que nos itens seguintes não serão examinados os princípios constitucionais já estudados no capítulo 10 supra, em que se examinou os princípios expressamente consagrados no § 2º do art. 2º da Lei 9.307/96.

Uma última observação preliminar. Engana-se quem pensa que no procedimento arbitral somente se aplicam os princípios processuais constitucionais mencionados no § 2º

³⁵⁷ Muitas das quais, alias, são padrões políticos também consagrados em outras nações e mesmo em Tratados e Convenções internacionais.

³⁵⁸ Lei 9.307/96: “Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que: (...) II – a decisão ofende a ordem pública nacional.”

do art. 2º da Lei 9.307/96 (contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro).³⁵⁹ Tal regra é importante, e deixa claro que tais princípios se aplicam na arbitragem, mas esses não são os únicos a influenciarem o procedimento arbitral. Outros também são aplicados na arbitragem, conforme apontado abaixo.

12.3) Em que medida se aplica o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A maioria da doutrina que estuda o relacionamento entre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXX) e a arbitragem tem como foco explicar que a arbitragem não constitui uma violação de tal princípio, que se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, as partes podem renunciar à jurisdição estatal em prol da jurisdição arbitral.³⁶⁰ Aliás, essa é a posição consagrada no Supremo Tribunal Federal.³⁶¹

Nesta tese, contudo, o enfoque é outro, até porque já está superada a questão da constitucionalidade da arbitragem. Aliás, dando um passo além, parte da doutrina tem lido o art. 5º, XXXV, não como garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas garantia à

³⁵⁹ O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem também menciona o princípio do livre convencimento, que, contudo, não costuma ser considerado pela doutrina como um dos princípios constitucionais do processo.

³⁶⁰ Sobre a questão da constitucionalidade da arbitragem, explicando que ela não viola nem o princípio da inafastabilidade nem o do juiz natural (e alguns ainda comentando a posição do STF), ver, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 35, p. 81; SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era*, cit., n. 8, p. 30-31; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *A arbitragem como*, cit., n. 8, p. 113-114; ARNOLDO WALD, *Da constitucionalidade da Lei 9.307/96*. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 3, nº 7, jan./mar. 2000, p. 323 ss; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 1 ao art. 1º da Lei 9.307/96, p. 1392; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 13, p. 66 ss; ILMAR GALVÃO, *Juízo arbitral*, cit., p. 274 ss; ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, *Arbitragem*, cit., n. 11, p. 22-23; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 29-30; CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, *A arbitragem no tempo*, cit., n. 2.3, p. 19-20; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 4-5; CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Mecanismos alternativos*, cit., n. 2.2, p. 783-784; JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *Da constitucionalidade dos artigos 6º, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem (9.307/96)*. A questão da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, ano 87, nº 752, jun. 1998, p. 61-64; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 92 ss; CELSO BARBI FILHO, *Cumprimento judicial*, cit., n. 8, p. 88-90; JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Constitucionalidade da Lei 9.307/96*. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 3, nº 10, out./dez 2000, p. 348 ss; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Arbitragem no direito*, cit., p. 117 ss, e *Reflexões sobre*, cit., n. 1, p. 31-32; LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, *Jurisdição*, cit., n. 2.6, p. 78-80; CARLA FERNANDA DE MARCO, *Arbitragem internacional*, cit., p. 57-67; ULDERICO PIRES DOS SANTOS, *Arbitragem – Ligeiras*, cit., n. 6, p. 74-76; MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 1.4, p. 7-14. Até autores estrangeiros já se manifestaram pela constitucionalidade da lei brasileira: EDOARDO FLAVIO RICCI, *Lei de Arbitragem brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 19 ss.

³⁶¹ STF, SE-AgR 5.206-EP, Pleno, m. v. (7x4), rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.01, DJU 30.4.04, p. 29, RTJ 190/908.

prestação jurisdicional,³⁶² havendo autores que, afirmam, corretamente, que a arbitragem é uma das formas mediante as quais as partes podem ter acesso à tutela jurisdicional.³⁶³

O que se busca, neste momento, é verificar em que medida alguma regra procedimental (ou melhor, se a criação ou adaptação de uma regra procedimental) de uma arbitragem pode colidir com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Um primeiro aspecto que merece uma reflexão – e que na verdade é somente indiretamente ligado à criação ou adaptação de regras procedimentais – é a **limitação da cognição do árbitro, decorrente de ato das partes**. Em tese, sendo a arbitragem decorrente da autonomia da vontade, podem as partes perfeitamente limitar o objeto da cognição do árbitro. Por exemplo: estabelecendo que o árbitro não pode fixar condenação superior a X ou inferior a Y (mesmo que repete que a condenação deve ser inferior a X ou superior a Y); ou ainda prevendo-se que não é objeto da arbitragem eventuais danos morais, ou danos no imóvel W, ou defeitos do produto Z. É assim perfeitamente possível que as partes, de comum acordo, resolvam limitar o objeto da arbitragem e, em conseqüência, a cognição a ser feita pelo árbitro. Nada disso viola o princípio da inafastabilidade, pelo contrário, são manifestações da autonomia da vontade.

Contudo, em razão do princípio da inafastabilidade, todas as pretensões / questões / controvérsias que as partes resolverem, de comum acordo, não submeter a uma arbitragem, poderão, em tese, ser objeto de outra arbitragem (se existente convenção arbitral) ou de demanda perante o Poder Judiciário. Ou seja, a limitação da cognição do árbitro não implicará, em toda e qualquer circunstância, na automática renúncia às pretensões não formuladas, às controvérsias não submetidas, ou às outras questões não abrangidas pela arbitragem. Claro que, sendo direito patrimonial disponível, as partes podem ter validamente renunciado a algumas pretensões, de modo a viabilizar a realização da arbitragem a respeito de outras questões; e sendo tais renúncias válidas, os temas por elas abrangidos não poderão ser objeto de arbitragem ou de demanda judicial. São assim dois pontos importantes: (i) o que não é objeto de uma (“primeira”) arbitragem pode ser objeto de outra arbitragem ou de demanda judicial; (ii) salvo se existir renúncia válida em se pleitear os temas que não constaram na “primeira” arbitragem.

³⁶² CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Mecanismos alternativos*, cit., n. 2, p. 781; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 1, p. 190-191.

³⁶³ NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 13, p. 80; CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Mecanismos alternativos*, cit., n. 2, p. 782; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 1, p. 190-191. No mesmo sentido, na doutrina internacional: BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., p. 35 ss.

Um exemplo ajuda a entender as duas questões explicadas no raciocínio supra. Em determinado contrato de prestação continuada de serviços, no qual não há cláusula compromissória, surge discussão entre o prestador (dos serviços) e o tomador (dos serviços), pois esse último alega perdas e danos de até R\$ 5.000.000,00 decorrentes da suposta má execução dos serviços durante o ano de 2008. As partes negociaram submeter o litígio à arbitragem, assinando um compromisso arbitral, em que expressamente estabelecem que o árbitro deverá apurar: se os serviços foram ou não mal prestados em 2008; se isso gerou perdas e danos do tomador; e ainda qual o montante dessas perdas e danos, sendo que a eventual indenização devida ao tomador por essas supostas perdas e danos incorridas em 2008 será de, no máximo, R\$ 4.000.000,00, constando que se o árbitro apurar valor superior, então o excesso é automaticamente renunciado pelo tomador. Nesse exemplo foi feita uma transação (concessões recíprocas), sendo que o prestador aceitou discutir a questão por meio de arbitragem, e o tomador, em compensação, limitou sua pretensão a no máximo R\$ 4.000.000,00, em relação às perdas de 2008; a renúncia que o prestador fez ao eventual excesso é perfeitamente válida e ele não poderá pleitear essa diferença (o que exceder R\$ 4.000.000,00) em outra arbitragem ou em litígio judicial; sendo o direito disponível, a renúncia válida impede sua discussão tanto na esfera arbitral quanto judicial, não sendo possível invocar o princípio da inafastabilidade. Mas veja-se que tal transação foi restrita às alegadas perdas incorridas por má prestação de serviços em 2008. Se o contrato continuou sendo mal executado em 2009 e isso gerou novas perdas e danos em tal ano, trata-se de nova pretensão, que sequer é coberta pela convenção arbitral anterior, que era um compromisso arbitral com objeto específico: as perdas de 2008. Assim, nesse segundo aspecto do exemplo dado, aplica-se sim o princípio da inafastabilidade, podendo as pretensões relativas a 2009 serem objeto de outra arbitragem (se as partes firmarem convenção arbitral) ou mesmo de demanda judicial.

Outra situação parecida pode envolver a questão do **poder do árbitro de conceder medidas de urgência**. No capítulo 19 infra esse tema é tratado com profundidade, demonstrando-se inclusive que o árbitro sempre tem o poder de conceder medidas de urgência, mesmo se isso não contar expressamente nas regras que regulam tal arbitragem. Essa conclusão é baseada em vários pontos, inclusive a incidência do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, eis que um dos aspectos de tal princípio é a

possibilidade das partes pleitearem medidas de urgência.³⁶⁴ Aliás, o STF já decidiu que “Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário.”³⁶⁵

Ainda sobre esse tema, também é explicado, no item 19.8 infra, que as partes podem perfeitamente proibir o árbitro de conceder medidas de urgência (a autonomia da vontade lhes permite assim decidir), mas se assim procederem, automaticamente transferem ao Poder Judiciário o poder de apreciar os eventuais pedidos de medida de urgência feitos ao longo da arbitragem. Novamente, é a incidência do princípio da inafastabilidade, eis que deve existir alguém – árbitro ou juiz estatal – que tenha competência para apreciar pedidos de medidas urgentes.

E no mesmo item 19.8 desta tese aponta-se que o que as partes não podem é estabelecerem não ser possível pleitear medidas de urgência nem ao árbitro e nem perante o Poder Judiciário. Isso não é permitido pela autonomia da vontade, pois como dito antes, um dos aspectos do princípio da inafastabilidade é a possibilidade de pleitear-se – para alguém que exerce jurisdição, árbitro ou juiz estatal – medidas de urgência.

Apesar de não ser questão ligada diretamente à criação ou à adaptação de regra procedimental, oportuno explicar que **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. A autonomia da vontade não autoriza esse tipo de declaração, de renúncia prévia anterior à prolação da sentença. Esse tipo de previsão é contrário ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, sendo, portanto, inválido.³⁶⁶

Contudo, nada impede que, após ser proferida a sentença arbitral, a(s) parte(s) renuncie(m) ao direito de ingressar com a demanda do art. 33 da Lei de Arbitragem; agora,

³⁶⁴ Esse aspecto do princípio da inafastabilidade é destacado, entre outros, por: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar*, cit., p. 85 ss; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, n. 4.6, p. 90-99, em especial p. 93; RITA QUARTIERI, *Tutelas de urgência na execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, n. 2.1.1, p. 11-12; MARCUS VINICIUS DE ABREU SAMPAIO, *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 138; WILLIAM SANTOS FERREIRA, As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência – Um enfrentamento positivo. In: FUX-NERY JR.-ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos*, cit., n. 2, p. 631 ss; MARCOS DESTEFENNI, *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, n. 6.1 ss, p. 253 ss, em especial n. 6.9, p. 322-349 (com amplas referências bibliográficas).

³⁶⁵ STF: Referendo em Med. Caut. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 172, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.6.09, *DJe* 21.8.09, *DOU* 8.9.09, p. 1.

³⁶⁶ Contra, aceitando a renúncia antecipada: ADRIANA BRAGHETTA, *Lauda arbitral*, cit., n. 13.5, p. 285 ss, inclusive citando várias leis estrangeiras que prevêm essa possibilidade.

tendo sido proferida a sentença, já tendo “nascido” o direito de ingressar com a ação de nulidade (anulação), é opção do interessado ingressar ou não com o processo, podendo também renunciar a esse direito. O que não se admite é a renúncia prévia, abstrata, antes da sentença ser proferida; após ela ser exarada, a renúncia não é mais abstrata, podendo daí ser feita, em razão da autonomia da vontade. Em suma, antes da sentença ser proferida, o direito (de eventualmente ingressar com a ação, de poder ingressar com a ação) é indisponível, em virtude do princípio da inafastabilidade; mas depois da sentença ser dada, esse direito concreto de ingressar com a ação de nulidade (anulação) já surgiu e é disponível, pois envolve questão patrimonial disponível, podendo ser renunciado.

E esse mesmo raciocínio se aplica aos embargos do devedor previstos no art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem, que atualmente são exercidos por meio da impugnação ao cumprimento de sentença (arts. 475-J, § 3º, 475-L e 475-M, todos do CPC).

12.4) Não aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição.

São vários os motivos que levam à conclusão de que o princípio do duplo grau de jurisdição não é aplicado na arbitragem.³⁶⁷

Inicialmente, tal conclusão advém da própria **definição** do instituto. Explica NELSON NERY JUNIOR que o princípio do duplo grau de jurisdição “consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame.”³⁶⁸ Já SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA afirma que o princípio do duplo grau de jurisdição “enseja à parte vencida a oportunidade de ter sua pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional hierarquicamente superior.”³⁶⁹

Essas definições demonstram claramente que o duplo grau de jurisdição é princípio (ou regra) que se aplica na administração estatal da justiça, quando existem vários órgãos, em posições hierárquicas diferentes. Não se aplica, assim, na arbitragem, no qual as partes

³⁶⁷ Também entendem que o princípio não se aplica na arbitragem: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Nova era*, cit., n. 9, p. 30; MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 1.2, p. 3; BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., p. 63.

³⁶⁸ *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, n. 2.2, p. 44.

³⁶⁹ *Código de Processo*, cit., p. 356.

escolheram (autonomia da vontade) resolver o seu conflito fora dos órgãos estatais (efeito negativo da convenção arbitral).

Em acréscimo, em outro estudo tive a oportunidade de mencionar³⁷⁰ que um dos motivos – talvez o mais importante – que levaram ao surgimento dos recursos (do duplo grau de jurisdição) foi a necessidade de controle político da administração da justiça, em especial do monarca sobre os seus funcionários.³⁷¹ Ainda hoje existe um importante **motivo político** que justifica a existência dos recursos³⁷² no sistema judicial estatal de solução de controvérsias, que é a necessidade de existirem forma de **controle do exercício de poder** pelos agentes estatais que administram a distribuição da justiça.³⁷³

Ora, o exercício do poder jurisdicional pelo árbitro tem origem diferente do poder jurisdicional do magistrado estatal. O árbitro recebe seu poder jurisdicional das partes, sendo tal poder apoiado pela lei estatal que disciplina a arbitragem; já o juiz estatal recebe seus poderes do estado,³⁷⁴ não tendo sido escolhido pelas partes em cada caso concreto. Ou seja, o controle político propiciado pelos recursos – contra os atos dos juízes, que são agentes estatais – não se aplica na arbitragem, já que os árbitros não são funcionários do

³⁷⁰ MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos*, cit., n. 14, p. 46-47.

³⁷¹ Essa questão é tratada com profundidade por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987, que demonstra que – desde o surgimento dos recursos, no direito romano, passando pelo direito visigótico, pelo direito comum, e chegando ao direito hispano-lusitano – o exercício do poder, pela autoridade central de cada povo, sempre exerceu forte influência na criação e desenvolvimento dos recursos: através dos recursos, o monarca pode verificar se os seus funcionários têm aplicado a lei por ele editada. Também trata da questão do nascimento e/ou desenvolvimento dos meios de impugnação das decisões judiciais: LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Origem e introdução da apelação no direito lusitano*. São Paulo: FIEO, 1976; LUIZ CARLOS DE AZEVEDO e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 163 ss; LUIZ CARLOS DE AZEVEDO e MOACYR LOBO DA COSTA, *Estudos de história do processo – Recursos*. São Paulo: FIEO: Joen, 1996; MOACYR LOBO DA COSTA, *A revogação da sentença*. São Paulo: Ícone, 1995; ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO, *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 3.1 ss, p. 28 ss; MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, n. 1, p. 27-30.

³⁷² Há debate doutrinário sobre as vantagens e desvantagens dos recursos e sobre se esses devem ou não existir. As obras brasileiras mais completas sobre o tema são: ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO, *Duplo grau*, cit., em especial n. 5.1-5.4, p. 98-117; e ANA CÂNDIDA MENEZES MARCATO, *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, em especial n. 2.3-2.3.2, p. 38-51. Mas diversos outros autores abordam o tema; ver MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos*, cit., n. 5.2, p. 22-26, com ampla indicação bibliográfica.

³⁷³ Ver, entre outros: MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos*, cit., n. 5.2, p. 24-25; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 31, p. 75; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 92, p. 236-237; ADA PELLEGRINI GRINOVER, Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, n. 1.3, p. 65; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, e ANTONIO SCARANCA FERNANDES. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, n. 3, p. 22; SERGIO BERMUDEZ, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 7, n. 4, p. 10-11.

³⁷⁴ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e jurisdição*, cit., n. 5, p. 35; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A arbitragem como forma*, cit., p. 172, e *A tutela*, cit., p. 12; DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 97; ELIO FAZZALARI, *Istituzione di diritto*, cit., p. 507.

estado e não exercem poder delegado do estado, sendo seu poder decorrente da vontade das partes. O explicado motivo político que informa a existência dos recursos (e do princípio do duplo grau de jurisdição) fica assim completamente sem sentido na arbitragem.

Um último ponto demonstra a não aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição na arbitragem. Há controvérsia, na doutrina brasileira, se o duplo grau de jurisdição é ou não um princípio processual constitucional e se, sendo princípio, também seria uma garantia. A polêmica gira também em torno da possibilidade ou não do legislador editar **regras que restrinjam (litem) o direito de recorrer** em algumas situações, como já ocorreu nas reformas processuais em curso no Brasil desde a década de 1990. A posição aparentemente majoritária é que o duplo grau de jurisdição, apesar de ser um princípio constitucional, não é uma garantia aplicável em toda e qualquer situação, motivo pelo qual pode ser restringido pela legislação ordinária.³⁷⁵ Tanto é que o legislador infra constitucional implementou várias reformas restringindo (ou tentando restringir) a interposição de recursos, sem que tais normas fossem consideradas inconstitucionais no Poder Judiciário.³⁷⁶

Ora, nesse contexto também se situa – em certa medida – o art. 18 da Lei de Arbitragem, que prevê que: “*O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.*” Essa regra é totalmente válida, pois o princípio do duplo grau de jurisdição não se aplica na arbitragem, e mesmo que se aplicasse não impediria a restrição de interposição de recursos contra a sentença arbitral. Portanto, não existe qualquer garantia ou regra que permita as partes apresentar recurso contra a sentença arbitral.

O citado art. 18, contudo, deve ser lido tendo em vista duas ressalvas.

A primeira ressalva é que contra a sentença arbitral é possível apresentar o pedido de esclarecimentos do art. 30 da Lei 9.307/96. Esse pedido de esclarecimentos é similar aos embargos de declaração dos processos judiciais estatais brasileiros. Para quem

³⁷⁵ Sobre o tema, ver, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 31, p. 74-76; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 92, p. 239-241; NELSON NERY JUNIOR, *Teoria geral*, cit., n. 2.2, p. 40 ss; LUIZ GUILHERME MARINONI, Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, especialmente n. 6-7, p. 214-218; ANA CÂNDIDA MENEZES MARCATO, *O princípio*, cit., n. 2.2.1, p. 27-33; MAURÍCIO JOSÉ NOGUEIRA, Duplo grau de jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais. In: FUX-NERY JR.-ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos*, cit., p. 542 ss.

³⁷⁶ Ver jurisprudência citada por ANA CÂNDIDA MENEZES MARCATO, *O princípio*, cit., n. 2.2.1, p. 33, nota 39.

considera que os embargos de declaração têm natureza de recurso,³⁷⁷ então o pedido de esclarecimentos do art. 30 da Lei 9.307/96 também seria um recurso. Mas, seguindo esse raciocínio, então o pedido de esclarecimentos do art. 30 é o único tipo de recurso previsto pela legislação arbitral brasileira, tendo as restrições (objetivos) similares aos embargos de declaração.

A segunda ressalva é que a ação de anulação da sentença arbitral, regulada nos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/96, não pode ser conceituada como recurso, pois é, na verdade, ação impugnativa autônoma. Nesse particular, relembre-se que a doutrina tradicionalmente distingue os recursos das ações impugnativas autônomas. Sobre o tema, já escrevi anteriormente³⁷⁸ que os **recursos** são tradicionalmente conceituados como um meio de impugnação de um ato judicial exercido dentro do próprio processo em que foi proferida a decisão a ser atacada, sem estabelecer-se uma nova relação jurídica processual; já a **ação impugnativa autônoma** tem como principal característica o desenvolvimento de uma nova (outra) relação jurídica processual, com a instauração de um novo (outro) processo, cujo objeto de cognição (o mérito) é diverso do objeto do processo “original”, no qual foi proferida a decisão que se quer impugnar. Também aponte, no mesmo trabalho anterior,³⁷⁹ que essa divisão decorre de antiga e difundida lição de PIERO CALAMANDREI,³⁸⁰ aplicada pela maioria da doutrina brasileira.³⁸¹

³⁷⁷ Existe debate doutrinário se os embargos de declaração seriam ou não efetivamente um recurso (apesar do CPC os considerar como tal). Foge do objeto desta tese debater se a natureza jurídica dos embargos de declaração é ou não a de recurso. Sobre o tema, ver, entre outros: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 1.2, p. 52-67, e *Nulidades do processo*, cit., n. 2.10.3.3, p. 266-267; LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI, *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005, n. 9-12, p. 51-73; SANDRO MARCELO KOZIKOSKI, *Embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, n. 2.2, p. 58-75; LUÍS EDUARDO SIMARDI FERNANDES, *Embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, n. 3, p. 29-36; SÔNIA MÁRCIA HASE DE ALMEIDA BAPTISTA, *Dos embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 3, p. 64-69; VICENTE MIRANDA, *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 10-15.

³⁷⁸ MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos*, cit., n. 6, p. 29.

³⁷⁹ Parte das referências bibliográficas citadas nas duas notas de rodapé seguintes já constavam na minha dissertação de mestrado (MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos*, cit., n. 6, p. 28-29, notas 54-55). Todavia, minha pesquisa original (a do mestrado) foi agora ampliada, para inserir outras obras, abaixo mencionadas. Na minha dissertação de mestrado também consta indicação de doutrina latino-americana que igualmente faz a distinção entre recursos e ações impugnativas autônomas (op cit., p. 20, nota 56).

³⁸⁰ Foi proposta por PIERO CALAMANDREI, no começo do século XX, a classificação que divide os meios de impugnação das decisões em *mezzo di gravame* (que seriam os recursos) e *azione di impugnativa* (ações impugnativas autônomas). Essa classificação foi inicialmente defendida, em 1915, no artigo *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, que foi posteriormente republicado na coletânea *Opere giuridiche*. Nápoles: Morano, 1979, v. 8, n. 13, p. 266 ss. A classificação também consta na sua monumental obra, originalmente publicada em 1920, *La cassazione civile*. v. 2, posteriormente republicado na coletânea *Opere giuridiche*. Nápoles: Morano, 1976, v. 7, n. 89, p. 194 ss.

³⁸¹ Ver, entre outros: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, n. 134, p. 229 ss, e Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos.

Por fim, há controvérsia, na doutrina, **se as partes podem ou não prever, de comum acordo, a possibilidade de interposição de recurso contra a sentença arbitral**, dirigido a outro árbitro ou colegiado arbitral. Há quem considere que as partes não têm esse poder, que isso lhes seria vedado pelo citado art. 18 da Lei 9.307/96, que teria caráter cogente, proibindo qualquer recurso na arbitragem.³⁸² Mas a posição prevalente parece ser a oposta, no sentido de que a regra do art. 18 pode ser afastada pelas partes (em razão da autonomia da vontade), que assim, se quiserem, podem criar (ou adaptar) regra procedimental estabelecendo o direito da parte derrotada em interpor recurso contra a sentença arbitral.³⁸³ A doutrina também costuma apontar que esse tipo de regra não é recomendável,³⁸⁴ sendo ainda extremamente rara, já que prejudica a celeridade da arbitragem.

Mas deve ficar claro que a eventual previsão de recurso dentro da arbitragem não viola nem se relaciona com o princípio do duplo grau de jurisdição, que, como explicado, é destinado exclusivamente aos processos judiciais estatais. A previsão de recurso dentro da arbitragem se relaciona, na verdade, com a autonomia da vontade.

Temas de direito processual – Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, n. 1, p. 267, e *O novo processo*, cit., p. 132-133; ADA PELLEGRINI GRINOVER, Um enfoque, cit., n. 2.1, p. 68-69; GRINOVER-MAGALHÃES-SCARANCE, *Recursos*, cit., n. 7, p. 29-30; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, n. 139 ss, p. 172 ss; VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual*, cit., v. 2, n. 58, p. 266; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA e FÁBIO LUIZ GOMES, *Teoria geral*, cit., p. 303; JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, Da ação rescisória, *Revista do Advogado*, AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, nº 27, fev. 1989, p. 48; NELSON LUIZ PINTO, *Manual dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, n. 1.1, p. 27-28; FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. 2004. Tese (Livre Docência em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 3 ss, p. 27 ss, e *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 150-152; NELSON NERY JUNIOR, *Teoria geral*, cit., n. 3.1, p. 206-208; LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA, e EDUARDO TALAMINI, *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.1, n. 37.1, p. 516; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-48, e *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 3.1, p. 230; LUIS FELIPE SALOMÃO, Breves anotações sobre a admissibilidade do recurso especial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 172, jun. 2009, p. 234; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2, p. 56; MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES, *Interesse e legitimação*, cit., n. 2, p. 34-35.

³⁸² ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, *Arbitragem*, cit., n. 6, p. 18; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1876-1877, p. 177-178.

³⁸³ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 30.9, p. 605-606; FÁBIO NUSDEO, Embargos infringentes na arbitragem. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Coord.). *Aspectos*, cit., p. 45 ss; PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Aspectos*, cit., n. 57, p. 140-141; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 64-65; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 2.10, p. 208; MARCUS VINÍCIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 1.2, p. 3. Entre autores estrangeiros, aceitam a existência de recurso dentro da arbitragem: BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., p. 64.

³⁸⁴ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 2.10, p. 208.

12.5) Não aplicação do princípio do juiz natural.

Quando se discutiu, no Supremo Tribunal Federal, a suposta alegação de inconstitucionalidade da arbitragem, foram debatidos dois temas: a inafastabilidade do controle jurisdicional e o juiz natural. Assim, da mesma forma que foi concluído que a arbitragem não infringe o princípio da inafastabilidade, também foi constatado que não há qualquer violação ao princípio do juiz natural.³⁸⁵

Para os objetivos desta tese, é necessário indagar se o princípio do juiz natural funciona, ou não, como baliza (limite, garantia mínima) na criação e adaptação de regras procedimentais na arbitragem. A resposta é negativa, o princípio do juiz natural não é aplicado na arbitragem. Os motivos são semelhantes aos explicados para a não aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição (item anterior desta tese).

O princípio do juiz natural é decorrente de duas regras da Constituição Federal. De um lado, o inciso XXXVII do art. 5º, que estabelece que: “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”. De outro lado o inciso LIII do mesmo art. 5º, que prevê que: “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. São assim dois aspectos, duas vertentes, duas questões relacionadas com o princípio do juiz natural.³⁸⁶

Em relação à primeira vertente, que é a proibição do tribunal de exceção, parte da doutrina afirma que ninguém pode ser julgado por **órgão criado após o fato ter ocorrido, ou que seja constituído em função da pessoa que será julgado**.

Esse tipo de explicação, apesar de correta, é incompleta, principalmente quando se recorda o que ocorre na arbitragem. Na verdade, o que é errado é permitir-se que alguém seja julgado por órgão **criado por terceiro** – normalmente autoridade estatal ou alguém que exerce poder – após o fato, em especial quando esse terceiro (que cria o tribunal de exceção) tem alguma espécie de interesse na questão, ou quando o tribunal de exceção é constituído para implementar determinada agenda, ou para restringir determinada atividade, ou ainda para julgar especificadamente determinada(s) pessoa(s). Proíbe-se

³⁸⁵ Várias obras doutrinárias que trataram da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, mencionadas no item 12.3 supra, também debateram a questão da suposta violação ao princípio do juiz natural.

³⁸⁶ Um dos primeiros autores a notar essa dupla vertente do princípio do juiz natural (talvez a primeira), foi ADA PELLEGRINI GRINOVER, O princípio do juiz natural e a sua dupla garantia. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 8, nº 29, jan./mar. 1983, n. 4.1-4.2, p. 18-20. A ligação dos citados dispositivos com o princípio do juiz natural também é apontada por: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 18, p. 52; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 81, p. 203-207; VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual*, cit., v. 1, n. 9.1, p. 45-46; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 12, p. 61 ss.

assim o tribunal de exceção (e destaca-se a importância do juiz natural) com o objetivo de limitar o poder dos agentes públicos,³⁸⁷ para impedir que quem exerce poder constitua órgão pretensamente jurisdicional, mas que na verdade serve para implementar outros objetivos diferentes do que a correta distribuição da justiça. Por isso, parte da doutrina afirma que o princípio somente se aplica aos órgãos estatais.³⁸⁸

Ora, esses motivos, objetivos, do princípio do juiz natural, de restringir o exercício do poder pelos agentes públicos, não tem qualquer aplicação ou relevância na arbitragem. A começar pelo fato de que na arbitragem as partes evitam os órgãos estatais de jurisdição. O que elas desejam é exatamente que seu caso não será julgado pelo estado. Elas não precisam ser protegidas da criação de tribunal de exceção, pois elas decidiram utilizar-se da arbitragem, que ocorrerá sem a participação de agentes públicos ou de entidades públicas.

Mais ainda, o árbitro é escolhido pelas partes, e não por um terceiro. Mesmo quando o árbitro é escolhido por órgão institucional arbitral, isso decorre da vontade das partes, que delegaram essa escolha ao órgão. Idem em relação ao juiz estatal, quando esse aprecia a ação do art. 7º da Lei 9.307/96: a utilização da arbitragem decorreu da vontade das partes e é essa vontade que levou à propositura de tal demanda. Portanto nomeação do árbitro, ou do colegiado arbitral, é sempre decorrência da vontade das partes, que elegeram a arbitragem como forma de solução de conflitos.

De outro lado, conforme mencionado, o **segundo aspecto do princípio do juiz natural** decorre do **inciso LIII do art. 5º** da Constituição Federal, que prevê que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Ora, o árbitro, apesar de não ser agente público, apesar de não ser autoridade estatal, é a pessoa que tem a competência para apreciar o litígio submetido à arbitragem, é assim a pessoa competente, pelo fato de ter sido nomeado pelas partes ou por métodos decorrentes do exercício da autonomia da vontade pelas partes.

De tudo que foi explicado pode-se concluir que o juiz natural, na arbitragem, é o árbitro que tenha sido regularmente escolhido pelas partes, na sistemática por elas prevista na convenção arbitral. Mas, alerte-se que não há qualquer violação ao princípio do juiz natural se as partes, de comum acordo, resolverem modificar o método de escolha do árbitro antes formulado. Nesse tipo de situação o que ocorre é mera adaptação

³⁸⁷ Bem aponta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 81, p. 205, que “quer a Constituição Federal impedir que, já delineada uma situação, venha o Estado a criar órgãos ou organismos endereçados a julgamentos segundo influências espúrias.”

³⁸⁸ JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 30-32.

(modificação) da regra procedimental antes criada, o que é perfeitamente possível, inclusive em razão da autonomia da vontade.

Em resumo, o princípio do juiz natural não funciona como baliza à criação ou à adaptação de regras procedimentais na arbitragem. O princípio do juiz natural é importante garantia processual nos procedimentos judiciais estatais, mas nada acrescenta e nem nada impede na arbitragem.

12.6) Não aplicação automática do princípio da publicidade, em razão da confidencialidade (sigilo) da arbitragem.

A Constituição Federal regula o princípio da publicidade dos atos processuais em duas regras diferentes. Assim, inicialmente, o **art. 5º, LX, da CF**, prevê que: *“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim exigirem.”* E, mais adiantes, no **art. 93, IX, da CF**, determina que *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”* (redação da EC 45/04).

Apesar do transcrito inciso LX do art. 5º não ser expresso, o inciso IX do art. 93 é claro em determinar que a publicidade é atributo da – regra que regula a, comando que atinge a – administração estatal da justiça. Assim como ocorre com os princípios do duplo grau de jurisdição e do juiz natural, o princípio da publicidade é diretamente dirigido aos órgãos públicos, estatais.

Isso fica ainda mais claro quando se recordam os motivos usualmente citados para justificar a existência do princípio,³⁸⁹ quais sejam, que a publicidade é necessária para dar contas – sobre o que ocorre dentro de cada processo – para: (a) os sujeitos diretamente interessados, em especial partes e procuradores; (b) os órgãos superiores de jurisdição; (c) os órgãos de disciplina da magistratura; e (d) o público em geral.

³⁸⁹ Ver, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 28, p. 69-71; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 91, p. 234-235; VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual*, cit., v. 1, n. 9.1, p. 48-49; HELENA ABDO, A publicidade do processo e a atuação da mídia na divulgação de atos processuais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 104, nº 398, jul./ago. 2008, p.133 ss.

Ora, de todos esses motivos, o único que se aplica na arbitragem é o item (a). E, na verdade, mesmo quando um processo estatal corre em segredo de justiça, ou mesmo quando um procedimento arbitral é sigiloso, as partes e seus procuradores sempre terão acesso ao que ocorre dentro da arbitragem.³⁹⁰ Se não tiverem acesso, a violação que existirá será ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Quanto aos itens (b) e (c), eles não têm qualquer aplicação na arbitragem. Não existe, na arbitragem, nem órgãos superiores de jurisdição nem órgãos de disciplina da magistratura. Mesmo que as partes prevejam a possibilidade de interposição de recurso dentro da arbitragem, isso não prejudica o ora explicado, pois o eventual árbitro ou colegiado arbitral de “segundo grau” terá acesso total ao que aconteceu na arbitragem, para poder(em) decidir o recurso.

Quanto ao item (d), parte da doutrina considera, com razão, que o conhecimento público dos processos judiciais é garantia que vem perdendo importância, pois a sociedade tem, hoje, instrumentos que, em várias situações, são bem mais eficientes para controle dos órgãos judiciais do que a publicidade do processo.³⁹¹ Pior ainda, existem casos nos quais houve super exposição na mídia, que foi prejudicial ao andamento processual e/ou prejudicou enormemente os envolvidos.³⁹² Por isso, a doutrina também alerta contra os exageros da publicidade,³⁹³ tema esse que ganha cada vez mais relevância com o desenvolvimento e disseminação do chamado “processo eletrônico”.

Neste contexto não é de interesse público obrigar que toda e qualquer arbitragem respeite ao princípio da publicidade. Na verdade, o que impera na arbitragem é a autonomia da vontade, pois, se existe interesse público envolvido, talvez a questão não seja nem mesmo arbitrável.³⁹⁴ Veja-se que, surgindo um litígio entre duas pessoas, elas podem resolver a questão mediante transação (ou ainda uma das partes aceitar a pretensão da outra) e ninguém ficar sabendo dessa discussão. Ora, então elas também podem submeter

³⁹⁰ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 91, p. 234; VICENTE GRECO FILHO, *Direto processual*, cit., v. 1, n. 9.1, p. 49.

³⁹¹ VICENTE GRECO FILHO, *Direto processual*, cit., v. 1, n. 9.1, p. 49.

³⁹² O melhor exemplo é o conhecidíssimo caso da “Escola Base”, ocorrido na Capital do Estado de São Paulo, em que os donos foram acusados de pedofilia, imediatamente condenados na imprensa e pela população, e, após regular tramitação do processo, foram inocentados de todas as acusações por completa falta de provas de que algo tivesse acontecido. Mas, ao longo do processo, os acusados perderam quase todo o seu patrimônio, e sofreram inestimável dano moral.

³⁹³ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 28, p. 70; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 91, p. 235.

³⁹⁴ Essa afirmação, contudo, não deve ser interpretada como eventual posicionamento contrário à arbitragem envolvendo órgãos públicos.

essa questão ao um árbitro, estabelecendo o sigilo (confidencialidade) da arbitragem, pois não querem que terceiros saibam do que está sendo discutido.

Por tais motivos, conclui-se que o princípio da publicidade não tem aplicação automática na arbitragem.³⁹⁵ E, do mesmo modo, a publicidade não é um limite (baliza, garantia mínima) que irá necessariamente influenciar a criação ou a adaptação das regras procedimentais em toda e qualquer arbitragem.

Necessário realçar que o ora defendido não é a não aplicação do princípio na arbitragem, mas sim a não aplicação automática em toda e qualquer arbitragem. Pode acontecer, por variados motivos, de uma arbitragem não ser confidencial ou ser parcialmente confidencial (atos processuais sigilos, sentença divulgada).

Por exemplo, há quem defenda que, nas arbitragens envolvendo o poder público, a sentença não seja sigilosa, podendo, todavia, ser mantido em sigilo os documentos apresentados pelas partes.³⁹⁶

Outro exemplo seria nas arbitragens entre nações, quando há tratado internacional ou regra interna que preveja a publicidade da arbitragem ou da sentença arbitral.

De qualquer modo, na grande maioria dos casos, a aplicação do princípio da publicidade, ou o processamento do procedimento em sigilo, dependerá fundamentalmente de uma escolha das partes. É, no fundo, opção das partes. Assim, superada a eventual questão constitucional, é necessário examinar as regras relacionadas com a opção das partes em manter a arbitragem em sigilo (ou essa ser pública), o que é feito no item 15.8 infra.

12.7) Controvérsias relacionadas com o princípio da motivação.

A motivação da sentença arbitral deve ser tratada tendo em vista duas diferentes realidades. De um lado, a necessária motivação da sentença arbitral proferida no Brasil (item seguinte desta tese). De outro lado, a controvertida questão da motivação da sentença arbitral estrangeira, proferida fora do Brasil (item 12.7.2 infra).

³⁹⁵ MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 1.2, p. 3. Já CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Nova era*, cit., n. 9, p. 30, afirma que “no juízo arbitral não prepondera” o princípio da publicidade. Mais incisivo é BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., p. 63, que afirma que a arbitragem não está submetida à publicidade.

³⁹⁶ LUCIANA NARDI, A arbitragem na administração pública. *Valor Econômico*. São Paulo, 11 abr. 2006, p. E-2, que justifica seu entendimento dizendo que: “Tratando-se de dinheiro público, é essencial para validade do ato que a sentença arbitral receba a divulgação adequada, seguindo o princípio basilar da publicidade dos atos administrativos e do controle externo exercido pelos tribunais de contas.”

Antes, porém, necessário apontar que a legislação brasileira não faz distinção entre arbitragem interna e internacional. A única distinção que a Lei 9.307/96 faz, no parágrafo único do art. 34, é entre sentença arbitral nacional – a proferida em território nacional – e sentença arbitral estrangeira. E essa distinção foi feita com o fim específico de determinar quais sentenças arbitrais são estrangeiras e, por isso, precisam ser homologadas no STJ para terem eficácia no Brasil.

12.7.1) A motivação da sentença arbitral nacional.

O princípio constitucional da motivação dos atos judiciais é um dos mais estudados pela doutrina,³⁹⁷ com enorme aplicação prática, havendo inúmeros precedentes jurisprudenciais sobre o tema. Mas então, apesar da sua patente importância para o direito brasileiro – tendo, como explicado, *status* constitucional – por que ele não foi expressamente mencionado no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem, no qual são mencionados os outros princípios processuais?

A resposta se encontra no fato de que a necessidade da fundamentação da sentença arbitral está prevista em outro dispositivo da Lei 9.307/96, qual seja, o seu art. 26, II, que estabelece que um dos “*requisitos obrigatórios*” da sentença arbitral é: “*os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade.*” Destaca-se que a própria lei que

³⁹⁷ Sobre a motivação da sentença, ver, entre outros: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 27, p. 68-69; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 93, p. 241-243; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual – Segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83 ss; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 14, nº 56, out./dez. 1989, p. 223 ss, e *A motivação*, cit., em especial p. 99 ss; KAZUO WATANABE, *Da cognição*, cit., n. 15, p. 65-70; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do processo*, cit., n. 3.2.3, p. 310 ss; NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 32 ss, p. 168 ss; SÉRGIO NOJIRI, *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, em especial p. 29 ss; MARCELO LIMA GUERRA, Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX-NERY JR.-ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos*, cit., p. 517 ss; RONALDO BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. In: FUX-NERY JR.-ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos*, cit., p. 567 ss; MARIA THEREZA GONÇALVES PERO, A motivação da sentença civil. São Paulo: Saraiva, 2001, em especial p. 53 ss; ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO, Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, nº 111, jul./set. 2003, p. 273 ss; LETÍCIA BALSAMÃO AMORIM, Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado democrático de direito. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 38, maio 2006, p. 69 ss; DANIEL ADENSOHN DE SOUZA, Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 167, jan. 2009, p. 132 ss; PEDRO LEONARDO SUMMERS CAYMMI, O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 17, ago. 2004, p. 115 ss. Na doutrina estrangeira: ENRICO TULLIO LIEBMAN, Do arbítrio à razão – Reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 8, nº 29, jan./mar. 1983, p. 79 ss.

afirma que a fundamentação, a motivação, é um “*requisito obrigatório*”,³⁹⁸ dando assim ênfase na obrigação do árbitro em motivar a sentença.

Mais ainda, o art. 32, III, da Lei de Arbitragem, estabelece que “*é nula a sentença arbitral*” que não tiver um dos requisitos previstos no art. 26 da mesma lei, entre eles a fundamentação, a motivação da decisão (o inciso II supra transcrito). Amplia-se assim a proteção da exigência da motivação, pois sem ela a sentença arbitral pode ser anulada.

São assim dois dispositivos da Lei de Arbitragem que expressamente exigem a motivação: (a) o art. 26, II, que afirma que a motivação é um dos “*requisitos obrigatórios*” da sentença arbitral; e (b) o art. 32, III, que afirma que sem motivação, a sentença “*é nula*”.

Os termos desses dispositivos são peremptórios e fortes. A motivação da sentença é uma obrigação do árbitro, e sua falta implica em nulidade. A Lei de Arbitragem não usou meias palavras, não foi tímida. Em suma, ela não quis dar margem à discussão: a sentença arbitral nacional sempre tem que ser motivada.

Portanto, para as sentenças arbitrais nacionais, aplica-se integralmente o princípio da motivação das decisões. Isso por vários motivos. Primeiro, pelos termos peremptórios da Lei de Arbitragem, acima explicados. Segundo, a garantia da motivação das decisões tem, no Brasil, *status* constitucional, sendo postulado processual da mais alta importância, sendo, para muitos, regra de ordem pública. Terceiro, pelo fato da arbitragem ter natureza jurisdicional; sua função jurisdicional não permite que seja proferida uma decisão não motivada, até pelo fato de que isso agrediria os valores políticos que informam a exigência da motivação das decisões.

Assim, apesar da autonomia da vontade ter forte aplicação na criação e na adaptação das regras procedimentais arbitrais, ela não permite que as partes abram mão da motivação. Ou seja, tratando-se arbitragem cuja sentença será proferida no Brasil (sentença nacional), a flexibilidade do procedimento arbitral não pode ultrapassar a baliza, o limite, a garantia mínima da necessidade de motivação das decisões.³⁹⁹

E mesmo que as partes, sem perceber que não se trata de direito disponível, resolvam autorizar o árbitro a proferir sentença desmotivada, ele deve motivar a sua sentença. E mesmo quando as partes criarem regra procedimental permitindo que sentença não seja

³⁹⁸ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Estrutura da sentença arbitral. In: MARTINS-GARCEZ (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem*, cit., n.1-3, p. 344-345, crítica a utilização da terminologia “requisito” da sentença, afirmando que na verdade se trata de “elemento” da sentença. No mesmo sentido: ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 111.

³⁹⁹ Em sentido similar, afirma RAFAEL FRANCISCO ALVES, O devido, cit., n. 3.3, p. 412, que a regra procedimental que permite a sentença desmotivada é nula.

motivada, se a sentença, quando proferida, efetivamente não for motivada, qualquer uma das partes poderá pleitear a sua anulação, apesar de ter antes autorizado o árbitro a proferir decisão sem motivação: como dito, não é matéria que as partes podem dispor, é questão não atingida pela flexibilidade do procedimento arbitral, é regra cogente.⁴⁰⁰

A motivação da sentença é tema corrente nos regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais estabelecidos no Brasil. É assim comum a menção expressa de que a sentença arbitral deve ser fundamentada; na verdade, os regulamentos dos órgãos brasileiros costumam repetir o previsto no art. 26 da Lei de Arbitragem.⁴⁰¹

Quanto ao **voto vencido**, existem dois sistemas diferentes. De um lado, regulamentos que afirmam que o voto vencido poderá ser motivado.⁴⁰² De outro lado, regulamentos que afirmam que o voto vencido deverá ser motivado.⁴⁰³ Essa segunda regra é muito melhor do que a anterior, pois obriga o árbitro a prestar contas da sua posição.

Também é comum os regulamentos arbitrais determinarem que **quem redige a sentença** é o Presidente do Tribunal Arbitral, obviamente quando existir o colegiado de árbitros.⁴⁰⁴ Tal tipo de regra, contudo, deve ser lida com duas ressalvas. Primeiro, se o Presidente tiver proferido o voto vencido, caberá a outro árbitro redigir a sentença. Segundo, se o colegiado arbitral preferir delegar a outro árbitro, que não o Presidente, a redação da sentença, isso não deve ser considerada uma nulidade, pois tendo todos (ou a maioria) subscrito a sentença, ela reflete o entendimento dos árbitros. Muito mais adequada, assim, o previsto no item 11.2 do Regulamento da AMCHAM SP, cuja primeira frase prevê que: “*É de responsabilidade do Presidente do Tribunal Arbitral, ou de árbitro por ele indicado, reduzir a termo a sentença arbitral.*”

12.7.2) A motivação da sentença arbitral estrangeira.

No item antecedente desta tese tratou-se da motivação da sentença arbitral nacional. Agora é necessário tratar da aplicação – ou não – do princípio (ou da regra) da necessidade da motivação nas sentenças estrangeiras.

É interessante verificar que os arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem não prevêm de forma expressa, entre as hipóteses de negativa de homologação de sentença estrangeira, a

⁴⁰⁰ No mesmo sentido: FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, Aspectos fundamentais, cit., n. 2.8, p. 206.

⁴⁰¹ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 13.6; Reg. CCBC 10.5; Reg. CAMARB 5.18; Reg. FGV Art. 51.

⁴⁰² Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 13.5; Reg. CCBC 10.4.

⁴⁰³ Por exemplo: Reg. CAMARB 5.16; Reg. FGV Art. 49.

⁴⁰⁴ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 13.4; Reg. CCBC 10.3; Reg. CAMARB 5.17; Reg. FGV Art. 50.

sua falta de fundamentação. A Lei 9.307/96 foi extremamente incisiva e clara quando exige a motivação da sentença arbitral nacional, tratando da matéria de forma expressa em dois dispositivos diferentes (ver item anterior desta tese). Mas a mesma Lei 9.307/96 nada fala sobre a necessidade, ou não, da motivação da sentença arbitral estrangeira.

Uma possível especulação sobre essa omissão do legislador é relacionada com o fato de que, em alguns países no exterior, não ser exigido que todo e qualquer ato judicial seja sempre motivado. Há nações em que o magistrado não precisa fundamentar todas as suas decisões judiciais, ou, ao menos, só precisa fundamentar alguns tipos de decisões. E o mesmo ocorre com a arbitragem, pois existem sistemas que não exigem a fundamentação da sentença arbitral. Apesar de existirem órgãos institucionais arbitrais estabelecidos no exterior que exigem a motivação da sentença,⁴⁰⁵ outros nada prevêm, ou prevêm que ela pode ser dispensada pelas partes.⁴⁰⁶ E há autores estrangeiros que chegam a afirmar que na arbitragem nem sempre é necessário fundamentar a sentença,⁴⁰⁷ ou isso só precisa ocorrer caso as partes assim solicitem.⁴⁰⁸

De qualquer modo, é necessário relembrar que o inciso II do art. 39 da Lei 9.307/96 determina que a sentença arbitral estrangeira não deve ser homologada quando ofender a ordem pública. Então, apesar da falta de regra expressa sobre a motivação da sentença arbitral estrangeira, uma possível solução para a questão seria dizer que a sua falta de motivação ofenda a ordem pública, pois a garantia da fundamentação das decisões tem, no Brasil, *status* constitucional. E, seguindo-se essa linha de raciocínio, a sentença não fundamentada não poderia ser homologada. Essa é a linha de raciocínio de parte da doutrina, tanto a que examinou o problema da homologação da sentença judicial estrangeira não fundamentada,⁴⁰⁹ quanta a que estuda a questão da homologação da sentença arbitral não motivada.

Mas será que a motivação é mesmo matéria de ordem pública, a impedir a homologação da sentença (judicial ou arbitral) estrangeira não fundamentada?

⁴⁰⁵ Por exemplo: Reg. CCI Art. 25 (2).

⁴⁰⁶ Por exemplo: Reg. ICDR (AAA) Art. 27 (2); *UNCITRAL Arbitration Rules* Art. 32 (3); Reg. LCIA Art. 26.1

⁴⁰⁷ RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 15; GOLDBERG-SANDER-ROGERS, *Dispute resolution*, cit. 234; CARRIE MENKEL-MEADOW, *Alternative dispute*, cit., p. 17. Algumas dessas obras também salientam que, nos EUA, a sentença arbitral costuma ser fundamentada em arbitragens internacionais e também nas trabalhistas.

⁴⁰⁸ COUND-FRIEDENTHAL-MILLER-SEXTON, *Civil procedure*, cit., p. 1365-1366 (realçando, contudo, que muitos árbitros fundamentam suas razões mesmo sem pedido das partes).

⁴⁰⁹ Entre outros, ver: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A motivação*, cit., p. 119; GUILHERME PEÑA DE MORAES, *Homologação*, cit., n. 5.4.5, p. 45-47.

A resposta é negativa, pois **a sentença arbitral estrangeira não fundamentada pode sim ser homologada, ela não pode ser sempre considerada uma violação à ordem pública**. Existem vários autores que defendem esse ponto de vista.⁴¹⁰ Alguns detalham o raciocínio, explicando que o mero fato da sentença arbitral estrangeira não ser motivada não impede ela de ser homologada, sendo necessário verificar se a falta de motivação implicaria, no caso concreto, em algum problema de ordem pública. Os argumentos mais importantes dessa corrente são resumidos a seguir.

(a) O art. 93, IX, da Constituição Federal brasileira, exige a motivação dos atos judiciais, estando presente em capítulo que trata do Poder Judiciário. Esse argumento, reconheço, é fraco, pois se a arbitragem se aproveita de outras garantias processuais constitucionais (que foram originalmente pensadas para os processos judiciais estatais), não é correto descartar a incidência do art. 93, IX, da CF, em função da sua mera literalidade e da posição em que se encontra no texto constitucional. Assim, são outros os melhores argumentos para afastar a incidência dessa regra na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, os quais são explicados a seguir.

(b) A Constituição Federal brasileira prevê, no art. 4º, IX, o princípio da cooperação entre os povos.⁴¹¹ Há assim certo choque entre o art. 93, IX, da CF, que em tese levaria à negativa de homologação de sentença estrangeira não motivada, e o art. 4º, IX, da mesma CF, que estabelece a necessidade de cooperar com outros povos, o que implica em aceitar a homologação de uma sentença não motivada quando a lei nacional que regulou a arbitragem estrangeira não exige tal motivação, ou quando ela não considera inválida a sentença arbitral desmotivada.

(c) Vários países, e vários regulamentos de órgãos arbitrais, não exigem a motivação da sentença arbitral.⁴¹²

⁴¹⁰ Ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 476-479; PAULO CEZAR ARAGÃO e ROBERTO ROSAS, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 207-208; ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação*, cit., n. 8.7.2, p. 211-216 (com farta indicação doutrinária nas notas 296-297, p. 215); MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA, *Homologação*, cit., em especial p. 184 ss (com ampla indicação doutrinária). Na doutrina estrangeira: GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Meneguele. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943, v. 2, p. 80-81; GAETANO MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*. Padova: CEDAM, 1954, n. 139, p. 330-332.

⁴¹¹ CF: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.”

⁴¹² Além do citado em notas anteriores, ver informações de: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 476-479; ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação*, cit., n. 8.7.2, p. 211.

(d) Várias nações, apesar de preverem a obrigatoriedade da motivação das suas decisões judiciais, aceitam homologar sentença não motivada, em especial nos Estados membros da Convenção de Nova Iorque.

(e) Via de regra, a disciplina dos atos processuais segue o previsto na lei do local da arbitragem, ou ainda o previsto na convenção arbitral, ou no regulamento arbitral eleito pelas partes. Se essas regras permitem que a sentença arbitral estrangeira não seja motivada, isso não agride a ordem pública brasileira. Mais ainda, não existe a violação da chamada ordem pública internacional, até mesmo em virtude do apontado nas letras (c) e (d) supra.

(f) Em reforço ao explicado na letra (e) supra, não é possível aplicar, no juízo de delibação do processo de homologação de sentença estrangeira, critérios decorrentes exclusivamente da lei brasileira.

(g) A Lei de Arbitragem dá tratamento diferente entre a sentença arbitral nacional (que sempre precisa ser motivada) e a sentença arbitral estrangeira, que não se prevê expressamente a necessidade de motivação (é o que foi explicado anteriormente).

Mas e qual é o posicionamento da **jurisprudência**? Antes promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a competência para homologar sentenças estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal. Assim, essa corte examinou, várias vezes, se a falta de fundamentação de sentença judicial proferida no exterior seria ou não motivo de ordem pública para impedir a homologação no Brasil. As decisões proferidas pelo STF são listadas, explicadas e comentadas em recente obra de MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA,⁴¹³ que demonstra: (a) que durante a década de 1980, o STF recusou a homologação de algumas sentenças não motivadas;⁴¹⁴ e (b) a partir do julgamento da SEC 4590, em 5.6.92, o STF passou a reiteradamente decidir que a falta de motivação, se decorrente de lei do local onde a sentença foi proferida, não impede a homologação da sentença, não se tratando de questão de ordem pública.⁴¹⁵ E três desses casos tinham por objeto a homologação de sentença judicial que homologava laudo arbitral.⁴¹⁶

⁴¹³ *Homologação*, cit., em especial p. 131 ss, em que a autora explica, contextualiza e comenta os acórdãos citados na duas notas de rodapé seguintes.

⁴¹⁴ SEC 2.766, Pleno, rel. Min. Oscar Corrêa, j. 1.7.83, *RT* 579/221; SEC 3.977, Pleno, rel. Min Francisco Rezek, j. 1.7.88, *DJU* 26.8.88, p. 21033; SEC 3.976, Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 14.6.89, *DJU* 15.9.89, p. 14511.

⁴¹⁵ SEC 4.590, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 5.6.92, *RTJ* 142/428; SEC 3.397, Pleno, rel. Min Francisco Rezek, j. 11.11.93, *RTJ* 155/03; SEC 4.469, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.12.93, *DJU* 11.3.94, p. 4112; SEC 3.897, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 9.3.95, *DJU* 26.5.95, p. 15154; SEC 5.157, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 19.6.96, *DJU* 13.6.97, p. 26698; SEC 4.415, Pleno, rel. Min Francisco Rezek, j. 11.12.96, *RTJ* 166/451; SEC 5.720, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.98, *RTJ* 168/820; SEC 5.661,

Assim, parece ser mais correto afirmar que a jurisprudência brasileira aceita homologar sentença (judicial ou arbitral) estrangeira não motivada, quando a falta de motivação é permitida pela lei que regula o processo (judicial ou arbitral) no qual foi proferida a decisão desmotivada. Mas, como a Emenda Constitucional 45/2004 transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação da sentença estrangeira, necessário aguardar o posicionamento deste órgão para dar-se uma resposta definitiva (se é que isso é possível!) sobre o tema.

12.8) Princípio da celeridade.

A Emenda Constitucional 45/04 incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF, que passou a prever que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*” Foi assim expressamente consagrado, na Constituição Federal, o princípio da celeridade.

Mas mesmo antes de tal emenda constitucional ser promulgada, haviam autores que defendiam que já existia o princípio da celeridade, que seria decorrente do – ou que seria um aspecto autônomo do – princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e/ou do princípio do devido processo legal, ou ainda em função do fato de que desde 1992 o Brasil já havia ratificado o Pacto de São José da Costa Rica (que prevê que todo processo deve levar um prazo razoável).⁴¹⁷

A doutrina aponta que a **celeridade é uma das vantagens da arbitragem**, em especial quando se compara o tempo gasto para resolver uma questão na arbitragem e no Poder Judiciário. Assim, apesar da Lei de Arbitragem não mencionar expressamente a necessidade do respeito ao princípio da celeridade, não pode existir dúvidas de que trata-se sim de uma baliza (limite, garantia mínima) que deve ser respeitada quando se cria ou se adapta (modifica) regra procedimental arbitral.

Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.5.99, *RTJ* 175/104; SEC 5.418, Pleno, rel. Min. Maurício Correia, j. 7.10.99, *RTJ* 175/898; SEC 4.835, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 4.4.02, *DJU* 7.6.02, p. 84.

⁴¹⁶ SEC 3.976, Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 14.6.89, *DJU* 15.9.89, p. 14511; SEC 3.397, Pleno, rel. Min. Francisco Rezek, j. 11.11.93, *RTJ* 155/03; SEC 3.897, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 9.3.95, *DJU* 26.5.95, p. 15154. Na SEC 3.976 a sentença estrangeira não foi homologada, nos outros dois ela foi.

⁴¹⁷ Ver, entre outros (mas não usando os mesmos argumentos): JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 3.4-3.5, p.85-88, e Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias*, cit., n. 4-5, p. 257-260; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Garantia da tempestividade*, cit., especialmente n. 8, p. 218-220; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Técnicas de aceleração*, cit., n. 2.3.4, p. 49 ss.

De forma indireta, a Lei de Arbitragem acolhe a celeridade, ao determinar, no § 6º do art. 13, que: “*No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.*” Ao afirmar que o árbitro deve agir com diligência, a Lei está, indiretamente, consagrando a necessidade de observar-se o princípio da celeridade.

O dispositivo acima transcrito, apesar de ser dirigido ao árbitro, não implica que somente ele deve respeitar o princípio da celeridade. Sendo regra constitucional, é assim baliza (limite, garantia mínima) dirigida a todos que participam da arbitragem.

E seguindo a linha explicada anteriormente (item 8.2 supra), necessário apontar que quando se examina o princípio da celeridade à luz do tema desta tese – a flexibilidade do procedimento arbitral –, verifica-se que ele atua de duas formas distintas e complementares. De um lado, o princípio da celeridade influencia a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que visam assegurar a aplicação desse mesmo princípio nos diversos procedimentos arbitrais. De outro lado, o princípio da celeridade também atua como um limitador, uma baliza, que impede que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretem a violação do citado princípio.

Todavia, apesar do princípio da celeridade ser plenamente aplicável na arbitragem, ele não é o único princípio constitucional que deve ser observado e nem é a única regra que serve de limite (baliza, garantia mínima) na arbitragem. Quando se criam ou se adaptam regras procedimentais numa arbitragem, são feitas escolhas, que podem tornar o procedimento mais célere ou mais demorado. Por exemplo, podem ser concedidos prazos menores ou maiores; ou pode ser limitada a quantidade de testemunhas; ou pode ser aceito, ou não, sucessivos pedidos de prorrogação de prazo etc.

A aplicação do princípio da celeridade no procedimento arbitral não significa que toda vez que for necessário criar uma regra procedimental, deverá ser escolhida a regra que implique no menor prazo possível, ou que permita o encurtamento do procedimento. Prazos muito curtos e limitação de faculdades processuais em prol da celeridade podem violar outras garantias mínimas, em especial o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A celeridade deve ser assim uma meta, um objetivo, algo a ser buscado o tempo todo, mas sempre com bom senso (razoabilidade e proporcionalidade). A celeridade não deve ser interpretada como algo que restringe os atos processuais, que constrange as partes a cumprirem prazos claramente insuficientes. O princípio da celeridade, portanto, é um vento que impulsiona a arbitragem, devendo as velas estar bem colocadas, mas não

extremamente rígidas, pois daí elas podem ser rasgadas pelo vento. Não pode ser a celeridade um freio, ou uma amarra, ou uma âncora, senão ela vai acabar fazendo a arbitragem ir para o fundo do mar, em vez de chegar ao seu porto de destino final.

Por fim, o princípio da celeridade é mencionado em alguns regulamentos arbitrais, de diferentes formas. Por exemplo, determinando-se que ao interpretar o regulamento arbitral, o árbitro deve ter em vista o objetivo da celeridade.⁴¹⁸ Ou estabelecendo-se que a instrução deve ser realizada da forma mais breve possível.⁴¹⁹

12.9) Princípio do devido processo legal.

12.9.1) O devido processo legal como cláusula de encerramento, como princípio síntese.

A maioria dos princípios processuais constitucionais são claramente identificados com a proteção de alguma questão específica, que, de tão importante para o sistema, restou por ser tutelada por norma da Constituição Federal. Assim a imparcialidade, a igualdade, a motivação, e mesmo o contraditório e ampla defesa.

O devido processo legal, contudo, não se relaciona a uma questão específica. Ele não tem por objetivo proteger um aspecto do processo, uma questão determinada, um tipo de situação. A expressão “devido processo legal” é extremamente aberta, encontrando-se na doutrina inúmeros trabalhos a seu respeito, com variados enfoques.

Talvez a idéia mais aceita – e que considero a mais adequada – é que o princípio do devido processo legal é a soma, a convergência de todos os demais princípios constitucionais, sendo que observar o princípio do devido processo legal é, assim, respeitar os demais princípios processuais constitucionais.⁴²⁰ O devido processo legal é assim um **princípio síntese**, uma cláusula de fechamento, uma regra de encerramento,⁴²¹ que congrega, resume, condensa em si, todos os demais princípios e garantias. Serve ele,

⁴¹⁸ Por exemplo: Reg. FGV Arts. 62 e 63.

⁴¹⁹ Por exemplo: Reg. CCI Art. 20 (1).

⁴²⁰ Em sentido substancialmente similar: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 36, p. 82-85; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 78, p. 198, e n. 94, p. 243-246. Há autores que, apesar de relacionar o devido processo legal com os outros princípios, o faz de forma mais restritiva do que o ora exposto. Assim, para VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual*, cit., v. 1, n. 9.1, para respeitar o devido processo legal é necessário observar a igualdade, o contraditório e a ampla defesa.

⁴²¹ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 94, p. 243.

portanto, como um guia, como um farol. Seria o gênero, do qual todos os demais princípios são espécies.⁴²²

Devido processo legal não é seguir de forma estrita o procedimento instituído em lei. Se fosse isso, não poderia sequer ser discutida a flexibilidade procedimental. Devido processo legal é aquele que, seguindo o procedimento previsto em lei, ou sendo esse flexibilizado, respeita as balizas (limites, garantias mínimas) compostas pelos demais princípios processuais constitucionais, sempre tendo em vista as eventuais peculiaridades do direito material em disputa.

12.9.2) Devido processo legal e arbitragem.

A Lei 9.307/96 não menciona expressamente a necessidade de se respeitar o devido processo legal. Alguns autores, talvez até mesmo de forma proposital, evitam usar essa expressão quando escrevem sobre a arbitragem. Acredito que isso não foi por acaso, mas sim para evitar eventual polêmica sobre o que seria, para a arbitragem, a expressa previsão de que ela deveria respeitar o devido processo legal.

A lei de arbitragem não prevê um rito específico para a fase arbitral propriamente dita. Como explicado em diversos momentos nesta tese, o procedimento arbitral pode ser criado (ou adaptado) em cada arbitragem específica, em razão exatamente da flexibilidade que o caracteriza. Ora, se a Lei 9.307/96 mencionasse, no § 2º do seu art. 21, ou em qualquer outro dispositivo, que a arbitragem deveria seguir o devido processo legal, com certeza haveriam vozes – algumas delas do mais alto gabarito! – defendendo que, na ausência de rito estabelecido na própria lei, deveriam ser obrigatoriamente aplicados nas arbitragens os ritos procedimentais disciplinados na legislação processual estatal (CPC etc.), pois, afinal, esses são os procedimentos previstos em lei, os “devidos procedimentos legais”. Tal afirmação seria sustentada pela idéia (no mínimo discutível), de que para respeitar-se o devido processo legal seria necessário seguir as formas, ritos e regras da legislação processual estatal, a única prevista em lei; seria como dizer que o devido processo legal é o processo previsto em lei.

Isso acarretaria uma infinidade de discussões e de problemas. A começar pela escolha do rito procedimental aplicado em cada arbitragem. Um pouco de especulação ajuda a enxergar a balburdia que poderia surgir. Alguns defenderiam que na arbitragem

⁴²² NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo*, cit., n. 3, p. 27 (ver ainda n. 6, p. 36-38).

deveria ser sempre aplicado o rito comum ordinário. Mas outros afirmariam que seria possível aplicar o rito comum sumário, e não o ordinário, quando o valor da causa ou a matéria permitisse. Também haveriam vozes defendendo a aplicação do rito do Juizado Especial Cível, por opção do autor, nas mesmas situações em que isso é possível perante o Poder Judiciário estatal. Outros também afirmariam que, dependendo da matéria, deveriam ser utilizados os ritos especiais do CPC: por exemplo, através da “ação de reintegração de posse por meio de arbitragem” e a “ação de consignação de pagamento perante juízo arbitral”, que seriam alguns dos belos e pomposos nomes sugeridos! Isso tudo sem prejuízo de aplicar os ritos da legislação processual extravagante na arbitragem: a jóia da coroa seria o “mandado de segurança arbitral”, que poderia ser impetrado quando o demandado fosse ente público, mas desde que respeitado o prazo decadencial de 120 dias, e desde que tal pretensão fosse baseada em direito líquido e certo. A arbitragem seria um espelho do processo judicial!

Mas não é só. Também haveriam vozes defendendo o contrário de tudo que foi explicado nesta tese. Não haveria a flexibilidade procedimental que caracteriza a arbitragem (no máximo haveria a mesma flexibilidade dos procedimentos estatais). Os prazos teriam que ser obrigatoriamente os do CPC? A prova teria que ser produzida como previsto no CPC? Seriam assim importados para dentro da arbitragem grande parte (senão a maioria) das discussões processuais existentes nos procedimentos judiciais estatais. E aumentaria enormemente a quantidade de alegações de nulidade da sentença arbitral, por violação ao devido processo legal!

Chega de fantasia! Ou melhor, chega de pesadelo! Já existem problemas suficientes para serem enfrentados, não precisamos criar outros imaginários.

Então, após ler o acima explicado, o leitor talvez tenha se convencido de que o princípio do devido processo legal não se aplica na arbitragem. Ocorre que o princípio do devido processo legal se aplica sim na arbitragem. Mas não naquela terrível forma imaginária antes conjecturada.

Como adiantado no item anterior desta tese, a verdadeira idéia – ou melhor, o que é importante na idéia – do devido processo legal não é seguir os ritos e formas procedimentais previstos em lei. O princípio do devido processo legal não se restringe à obrigação de seguir o formalismo, o ritualismo da lei processual (o que é muito pouco, e ao mesmo tempo uma garantia relativa). O devido processo legal é um princípio síntese, uma cláusula de fechamento, uma regra de encerramento, que congrega, resume, condensa em si, todos os demais princípios e garantias; esses sim constituem o âmago do devido

processo legal. Ou seja, o princípio do devido processo legal tem como aspectos (conseqüências, facetas etc.) a inafastabilidade, o contraditório e ampla defesa, a imparcialidade, a igualdade, a motivação, a celeridade etc.⁴²³ Como dizer que o princípio do devido processo legal não se aplicaria na arbitragem, se todos esses seus aspectos se aplicam?

Assim, feita a ressalva de que o princípio do devido processo legal não acarreta a aplicação dos ritos e regras do CPC na arbitragem, e nem que prejudica flexibilidade do procedimento arbitral, pode-se concluir pela incidência de tal princípio nos procedimentos arbitrais. **Na arbitragem, o devido processo legal é** o procedimento, criado ou adaptado, que efetivamente respeita e aplica as garantias mínimas (balizas, limites) decorrentes: (a) dos bons costumes e da ordem pública; (b) dos princípios do contraditório e da ampla defesa, da igualdade, da imparcialidade, do livre convencimento motivado; (c) das regras cogentes da Lei de Arbitragem; e (d) dos princípios processuais constitucionais da inafastabilidade, da motivação, e da celeridade; todos esses temperados e adaptados às peculiaridades da arbitragem, conforme explicado nos capítulos 9 a 12 desta tese.

O devido processo legal é importante regra que influencia (é aplicado no) sistema processual estatal, e também pode ser útil na arbitragem, desde que não se entenda – como no “pesadelo” antes descrito – que ela obriga a utilização dos ritos, formas e regras da legislação processual estatal. Serve ele, na arbitragem, também como regra de encerramento, como um guia, como um farol. E não como um caminho rígido pré determinado.

Há quem entenda⁴²⁴ que o princípio do devido processo legal somente ocorreria na fase arbitral propriamente dita. Tal afirmação não está correta. As regras procedimentais podem ser criadas e/ou adaptadas tanto na fase pré-arbitral quanto na fase arbitral propriamente dita. Ora, todas as regras arbitrais devem respeitar aquele conjunto de garantias mínimas (limites, balizas) que compõe o devido processo legal. Assim, é necessário observar e respeitar o princípio do devido processo legal desde o momento em que cada norma procedimental é criada e/ou adaptada, o que, como dito, pode acontecer – e geralmente ocorre – na fase pré-arbitral (antes do árbitro aceitar o seu encargo).

⁴²³ Em sentido substancialmente similar, alguns autores mencionam que devido processo legal na arbitragem é consubstanciado pelos princípios do contraditório, da igualdade, e do livre convencimento motivado: MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 4.1.7, p. 71; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 1, p. 382-383.

⁴²⁴ RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 2.1, p. 389.

Por fim, também há, na doutrina estrangeira, vozes em favor da idéia de que a arbitragem deve seguir os preceitos do devido processo legal,⁴²⁵ apesar de que o efetivo conteúdo dessa cláusula depende muito do sistema jurídico de cada nação.

⁴²⁵ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1257, p. 688-689 (tratando da fase intrutória); BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., p. 50 ss; RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 360; NICOLÁS GAMBOA-MORALES, Notes on collection, cit., n. 2, p. 149 (cujas observações, contudo, são mais relacionadas com a igualdade e a paridade de armas); LAWRENCE S. SCHANER e JOHN R. SCHLEPPENBACH, *Due process*, cit., p. 180.

4ª PARTE. AS DIVERSAS POSSIBILIDADES DE CRIAÇÃO E ADAPTAÇÃO DE REGRAS PROCEDIMENTAIS ESPECÍFICAS.

13) OBSERVAÇÕES INICIAIS.

13.1) A flexibilidade de regras procedimentais específicas.

Nos capítulos 6 e 7 desta tese explicou-se que as partes e o árbitro podem escolher as regras procedimentais que sejam mais adequadas para reger a arbitragem específica em curso. Mais ainda, existe também a possibilidade de modificar-se as regras de uma arbitragem já em curso.

Nos capítulos seguintes desta tese são examinadas algumas das possibilidades específicas de flexibilidade do procedimento, ou melhor, de escolha de regras procedimentais específicas, a serem levadas em conta pelas partes e pelo árbitro. Obviamente, os pontos adiante examinados não são exaustivos, mas representam importantes questões que devem ser decididas pelas partes e pelo árbitro.

Assim, analisarei, nos capítulos seguintes desta tese, 7 (sete) grandes “temas” relacionados com a flexibilidade do procedimento:

(i) a flexibilidade das regras que disciplinam a provocação para instituir-se a arbitragem (capítulo 14 infra);

(ii) a flexibilidade de escolha de regras procedimentais diversas, em especial relacionadas com o previsto nos arts. 10 e 11 da Lei de Arbitragem (capítulo 15 infra);

(iii) a flexibilidade das regras sobre a apresentação das razões pelas partes (capítulo 16 infra);

(iv) a flexibilidade procedimental e a estabilização da demanda (capítulo 17 infra);

(v) a flexibilidade do procedimento arbitral na fase instrutória (capítulo 18 infra);

(vi) a ligação entre a flexibilidade do procedimento arbitral e a concessão de medidas urgentes na arbitragem (capítulo 19 infra); e

(vii) a possibilidade, ou não, de autorizar o árbitro a proferir sentença arbitral parcial (capítulo 20 infra).

13.2) As regras procedimentais começam a ser escolhidas antes mesmo de surgir o litígio.

No capítulo 6 foram explicados diversos aspectos subjetivos e objetivos da criação das regras procedimentais em cada arbitragem. Foram assim examinadas as “fontes subjetivas”, que são as pessoas com poderes para fixar regras procedimentais, e ainda as “fontes objetivas”, que são os locais, os tipos de documentos nos quais as regras procedimentais podem ser criadas. Entre as fontes subjetivas, as partes têm destaque. Já entre as fontes objetivas, o destaque é para a convenção de arbitragem.

Assim, muitas vezes as regras procedimentais que se aplicam numa arbitragem são escolhidas (criadas) pelas partes bem **antes de surgir o litígio**. Isso se dá, basicamente, quando as partes estipulam regras com conteúdo procedimental na cláusula compromissória. Então, apesar de ainda não existir o litígio, as partes já fixaram, ao menos em parte, as regras procedimentais. Um dos métodos mais comuns de assim proceder é mediante a determinação de que a arbitragem será administrada por determinado órgão institucional arbitral e/ou seguindo-se o determinado regulamento arbitral (geralmente o do órgão).

E essas escolhas, feitas antes mesmo de surgir um litígio, talvez vinculem as partes até o final da arbitragem, em especial se elas não estiverem de acordo em mudar alguma regra procedimental.

Por isso, quando se negocia o teor de uma cláusula compromissória, é importante ter em mente a lista de opções de regras elaborada no item 6.10 supra (o cardápio). Mas não basta conhecer a lista, é necessário entender o que significa cada possível regra escolhida, e ainda o que pode acontecer em caso de omissão das partes em estipular regra sobre determinado tema. Várias dessas questões específicas são tratadas nos capítulos seguintes desta tese.

13.3) Importância das partes conhecerem as “regras do jogo”. A realização de “audiência preliminar” ou de “reuniões de trabalho”.

No capítulo 6 supra apontou-se que as partes podem criar as regras do procedimento arbitral, sendo que, na falta de estipulação por elas, o árbitro está autorizado a disciplinar o procedimento.

Ocorre que flexibilidade procedimental não pode – a pretexto de valorizar a informalidade e/ou a celeridade e/ou qualquer outro conceito – significar surpresa para as partes. Elas não devem ficar no escuro, sem saber como será o procedimento. Toda vez que couber ao árbitro fixar regras procedimentais, ele deve fazer isso com antecedência⁴²⁶ e, se possível, mediante prévio contato com as partes (advogados) a respeito do tema.

Conforme já realçado, a melhor forma para fixar uma regra procedimental é a consensual, mediante acordo entre partes e árbitro. Uma ferramenta interessante, para atingir esse fim, é a marcação de **reuniões de trabalho**, nas quais o árbitro se reúne com as partes e/ou advogados, somente para planejar e organizar os atos processuais seguintes.⁴²⁷ Nessa reunião não se discute o mérito da arbitragem, mas somente se planeja como o procedimento terá seguimento.

Um exemplo é a realização de reunião de trabalho para organizar a fase probatória, para determinar as regras que a regerão etc. (ver capítulo 18.8 infra). Há quem prefira chamar essas reuniões de **audiências preliminares**, pelo fato de terem certa semelhança com a audiência do art. 331 do CPC.⁴²⁸ Não importa o nome, o que é relevante é, de forma conjunta, estipularem o que ocorrerá em seguida.

Assim, por exemplo, tanto no Regulamento da CMA-CIESP (item 8.1) quanto no da CCBC (item 9.1) está prevista a possibilidade de realização de uma audiência preliminar logo no início da arbitragem. Tal regra, dos dois regulamentos, também prevê que em tal audiência “*Serão as partes esclarecidas a respeito do procedimento, tomando-se as providências necessárias para o regular desenvolvimento da arbitragem.*” Esse trecho destaca a importância das partes saberem, serem informadas, de como o procedimento ocorrerá daí em diante. O objetivo é claro, evitar surpresas para as partes (quanto ao procedimento que será utilizado). Outros regulamentos também prevêem a possibilidade de ser marcado tal tipo de reunião preparatória.⁴²⁹

⁴²⁶ Para ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit. p. 56, “*l'arbitro deve fissare le regole di procedura ab initio.*”

⁴²⁷ Apóia a realização de reunião de trabalho na arbitragem: YVES DERAIS, Some remarks on the management of international arbitration proceedings. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 4, nº 12, jan./mar. 2007, p. 133-135; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 22, jul./set. 2009, n. 10, p. 145.

⁴²⁸ Ao contrário do que muitos advogados pensam, a audiência preliminar do art. 331 do CPC não serve somente para a tentativa de conciliação. Ela também serve (deveria servir) para ser feito o saneamento, e ainda para fixação dos pontos controvertidos e organização da fase instrutória. Na verdade, a culpa não é exclusiva dos advogados, pois muitos magistrados usam a audiência preliminar do art. 331 como se ela fosse uma mera audiência de tentativa de conciliação.

⁴²⁹ Por exemplo: Reg. ICDR (AAA) Art. 16 (2).

E a realização de reunião de trabalho também é recomendada para evitar a prática de atos processuais desnecessários e, com isso, diminuir o custo da arbitragem.⁴³⁰ Veja-se que, para realizar a reunião, o árbitro terá estudado o processo, e, com isso, terá melhor condições de avaliar quais provas serão efetivamente necessárias.

Mas existem situações em que, malgrado o esforço do árbitro, as partes não conseguem acordar a criação de regras procedimentais. Daí, deverá o árbitro criar as regras. Neste tipo de situação o árbitro deve tomar o cuidado de informar as partes a respeito das regras que ele criou o quanto antes.

Em qualquer situação a idéia básica é evitar que as partes sejam surpreendidas, ou que elas fiquem no escuro sem saber quais regras vão reger o procedimento. **As partes precisam saber quais serão as regras do jogo.** Senão um advogado vai aparecer com chuteiras e outro com maio de natação.

E a falta de informação, ou de prévia estipulação das regras procedimentais, pode fazer com que surjam verdadeiras **armadilhas** no procedimento arbitral. Para evitar que essas armadilhas sejam criadas na arbitragem (até de forma não intencional), o melhor remédio é a informação prévia, seja através de uma forma negociação consensual, seja pela prévia comunicação por parte do árbitro.

Em lição escrita tendo em vista os procedimentos judiciais estatais, mas que se aplicam perfeitamente na arbitragem, BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA ensina que “a técnica processual não pode e não deve funcionar como uma armadilha”.⁴³¹ Na mesma linha de raciocínio, explica MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONICIO que “ninguém pode ser surpreendido, no curso do processo, com regras que não estão previstas claramente em lei, especialmente quando essas regras restringem direitos e garantias processuais”.⁴³²

13.4) Cuidados (alertas!) para que a flexibilidade procedimental não seja desvirtuada ou usada como meio procrastinatório.

O enfoque desta tese é dos aspectos positivos da flexibilidade procedimental na arbitragem. Mas não se pode adotar uma postura ingênua e pensar que a flexibilidade seria sempre positiva. A flexibilidade pode esconder grandes armadilhas. Por isso é que, nos

⁴³⁰ YVES DERAIS, A arbitragem internacional: custo, cit., n. 15, p. 182-183.

⁴³¹ O formalismo, cit., n. 1, p. 33.

⁴³² As reformas do CPC e a necessidade de prévio esgotamento da instância para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n° 68, nov. 2008, n. 1, p. 49.

capítulos seguintes desta tese são examinadas questões procedimentais específicas, eis que é fundamental – para não cair em armadilhas! – que se possa ter a correta visualização do que pode acontecer em cada momento do procedimento arbitral.

Ao criarem e/ou adaptarem regras procedimentais, as partes, árbitro, órgão institucional arbitral, e mesmo o juiz estatal (na ação do art. 7º da Lei 9.307/96), são, como já mencionado antes (item 6.10 supra), “aprendizes de feiticeiros”. Como não existe fórmula mágica que funcione em absolutamente todas as situações, as regras procedimentais escolhidas em cada caso concreto podem não ser adequadas.

Por isso o cuidado que todos os participantes devem ter. Até porque a doutrina já vem apontando, há algum tempo, que infelizmente tem sido “importados” para dentro da arbitragem certas práticas de procrastinação oriundas dos litígios judiciais. Esse tipo de atitude, condenado pela doutrina,⁴³³ é, entretanto, quase que inevitável, pois se tiver uma brecha, o advogado irá aproveitá-la, se isso beneficiar o seu cliente. Está ele errado? Quem vai atirar a primeira pedra? Por isso o alerta que, ao construir o procedimento arbitral, não sejam dadas margens para interpretações dúbias, para medidas procrastinatórias, para desvios procedimentais.

O aviso também serve para a condução do procedimento, pois, como bem aponta FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI: “A flexibilização do procedimento arbitral não pode ser confundida, por outro lado, com libertinagem ou promiscuidade procedimental.”⁴³⁴ O mesmo alerta é dado por NICOLÁS GAMBOA-MORALES: “*procedural flexibility does not mean, at all, anarchy thereof, with parties an arbitrators organizing the proceeding according to esoteric rules alien to reality.*”⁴³⁵ E examinando o poder normativo do árbitro, aponta LUIZ OLAVO BAPTISTA que: “o árbitro deverá ter suficiente sagacidade para escolher regras que sejam realmente necessárias para se adaptar à situação, e assim não se deixar levar pela tentativa de chicana ou de transformar o procedimento numa Disneyworld de processualistas.”⁴³⁶

E essas ressalvas não são somente teóricas, mas sim decorrentes de problemas que, infelizmente, já se verificaram em arbitragens no exterior. Explicavam ALAIN GOULENE e JEAN BAPTISTE RACINE, em artigo publicado no Brasil em 1997, que a excessiva liberdade concedida às partes e ao árbitro para estabelecerem as regras procedimentais – em outras

⁴³³ Ver, entre outros: MARISTELA BASSO, Procedimento arbitral, cit., n. 3.1, p. 6-7.

⁴³⁴ *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 151.

⁴³⁵ Notes on collection, cit., n. 1, p. 148.

⁴³⁶ Arbitragem: aspectos práticos, cit., p. 218.

palavras, a flexibilidade procedimental – tornou-se causa de ineficácia da arbitragem.⁴³⁷ Uma dessas causas é que em muitos casos o procedimento arbitral foi montado com base no que ocorre nos procedimentos judiciais, copiando-se o processo estatal, com regra mais formalistas.⁴³⁸ Outra é a duração e custos excessivos em certas arbitragens.⁴³⁹

Apesar de serem questões ligadas à flexibilidade do procedimento arbitral, foge dos objetivos propostos para esta tese fazer investigação profunda sobre esse tema.

Acrescenta-se somente que a comunidade arbitral internacional, além de denunciar o problema, tem já há algum tempo buscado algumas tentativas de solução, ou, ao menos, de contenção ou diminuição da incidência de problemas do gênero na arbitragem. Uma dessas tentativas de “por ordem na casa” é um documento aprovado pela UNCITRAL denominado *UNCITRAL Notes on organizing arbitral proceedings*, que é uma espécie de *check list* de questões que precisam ser resolvidas quando se faz uma arbitragem, principalmente quando ela é *ad hoc*. Outra iniciativa da UNCITRAL, já explicada nesta tese, é o seu regulamento arbitral, denominado *UNCITRAL Arbitration Rules*. E também já se mencionou nesta tese as regras editadas pela *International Bar Association* para regular a fase instrutória (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*).

⁴³⁷ As flutuações, cit., p. 118. Ver também: YVES DERAÏNS, *Some remarks*, cit., p. 133-145; MARISTELA BASSO, *Procedimento arbitral*, cit., n. 4, p. 14 ss.

⁴³⁸ Ver, entre outros: GOULENE-RACINE, *As flutuações*, cit., p. 125 ss; MARISTELA BASSO, *Procedimento arbitral*, cit., n. 4, p. 14 ss; BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., p. 49 ss; CARRIE MENKEL-MEADOW, *Alternative dispute*, cit., p. 20-21; NICOLÁS GAMBOA-MORALES, *Notes on collection*, cit., n. 2, p. 149-150; RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 259-261, e p. 263-264.

⁴³⁹ Ver: YVES DERAÏNS, *A arbitragem internacional: custo*, cit., p. 175 ss. Sobre o tema, MARISTELA BASSO, *Procedimento arbitral*, cit., n. 3.1, p. 8, afirma que quando a arbitragem tem uma fase instrutória demasiadamente longa, sua efetividade pode ficar comprometida.

14) FLEXIBILIDADE DAS REGRAS SOBRE A PROVOCAÇÃO PARA INSTITUIR-SE A ARBITRAGEM.

14.1) O estabelecimento pelas partes das regras sobre a provocação para instituir-se a arbitragem: cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia.

Para provocar a instituição da arbitragem existem dois caminhos previstos na Lei de Arbitragem, dependendo da cláusula arbitral ser cheia ou vazia. Conforme explicado no item 4.4 supra, na cláusula cheia as partes prevêem uma forma de instituir a arbitragem, e na cláusula vazia não estabelecem regra sobre tal tema. Assim, a escolha prévia das partes – elegendo ou não, na cláusula compromissória, o método para instituir-se a arbitragem – vai influenciar a forma como deve ser instituída a arbitragem, ou seja, como começará a fase arbitral propriamente dita.

Portanto, as partes têm ampla liberdade (flexibilidade) na **criação** das regras procedimentais que regulam a instituição da arbitragem. Podem redigir a cláusula compromissória da forma que quiserem, estabelecendo se ela será vazia ou cheia, e se for cheia, qual foi o órgão institucional arbitral e regulamento escolhido(s) para gerenciar a eventual arbitragem.

Também existe ampla liberdade (flexibilidade) conferida às partes para, de comum acordo, decidirem pela modificação (**adaptação**) dessa regra, ou seja, da cláusula compromissória antes fixada.

Já o árbitro não participa nem da criação da norma, nem da sua posterior adaptação, pois tanto criação quanto adaptação ocorrem, nesse tipo de situação, na fase pré-arbitral, antes do árbitro aceitar o seu encargo. Não tem ele qualquer participação ou poder nesta questão.

Assim, o que for acordado pelas partes – na cláusula compromissória original, ou em posterior alteração – vai reger o modo como será instituída a arbitragem, conforme detalhado nos itens seguintes desta tese.

14.2) Arbitragem com cláusula cheia e flexibilidade das regras para instituir-se a arbitragem. Análise do art. 5º da Lei de Arbitragem.

Conforme explicado no item 4.4 supra, se a cláusula arbitral for cheia, então, nos termos do art. 5º da Lei de Arbitragem, a parte que quer dar início arbitragem deverá provocar a sua instituição de acordo com o previsto no regulamento de arbitragem do órgão arbitral institucional eleito pelas partes ou de acordo com o procedimento detalhado na própria cláusula.

A situação mais comum – quando a cláusula é cheia – é a escolha de um órgão institucional arbitral para administrar a arbitragem, aplicando-se o seu regulamento (ou um dos seus regulamentos). É a chamada arbitragem institucional. Essa é a que merece maior atenção.

Se as partes estão de acordo em iniciar a arbitragem, isso pode ser feito mediante a apresentação de uma petição comum. Nesse tipo de situação, de colaboração das partes, não há muito o que explicar, pois elas podem até mesmo proceder de forma diferente do previsto no regulamento que escolheram, em função da flexibilidade procedimental. O que desperta mais problemas, dúvidas, brigas, é quando uma das partes não quer colaborar, ou quando, apesar delas estarem de acordo em realizar a arbitragem, tem divergências quanto a algumas regras que devem ser aplicadas no procedimento arbitral.

Apesar de cada regulamento arbitral ter regras específicas sobre instauração da arbitragem, é possível fazer uma explicação genérica de como isso pode ocorrer. Antes, porém, uma questão terminológica: para facilitar o raciocínio, será usado o termo “demandante” para mencionar a parte que apresentou o pedido de instauração da arbitragem, e termo “demandado”, para indicar a parte contra a qual foi apresentado tal pedido. Isso não significa que o “demandante” é que tem pretensão de direito material contra o “demandado” (geralmente é o que ocorre, mas pode perfeitamente ser o contrário), tais termos são usados neste item somente para identificar quem pediu a realização da arbitragem institucional e quem está no outro pólo.

Assim, geralmente a provocação para instituir-se a arbitragem ocorre mediante o envio, pelo “demandante”, de uma petição (ofício, comunicação, carta) ao órgão institucional arbitral, informando a existência da convenção arbitral, o surgimento da controvérsia, e pedindo que tal órgão institua (inicie) a arbitragem, em especial comunicando o “demandado” da sua intenção. Essa petição deve ser feita de acordo com o

previsto no regulamento arbitral escolhido pelas partes, ou seja, o conteúdo da petição deverá preencher os requisitos eventualmente previstos em tal regulamento.⁴⁴⁰ Por exemplo: (i) indicando ou não, desde logo, um árbitro, e/ou informando se querem que a arbitragem seja com árbitro único, ou com 3 ou mais árbitros; (ii) indicando a língua e local da arbitragem; (iii) fazendo um resumo das questões, expondo a pretensão, dando valor ao litígio.

Aqui cabe uma distinção. Existem regulamentos⁴⁴¹ que estabelecem que o “demandante” já deve indicar, nessa sua primeira petição, um árbitro. Assim, quando o “demandado” é intimado (pelo órgão institucional arbitral) de que foi solicitada a instituição da arbitragem, ele será informado do nome do árbitro indicado pelo “demandante”. Nessa mesma intimação é concedida ao “demandado” prazo para que indique outro árbitro. E geralmente os dois árbitros indicados pelas partes escolhem o terceiro árbitro, que será o presidente do colegiado. Uma variante desse sistema é a não indicação do árbitro pelas partes na suas primeiras petições, sendo posteriormente concedido prazo para o “demandante” indicar árbitro, seguido de novo prazo para o “demandado” indicar árbitro.⁴⁴² Nesses dois sistemas o “demandado” sempre sabe qual foi o árbitro previamente indicado pelo “demandante”, o que, em certa medida, é uma vantagem, mesmo que relativa, para o “demandado”.

Outro sistema⁴⁴³ um pouco diferente prevê que o “demandante” não indica, na sua primeira petição, o nome de um árbitro. O órgão institucional arbitral recebe a petição, e, ao mesmo tempo, intima o “demandado”, convidando-o a indicar árbitro, e também envia outra intimação ao “demandante”, abrindo-lhe prazo para indicar árbitro. Assim, as partes indicam árbitro sem saber qual foi o apontado pela parte contrária. Isso pode levar à indicação do mesmo árbitro pelas duas partes e a eventual decisão de realização de arbitragem com árbitro único. E se cada parte indicou um árbitro diferente, daí esses dois árbitros é que escolhem o terceiro árbitro, que será o presidente do colegiado. Uma variante desse sistema é a não indicação do árbitro pelas partes na suas primeiras petições, sendo posteriormente concedido prazo comum para “demandante” e “demandado”

⁴⁴⁰ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.1; Reg. CCBC 5.1; Reg. CAMARB 2.1; Reg. FGV Art. 35; Reg. AMCHAM SP 2.1 e 2.2; Reg. CCI Art. 4º; Reg. ICDR (AAA) Art. 1; Reg. LCIA Art. 1.

⁴⁴¹ Por exemplo: Reg. FGV Art. 35, (d), e 37.

⁴⁴² Por exemplo: Reg. CCI Art. 8º (2).

⁴⁴³ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.1 e 2.2; Reg. CCBC 5.1 e 5.2; Reg. AMCHAM SP 2.1 e 6.1.

indicarem, separadamente, um árbitro.⁴⁴⁴ Nessa sistemática as partes continuam indicando árbitro sem saber qual foi a indicação da parte contrária.

Independentemente de qual foi o sistema usado, quando o “demandado” responde essa provocação inicial, ele pode, além de indicar o árbitro, fazer todas as observações que quiser. Há regulamentos que nada – ou quase nada – mencionam sobre o conteúdo dessa resposta,⁴⁴⁵ e outros que listam os temas que o “demandado” deve se manifestar.⁴⁴⁶

E como em tese existe a possibilidade do “demandado” se recusar a colaborar na instituição da arbitragem (por exemplo não indicando árbitro) e/ou a participar do procedimento arbitral (permanecendo omissos),⁴⁴⁷ os regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais costumam ter regras destinadas a permitir que a arbitragem seja instituída e tenha prosseguimento mesmo sem a colaboração de uma das partes. São vários os exemplos de possíveis problemas – decorrentes da omissão de uma parte – que são solucionados nos diversos regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais. Os exemplos mais comuns são os seguintes:

(a) O “demandado” pode ter feito, na sua manifestação inicial, alegação contra a própria realização da arbitragem, por exemplo a falta de convenção arbitral, ou que o órgão institucional não foi o escolhido, ou que o litígio foge dos limites da convenção arbitral existente etc. Há regulamentos arbitrais que prevêm expressamente que o órgão institucional arbitral tem poderes para fazer um exame *prima facie* de tais alegações, podendo até mesmo encerrar a arbitragem se concordar com o “demandado”, ou aceitar que a arbitragem seja realizada, sem prejuízo de tais alegações serem apreciadas pelo árbitro.⁴⁴⁸

(b) Uma divergência que pode surgir logo no início da arbitragem é a relacionada com a quantidade de árbitros, se o litígio será dirimido por árbitro único ou três

⁴⁴⁴ Por exemplo: Reg. CAMARB 2.3.

⁴⁴⁵ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.2; Reg. CCBC 5.2; Reg. CAMARB 2.2; Reg. FGV Art. 36.

⁴⁴⁶ Por exemplo: Reg. CCI Art. 5º; Reg. LCIA Art. 2.

⁴⁴⁷ Ver item 10.2.4 desta tese, que discute um pouco o conceito de revelia na arbitragem.

⁴⁴⁸ Neste sentido, o previsto no Regulamento da CCI: “Artigo 6º Efeitos da convenção de arbitragem. (2) Se o Requerido não apresentar a sua defesa, de acordo com o estabelecido no artigo 5º, ou se uma das partes formular uma ou mais exceções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem, a Corte poderá decidir, sem prejuízo da admissibilidade da exceção ou das exceções, que a arbitragem poderá prosseguir se estiver convencida, *prima facie*, da possível existência de uma convenção de arbitragem conforme o Regulamento. Neste caso, qualquer decisão quanto à jurisdição do Tribunal Arbitral deverá ser tomada pelo próprio tribunal. Se a Corte não estiver convencida dessa possível existência, as partes serão notificadas de que a arbitragem não poderá prosseguir. Neste caso, as partes conservam o direito de solicitar uma decisão de qualquer tribunal competente sobre a existência ou não de uma convenção de arbitragem que as obrigue.” Esse também parece ser o estabelecido no Regulamento da FGV (Art. 5º (c), e Art. 36), contudo, de forma não tão clara e explícita como feito na CCI.

árbitros (ou mesmo mais, em quantidade ímpar). Não estando tal questão regulada na convenção arbitral ou em outro documento firmado pelas partes, e não tendo essas chegado a um acordo sobre o tema, então a solução existente nos regulamentos arbitrais é que caberá ao órgão institucional arbitral escolher quantos árbitros vão atuar em tal arbitragem.⁴⁴⁹

(c) Para solucionar eventual impasse decorrente da **falta de indicação do árbitro** por qualquer uma das partes, é bem comum prever-se, nos regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais, que na falta de indicação do árbitro, caberá ao órgão institucional arbitral indicá-lo.⁴⁵⁰ Também é comum prever-se que, se os dois árbitros indicados pelas partes não conseguirem chegar a um acordo para **indicar o terceiro árbitro**, então esse será escolhido pelo órgão institucional arbitral.⁴⁵¹ Aliás, há regulamentos que prevêm que a indicação do terceiro árbitro é sempre feita pelo órgão institucional arbitral, salvo estipulação em contrário pelas partes.⁴⁵² Outra situação é quando as partes resolvem utilizar **árbitro único**, mas não conseguem indicá-lo, cabendo ao órgão institucional arbitral proceder a tal indicação.⁴⁵³ E regras similares a essas também costumam existir para resolver eventual questão relacionada com a **substituição de árbitro**, decorrente de falecimento, renúncia, impugnação de uma das partes etc.⁴⁵⁴

(d) Outro tipo de situação que pode gerar conflitos é quando no pólo “demandante” e/ou no pólo “demandado” existam **múltiplas partes**. São basicamente dois problemas, todos relacionados com a indicação de árbitro.

Primeiro, quantos árbitros as diversas partes de cada pólo podem indicar? A solução de vários regulamentos é que eles somente têm direito a indicar um árbitro, devendo tal indicação ser feita de forma conjunta, pro todos que estão em tal pólo da arbitragem.⁴⁵⁵

Segundo, se falharem na indicação conjunta do árbitro, então o que ocorre? Uma solução aplicada neste caso é o órgão institucional arbitral indicar todos os três árbitros, ou seja, ela indica árbitro inclusive no lugar do pólo que tiver conseguido fazer a

⁴⁴⁹ Por exemplo: Reg. FGV Art. 30; Reg. CC Art. 8º (2); Reg. ICDR (AAA) Art. 5.

⁴⁵⁰ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.5; Reg. CCBC 5.5; Reg. CAMARB 2.8; Reg. FGV Art. 29, Parágrafo único; Reg. AMCHAM SP 6.8; Reg. CCI Artigo 8º (4); Reg. ICDR (AAA) Art. 6.

⁴⁵¹ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.5 e 2.8; Reg. CCBC 5.5; Reg. CAMARB 2.3; Reg. AMCHAM SP 6.9.

⁴⁵² Por exemplo: Reg. FGV Art. 29; Reg. CCI: Artigo 8º (4).

⁴⁵³ Por exemplo: Reg. CCBC 5.6; Reg. FGV Art. 28; Reg. AMCHAM SP 6.7 e 6.8; Reg. CCI Art. 8º (3).

⁴⁵⁴ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 5.4 e 5.5; Reg. CAMARB 3.6; Reg. FGV Art. 33; Reg. AMCHAM SP 6.3.

⁴⁵⁵ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.8; Reg. AMCHAM SP 6.10; Reg. CCI Art. 10 (1).

indicação;⁴⁵⁶ esse tipo de regra existe para evitar tentativas de manipulação e/ou de vantagens na composição do colegiado arbitral, decorrentes da inserção, no pólo “demandado”, de pessoa que na verdade deveria estar no pólo “demandante” (e que, estando do outro lado, vai atrapalhar a indicação do árbitro pelo outro grupo); quando assim estabelecido, a conclusão é que, nas arbitragens multi-partes, somente se aceita a indicação feita por um pólo, se o outro pólo também tiver feito a indicação, sendo que se um lado falhar nesta tarefa, caberá ao órgão institucional arbitral proceder à indicação de todos os três árbitros, ou mesmo de árbitro único (o que, numa arbitragem multi-partes complexa, não é recomendável). Mas existe outro tipo de sistema (solução), que é a nomeação, pelo órgão institucional arbitral, somente do árbitro não indicado pelo lado que falhou em fazer a indicação;⁴⁵⁷ nesse sistema, a indicação do outro lado permanece válida, o órgão institucional somente indica o árbitro que faltou, e/ou o terceiro árbitro, se isso for necessário (se os dois primeiros indicados não conseguirem escolher o terceiro).

(e) Outro exemplo de dispositivo presente em regulamento arbitral, destinado a fazer com que a arbitragem continue apesar da resistência e/ou falta de colaboração de uma das partes, é a previsão de que, na **falta de pagamento das despesas** por uma das partes, a outra parte poderá suprir essa falta, tendo o direito de cobrar o valor a final, se for o vencedor da arbitragem.

(f) Vários regulamentos prevêem que, no início da arbitragem, as partes e o árbitro devem elaborar e assinar um documento, denominado de “**termo de arbitragem**”, ou “**termos de referência**”, ou “**ata de missão**”. Assim, para evitar que a **falta de assinatura** desse documento por uma das partes paralise a arbitragem, os regulamentos também costumam prever que apesar desse documento precisar ser elaborado, a arbitragem deverá ter normal prosseguimento se uma das partes se recusar a firmá-lo.⁴⁵⁸

(g) Também é comum prever-se, nos regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais, que **a revelia de uma das partes não impede o prosseguimento da arbitragem**.⁴⁵⁹ Regra similar está § 3º do art. 22 da Lei de Arbitragem.⁴⁶⁰

Veja-se assim que tais tipos de regras, comum nos regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais, visam **proteger a arbitragem institucional**, visam permitir que ela

⁴⁵⁶ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP 6.10; Reg. CCI Art. 10 (2).

⁴⁵⁷ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.8.

⁴⁵⁸ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 3.2; Reg. CCBC 5.9; Reg. AMCHAM SP 8.2; Reg. CCI Art. 18 (3).

⁴⁵⁹ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 8.9; Reg. CCBC 9.10; Reg. CAMARB 2.9 (ii); FGV Art. 38, § 3º; Reg. AMCHAM SP 9.8; Reg. CCI Art. 6º (3); Reg. ICDR (AAA) Art. 23.

⁴⁶⁰ Lei 9.307/96: “Art. 22. (...) § 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.”

tenha curso mesmo sem a colaboração de uma das partes. No fundo o que se busca é evitar que uma das partes tenha que recorrer ao Poder Judiciário para forçar a outra parte a participar da arbitragem. E a existência dessas regras também funciona como **desestímulo tanto a comportamentos procrastinatórios quanto à omissão da parte**, já que a arbitragem continuará a sua marcha mesmo sem a colaboração de uma das partes. Ora, se o “demandado” já sabe de antemão que a arbitragem terá prosseguimento mesmo se ele ficar inerte, então parece ser mais lógico que ele participe, indique árbitro, atue na elaboração do “Termo de Arbitragem” etc., pois se ficar inerte, esses seus atos serão “praticados” por outros.

De qualquer forma, existindo ou não a colaboração inicial da parte demandada, nada impede que, posteriormente, as partes estejam de acordo quanto a criação ou a adaptação de regras procedimentais específicas. E ainda, se não existir esse acordo entre as partes, cabe ao árbitro então exercer o seu poder normativo supletivo, tanto para criar quanto para modificar as regras procedimentais.

Em suma, as partes, ao provocar a instituição da arbitragem na forma do art. 5º da Lei 9.307/96, e ao responder a tal forma de provocação, têm ampla disponibilidade para criarem as regras que regerão o procedimento arbitral. Podem mesmo, como antes ventilado, modificar regras previstas na convenção arbitral ou no regulamento da instituição arbitral, ou até mesmo trocar o órgão institucional que conduzirá a arbitragem. Elas têm assim ampla flexibilidade para a criação e para a adaptação das regras procedimentais.

E a flexibilidade do procedimento arbitral não fica prejudicada pela recusa de uma das partes em participar da arbitragem, pois na falta de acordo entre as partes, deve o árbitro exercer o seu poder normativo supletivo para criar (escolher) e adaptar (modificar) as regras procedimentais que sejam necessárias para o bom andamento da arbitragem.

14.3) Arbitragem com cláusula vazia e flexibilidade das regras para instituir-se a arbitragem. Observações em torno do art. 6º da Lei de Arbitragem.

No item 4.4 supra explicou-se que se a cláusula compromissória for vazia, então, para provocar a realização da arbitragem, a parte interessada deve realizar a notificação prevista no art. 6º da Lei de Arbitragem, e em caso de inércia da outra parte (ou se elas não conseguiram fixar de comum acordo o conteúdo do compromisso arbitral), propor a ação

do art. 7º da mesma lei. Foge aos objetivos desta tese explicar em detalhes como realizar a notificação em questão.⁴⁶¹

Mas é interessante mencionar que se a parte “demandada” atende a notificação do art. 6º, e inicia, com a outra parte, negociação sobre como realizar a arbitragem, então passa a ser ampla a possibilidade delas, de comum acordo, escolherem (criarem) as regras do procedimento arbitral. Nessa hipótese, a flexibilidade da vertente da **criação** da norma procedimental é quase total, pois depende somente do acordo de vontades (e dos limites tratados nos capítulos 8 a 12 supra). Podem os litigantes até mesmo determinar que a arbitragem será realizada perante e/ou aplicando-se o regulamento de um órgão arbitral institucional. Ou seja, o fato das partes não terem eleito um órgão institucional arbitral na cláusula compromissória não as impede de, surgido o litígio, escolherem determinada instituição.

De outro lado, na hipótese de recusa da parte “demandada” em participar voluntariamente da arbitragem, ou no caso da negociação entre elas fracassar, o caminho procedimental é o previsto nos arts. 6º e 7º da Lei da Arbitragem. Ainda assim existe margem para alguma flexibilidade procedimental.

Por exemplo, **o fato da parte não fazer a notificação do art. 6º não a impede de propor a ação do art. 7º**. Não creio que a notificação do art. 6º seja requisito prévio imprescindível à propositura da ação do art. 7º. Não se pode falar em ausência de interesse em agir pela falta de notificação. Se a outra parte tem interesse em fazer a arbitragem, ela pode apresentar essa informação na demanda judicial do art. 7º, o que pode levar a um acordo (alcançando-se o resultado pretendido pelo legislador ao criar o procedimento do art. 7º, que é a instauração da arbitragem). Mas se a outra parte efetivamente recusa-se a realizar a arbitragem, e informa esse fato no processo judicial do art. 7º, fica patente que a notificação de nada teria adiantado.

Todavia, a doutrina majoritária tem posição contrária a acima exposta, entendendo que a notificação do artigo 6º é requisito para a propositura da ação do art. 7º, e que sem tal notificação faltaria interesse de agir ao autor da ação de instituição da arbitragem.⁴⁶² Há também posição intermediária, no sentido de que o autor da ação do art. 7º tem que provar que o demandado recusou-se a participar da arbitragem, sendo que essa prova pode ser

⁴⁶¹ Sobre o tema, ver, entre outros: PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos, cit., n. 21-23, p. 135.

⁴⁶² CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 143-144; ARRUDA ALVIM, Exegese dos, cit., p. 169 ss; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 64; CELSO BARBI FILHO, Cumprimento judicial, cit., n. 4, p. 80.

feita de qualquer modo, não precisaria ser necessariamente através da notificação prevista no art. 6º da Lei de Arbitragem.⁴⁶³

14.4) Arbitragem com cláusula vazia e flexibilidade das regras para instituir-se a arbitragem (cont). Observações em torno do art. 7º da Lei de Arbitragem.

No item 4.4 supra explicou-se que se a cláusula compromissória for vazia, então, para provocar a realização da arbitragem, deve-se realizar a notificação prevista no art. 6º da Lei 9.307/96, e se isso não resultar na assinatura do compromisso arbitral, então será necessário propor a ação do art. 7º da mesma lei.

Foge do objetivo desta tese examinar em detalhes a ação do art. 7º da Lei de Arbitragem. Mas existem aspectos de tal demanda, relacionada com a flexibilidade procedimental – dessa mesma demanda e também do futuro procedimento arbitral – que merecem ser explicados. São questões relativas à forma como o Juiz pode resolver a demanda do art. 7º. Os §§s 3º e 4º do art. 7º assim determinam:

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de 10 (dez) dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

Uma análise superficial desses dispositivos poderia levar o intérprete a afirmar que, havendo controvérsia entre as partes, o juiz deve fixar os termos do compromisso, regular todo o procedimento, e ainda nomear o árbitro. Na verdade, o juiz até pode fazer tudo isso, mas existem também outras alternativas, decorrentes do próprio texto dos dispositivos transcritos, que concedem ao magistrado bastante flexibilidade quanto a esta matéria.

O § 3º prevê que, na ausência de acordo entre as partes, o juiz decidirá sobre os termos do compromisso. Quanto ao conteúdo do compromisso (fixado por sentença), o § 3º do art. 7º somente exige que magistrado observe os requisitos obrigatórios do art. 10 da Lei de Arbitragem (além dos princípios processuais do § 2º do art. 21 da mesma lei). Ocorre que o § 3º do art. 7º disse menos do que deveria, pois ao fixar o conteúdo do compromisso, o juiz estatal também deve levar em conta eventuais regras cogentes aplicáveis ao caso

⁴⁶³ PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 120.

concreto. De qualquer modo, somente as questões que estão regulados no art. 10 da Lei 9.307/96 e que sejam decorrentes de norma cogente é que precisam ser reguladas / observadas pelo juiz ao fixar os termos do compromisso arbitral. Todos os outros temas não precisam constar da sentença que julga a ação do art. 7º. Isso significa que a sentença proferida na ação do art. 7º (e que vale como compromisso, nos termos do § 7º do mesmo art. 7º) pode disciplinar o procedimento arbitral de forma bem sucinta, superficial, sem prever regras procedimentais detalhadas, que serão assim fixadas pelo árbitro.

Já o § 4º estabelece que cabe ao juiz “*estatuir a respeito*” da nomeação dos árbitros, “*podendo nomear árbitro único*”. Ou seja, essa norma não determina que, havendo controvérsia, o magistrado deverá obrigatoriamente nomear o(s) árbitro(s);⁴⁶⁴ a nomeação do árbitro, para o caso específico, pode ser de outras formas, abaixo mencionadas. Esse § 4 também não impõe a nomeação de árbitro único,⁴⁶⁵ o que significa que o magistrado pode nomear mais de um árbitro. Bem aponta PEDRO A. BATISTA MARTINS, que, sendo a situação de mérito da arbitragem complexa, o magistrado (que deve decidir a ação do art. 7º) deve nomear mais do que um árbitro, mesmo se tiver ocorrido revelia.⁴⁶⁶

Os parágrafos do art. 7º concedem diversas alternativas ao juiz estatal. Em tese, o magistrado pode disciplinar todo o procedimento arbitral: ele pode **criar** as regras inexistentes, e pode até mesmo **adaptar** (modificar) algumas regras já previstas pelas partes no compromisso arbitral. Mas será que ele deve fazer tudo isso de forma detalhada, disciplinando diversas regras procedimentais? Deve o magistrado estabelecer um compromisso arbitral bem robusto (gordo), com várias regras procedimentais do “cardápio” explicado no item 6.10 supra?

Acredito que não.⁴⁶⁷ Para demonstrar meu raciocínio, examino, abaixo, algumas alternativas de soluções que um juiz estatal pode aplicar em cada caso concreto.

Assim, entre outras alternativas, o magistrado pode estabelecer que, não estando as partes de acordo, então a arbitragem deverá se processar perante o órgão institucional

⁴⁶⁴ Aparentemente contra, dizendo que a sentença que não nomeia o árbitro é omissa: ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1871, p. 171. Na verdade, é omissa a sentença que não nomeia o árbitro e também não prevê como ele será nomeado. Não é omissa a sentença que, em vez de nomear diretamente o árbitro, delega tal função para um órgão institucional arbitral, ou para os árbitros escolhidos pelas partes.

⁴⁶⁵ Contra, entendendo que o juiz deve nomear árbitro único: ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1871, p. 171.

⁴⁶⁶ *Apontamentos*, cit., p. 121-122.

⁴⁶⁷ Também concorda que, ao fixar o conteúdo do compromisso arbitral, o juiz estatal não deve disciplinar de forma detalhada o procedimento arbitral: EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES, *Breves considerações*, cit., p. 219 ss; LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 73 e 158-160.

arbitral X e seguindo-se o previsto no seu regulamento,⁴⁶⁸ que será aplicável para a escolha dos árbitros e para as regras de procedimento. O juiz também pode delegar para um órgão institucional arbitral a escolha do árbitro.⁴⁶⁹ Esse poder do juiz – de assim proceder – é decorrente do fato de que, na ausência de acordo entre as partes, deve ele estabelecer as regras do compromisso arbitral. E o inciso II do art. 10 da Lei 9,307/96 permite que, no compromisso arbitral, em vez de constar o nome dos árbitros, conste o nome do órgão institucional arbitral responsável pela sua indicação.

Desse modo, pode então o magistrado estabelecer, no compromisso, que a arbitragem será realizada no órgão institucional X, sendo regida pelo regulamento de tal entidade, que será inclusive aplicado para realizar a escolha – pelas partes e/ou pelo próprio órgão institucional arbitral – do(s) árbitro(s). Aliás, essa sistemática também tem a vantagem de transformar uma arbitragem *ad hoc* em arbitragem institucional.

Outra alternativa é o magistrado conceder prazo para as partes indicarem seus árbitros, deixando claro que, na falta de indicação de qualquer das partes, a indicação será feita pelo juízo. E, assim, indicados dois árbitros (um por cada parte, pessoalmente ou pelo juízo), caberia a esses dois árbitros escolher o terceiro árbitro. E, posteriormente, estabelecidos quem serão os três árbitros, caberá a esses escolher uma instituição arbitral para administrar a arbitragem e/ou um regulamento a ser aplicado, ou mesmo estabelecer que a arbitragem será *ad hoc*. Tudo isso seria previamente previsto pelo magistrado na sentença ou em decisão interlocutória.

O ponto comum das duas alternativas acima explicadas é **evitar que o magistrado tenha que decidir detalhes excessivos sobre o procedimento arbitral**. Quanto mais temas forem objeto de decisão judicial (de criação ou de adaptação realizada pelo magistrado), mais rígido poderá ser considerado o procedimento arbitral, e será bem mais difícil que o árbitro e/ou as partes resolvam modificar, adaptar, flexibilizar alguma regra que tenha sido expressamente estabelecida pelo magistrado na ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, até por medo de causarem qualquer nulidade (apesar de que árbitro e partes podem sim fazer adaptações ao procedimento, conforme explicado no item seguinte desta tese).

Existe, contudo, autores que entendem o contrário do ora defendido, afirmando que é melhor que o magistrado estatal já preveja, na sentença que decide a ação do art. 7º, todas

⁴⁶⁸ PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 121.

⁴⁶⁹ PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 121.

as questões previstas nos arts. 10 e 11 da Lei de Arbitragem.⁴⁷⁰ O argumento dessa corrente é que a prévia fixação das regras pelo juiz evitará discussões futuras sobre as questões procedimentais. Para quem acredita que rigidez procedimental é uma garantia para as partes, para quem acha que a regra procedimental fixada pelo juiz sempre será a melhor para o caso concreto, então o argumento convence. Mas para quem prefere um procedimento mais flexível, é melhor evitar a excessiva regulamentação procedimental na sentença da ação do art. 7º.

Em conclusão, ao contrário do que pode parecer, os parágrafos do art. 7º da Lei de Arbitragem são um corpo de regras extremamente flexíveis, que oferecem ao juiz estatal várias alternativas procedimentais diversas. Ou seja, até mesmo quando a arbitragem é instituída em decorrência da ação do art. 7º, existe ampla possibilidade de **criação** e de **adaptação** da regra procedimental.

E mesmo a regra procedimental criada pelo magistrado na sentença que julga a ação do art. 7º pode, em certas circunstâncias, ser posteriormente adaptada. É o que se explica a seguir.

14.5) Instituição da arbitragem em decorrência da ação do art. 7º da Lei de Arbitragem e a posterior possibilidade de adaptação do procedimento.

Ao contrário do que pode parecer, o aspecto da posterior **adaptação** da regra procedimental não fica prejudicada se a arbitragem tiver sido instituída pela ação do art. 7º da Lei de Arbitragem. Isso em virtude de pelo menos três constatações.

Primeiro, mesmo sem haver acordo entre as partes para alterar alguma regra procedimental, o árbitro pode fazer as adaptações necessárias nas regras procedimentais que não foram determinadas pelo juiz estatal, ou seja, as regras que tenham sido eleitas pelas partes e/ou por ele árbitro. Esse poder do árbitro fazer as adaptações que considerar necessárias é, todavia, limitado.

Segundo, mesmo em relação às regras procedimentais determinadas pelo Juiz estatal, o árbitro pode, em certa medida, fazer as adaptações necessárias. O juiz estatal atua, na ação do art. 7º, para substituir a vontade das partes, que não conseguiram chegar a um consenso. Ele é assim o substituto do consenso das partes. Ora, se o árbitro pode alterar, adaptar, flexibilizar a regra procedimental fixado de comum acordo pelas partes,

⁴⁷⁰ CELSO BARBI FILHO, Cumprimento judicial, cit., n. 5.2, p. 82-83.

ele também pode fazer o mesmo em relação à regra procedimental fixada pelo juiz, que, como dito, atuou como o “substituto” do consenso entre as partes. Todavia o árbitro deve exercer esse poder com muito cuidado e moderação, para não correr o risco de ser alegada alguma nulidade. Podem existir regras procedimentais fixadas pelo magistrado estatal, na ação do art. 7º, que sejam aspectos fundamentais da decisão judicial que instituiu a arbitragem, que sejam diretamente ligadas ao modo como aquela arbitragem foi instituída, ou que sejam decorrentes do amplo contraditório entre as partes. Tratam-se de regras procedimentais “delicadas”, que o árbitro deve evitar, o quanto possível, de alterar. De qualquer modo, nesse tipo de situação o árbitro também possui poderes para fazer as adaptações que considerar necessárias, todavia, com limites ainda maiores do que os explicados no item 7.5 supra (e em outras passagens desta tese, quando são tratadas questões procedimentais específicas).

Terceiro, é perfeitamente possível que as partes, superando a inicial desavença, resolvam de comum acordo alterar alguma regra procedimental fixada pelo juiz estatal. Veja-se que as partes podem até mesmo firmar acordo para extinguir a ação do art. 7º, e então recomeçarem a arbitragem do zero, sem a participação (intervenção) do juiz estatal. E se já instituída a arbitragem (em função da ação do art. 7º), estando ou não em curso o procedimento, as partes também podem pleitear conjuntamente a extinção daquela arbitragem e, em seguida, iniciarem outra arbitragem (ou resolverem a questão de outra forma). Como já dito inúmeras vezes, a arbitragem é decorrente da autonomia da vontade, motivo pelo qual, havendo concordância entre as partes, elas podem extinguir tanto a ação do art. 7º quanto a arbitragem. Se elas podem o mais, que é encerrar a ação do art. 7º e/ou a arbitragem, também podem fazer o menos, ou seja, alterarem de comum acordo alguma regra procedimental específica determinada pelo juiz estatal na ação do art. 7º. Por exemplo, o magistrado determina que a arbitragem seguirá o regulamento da Câmara X, que a sentença arbitral será proferida na cidade Y, e que o prazo para apresentação das razões iniciais, contestação, réplica e tréplica será de 15 dias para cada manifestação; nada impede as partes alterarem, de comum acordo, qualquer uma dessas regras, fixando que será seguido o regulamento da Câmara W, que a sentença arbitral será proferida na cidade Z, e que os prazos para as citadas manifestações será de 20 dias.

Por isso, é adequado dizer que mesmo sendo instituída a arbitragem em decorrência da ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, as partes ainda permanecem tendo o poder de, conjuntamente, efetuarem a **adaptação** das regras procedimentais. O procedimento arbitral, portanto, continua sendo flexível.

15) ESCOLHA DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS QUE PODEM CONSTAR NO COMPROMISSO ARBITRAL: ARTS. 10 E 11 DA LEI 9.307/96 E OUTRAS POSSIBILIDADES GENÉRICAS.

15.1) Análise inicial dos arts. 10 e 11 da Lei de Arbitragem.

O artigo 10 da Lei de Arbitragem lista diversos requisitos obrigatórios do compromisso arbitral, sendo que o art. 11 traz um elenco de pontos que podem constar no compromisso arbitral. Essas normas estão assim redigidas:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III – a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Tais dispositivos constituem uma importante lista de pontos sobre os quais as partes devem decidir ao firmar um compromisso. Muitas dessas questões são relativas ao procedimento arbitral. Assim, os arts. 10 e 11 contêm um primeiro grupo de questões procedimentais que devem ser decididas pelas partes.

Veja-se que as questões tratadas no art. 11 não precisam constar obrigatoriamente no compromisso, motivo pelo qual estes pontos podem ser decididos pelas partes e/ou árbitros ao longo do procedimento. E, obviamente, a lista do art. 11 não é taxativa – tanto é que nos itens 15.8 e 15.9 abaixo e em diversos capítulos desta tese serão analisadas outras questões não previstas no art. 11, relacionadas com a escolha de regras procedimentais, que podem estar reguladas no compromisso arbitral.

Salienta-se, ainda como introdução, que nem todos os incisos dos arts. 10 e 11 relacionam-se com questões procedimentais. Os que dizem respeito a esse tema são

analisados abaixo. E no presente capítulo também são analisadas duas outras questões ligadas ao procedimento que costumam ser fixadas no compromisso arbitral (o sigilo e o idioma), que não são objeto de capítulo específico nesta tese.

15.2) Lugar onde será proferida a sentença arbitral (art. 10, IV).

O art. 10, IV, da Lei 9.037/96, estabelece que é necessário prever, no compromisso arbitral, o lugar onde será proferida a sentença arbitral. Todavia, é só isso que a lei prevê. Assim, qual será o efetivo lugar onde a sentença será proferida depende somente das partes, ou, na falta de acordo, do árbitro (ou ainda do juiz estatal, se o compromisso for fixado dentro da ação do art. 7º da Lei de Arbitragem). Trata-se assim de aspecto em que existe ampla liberdade – em outras palavras, ampla flexibilidade – para escolha (criação e adaptação) da regra procedimental. Sua previsão é obrigatória, mas o que fixar-se é opcional.

No que se refere ao aspecto da **criação** da norma procedimental, existe ampla liberdade para definir o local onde será proferida a sentença arbitral. Pode ser fixado, pelas partes, em qualquer lugar (sendo, contudo, interessante fazer isso de comum acordo com o árbitro). E na falta de acordo entre as partes, o árbitro decidirá qual será o lugar onde a sentença arbitral será proferida. Ou, como dito antes, isso será estabelecido pelo magistrado que julgar a ação do art. 7º da Lei 9.307/96.

Mas em relação ao aspecto da **adaptação** das normais procedimentais já existentes, a flexibilidade não é tão ampla assim. As partes podem, de comum acordo, alterar o lugar onde será proferida a arbitragem, sendo, todavia, recomendável que consultem o árbitro, para evitar que esse renuncie por existir qualquer motivo que o impeça de proferir a sentença no lugar escolhido pelas partes.⁴⁷¹ Já o árbitro não deve – pelo menos em princípio – alterar o lugar (em que a sentença deve ser proferida) escolhido pelas partes, pois elas provavelmente levaram em consideração, para fixar tal lugar, os pontos anteriormente explicados (nacionalidade da sentença e foro competente para eventuais demandas). Essa escolha vai assim influenciar a fase pós-arbitral, na qual o árbitro não mais participará. Por isso, o árbitro não deve modificar tal decisão das partes, salvo motivo excepcional.

⁴⁷¹ O árbitro pode ter problemas de saúde, ou profissionais, ou mesmo pessoais, que o impeçam de sair da sua cidade, ou o impeçam de fazer viagens muito longas.

Um exemplo de situação de fato que poderia justificar a mudança do lugar – pelo árbitro, independentemente de prévio acordo das partes – onde é proferida a sentença seria a proximidade do fim do prazo para proferir a sentença (sem que as partes estejam de acordo em prorrogar tal prazo), somada à impossibilidade física do árbitro se deslocar ao lugar escolhido pelas partes, em decorrência de calamidade natural. Para não causar a nulidade da sentença, em decorrência da perda do prazo, é justificável que o árbitro profira a sentença em outro lugar diferente daquele previsto no compromisso arbitral. Mas nesse tipo de situação deve o árbitro tentar proferir a sentença no lugar mais próximo possível daquele que fora escolhido pelas partes.

A decisão sobre qual será o lugar em que a sentença arbitral vai ser proferida pode parecer algo burocrático, sem relevância, quase que uma formalidade. Mas, na verdade, ao escolher o lugar onde será proferida a sentença arbitral é necessário ter em mente pelo menos **três aspectos importantes** relacionados ao tema.⁴⁷²

(A) Nacionalidade da sentença.

Se o lugar em que for proferida a sentença for fora do Brasil, a sentença arbitral será considerada uma sentença arbitral estrangeira, nos termos do art. 34, parágrafo único, da Lei da Arbitragem.⁴⁷³ E sendo estrangeira, para que seja feita a sua execução no Brasil, deverá passar por prévia homologação no STJ. Esse critério é denominado, pela doutrina, de **geográfico**⁴⁷⁴ ou **da territorialidade (ou do território)**⁴⁷⁵ ou ainda **“territorialista”**.⁴⁷⁶

A doutrina realça, com razão, que podem existir outros elementos que liguem a arbitragem ao Brasil, mas se a sentença for proferida fora do país, ela é estrangeira, e precisará ser homologada para ter eficácia no país.⁴⁷⁷ Ou seja, a sentença arbitral proferida

⁴⁷² Sobre a escolha do lugar da sentença, ver, entre outros: ADRIANA BRAGHETTA, A importância da sede da arbitragem. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., p. 18 ss; EDUARDO SPINOLA E CASTRO, A convenção, cit., n. 4, p. 22.

⁴⁷³ Lei 9.307/96: “Art. 34. (...) Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”

⁴⁷⁴ DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 37 e 92; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 142; JOÃO BOSCO LEE, A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 1, p. 177; JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras – Direito brasileiro e comparado. In: MARTINS-GARCEZ (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem*, cit., p. 457.

⁴⁷⁵ JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 141; ADRIANA NOEMI PUCCI, Homologação, cit., n. 2, p. 341.

⁴⁷⁶ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 439; RAFAEL PELLEGRINI RIBEIRO, O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no direito brasileiro. In: JOBIM-MACHADO (Coord.), *Arbitragem*, cit., n. 1, p. 420

⁴⁷⁷ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 204 e 439; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, Reconhecimento, cit., n. 6, p. 105; GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, As arbitragens, cit., n. 3, p. 497-498; MARISTELA BASSO, As leis envolvidas, cit., n. 1.1, p. 307-308; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*,

fora do país será considerada estrangeira mesmo que todos os demais atos tenham ocorrido no Brasil, tenha a sentença sido proferida em português, por árbitros brasileiros, entre partes brasileiras, sobre bens ou obrigações existentes no Brasil. E o inverso também ocorre: se a sentença for proferida no Brasil ela será considerada brasileira, mesmo que os demais atos tenham sido praticados fora do Brasil, sejam as partes e árbitros estrangeiros, e o idioma não seja português.

Nem todas as nações adotam o critério geográfico (ou da territorialidade). A título de exemplo, o art. I.1 da Convenção de Nova Iorque, que versa sobre o reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira, de 10.6.1958 (promulgada no Brasil pelo Decreto 4.311/02), estabelece que: “*A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se mencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se mencione o seu reconhecimento e a sua execução.*” Veja-se assim que tal dispositivo contém duas regras: (i) na primeira frase, é considerada como sentença estrangeira a proferida fora do território da nação na qual ela será reconhecida, ou seja, é o mesmo critério territorial da lei brasileira; (ii) na segunda frase, a Convenção estabelece que também se considera sentença estrangeira a assim definida na lei interna de alguma nação, reconhecendo, portanto, que existem sistemas jurídicos que não aplicam o critério geográfico da lei brasileira.

Em função dos países adotarem critérios diferentes para conceituar o que é sentença arbitral nacional e sentença arbitral estrangeira, parte da doutrina aponta a possibilidade de serem proferidas sentença arbitrais com mais de uma “nacionalidade”.⁴⁷⁸ Exame detalhado desse ponto foge dos objetivos desta tese, ficando somente aqui a menção à controvérsia.

(B) Eventual estabelecimento da competência de órgãos judiciais estatais.

cit., p. 142; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1879, p. 180; ADRIANA BRAGHETTA, *Laudo arbitral*, cit., n. 9.2.2, p. 215

MAURÍCIO GOMM FERREIRA DOS SANTOS, *Existe um*, cit., n. 7, p. 420, nota 31; RAFAEL PELLEGRINI RIBEIRO, *O reconhecimento*, cit., n. 1, p. 419-420; VERA M. JACOB DE FRADERA, *A arbitragem*, cit., p. 481-484 (criticando a opção da lei brasileira); CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, *Recognition and enforcement of international arbitral awards in Brazil*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 20, jan./mar. 2009, n. 4, p. 135.

⁴⁷⁸ Ver, entre outros: EDOARDO FLAVIO RICCI, *Lei de Arbitragem*, cit., p. 217 ss, e p. 249 ss; JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Homologação*, cit., p. 457-460. Critica esta possibilidade, vendo nela algo potencialmente desastroso: ADRIANA BRAGHETTA, *Laudo arbitral*, cit., n. 1.3, p. 33-35.

O lugar onde a sentença arbitral será ou foi proferida **pode eventualmente** ser considerado, dependendo de outras circunstâncias, como o foro competente para as eventuais demandas apresentadas perante o Poder Judiciário estatal que sejam relacionadas com a arbitragem, como, no direito brasileiro: (i) as medidas de urgência solicitadas antes de começar a fase arbitral propriamente dita, ou mesmo depois dela já estar em andamento (ver capítulo 19 infra); (ii) a ação de instauração da arbitragem do art. 7º da Lei 9.307/96 e ação para nomear o 3º árbitro (art. 13, § 2º); (iii) a execução da sentença arbitral; e (iv) a ação de anulação da sentença arbitral prevista nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

O problema é que a Lei 9.307/96 e o Código de Processo Civil **ou** não têm regras expressas e claras de competência nesses casos **ou** as que existem não resolvem totalmente o problema. É verdade que o parágrafo único do art. 6º afirma que a ação do art. 7º da Lei 9.307/96 deve ser proposta “*perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa*”. Também é verdade que o § 4º do art. 22 estabelece que, “*havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.*” E fórmula similar está no § 2º do art. 13 da lei 9.307/96. Mas em todos esses dispositivos não fica claro qual seria o órgão que originalmente caberia julgar a causa. Seria o do local onde a obrigação deve ser satisfeita (art. 100, IV, “d”, do CPC)? E se for esse o critério, o lugar da obrigação é o lugar onde a sentença for proferida? Pior ainda, em relação às medidas de urgência antecedentes a instauração da arbitragem (ver item 19.3 infra), e em relação à ação de nulidade (anulação), não existe qualquer regra. Em relação à execução (cumprimento de sentença), a regra é a do art. 475-P, III, do CPC, que somente determina que o cumprimento da sentença arbitral se fará perante o “*juízo cível competente*”, fórmula essa provavelmente redigida por um economista, pois é ao mesmo tempo exata e totalmente sem conteúdo prático (diz tudo e diz nada ao mesmo tempo), já que afirma que competente é o órgão competente! Em função dessa falta de definição, a doutrina diverge sobre o tema e propõe critérios diferentes, abaixo citados.

Para parte da doutrina, a competência para as ações decorrentes da arbitragem (cautelares, execução, e de anulação) é determinada em razão do lugar onde é proferida a sentença arbitral.⁴⁷⁹ Também há quem ensine que o foro competente para a execução da

⁴⁷⁹ Nesse sentido (mas nem sempre tratando de todas essas ações): GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *As arbitragens*, cit., n. 3, p. 499; PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 170 e 174; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 53, 84, 121 e 133; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 202; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 2.8, p. 206; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede*, cit., n. 4, p. 25 ss (que considera a “sede da arbitragem” o local onde o laudo é

sentença arbitral é o da “sede da arbitragem” (ver item 15.4 infra, sobre esse conceito) ou da sede do órgão institucional arbitral.⁴⁸⁰ Outros afirmam que a execução deve ser proposta com base nas regras usuais do CPC, relacionadas com o lugar de cumprimento da obrigação⁴⁸¹ ou do domicílio do executado.⁴⁸²

E há quem defende que as citadas demandas devem ser propostas na comarca na qual seria ajuizado o processo de conhecimento pelas partes caso não existisse convenção arbitral.⁴⁸³ Mas alguns autores, apesar de mencionarem esse último critério, afirmam que a regra de competência para a execução poderá ser alterada caso tenha sido anteriormente ajuizada outra ação derivada da arbitragem (do art. 7º, cautelar, nulidade etc.), situação em que o juízo em que correu tal “primeira” demanda estará prevento.⁴⁸⁴ Ora, o foro competente para essa demanda anterior pode ter sido fixado em razão de um dos outros critérios antes mencionados (lugar da sentença arbitral ou sede da arbitragem), situação em que “retorna-se” a aplicar um dos critérios anteriormente mencionados! Parece até mesmo a história da cobra que engole o próprio rabo ...

De qualquer modo, o que é importante realçar é que o lugar onde é proferida a sentença arbitral **pode eventualmente** ser um dos elementos usados para fixar-se a competência das eventuais ações judiciais que sejam decorrentes da arbitragem (cautelar, execução, anulação etc.).

proferido); LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 1.3.2.1, p. 25, n. 2.2, p. 127, e n. 4, p. 159.

⁴⁸⁰ JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 59, p. 276.

⁴⁸¹ Mas lugar do cumprimento da obrigação não pode ser o mesmo lugar da sentença arbitral? Aliás, quando a sentença arbitral é condenatória, como fixar o lugar de cumprimento da obrigação, se o sistema bancário brasileiro é integralmente informatizado e integrado (alguém pode ter uma conta em Maceió, fazer o depósito em dinheiro numa agência em Manaus e seu filho sacar tal valor em seguida em um caixa automático em Porto Alegre; e isso sem falar em remessa por TED, de uma conta de um banco para outra conta de outro banco, disponível em minutos). Ainda são aplicados os antigos critérios do art. 327 do Código Civil? Como se credor e devedor tivessem que dirigir-se à casa do outro para receber ou fazer o pagamento?

⁴⁸² ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 81.3, p. 354; ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. Barueri: Manole, 2008, p. 562.

⁴⁸³ Nesse sentido (mas nem sempre tratando de todas essas ações): CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 209-210, e Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 14, p. 40-41, e n. 22, p. 44; DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005, n. 18.4, p. 243 (destacando, contudo, que trata-se de competência relativa, que pode ser alterada pela vontade das partes ou pelas regras de prorrogação de competência); JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Arbitragem*, cit., p. 305; PAULO FURTADO e UADI LAMMÊGO BULOS, *Lei da arbitragem*, cit., p. 118.

⁴⁸⁴ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI, *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139; ALLAN HELBER DE OLIVEIRA, *A segunda reforma do CPC*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 224-225. A possibilidade da mudança do juízo competente para a execução em função da anterior prevenção também é apontado por: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, n. 1374, p. 105.

(C) Legislação processual / arbitral aplicável no procedimento arbitral.

Esse terceiro ponto é relevante quando as partes estão debatendo se vão ou não escolher localidade fora do Brasil como o lugar onde a sentença será proferida. Isso porque pode ser que seja necessário aplicar, em tal arbitragem, a legislação arbitral ou processual do país do lugar onde a sentença será proferida.⁴⁸⁵ Alerta-se, contudo, que o lugar da sentença não é o único critério que pode ser usado para verificar a lei aplicável, outro possível critério é o da “sede da arbitragem”,⁴⁸⁶ conceito esse explicado no item 15.4 desta tese, e que não é necessariamente fixado em função do lugar onde a sentença é proferida.

Portanto, se as partes pretendem que a sentença arbitral seja proferida no exterior, uma boa medida preventiva é verificar se, no local escolhido para proferir a sentença arbitral: (i) a legislação que rege a arbitragem é adequada e moderna; e (ii) o Poder Judiciário tem posicionamento favorável ou contrário à arbitragem.⁴⁸⁷ Essa pesquisa prévia pode evitar muitas dores de cabeça no futuro.

Mudando de questão, pode acontecer das partes, por razões específicas, quererem tanto que a sentença arbitral seja proferida em determinado lugar, quanto que, caso tenham que ingressar com qualquer medida judicial, tal demanda tenha curso em outra comarca distinta. Nesse tipo de situação, uma saída é prever, no mesmo contrato em que consta a cláusula compromissória (ou ainda no compromisso arbitral ou em outro documento) a eleição de foro para as eventuais demandas judiciais relacionadas com a arbitragem. Pode parecer contraditório inserir, no mesmo contrato, uma cláusula compromissória arbitral e também uma cláusula com eleição de foro para eventuais disputas judiciais, mas tais previsões – consideradas patológicas por parte da doutrina – na verdade podem ser conciliadas, para concluir-se que existe verdadeira convenção arbitral, que tira a jurisdição do estado, mas que as eventuais demandas que giram em torno da arbitragem, ou que sejam dela decorrentes (como as antes mencionadas) serão processadas e julgadas no foro (comarca judicial) eleito pelas partes.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 79; MARISTELA BASSO, *As leis envolvidas*, cit., n. 3.1, p. 313; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede*, cit., n. 4, p. 25 ss. Em sentido similar, analisando esse tema tendo em vista a utilização da *discovery* na arbitragem: GRANT HANESSIAN, *Discovery in international arbitration*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, nº 7, out./dez 2005, n. 2, p. 155-156.

⁴⁸⁶ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 429, p. 225, apontam que: “*Where the parties have not chosen a law governing the arbitration, the seat of the arbitration is undoubtedly considered to be the most significant factor in the determination of the applicable law.*”

⁴⁸⁷ JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, *Anulação*, cit., n. 2, p. 253; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede*, cit., n. 4, p. 26 ss.

⁴⁸⁸ A respeito do tema, ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Considerações sobre*, n. 1 ss, p. 33 ss.

15.3) Local(is) onde se desenvolverá a arbitragem (art. 11, I).

Inicialmente, deve ficar claro que o local onde a arbitragem se desenvolverá nem sempre é o lugar em que a sentença arbitral será proferida (examinada no item anterior). O lugar da sentença e o local do desenvolvimento da arbitragem podem até ser coincidentes, mas isso não é imposto pela lei.

Também necessário ter em mente que aquilo que a doutrina e a legislação de algumas nações chama de sede da arbitragem (e que em outras nações é o elemento que fixa a nacionalidade da arbitragem) não é necessariamente nem o lugar em que a sentença arbitral é proferida nem o local onde são praticados os atos processuais. Esse ponto é explicado no item seguinte desta tese.

Escolher o local ou os locais onde se desenvolverá a arbitragem é escolher onde serão praticados os atos processuais. É definir onde será o protocolo das petições (se é que vai existir protocolo), onde serão realizadas as audiências etc. As partes (e árbitros, na falta de acordo das partes) têm, neste aspecto, ampla flexibilidade.

As partes e árbitros podem ser de São Paulo e todos resolvam fazer a audiência em Fernando de Noronha ou Maceió ou Salvador (atraídos pelas facilidades e comodidade em administrar uma arbitragem em tais locais). Pode ainda ser decidido realizar atos processuais em mais de um local diferente, por exemplo, a prova de inspeção pelos árbitros e peritos na sede da empresa, em Campinas, e a audiência em Ribeirão Preto, onde estão as testemunhas. Bem aponta CARLOS ALBERTO CARMONA que: “Estando o processo arbitral sob o controle dos compromitentes, podem eles estabelecer como, quando e onde querem ver realizados os atos processuais.”⁴⁸⁹

Ou seja, no que se refere ao aspecto da **criação** da norma procedimental, existe ampla liberdade para as partes estabelecerem, de comum acordo, o local onde serão praticados os atos procedimentais. Quando as partes não estão de acordo, cabe ao árbitro fixar o local onde os atos serão praticados, tendo ele também liberdade (flexibilidade) em escolher qual o melhor lugar para cada ato processual. Mas essa liberdade do árbitro é limitada por regras como o direito ao contraditório e ampla defesa etc., examinados nos capítulos 8 a 12 desta tese. Uma das partes não pode ser claramente prejudicada pela escolha, pelo árbitro, de determinado local (por exemplo, cuja distância atrapalha sua

⁴⁸⁹ *Arbitragem e processo*, cit., p. 209.

defesa), devendo sempre ser buscada a solução mais balanceada em cada caso concreto (aplicando-se assim a idéia da proporcionalidade).

E sob o aspecto da **adaptação** das normas procedimentais já existentes, também existe ampla flexibilidade. A previsão de que um ato processual será realizado numa cidade não impede que, posteriormente, seja tal regra alterada, praticando-se tal ato em outro lugar. Se essa mudança for estabelecida de comum acordo entre as partes, então a flexibilidade é ampla. Mas se não existir acordo, e for necessário que o árbitro profira decisão, ele terá os mesmos limites, e deverá ter os mesmos cuidados, do explicado no parágrafo anterior.

Alerte-se ainda, que o local onde serão realizados os atos processuais na arbitragem pode eventualmente ser utilizado como elemento para fixação da competência para as eventuais ações judiciais que sejam derivadas da arbitragem. É, no fundo, a mesma discussão explicada no item anterior desta tese, cujas observações são ora reiteradas.

15.4) “Sede da arbitragem”.

Nos dois itens anteriores desta tese foram examinadas questões sobre o lugar onde deve ser proferida a sentença arbitral, e o(s) local(is) onde pode(m) ser realizados atos relacionados com a arbitragem. Nos dois itens anteriores tomei especial cuidado em não usar a expressão “sede da arbitragem”, pois a lei brasileira, além de não a usar, também não indica, com segurança e transparência, o que seria a “sede” no direito brasileiro, e nem mesmo se tal conceito teria ou não relevância no direito brasileiro – ou melhor, se teria relevância para as arbitragens internas, principalmente naquelas sem qualquer elemento internacional ou estrangeiro.⁴⁹⁰

A falta de indicação segura do que seria a “sede da arbitragem” no direito brasileiro (na arbitragem interna) dá margens a múltiplas propostas e indagações. Por exemplo, quando as partes não previram, na convenção arbitral, onde seria a sede da arbitragem. Seria ela o local onde a sentença deve ser proferida?⁴⁹¹ Será o local onde se realizam os

⁴⁹⁰ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 204-205, expressamente afirma que o conceito de sede é estranho e irrelevante para o nosso ordenamento. O mesmo autor, contudo, na página 209, inadvertidamente usa a expressão “sede da arbitragem”, o que demonstra que, apesar de não ser conceito previsto na lei, é expressão muito usada na prática, e que a lei brasileira não regulou.

⁴⁹¹ Respondem que sim: ADRIANA BRAGHETTA, *Laudo arbitral*, cit., n. 1.3, p. 33-35, e A importância da sede, cit., n. 2 ss, p. 21 ss; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 83. Responde que não EDOARDO FLAVIO RICCI, *Lei de Arbitragem*, cit., p. 221-222, citando farta doutrina estrangeira.

atos processuais?⁴⁹² E se esses ocorrerem em mais de um lugar? Ou será o local da sede do órgão institucional arbitral que administra a arbitragem? Mas e se a arbitragem for *ad hoc*? Ou é o local fixado pelos árbitros e/ou partes?⁴⁹³ Ou a sede deve ser determinada tendo em vista outros elementos ou mesmo todos esses elementos?

Mas o pior, para a arbitragem interna brasileira, nem é a situação supra exposta. O pior é o contrário, é as partes terem dito, na convenção arbitral, que a sede da arbitragem será no local X, mas não terem afirmado que a sentença deverá ser proferida no mesmo local X, ou em outro local. Havendo esse tipo de estipulação, seria correto deduzir que a vontade das partes é que a sentença seja proferida no mesmo local da sede da arbitragem (X)? Todas as perguntas e dúvidas antes listadas voltam, e agora com enorme relevância. A sede da arbitragem é o local da sentença? Mas se não for, então qual será o local da sentença para aquela arbitragem? E, lembre-se, neste aspecto, da enorme importância – no direito brasileiro – do lugar da sentença (item 15.2 supra).

O grande problema é as partes terem afirmado que a sede da arbitragem será no local X, mas, na hora de realizar a arbitragem, uma das partes defender que a sede não é o local onde deve ser proferida a sentença (e há doutrina que afirma isso!), e o árbitro ou o órgão arbitral institucional decidir contra tal parte. Nesse tipo de situação a parte talvez tenha motivo para, posteriormente, pleitear a anulação da sentença arbitral, ou ainda para impugnar a sua homologação no STJ (caso a sentença tenha sido proferida fora do Brasil). Tudo isso em função da utilização da expressão “sede da arbitragem”, conceito esse cujo significado, no direito brasileiro, para arbitragens internas brasileiras, não está previsto de forma clara e transparente na Lei 9.307/96 (que sequer usa tal termo).

É verdade que a expressão “sede da arbitragem” é muito usada no direito estrangeiro e também em tratados e convenções internacionais. Muitos trabalhos foram escritos sobre o tema.⁴⁹⁴ A sede da arbitragem é, em muitos ordenamentos, elemento importantíssimo para resolver vários problemas, inclusive os mencionados nos dois últimos itens desta tese, e outros, como lei processual e/ou lei material aplicável na

⁴⁹² Responde que não EDOARDO FLAVIO RICCI, *Lei de Arbitragem*, cit., p. 221-222.

⁴⁹³ Responde que sim EDOARDO FLAVIO RICCI, *Lei de Arbitragem*, cit., p. 221-222.

⁴⁹⁴ Ver, entre outros: EDOARDO FLAVIO RICCI, *Lei de Arbitragem*, cit., p. 221 ss; ADRIANA BRAGHETTA, *Lauda arbitral*, cit.

arbitragem. Na chamada arbitragem internacional (e nas arbitragens domésticas de vários países) o conceito de sede da arbitragem é, portanto, extremamente relevante.⁴⁹⁵

Mas no Brasil, quando a questão é estritamente relacionada com a arbitragem interna, a utilização da expressão “sede da arbitragem” mais atrapalha do que ajuda, pois existem várias interpretações possíveis para responder o que é a “sede da arbitragem”. E essas várias interpretações podem gerar problemas, como os explicados anteriormente.

De qualquer forma, as partes têm liberdade – flexibilidade – para criar regras procedimentais, motivo pelo qual também podem, se quiser, prever na convenção arbitral, ou em qualquer outro documento, onde será a “sede da arbitragem”. Podem também estipular que a sede da arbitragem será no mesmo lugar ou em lugar diferente daquele no qual será proferida a sentença arbitral. Mas devem tomar muito cuidado para evitarem mencionar somente a sede – e esquecerem-se de mencionar o lugar onde a sentença será proferida – pois isso pode gerar todos os problemas antes mencionados.

Apesar do explicado acima, alguns regulamentos de órgãos institucionais arbitrais localizados no Brasil usam a expressão “sede da arbitragem” em regras diversas, que regulam questões distintas. Em alguns regulamentos, a expressão “sede da arbitragem” parece ter sido usada no lugar da expressão (prevista no art. 11, I, da Lei 9.307/96) “*local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem*”, já que determina que atos de instrução probatória, ou diligências em geral, podem ser feitos fora da sede da arbitragem;⁴⁹⁶ aqui, a referência parece ser de que pode ser praticados atos em outros locais não mencionados na convenção arbitral. Mas há também disposições em regulamentos que usam o termo “sede da arbitragem”, sem ficar claro o que isso seria.⁴⁹⁷

Mas, de qualquer modo, nada impede que alguns árbitros e/ou juízes estatais (na ação do art. 7º ou mesmo na ação de anulação do art. 33) interpretem tal expressão de um modo, outros de modo diferente, no fundo repetindo as indagações antes formuladas sobre o que é a sede da arbitragem. Portanto, o problema terminológico supra apontado não é só teórico, ele já é real.

15.5) Prazo para apresentação da sentença arbitral (art. 11, III).

⁴⁹⁵ Apesar de que há discussão, na doutrina estrangeira, se o conceito de sede estaria ou não perdendo a sua importância, devido ao fato de poderem ser praticados atos fora do local da sede. Ver, sobre o tema: ADRIANA BRAGHETTA, A importância da sede, cit., n. 3, p. 23-25.

⁴⁹⁶ Reg. CMA-CIESP 9.1; Reg. CCBC 9.11; Reg. CAMARB 5.6; Reg. AMCHAM SP 9.7.

⁴⁹⁷ Por exemplo, o Reg. AMCHAM SP: “2.2. Caso a cláusula compromissória não determine expressamente, poderão ser sugeridos pela parte requerente, ainda, a sede da arbitragem e o idioma em que esta será processada.”

O art. 11, III, da Lei de Arbitragem, estabelece que a convenção arbitral pode prever o prazo em que a sentença arbitral deverá ser proferida. Esse dispositivo é um complemento do art. 23, *caput* e parágrafo único,⁴⁹⁸ que determinam que, na ausência de estipulação pelas partes, o prazo para proferir a sentença arbitral é de seis meses, contados da instituição da arbitragem (art. 19).

Ocorre que existem arbitragens nas quais esse prazo de 6 (seis) meses é claramente insuficiente.⁴⁹⁹ Por exemplo, quando a questão técnica é complicada, ou quando se trata de arbitragem cujo objeto é contrato de empreitada. Por isso, a lei prevê que as partes podem estabelecer o prazo que reputarem mais adequado, ou seja, é dada ampla liberdade (flexibilidade) para as partes estatuírem a respeito. E cabe ao árbitro aceitar tal encargo, no prazo estipulado, ou não aceitar tal atribuição caso entenda que o prazo é insuficiente (e as partes não concordarem em desde logo fixar prazo maior). Por isso, apesar de ser atribuição das partes fixar tal prazo, na prática trata-se de questão a ser discutida e estabelecida de comum acordo com o árbitro.

Agora, se as partes não estiverem de acordo quanto ao prazo, **não** se aplica a regra genérica do art. 21, § 1º, da Lei 9.307/96, que prevê o poder normativo supletivo do árbitro; nesse caso existe uma regra específica em sentido contrário, que é a segunda frase do *caput* do art. 23 da mesma lei, que prevê que na ausência de convenção entre as partes o prazo é de seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Havendo regra especial, não se aplica a regra geral.

Desse modo, no que se refere ao aspecto da **criação** da regra procedimental, as partes têm ampla liberdade, sendo que o árbitro não tem nenhum poder em tal questão (salvo o de não aceitar o seu encargo).

Para quem está acostumado com o contencioso judiciário no Brasil, dizer que o órgão julgador tem um prazo para decidir parece piada. Mas em relação à arbitragem, o prazo para proferir a sentença arbitral é uma questão muito séria, pois os arts. 12, III, e 32, VII, da Lei de Arbitragem, prevêm a possibilidade da sentença arbitral ser anulada se ela

⁴⁹⁸ Lei 9.307/96: “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.”

⁴⁹⁹ Ver, sobre o tema: LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 91-92; EDUARDO SPINOLA E CASTRO, *A convenção*, cit., n. 4, p. 23.

for proferida fora do prazo previsto naquele caso concreto.⁵⁰⁰ Em acréscimo, havendo a perda do prazo, o árbitro pode deixar de receber sua remuneração e ainda responder por eventuais prejuízos causados às partes.⁵⁰¹

As partes, junto com o árbitro, devem estabelecer um prazo realista para a finalização da arbitragem, para assim evitar o risco de nulidade e/ou de encerramento da arbitragem sem decisão.

Uma técnica flexibilizadora interessante é estabelecer que a sentença arbitral deve ser proferida pelos árbitros no prazo de X semanas ou Y meses após serem apresentadas as razões finais pelas partes, ou contadas do fim da instrução probatória. Não é necessário que o prazo para proferir a sentença arbitral seja necessariamente contado a partir da instituição da arbitragem, pois as partes têm liberdade para estabelecer que a contagem do prazo se iniciará em outro evento, como os dos exemplos dados (apresentação das razões finais ou fim da instrução).⁵⁰² Aliás, alguns regulamentos arbitrais expressamente prevêem esse tipo de solução, determinando a contagem do prazo para proferir a sentença a partir da apresentação das alegações finais das partes.⁵⁰³

O parágrafo único do art. 23 prevê que “*As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado*”. Ou seja, a própria lei já prevê uma hipótese de modificação (**adaptação**) da regra procedimental antes fixada, ou seja, de alteração do prazo para proferir a sentença. Ao contrário da literalidade de tal dispositivo, a postergação do prazo depende somente do acordo das partes, sendo dispensada a prévia anuência do árbitro (afinal, se ele não concordar com a prorrogação do prazo, que profira a sentença antes).

De outro lado, existem regulamentos de órgãos institucionais arbitrais que prevêem que o prazo para proferir a sentença arbitral pode ser prorrogado pela secretaria daquele órgão institucional arbitral, mesmo sem a prévia anuência das partes.⁵⁰⁴ Esse tipo de regra não viola a lei brasileira, pois, como dito antes, as partes têm total liberdade (flexibilidade) em estabelecer o prazo para proferir a sentença arbitral, sendo o prazo previsto no art. 23

⁵⁰⁰ Lei 9.307/96: “Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: (...) III – tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.” “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: (...) VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei;”.

⁵⁰¹ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 30.6, p. 597; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p.61-62.

⁵⁰² Neste sentido: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 211; LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 92.

⁵⁰³ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 13.2; Reg. CCBC 10.1; Reg. CAMARB 5.15.

⁵⁰⁴ Por exemplo: Reg. CCI Art. 24.

da Lei 9.307/96 aplicável somente quando não há acordo entre as partes. Se as partes entraram em acordo para eleger o regulamento de uma instituição arbitral,⁵⁰⁵ então elas concordaram em delegar à secretaria de tal órgão a decisão prevista no parágrafo único do art. 23 da Lei 9.307/96, sobre o prazo. Sendo a arbitragem diretamente ligada à autonomia da vontade, então esse exercício da autonomia da vontade (a delegação para terceiro prorrogar o prazo) é perfeitamente válido.

As mesmas observações valem para a delegação, ao próprio árbitro, do poder de prorrogar o prazo da sentença arbitral. Esse tipo de regra, aliás, é encontrada em alguns regulamentos arbitrais.⁵⁰⁶ São estipulações válidas, decorrentes da autonomia da vontade.

Desse modo, a regra que delega para secretaria do órgão institucional (perante o qual a arbitragem tem curso) a prorrogação do prazo para proferir a sentença arbitral é importante regra flexibilizadora, que atua no aspecto da **adaptação** (modificação) da regra procedimental antes estabelecida.

Além dessa possibilidade de modificação da regra procedimental antes fixada (do prazo antes fixado), as partes têm ampla liberdade (flexibilidade) em modificar o prazo anterior e assim conceder prorrogação do prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral. Já o árbitro, que não tem qualquer poder para criar essa regra procedimental (do prazo para proferir sentença), também não tem poder para modificá-la. Ele somente tem a possibilidade de, quando necessário, pleitear para as partes ou para a secretaria do órgão institucional arbitral (na hipótese supra explicada), a prorrogação do prazo, justificando seu requerimento. A decisão sobre o tema é exclusiva das partes, ou da secretaria do órgão arbitral institucional, caso isso esteja previsto nas regras procedimentais daquela arbitragem.

15.6) Estabelecimento das regras a serem aplicadas na arbitragem (art. 11, IV).

O poder das partes, do árbitro, do órgão institucional arbitral (quando a arbitragem é institucional) e do juiz estatal (na ação do art. 7º da Lei 9.307/96) em criar e adaptar (modificar) as regras do procedimento são inicialmente tratadas nos capítulos 6 e 7 supra,

⁵⁰⁵ E não fizeram ressalva de não aplicação da regra que permite à secretaria do órgão institucional arbitral postergar o prazo para a sentença ser proferida.

⁵⁰⁶ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 13.3; Reg. CCBC 10.2.

sendo ainda objeto dos capítulos 14 e 16 a 20 desta tese. Desnecessário repetir, neste momento, tudo que é explicado em outros lugares desta tese.

De qualquer modo, é necessário apontar que o dispositivo em comento também tem função de deixar claro que a lista de regras procedimentais previstas no art. 11 da Lei de Arbitragem é meramente exemplificativa. E quais outras regras, além das listadas nos arts. 10 e 11 da Lei 9.307/96, podem ser estabelecidas no compromisso arbitral? Na verdade, o único limite é a imaginação humana. De qualquer modo, como mencionado, ao longo desta tese são abordadas as principais questões procedimentais.

15.7) Estipulação sobre a responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem (art. 11, V).

O art. 11, inciso V, da Lei de Arbitragem, determina que as partes também podem estabelecer, no compromisso arbitral, a “*declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem*”. Essa regra é, de certo modo, complementada pelo art. 27, que determina que: “*A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.*”

Inicialmente, é necessário deixar claro que, ao mencionar “honorários”, o inciso V do art. 11 não está se referindo somente aos honorários do árbitro. Também se refere aos honorários dos peritos eventualmente nomeados pelo árbitro e aos honorários dos advogados que atuaram na arbitragem.⁵⁰⁷

Assim, quando se analisa a questão da responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, pode-se apontar que, em tese, existem dois grandes sistemas que podem ser estipulados pelas partes ou serem previstos no regulamento que rege àquela arbitragem específica.

De um lado, pode ser estabelecido que, independentemente do resultado final do processo, cada parte arcará com a metade das despesas da arbitragem (inclusive honorários do árbitro e de eventuais peritos) e com os honorários dos seus respectivos advogados.

De outro lado, de forma diferente, pode ser determinado que, ao longo do procedimento, cada parte adiantará metade das despesas processuais (inclusive honorários

⁵⁰⁷ A maioria dos autores que analisa o inciso V do art. 11 da Lei de Arbitragem aborda o tema dos honorários advocatícios. Nesse sentido, ver autores citados nas notas seguintes.

do árbitro e de eventuais peritos), sendo que, a final, a parte vencida deverá pagar ao vencedor o valor das despesas processuais gastas pelo vencedor, bem como deverá pagar honorários advocatícios ao advogado do vencedor, em parâmetros a serem fixados pelo árbitro.

Obviamente, também existem formas “híbridas”. Por exemplo, estabelecer que o vencido deve reembolsar as despesas do vencedor, mas que ele não tem responsabilidade em pagar os honorários do advogado do vencedor. Ou ainda limitar o valor dos honorários decorrentes da condenação. Ou limitar o reembolso de uma parte para a outra a X % das despesas processuais. Ou mesmo estabelecer que uma das partes arcará com todos os custos da arbitragem, somente sendo reembolsada a final se vencedora, ou mesmo sem qualquer reembolso a final. Ou ainda estabelecer que as despesas de exclusive interesse de uma das partes – por exemplo, para conduzir uma testemunha que mora no exterior para a audiência – são sempre de responsabilidade da parte que a incorrer, sem direito de reembolso a final, mesmo se vencedora da arbitragem.⁵⁰⁸ As opções que as partes têm (novamente, a flexibilidade do procedimento), só encontram limite na imaginação.

Um problema que pode ocorrer é a **falta de estipulação** sobre o tema tanto na convenção arbitral e outros documentos assinados pelas partes quanto no regulamento aplicável ao caso. Ou seja, não existindo regra procedimental expressa sobre o tema, será que árbitro deve condenar o vencido a pagar as despesas da parte contrária, e também pagar honorários ao advogado da parte contrária?

A posição majoritária na doutrina parece ser no sentido de que, na ausência de estipulação das partes, o árbitro está automaticamente autorizado a condenar o vencido em reembolsar as despesas do vencedor e pagar honorários ao advogado do vencedor, de forma similar ao que ocorre no processo civil judicial.⁵⁰⁹ Sobre o tema, IRINEU STRENGER afirma que “Cada vez mais, os tribunais arbitrais condenam a parte que sucumbe no mérito a suportar a integralidade ou quinhão importante das despesas de arbitragem. Essa prática é tradicional nos Estados da *common law*.”⁵¹⁰

Essa posição, contudo, tem um problema. Nos procedimentos judiciais estatais no Brasil, a condenação em honorários advocatícios é considerado pedido implícito, ou seja, o juiz condenará o vencido a pagar honorários advocatícios ao advogado do vencedor

⁵⁰⁸ Esse último exemplo é dado por CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 213.

⁵⁰⁹ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 214; IRINEU STRENGER, *Comentários*, cit., p. 84; CELSO BARBI FILHO, *Cumprimento judicial*, cit., n. 4, p. 82; LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR, *Manual*, cit., p. 81.

⁵¹⁰ *Comentários*, cit., p. 84.

independentemente desse último ter feito pedido expresso neste sentido. Na arbitragem essa regra não se aplica. O árbitro somente pode decidir a respeito do que lhe foi pedido (ele somente tem jurisdição sobre o objeto da arbitragem). Se não foi pedida a condenação da outra parte em pagar honorários advocatícios, isso não pode ser automaticamente concedido pelo árbitro. Portanto, o árbitro somente pode decidir se é caso de condenação do derrotado em pagar honorários advocatícios ao vencedor caso tenha havido pedido explícito a respeito.

O problema, assim, deveria se restringir às situações nas quais a convenção arbitral não previa expressamente se o derrotado deveria ou não pagar honorários ao vencedor, e mesmo assim a parte que termina vencendo a arbitragem pediu – quando pleiteou a instituição da arbitragem, ou quando respondeu o pedido de instauração da arbitragem, ou quando apresentou suas razões iniciais, em suma, quando apresentou sua pretensão na arbitragem – que a outra parte fosse condenada a lhe pagar honorários advocatícios. Em tais casos, deve o árbitro condenar o derrotado?

A doutrina anteriormente citada afirma que sim. Eu confesso ter sérias dúvidas sobre o tema. Não considero que o artigo 20 do CPC se aplica automaticamente em todas as arbitragens realizadas no Brasil, em virtude do explicado no item 6.16 supra. Então, se o art. 20 do CPC não tem aplicação obrigatória na arbitragem, haveria algum princípio processual que poderia embasar a conclusão de que o derrotado, na arbitragem, sempre deve ser condenado a pagar honorários advocatícios ao vencedor (salvo quando expressamente previsto o contrário pelas partes)? Não consigo enxergar esse princípio, até pelo fato de que existem vários tipos de procedimentos judiciais, no Brasil, nos quais não há condenação em pagar honorários advocatícios ao vencedor.

Sobre o tema, merece menção a opinião contrária de PEDRO A. BATISTA MARTINS, que entende que, na falta de regra expressa sobre o tema, não deve haver condenação decorrente da sucumbência, pois “o processo arbitral não se confunde com a litigiosidade encontrada no processo judicial”.⁵¹¹ E outros autores também defendem a idéia de que, na falta de acordo entre as partes, as despesas são divididas proporcionalmente pelas partes, independentemente do resultado da arbitragem, sendo que cada uma arca com os honorários de seu advogado.⁵¹²

⁵¹¹ *Apontamentos*, cit., p. 176.

⁵¹² JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 88; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1868, p. 168, e n. 1876, p. 176.

Assim, fazendo a ressalva de que o tema merece melhor reflexão, minha conclusão, por ora, é de que, não havendo regra expressa – na convenção arbitral ou no regulamento arbitral escolhido pelas partes – o advogado do vencedor não tem direito a receber honorários da sucumbência, mesmo se tiver feito pedido em tal sentido. Se não tiver feito pedido, então não tenho dúvidas que o árbitro não deve, de ofício, condenar o derrotado a pagar honorários advocatícios ao vencedor.

15.8) O sigilo (confidencialidade) é uma opção das partes.

No item 12.6 supra demonstrou-se que o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais nem sempre tem aplicação na arbitragem. Pode até acontecer de tal princípio ser aplicado em algumas arbitragens, mas na grande maioria delas serão as partes que estabelecerão se o procedimento será público ou sigiloso. Essa é mais uma opção que as partes têm para criar ou adaptar regras procedimentais que merece ser examinada com cuidado.

A maioria dos autores afirma, sem dar muitos detalhes, que o sigilo é uma das vantagens da arbitragem.⁵¹³ O tema pode ser resumido num ditado popular: “roupa suja se lava em casa”.

Ocorre que, apesar de ser considerada uma vantagem, o sigilo não está previsto expressamente na Lei 9.307/96. É verdade que o art. 13, § 6, menciona que o árbitro deve ser discreto, sendo que parte da doutrina aponta que, desse dispositivo, se conclui a confidencialidade da arbitragem.⁵¹⁴ Apesar do argumento levar a certa reflexão,⁵¹⁵ é necessário apontar que discrição não é sinônimo de sigilo. Por isso que, na verdade, a Lei de Arbitragem brasileira não prevê expressamente que a arbitragem não será sigilosa. Aliás, a lei brasileira não é a única a assim estabelecer, pois as leis da maioria dos outros países também nada mencionam sobre o tema.

A omissão da lei é, contudo, “saneada” nos **regulamentos arbitrais** de vários órgãos institucionais, que prevêm, entre outros dispositivos:

⁵¹³ Alguns autores, contudo, além de simplesmente afirmarem que o sigilo é uma das vantagens da arbitragem, também tecem observações interessantes sobre o tema. Entre outros, ver: MARISTELA BASSO, A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente. *Revista de Direito Mercantil*. Ano 35, nº 103, jul./set. 1996, n. 1.4, p. 18, e Lei nova revitaliza, cit., n. 1.4, p. 14.

⁵¹⁴ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 45.

⁵¹⁵ Por exemplo, o que adianta ser discreto quando o procedimento não é sigiloso? E se foi previsto que o procedimento será confidencial, basta ao árbitro ser discreto, ou ele precisa efetivamente manter sigilo?

- (a) que o procedimento arbitral é sigiloso;⁵¹⁶ e/ou
- (b) que as audiências são sigilosas;⁵¹⁷ e/ou
- (c) que as testemunhas que já depuseram devem deixar o recinto da audiência;⁵¹⁸ e/ou
- (d) que devem ser preservados os segredos industriais expostos na arbitragem;⁵¹⁹ e/ou
- (e) que as pessoas atingidas pelo dever de sigilo não podem divulgar informações que tenham apreendido em função da arbitragem;⁵²⁰
- (f) que o sigilo vincula tanto as partes quanto o árbitro⁵²¹, ou que vincula só o árbitro;⁵²² e/ou
- (g) que os funcionários e integrantes do órgão institucional arbitral também devem observar o sigilo;⁵²³
- (h) que o sigilo também vincula os peritos, ou todas as demais pessoas que de qualquer modo participaram da arbitragem.⁵²⁴

Contudo, às vezes os próprios regulamentos arbitrais, apesar de terem regra determinando a condução da arbitragem em sigilo, também possuem outras normas que, na prática, mitigam o sigilo, ou diminuem a sua abrangência. Por exemplo, existem regulamentos que prevêm a comunicação para terceiros em caso de não cumprimento da sentença arbitral, o que, de certo modo, implica em quebra parcial do sigilo.⁵²⁵ Também existem regulamentos que expressamente prevêm a possibilidade da sentença arbitral ser

⁵¹⁶ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 17.4; Reg. CCBC 9.8; Reg. CAMARB 7.3; Reg. FGV Art. 60; Reg. AMCHAM SP 15.1.

⁵¹⁷ Por exemplo: Reg. CCI “Artigo 21. Audiências. (3) O Tribunal Arbitral determinará como se desenrolarão as audiências, às quais as partes têm direito de estar presentes. Salvo autorização do Tribunal Arbitral e das partes, não será permitida nas audiências a presença de pessoas estranhas ao procedimento.”

⁵¹⁸ Por exemplo: Reg. CCBC “9.8. O procedimento arbitral é rigorosamente sigiloso, dele participando somente as pessoas que tenham legítimo interesse. Nas audiências o presidente do Tribunal Arbitral diligenciará para que qualquer testemunha se retire do recinto da audiência durante o depoimento das partes ou de outras testemunhas.” Ver também: Reg. ICDR (AAA) Art. 20 (4).

⁵¹⁹ Por exemplo: Reg. CCI: “Art. 20 Instrução da causa (7) O Tribunal Arbitral poderá tomar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais.”

⁵²⁰ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 8.8 e 17.4; Reg. CCBC 9.9; Reg. CAMARB 7.3; Reg. FGV Art. 60; Reg. AMCHAM SP 15.1.

⁵²¹ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 8.8 e 17.4; Reg. CCBC 9.9; Reg. CAMARB 7.3; Reg. FGV Art. 60; Reg. AMCHAM SP 15.1.

⁵²² Por exemplo: Reg. ICDR (AAA) Art. 34,

⁵²³ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 8.8 e 17.4; Reg. CCBC 9.9; Reg. CAMARB 7.3; Reg. FGV Art. 60; Reg. AMCHAM SP 15.1; Reg. ICDR (AAA) Art. 34.

⁵²⁴ Por exemplo: Reg. FGV Art. 60; Reg. AMCHAM SP 15.1.

⁵²⁵ Por exemplo: Reg. CCBC “11.2. Na hipótese de descumprimento da sentença arbitral a parte prejudicada poderá comunicar o fato ao Centro, para que o divulgue a outras instituições arbitrais e às câmaras de comércio ou entidades análogas, no País ou no exterior.”

divulgada, com a autorização e/ou a pedido das partes,⁵²⁶ ou quando a sentença se tornar pública na execução ou em outro tipo de demanda judicial.⁵²⁷

E pode acontecer de determinado regulamento arbitral nada disciplinar. Ou pode ser realizada arbitragem sem a incidência de qualquer regulamento arbitral, ou seja, integralmente regulado pelas partes e/ou pelo árbitro, **sem previsão expressa se o procedimento é público ou confidencial**. O que acontece então, será o procedimento sigiloso ou público? A doutrina diverge sobre o tema.

Há quem entenda que nada sendo previsto pelas partes, então não existe sigilo, pois esse não seria da essência da arbitragem.⁵²⁸

Também existe quem concorde que o sigilo não é da essência da arbitragem, mas que entenda que, nada sendo previsto, e sendo a arbitragem realizada no Brasil, então o procedimento deve sim observar o sigilo, em função “da observância obrigatória dos deveres laterais de boa-fé nas relações contratuais, dentre eles o de colaboração e proteção, fundados na confiança que uma das partes infunde na outra.”⁵²⁹

Neste contexto, há quem considere que o sigilo que na arbitragem foi, de certo modo, enfraquecido, por terem sido proferidas decisões, em altas cortes de outras nações, permitindo a quebra do sigilo da arbitragem em algumas circunstâncias.⁵³⁰

De qualquer modo, quando existe controvérsia – entre as partes e/ou com o árbitro – a respeito da confidencialidade ou publicidade de uma arbitragem, deve ficar claro que, para solucionar essa controvérsia, **não se deve recorrer ao art. 155 do Código de Processo Civil**,⁵³¹ que regula quais situações os processos judiciais estatais podem correr em segredo de justiça. Os motivos que levam uma arbitragem a ser ou não sigilosa não passam pela eventual análise ou interpretação do art. 155 do CPC. E isso por vários motivos.

Primeiro, pois, conforme explicado no item 6.16 supra, o CPC não é necessariamente fonte subsidiária à criação ou adaptação de regras procedimentais na arbitragem.

⁵²⁶ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 17.5 e 17.6; Reg. FGV Art. 61; Reg. ICDR (AAA) Art. 27 (4).

⁵²⁷ Reg. ICDR (AAA) Art. 27 (8).

⁵²⁸ NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 2 ao art. 3º da Lei 9.307/96, p. 1395.

⁵²⁹ JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., n. 5, p. 315.

⁵³⁰ Ver, sobre estas decisões, e suas repercussões na doutrina: DOLINGER-TIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 82-83.

⁵³¹ CPC: “Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.”

Segundo, sendo a regra, nos procedimentos estatais, a publicidade prevista na Constituição Federal, então o que o art. 155 do CPC regula é uma exceção a tal regra geral, prevendo certas hipóteses em que um processo estatal excepcionalmente corre em segredo de justiça. Ora, como o art. 155 do CPC regula a exceção de regra constitucional que é dirigida só ao estado (e que não é aplicável na arbitragem), não se pode afirmar que o referido art. 155 seja aplicável na arbitragem. Se a regra (a publicidade dos atos processuais) não se aplica na arbitragem, também não se aplica na arbitragem o dispositivo que regula a exceção da publicidade.

Terceiro, os próprios termos usados no art. 155 do CPC demonstram sua não aplicação nos procedimentos arbitrais. A começar pelo *caput*, que fala em segredo de justiça, conceito ligado à restrição da publicidade dos procedimentos judiciais estatais; o segredo de justiça é o segredo somente conhecido pela justiça e por algumas pessoas (partes e procuradores em cada caso concreto); os procedimentos arbitrais, quando sigilosos, não correm em segredo de justiça, já que o Poder Judiciário sequer precisa ter conhecimento da arbitragem. Em seguida, o inciso I fala em motivo de interesse público (para autorizar o sigilo), enquanto o que predomina, o que é o motor da arbitragem, é o interesse privado, a autonomia da vontade; para se definir pela confidencialidade, ou não, de uma arbitragem, o que usualmente se leva em conta é o interesse privado dos litigantes, e não o interesse público. E, para arrematar, o inciso II menciona questões que não são sequer arbitráveis, que não podem ser objeto de arbitragem, ficando claríssimo não ser tal dispositivo aplicável na arbitragem.

Em suma, o sigilo é opção das partes. Elas podem criar ou adaptar regra procedimental que exija, dispense, ou atenuar o sigilo. Também podem nada prever, situação, contudo, que gerará a indefinição antes explicada.

15.9) O idioma da arbitragem. O idioma usado no procedimento e na sentença. A tradução de documentos. O idioma nas eventuais demandas judiciais relacionadas com a arbitragem.

O idioma utilizado na arbitragem é tema que pode gerar diversas questões procedimentais. E quase todas essas questões não têm resposta única, havendo grande flexibilidade na criação e adaptação de regras procedimentais que regulam o tema do idioma escolhido pelas partes. A autonomia da vontade é quase que total neste tema,

somente não abrangendo o idioma das eventuais demandas judiciais relacionadas com a arbitragem.

As partes têm assim ampla possibilidade de estabelecer qual será o idioma da arbitragem.⁵³² Isso independentemente da arbitragem envolver partes estrangeiras ou contratos internacionais.⁵³³ Entre outras variáveis – limitadas somente pela imaginação – as partes podem prever:

(a) que a arbitragem será realizada em língua estrangeira mesmo nos casos em que a sentença arbitral tenha que ser proferida no Brasil;

(b) que apesar do idioma do procedimento ser um, o idioma da sentença arbitral será outro;

(c) que a sentença arbitral, mesmo que proferida no Brasil, será em língua estrangeira;⁵³⁴

(d) que durante o procedimento poderão ser apresentadas petições em mais de uma língua, até mesmo em línguas diferentes para cada parte;

(e) que os depoimentos na audiência serão tomados em mais de uma língua, com ou sem tradução;

(f) que os documentos apresentados em determinadas línguas não precisarão ser traduzidos, mesmo quando tais línguas não sejam as do procedimento arbitral.

Sendo escolhida determinado idioma para a arbitragem (ou para determinados atos na arbitragem), então é **recomendável que o árbitro seja fluente** em tal língua. Não se trata de uma obrigação, mas só uma recomendação.⁵³⁵ Se o árbitro informou previamente quais idiomas ele é fluente, e se mesmo assim as partes querem fazer uma arbitragem utilizando língua estrangeira que o árbitro não é fluente, isso é perfeitamente possível, em razão da autonomia da vontade. É uma opção das partes, que, contudo, certamente terão que providenciar as necessárias traduções, inclusive em eventual audiência. Vão gastar mais, mas podem assim proceder, especialmente quando confiam no árbitro.

⁵³² LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 1.3.2.1, p. 28.

⁵³³ Contra, afirmando que a escolha da língua somente se aplica nas arbitragens que envolvam contratos internacionais: EDUARDO SPINOLA E CASTRO, *A convenção*, cit., n. 4, p. 23. *Data venia*, não concordo com essa afirmação. Nada impede que, em arbitragem “nacional”, sobre contrato firmado no Brasil, para gerar efeitos no Brasil, mas com partes estrangeiras, essas prefiram escolher um outro idioma; por exemplo, duas empresas cujas matrizes sejam alemãs, podem preferir conduzir a arbitragem no Brasil em alemão. Isso sem qualquer problema ou invalidade, em razão da autonomia da vontade, e por não violar qualquer das garantias mínimas explicadas na terceira parte desta tese.

⁵³⁴ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 30.9, p. 603.

⁵³⁵ Contra, afirmando que o árbitro deve ser fluente na língua escolhida: EDUARDO SPINOLA E CASTRO, *A convenção*, cit., n. 4, p. 23.

Ocorre que pode acontecer das partes não estarem de acordo sobre o idioma da arbitragem. Para resolver esse tipo de impasse, os regulamentos arbitrais normalmente estabelecem que, não havendo acordo das partes, quem determina o idioma do procedimento é o **árbitro**. E para facilitar a – dar parâmetros que ajudem na – escolha do idioma, alguns regulamentos “sugerem” ao árbitro quais são os critérios que devem ser aplicados ao se decidir tal tema.⁵³⁶

De qualquer modo, se o regulamento arbitral aplicável ao caso concreto nada estabelecer, ou se na arbitragem não tiver sido escolhido um regulamento, então a decisão sobre o idioma da arbitragem também ficará a cargo do árbitro, que aplicará os seus poderes normativos supletivos para resolver a questão.

Por fim, o único tema que as partes não têm qualquer possibilidade de criação ou adaptação é em relação ao idioma das eventuais demandas judiciais relacionadas com a arbitragem. Em tais demanda aplica-se o art. 156 do CPC, que estabelece que “*Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.*”

⁵³⁶ Por exemplo: Reg. CCI “Art. 16 Idioma da arbitragem. Inexistindo acordo entre as partes, o Tribunal Arbitral determinará o idioma ou os idiomas do procedimento arbitral, levando em consideração todas as circunstâncias relevantes, inclusive o idioma do contrato.” Reg. CMA-CIESP “17.1. Em arbitragem internacional competirá às partes a escolha da lei aplicável ao mérito da controvérsia e o idioma da arbitragem. Não havendo previsão ou consenso a respeito, competirá ao tribunal arbitral indicar as regras que julguem apropriadas, bem como o idioma, levando-se em consideração as estipulações do contrato, os usos, costumes e regras internacionais de comércio. Os árbitros somente poderão decidir por equidade ou atuar como amigável compositor se estiverem autorizados pelas partes.”

16) FLEXIBILIDADE DAS REGRAS SOBRE A APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES PELAS PARTES (TANTO A PRETENSÃO QUANTO A DEFESA). RAZÕES INICIAIS E RAZÕES FINAIS.

16.1) Dependendo do regulamento arbitral, a apresentação das alegações iniciais não precisará ocorrer junto com a provocação para instituir-se à arbitragem.

No capítulo 14 supra tratou-se das regras procedimentais relacionadas com a provocação para instituir-se a arbitragem. Veja-se que em tal capítulo examinou-se um momento do litígio no qual a arbitragem ainda não se iniciou. Trata-se daquilo que parte da doutrina denomina de fase pré-arbitral (ver item 4.2 supra). Isso porque a arbitragem somente se institui com a aceitação da nomeação pelo árbitro, conforme previsto no art. 19 da Lei de Arbitragem.⁵³⁷

Há regulamentos arbitrais que determinam expressamente que, na fase pré-arbitral, o demandante deve, já na sua primeira manifestação – a de comunicação do interesse em resolver o litígio por arbitragem – trazer os seus argumentos de fato e de direito relativos ao mérito do litígio. É como se já tivesse que apresentar uma petição inicial. E o demandado também tem que responder como se fosse uma contestação. Tais regulamentos assim “misturam” tanto os atos de provocação da arbitragem quanto a apresentação das razões iniciais.⁵³⁸

Mas existem regulamentos que fazem claramente uma distinção entre a provocação para instituir a arbitragem e a efetiva apresentação de razões iniciais na arbitragem. Prevêem, nesse sentido, que na petição que visa provocar a instauração da arbitragem somente é necessária a indicação da matéria que será objeto da arbitragem e o valor do litígio.⁵³⁹ Outros pedem a indicação do objeto do litígio e o seu valor,⁵⁴⁰ ou ainda isso acrescentado de um resumo das questões que levaram ao pedido de instauração da

⁵³⁷ Lei 9.307/96: “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.”

⁵³⁸ Por exemplo: Reg. ICDR (AAA) Arts. 2 e 3 (o qual, contudo, também prevê, no Art. 4, a possibilidade de aditamento da sua “petição inicial” e/ou da contestação, bem como, no Art. 17 (1), a concessão de prazo para novas manifestações).

⁵³⁹ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.1; Reg. CCBC 5.1.

⁵⁴⁰ Por exemplo: Reg. CAMARB 2.1; Reg. FGV Art. 35.

arbitragem;⁵⁴¹ essas são informações mais específicas do que a simples matéria que será objeto da arbitragem, mas ainda não é a narrativa completa que a parte poderá fazer no futuro. No fundo, o que precisa ser apresentado é um mero resumo,⁵⁴² uma exposição sumária, somente precisando ser tratado o que é relevante na fase pré-arbitral. Ou seja, nesse momento inicial (preliminar), o demandante ainda não precisa apresentar todos os elementos da sua causa de pedir, todos os fundamentos de fato e de direito da sua pretensão. Igualmente não precisa apresentar, nesse momento inicial (preliminar), todos os documentos relativos à arbitragem, geralmente somente precisa apresentar a convenção arbitral.⁵⁴³

Do mesmo modo, a Lei de Arbitragem não determina que a notificação do art. 6º e a ação do art. 7º precisam conter todos os argumentos do autor relativos ao mérito do litígio. O objeto da notificação do art. 6º, e da ação do art. 7º, é a realização da arbitragem e não o mérito da questão que será solucionada pela arbitragem.⁵⁴⁴ E nem é preciso apresentar todas as provas documentais pertinentes ao mérito da arbitragem.

Essas mesmas regras se aplicam também para a parte “demandada”, quando essa responde a notificação do art. 6º, ou a ação do art. 7º, ou mesmo a convocação do órgão institucional arbitral. Sua resposta, em qualquer uma dessas situações, é limitada às questões relacionadas com a instituição (realização) da arbitragem. Ela não precisa examinar ou trazer todos os seus argumentos relativos ao mérito do litígio que será resolvido por arbitragem.

Constata-se assim que, em diversas arbitragens (talvez na sua maioria), na fase pré-arbitral ainda não são apresentados todos os argumentos relacionados com o mérito da controvérsia a ser dirimida pela arbitragem. E quando isso ocorre? Somente após instituída arbitragem, no momento em que for estabelecido pelas partes e/ou pelo árbitro e/ou pelo regulamento eleito pelas partes. Tal tema é tratado no item seguinte desta tese.

⁵⁴¹ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP 2.1; Reg. CCI Art. 4º (3).

⁵⁴² Por exemplo, estabelece o Reg. FGV “Art. 35. A parte que desejar recorrer à arbitragem deverá solicitá-la à Câmara FGV em requerimento escrito, do qual constarão necessariamente: (...) (b) o objeto do litígio e, se desejar, uma sucinta exposição das razões que fundamentam a pretensão;”. E também o Reg. AMCHAM SP “2.1. A parte que tiver interesse em resolver controvérsia por meio de arbitragem segundo o Regulamento deverá elaborar solicitação por escrito nesse sentido à Secretaria anexando os seguintes documentos e sucintamente prestando as seguintes informações: (...) (iii) resumo contendo, exclusivamente, a fixação da controvérsia e o pedido com as suas especificações;”.

⁵⁴³ Ver regras citadas nas três últimas notas de rodapé.

⁵⁴⁴ No mesmo sentido: IRINEU STRENGER, *Comentários*, cit., p. 58-59.

16.2) Dois sistemas distintos de apresentação das razões iniciais na fase arbitral propriamente dita: Modelo “clássico” vs. Modelo da apresentação simultânea de alegações.

No item anterior desta tese foi explicado que alguns regulamentos arbitrais prevêm que, ao solicitar a instituição da arbitragem, o “demandante” já deve apresentar todos os seus argumentos. Mas também foi apontado que diversos outros regulamentos não fazem essa exigência, deixando a apresentação das razões iniciais das partes para um momento posterior, ou seja, quando já estiver instaurada a arbitragem (com a aceitação do encargo pelo árbitro, conforme previsto no art. 19 da Lei 9.307/96). Em suma, no primeiro grupo de regulamentos a apresentação das alegações iniciais acontece na fase pré-arbitral, e no segundo grupo isso se ocorre na fase arbitral propriamente dita.

Assim, examinando-se os regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais que prevêm a apresentação das razões iniciais somente na fase arbitral propriamente dita, verifica-se que existem duas diferentes sistemáticas procedimentais que podem ser adotadas para regular a apresentação das alegações iniciais e da defesa. A arbitragem já está instituída e agora as partes devem apresentar suas pretensões e posições sobre as questões controvertidas, submetidas à arbitragem. Como isso ocorre? E o que se sucede após? O problema em análise é relativo à apresentação dos argumentos de fundo das partes, das suas razões, dos seus fundamentos de fato e de direito. Em suma, da verdadeira apresentação da sua pretensão e/ou da sua defesa.

Inicialmente, existem regulamentos que prevêm sistema similar ao utilizado nos procedimentos judiciais,⁵⁴⁵ o qual pode ser denominado de **modelo “clássico”**. Nesse sistema as regras de procedimento estabelecem que primeiro o demandante (normalmente quem provocou a instalação da arbitragem) apresenta suas alegações iniciais, de forma semelhante a uma petição inicial. Em seguida, o demandado apresenta sua impugnação, que é o equivalente a uma contestação. Segue-se prazo para o demandante apresentar réplica e prazo para o demandado apresentar tréplica. O demandado pode formular pedido reconvenicional no prazo da sua impugnação, e daí, no prazo da réplica, o demandante deve impugnar o pedido reconvenicional, seguindo-se daí manifestações em réplica e tréplica (ambas sobre a reconvenção). Às vezes ainda se prevê, após a tréplica, um prazo comum para todos se manifestarem sobre as alegações e provas documentais até então produzidos

⁵⁴⁵ Aplicam esta sistemática, entre outros: Reg. FGV Art. 42 e 43; Reg. AMCHAM SP 9.1 a 9.4.

na arbitragem – uma espécie de “memorial no meio do procedimento”, abordado no item seguinte desta tese.

O sistema supra explicado pode sofrer variações, ser flexibilizado, em razão da vontade das partes ou mesmo por determinação do árbitro. Prazos podem ser aumentados ou diminuídos. Novas manifestações – posteriores à tréplica – podem ser previstas, ou se, previstas, podem ser suprimidas. Pode ser determinada a apresentação do antes citado “memorial no meio do procedimento” (se não estava ainda previsto), ou esse pode ter a sua apresentação cancelada.

De outro lado, existem regulamentos que estabelecem um sistema diferente ao acima explicado, o qual pode ser denominado de **“modelo da apresentação simultânea de alegações”**. Nesses regulamentos é previsto que ambas as partes apresentam suas alegações iniciais no mesmo momento.⁵⁴⁶ Daí, em seguida, é concedido prazo para impugnações recíprocas e, eventualmente, para réplicas e/ou trélicas (que nesse contexto se aproximam do “memorial no meio do procedimento” abaixo citado), sempre apresentadas por todas as partes no mesmo momento. Se ambas as partes tiverem pretensão, ambas devem apresentar seus pedidos nas alegações iniciais – ou seja, uma das partes não vai esperar o momento da impugnação para apresentar pretensão reconvenção.⁵⁴⁷

Veja-se que esse segundo sistema pode ser usado tanto quando ambas as partes têm pretensão própria (pedido próprio) a ser dirimida, quanto quando somente uma das partes quer algo e o outro só quer se defender, nada almeja do seu adversário. Pode parecer estranho alguém se defender sem saber as alegações iniciais da outra parte, mas na prática os litigantes quase sempre sabem o que o outro quer e quais são os motivos que embasam a pretensão do outro litigante (ou pelo menos tem uma boa noção da pretensão e argumentos do lado contrário). Ainda mais se tratando de arbitragem, na qual é comum a prévia tentativa de negociação entre as partes. O demandado que somente quer se defender eventualmente não sabe todos os detalhes da pretensão do seu adversário, mas para isso é que existe o prazo seguinte, das impugnações recíprocas, onde o demandado poderá criticar todos os argumentos da outra parte (mesmo aqueles que ele, demandado, não examinou nas suas alegações iniciais).

⁵⁴⁶ Aplicam esta sistemática, entre outros: Reg. CMA-CIESP 8.1 a 8.4; Reg. CCBC 9.1 a 9.4.

⁵⁴⁷ Esse segundo tipo de sistemática (de procedimento), com alegações simultâneas, é elogiado por CARLOS ALBERTO CARMONA, O processo arbitral, cit., n. 8, p. 27-28.

No sistema acima explicado, quando uma das partes nada quer (só vai se defender), para ela é importante que fique previamente delimitado (no compromisso arbitral, ou no seu adendo, ou ainda nos documentos assinados pelas partes quando se inicia a arbitragem⁵⁴⁸), com bastante detalhamento, qual é a pretensão da outra parte, em suma, qual será o objeto da arbitragem. Esse detalhamento ajudará a compreender melhor a pretensão do adversário e, por tabela, ajudará a preparar melhor suas alegações iniciais, nas quais já começará a sua defesa.

Esse segundo sistema também pode ser flexibilizado, criando-se ou adaptado-se regras específicas. Novamente, os prazos podem ser aumentados ou diminuídos, manifestações extras podem ser previstas, ou manifestações em excesso podem ser canceladas.

16.3) Formulação de questões (de fato e de direito) pelos árbitros.

As partes já apresentaram suas alegações iniciais e impugnam as alegações da outra parte. Já apresentaram réplica e/ou tréplica. Já especificaram provas. Já apresentaram e comentaram as suas provas documentais e já se manifestaram sobre as provas documentais trazidas pela parte contrária.

Examinado todo esse conjunto, o árbitro já terá uma boa visão dos pontos que deverá decidir. E, para ampliar esta visão, para ter mais elementos relacionados com a decisão do mérito da arbitragem, ou para estabelecer quais provas deverão ser produzidas, ele pode utilizar uma interessante técnica – relativamente comum na arbitragem –, que é formular questões para serem respondidas pelas partes. Isso pode ocorrer antes ou mesmo depois da fase instrutória.

Quando se examinou o princípio do contraditório, no item 10.2.5 supra, defendeu-se a idéia de que tanto o juiz estatal quanto o árbitro devem ter participação efetiva no contraditório, inclusive dialogando com as partes, e instigando-as a examinar temas que, aos olhos do julgador, são relevantes mas não foram (ou não foram suficientemente) debatidos ao longo do procedimento. E uma das técnicas através da qual o árbitro pode instigar as partes a examinarem determinadas questões é formulando perguntas, indagações, questões.

⁵⁴⁸ Chamados, dependendo de cada regulamento, de “termo de arbitragem”, ou de “termos de referência”, ou de “ata de missão” etc., que são examinados no item 6.12.2 desta tese.

São diversas as razões que podem levar o árbitro a considerar interessante formular questões para as partes, indagando-as sobre temas de fato ou de direito específicos. Sem ter a pretensão de apresentar um rol taxativo, alguns exemplos podem ser dados:

(a) Quando as partes não examinam aspecto do litígio, seja de fato ou de direito, que o árbitro considera relevante, ou ao menos aparentemente relevante (esse é o exemplo abordado no item 10.2.5 desta tese).

(b) Quando são feitas alegações de fato ou de direito vagas, genéricas, de questões importantes para a decisão da arbitragem ou para a compreensão dos aspectos de fato ou de direito controvertidos.

(c) Quando uma das partes, apesar de impugnar todas as alegações da parte contrária, não examina relevantes alegações de fato ou de direito feitas pelo adversário.

(d) Quando uma das partes faz uma alegação específica – de fato ou de direito – a respeito de certo tema, e a outra parte impugna de forma genérica, vaga, levantando a dúvida sobre tal ponto, mas não ficando claro se sua objeção tem efetivamente algum fundamento.

(e) Quando uma parte menciona que um fato está comprovado em determinada prova (por exemplo, um documento), e a outra parte nega que o fato esteja comprovado, mas não examina expressamente tal prova.

(f) Quando as partes debatem bastante um tema, cada um sob um ângulo, apoiado somente no seu ponto de vista, não examinando a perspectiva apresentada pela outra parte.

(g) Quando temas de direito alegados por uma das partes não são analisados pela outra parte.

(h) Quando existe matéria de fato complexa (por exemplo, questões de engenharia), e o árbitro quer esclarecimentos mais diretos, mais específicos sobre os problemas que são examinados na arbitragem.

(i) Quando o árbitro fica com a impressão que determinados argumentos de fato ou de direito formulados pela mesma parte são contraditórios.

Na maioria das situações acima mencionadas, o debate entre as partes não foi aprofundado ou não foi suficiente aprofundado. Uma das partes, talvez até mesmo por questões de tática, não examinou (ou não examinou com profundidade) determinado tema, não apresentou argumentos convincentes, não enfrentou as questões como deveria. Lendo as peças processuais, o árbitro pode notar esses “vazios”, que mereceriam um melhor debate.

Às vezes o advogado não se aprofunda em certo tema pois sabe que isso será prejudicial ao seu cliente. Ocorre que o árbitro geralmente tem condições de perceber isso, de notar os “vazios” deixados por cada parte, até porque a maioria dos árbitros também é advogado. Nessas situações uma pergunta bem colocada talvez gere uma admissão ou nova resposta vaga, que pode servir como conclusão tão forte quanto a admissão de um fato contrário ao interesse da parte.

Mas o acima exposto não significa que essas perguntas, formuladas pelo árbitro, teriam sempre o objetivo de botar uma parte contra a parede, que seriam sempre para tentar obter-se a admissão de um fato contrário ao interesse da parte para a qual a pergunta foi formulada. O árbitro pode simplesmente precisar de mais explicações, de fato ou de direito, e as pede para as partes. Faz isso até mesmo para melhor avaliar a necessidade de produção de outras provas.

O árbitro pode fazer indagações dirigidas para todas as partes (a mesma indagação para todos), situação em que, após as partes responderem, é necessário, em respeito ao contraditório, que seja fixado novo prazo para que cada uma possa comentar a resposta do outro. O árbitro também pode preparar questões diferentes para cada uma das partes, situação em que, após serem apresentadas as respostas, deverá ser aberto prazo para a(s) outra(s) parte(s) poder(em) comentar cada resposta (novamente, para assim aplicar corretamente o princípio do contraditório no caso concreto).

Do **ponto de vista do advogado** das partes, oportuno notar que, quando o árbitro faz uma pergunta ele está com isso indicando quais temas considera relevantes. Não deixa de ser um farol sobre os temas que merecem atenção na fase probatória, ou que precisam ser melhor explorados. O advogado nunca tem certeza absoluta de quais argumentos impressionarão o árbitro, e sempre corre o risco de tratar de forma superficial algo que o árbitro considera relevante. Se o árbitro faz a pergunta específica sobre tal tema, o advogado pode aprofundar seus argumentos, até para mostrar que ele não fugiu da discussão, ou que ele não tem medo de enfrentar tal ponto. As perguntas do árbitro podem, neste sentido, ajudar as partes (os advogados) a melhorar a sua linha de argumentação.

Talvez alguns advogados não gostem quando o árbitro formula perguntas muito diretas demais (como uma faca na ferida), por não permitirem que o advogado use – ou restringem a possibilidade do advogado usar – sua habilidade em escrever para fugir do assunto, para não enfrentá-lo de frente, para, no jargão popular, “enrolar” o julgador. Quando a pergunta é direta, se a resposta é vaga, genérica, imprecisa (no jargão popular, “vaselina”), o árbitro provavelmente vai considerar tal tipo de resposta quase que uma

admissão do fato. No mínimo dará mais certeza ao árbitro que tal fato merece ser melhor investigado.

Explicado assim o que são essas perguntas (indagações) feitas pelo árbitro e quais são seus objetivos, fica fácil perceber que, para que tais questões possam ser formuladas pelo árbitro em determinada arbitragem, não é necessária a prévia existência de regra procedimental prevendo tal possibilidade. Essa prática, em apresentar questões para as partes, é decorrência direta do princípio do contraditório, explicado no item 10.2.5 supra. Assim, sendo as regras procedimentais omissas, o árbitro, usando seu poder normativo supletivo e aplicando o princípio do contraditório, pode sempre formular questões para serem respondidas pelas partes.

Mais ainda, as partes não podem proibir o árbitro de fazer tais indagações, que são baseadas na aplicação direta do princípio do contraditório.

Ou seja, neste tema, a flexibilidade é somente do árbitro. Só ele pode decidir se fará ou não indagações, e qual o conteúdo delas.

Já as partes não têm flexibilidade alguma. Elas não precisam dar este poder ao árbitro. Elas não podem tirar este poder do árbitro, pois isso implicaria em violação do princípio do contraditório. E se elas se recusarem a responder, sua atitude certamente vai contar contra sua posição.

Alguns regulamentos arbitrais prevêm regras permitindo que o árbitro formule tais tipos de questões e/o que provoque as partes sobre determinados temas. Assim, por exemplo, o Regulamento da LCIA, que regula a matéria da seguinte forma: “*Art. 19.3 O Tribunal de Arbitragem poderá entregar às partes, antes de qualquer audiência, uma lista de perguntas que deseje que respondam com atenção especial.*” Em sentido similar, o Art. 16 (3) do Regulamento do ICDR (AAA), estabelece que o árbitro pode: “*determinar que as partes concentrem suas intervenções nos pontos, cuja decisão possa encerrar total ou parcialmente a disputa.*” Esse tipo de regra é repetida em outros regulamentos,⁵⁴⁹ sempre com a idéia de que o árbitro deve indicar para as partes o que ele quer investigar, quais questões ele acha relevantes.

⁵⁴⁹ Por exemplo: *IBA Rules Preamble* (3).

16.4) Memorial no meio do procedimento.

Outra técnica que o árbitro pode usar para ampliar o debate é determinar a apresentação, pelas partes, em prazo comum, de um memorial no meio do procedimento, antes da fase probatória. Em tese esse memorial serve para fixar de vez as posições desenvolvidas pelas partes, para deixar claro quais são os pontos de fato e de direito controvertidos, e para ajudar o árbitro a decidir sobre quais provas deverão ser produzidas naquela arbitragem.

Contudo, se o debate entre as partes já foi aprofundado, se suas posições já estão claras, não seria necessário determinar a apresentação desse memorial no meio do procedimento. Até porque em tese as partes terão, após o fim da fase instrutória, prazo para apresentarem alegações finais.

Nesse ponto a flexibilidade do procedimento arbitral funciona para os dois sentidos antes mencionados. Pode ser usada para determinar a prática de um ato não previsto antes, ou seja, para mandar apresentar o memorial no meio do procedimento, apesar das partes não terem previsto tal ato (o árbitro criou um ato inexistente). Ou pode ser usado para cancelar a apresentação desse memorial no meio do procedimento (o árbitro adaptou, modificou o procedimento).

Nas duas situações, o confronto entre as vontades (poderes) das partes e do árbitro devem ser resolvidas com bom senso (razoabilidade e proporcionalidade). Por exemplo, se as partes insistem em apresentar o memorial no meio do procedimento, talvez seja melhor o árbitro não criar problemas. De outro lado, se o árbitro considera imprescindível tal ato, talvez seja melhor que as partes concordem e aproveitem para tentar melhorar a exposição das suas posições. Sei que nesses dois exemplos prejudica-se a celeridade, mas isso acontece para beneficiar o contraditório e a ampla defesa.

16.5) Audiências não instrutórias.

Ainda tratando dos atos procedimentais anteriores à instrução probatória, é necessário apontar a possibilidade do procedimento eleito pelas partes prever a realização de algum tipo de audiência de caráter não instrutória.

Assim, conforme já explicado no item 13.3 supra, alguns regulamentos arbitrais prevêm a realização de uma audiência preliminar, logo no início do procedimento,⁵⁵⁰ geralmente para marcar o início do procedimento, e para que as partes possam acordar com o árbitro a criação de regras procedimentais ainda não estabelecidas, ou a adaptação de regras procedimentais que já sejam reputadas inadequadas. Essas audiências preliminares funcionariam assim como verdadeiras reuniões de trabalho, destinadas a organizar a realização da arbitragem, ou, pelo menos, dos próximos passos dentro de tal arbitragem. Obviamente, se as partes não conseguirem fixar de comum acordo tais regras, elas serão determinadas pelo árbitro, com base no seu poder normativo supletivo.

De certo modo copiando o que ocorre em alguns procedimentos judiciais estatais, existem regulamentos que estabelecem a realização de audiências: (a) de tentativa de conciliação no meio do procedimento arbitral;⁵⁵¹ (b) para apresentação das razões finais das partes;⁵⁵² e (c) para os árbitros apresentarem sua sentença.⁵⁵³

Todas essas “espécies” de audiência são claramente inspiradas no princípio da oralidade. Contudo, muitos advogados brasileiros têm histórica implicância com a realização de audiências nas quais nada de substancial ocorre, em que somente se cumpre a formalidade do comparecimento, para entregar um documento, ou para receber uma informação, ou para tentar uma negociação que já foi exaustivamente tentada (ou que o advogado sabe que nunca poderá ter sucesso pois o seu cliente não quer ou não tem condições econômicas de transacionar). Consideram a realização de tais audiências verdadeira perda de tempo, principalmente em grandes cidades, cujo trânsito tem crescido a cada ano.

Ocorre que os árbitros também são, em geral, advogados. E eles podem ter as mesmas implicâncias dos advogados das partes contra tais tipos de audiências. Assim, todos juntos, numa grande conspiração contra o combalido princípio da oralidade, podem as partes e/ou o árbitro cancelar a realização de tais audiências, prevendo, por exemplo, o mero protocolo das razões finais e a intimação do teor da sentença arbitral pelo correio, ou por outro meio previsto no regulamento arbitral aplicável. Isso tudo lhes é permitido pela flexibilidade do procedimento arbitral.

⁵⁵⁰ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 8.1; Reg. CCBC 9.1.

⁵⁵¹ Ver Reg. CAMARB 5.2 e 5.3.

⁵⁵² Ver Reg. FGV Art. 47.

⁵⁵³ Ver: Reg. FGV Art. 52.

Algo completamente diferente, todavia, é a designação de audiência para as partes exporem suas razões e/ou responderem as indagações do árbitro. Uma audiência desse tipo não tem nada de inútil, não é a oralidade vazia, é a aplicação da verdadeira oralidade, do que ela tem de melhor.

Veja-se que ainda não se trata de uma audiência instrutória (ou, pelo menos, não é uma verdadeira audiência instrutória). Não é ainda para ouvir testemunhas, peritos etc. É uma audiência marcada para as partes exporem suas posições de forma oral, para poderem debater oralmente, para que possam responder as perguntas já feitas antes pelo árbitro, e ainda para que o árbitro possa fazer eventuais novas perguntas, por exemplo pedindo esclarecimentos sobre temas abordados pelas partes na audiência.

Pode ser previsto que cada advogado terá determinado tempo para expor, de forma oral, sua posição, e em seguida novo prazo para réplicas / impugnações recíprocas. Também pode ser conduzido verdadeiro debate, desde que os advogados efetivamente permitam que o outro lado também tenha oportunidade de expor sua posição.

As partes podem trazer e/ou examinar algum tipo de prova documental. Podem mostrar fotos ampliadas, gráficos, tabelas. Podem passar vídeos ou apresentações de *power point*. Tudo isso para melhor explicar ao árbitro as questões de fato e de direito objeto daquela arbitragem. E, com isso, contribuir para que o árbitro, e também os próprios advogados e partes, estejam melhor preparados para a fase instrutória.

Para que esse tipo de audiência funcione a contento, é importante que as partes (advogados) saibam com antecedência como ela será realizada, qual será a ordem dos trabalhos, o que poderá / deverá ser feito, quais oportunidades cada um terá. É de fundamental importância que as partes não sejam surpreendidas, o que pode ser evitado com a realização de reuniões de trabalho, conforme salientado e explicado no item 13.3 supra.

17) ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA E FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

17.1) Estabilização da demanda nos procedimentos judiciais estatais.

Para se falar de estabilização da demanda é necessário, inicialmente, questionar o que é o mérito do processo, o que é o seu objeto. A lição tradicionalmente explicada por expressiva parcela da doutrina brasileira é que o mérito do processo é o pedido deduzido em juízo, aquilo que o autor solicitou ao Estado em face do réu,⁵⁵⁴ eventualmente somado com aquilo que o réu pleiteou contra o autor (por meio de reconvenção, pedido contraposto, ou por ter a demanda caráter dúplice).

Assim, nos procedimentos judiciais estatais brasileiros ocorre, em dado momento, o que se denomina de **estabilização da demanda** (ou estabilização da lide, ou estabilização do processo),⁵⁵⁵ que é a delimitação e fixação definitiva do objeto do processo, daquilo que deve ser examinado pelo juiz.⁵⁵⁶

O sistema processual civil brasileiro restringe a introdução de novos pedidos ao longo do procedimento: o art. 294 do CPC permite ao autor aditar o pedido antes da citação do réu;⁵⁵⁷ o *caput* do art. 264 do CPC determina que, após a citação do réu, o pedido somente poderá ser modificado com a concordância do demandado;⁵⁵⁸ e o parágrafo único do mesmo art. 264 estabelece a regra de estabilização final da demanda, prevendo que “A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será

⁵⁵⁴ Esta definição é um resumo de tema objeto de amplos debates na doutrina. Ver, entre outros: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, t. 1, n. 102 ss, p. 232 ss; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 242-250; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 147-149; KAZUO WATANABE, *Da cognição*, cit., n. 20, p. 97 ss; RICARDO DE BARROS LEONEL, *Causa de pedir e pedido: O direito superveniente*. São Paulo: Método, n. 2.1 ss, p. 31 ss; SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 76-85.

⁵⁵⁵ Trata-se de outro exemplo de fungibilidade de nomenclaturas, na linha do explicado na nota 26 desta tese.

⁵⁵⁶ Sobre a estabilização da demanda, ver, entre outros: RICARDO DE BARROS LEONEL, *Causa de pedir*, cit., n. 3.1 ss, p. 119 ss; JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, *A causa petendi*, cit., n. 3 ss, p. 103 ss, e *Sistemas rígidos*, cit., p. 53 ss.

⁵⁵⁷ **CPC**: “Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa” (redação da Lei 8.718/93). O sistema processual civil brasileiro era ainda mais rígido, pois a redação original do art. 294 do CPC determinava que, quando o autor tivesse omitido, na inicial, um pedido, somente poderia pleiteá-lo por ação própria, regra essa, contudo, que estava, em certo modo, em contradição com o *caput* do art. 264 do CPC, abaixo transcrita.

⁵⁵⁸ **CPC**: “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.”

permitida após o saneamento do processo.” E a explicação tradicional da doutrina é que, em razão desse último dispositivo, após se feito o saneamento, não podem ser apresentados novos pedidos nem mesmo com a concordância da parte contrária. A estabilização da demanda é, inclusive, um dos elementos levados em conta para se classificar um sistema processual como sendo rígido (ver item 3.1 supra).

Outro ponto que deve ser recordado é o chamado princípio da correlação (ou da congruência, ou da correspondência).⁵⁵⁹ como o juiz não pode agir sem ser provocado, a sentença somente pode apreciar o objeto do processo. Existe, portanto, uma relação clara entre os pedidos deduzidos no processo e o decidido a final na sentença. É dessa comparação que se apuram os eventuais vícios das sentenças *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita*.

Essas são, em linha geral, os principais aspectos das normas estatais que regulam a estabilização da demanda no processo civil brasileiro, havendo, obviamente, especificidades e detalhes cuja investigação foge aos objetivos desta tese.

17.2) Estabilização da demanda na arbitragem. Primeiras observações. Sentenças arbitrais *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita*.

Para os fins desta tese, necessário apurar, de um lado, se na **arbitragem** também existe o fenômeno da estabilização da demanda e, em caso positivo, se ela se opera da mesma forma prevista no Código de Processo Civil brasileiro, e ainda, de outro lado, a ligação dessas questões com a flexibilidade do procedimento arbitral.

Em vez de começar pelo início, vou primeiro abordar o final do raciocínio antes desenvolvido. Existe previsão, na arbitragem, de que as sentenças *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita* são viciadas? A doutrina aponta que sim, que esses vícios são causa que permite a apresentação da ação de nulidade (anulação) do art. 33 da Lei 9.307/96, por estarem previstos no art. 32, incisos IV e V da mesma Lei, da seguinte forma:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se: (...)

IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (...)

⁵⁵⁹ Sobre o princípio da correlação, ver, entre outros: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do processo*, cit., n. 3.2.2, p. 298 ss; SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Reflexões sobre o princípio da demanda*. In: FUX-NERY JR.-ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos*, cit., n. 4, p. 591-594.

Veja-se que a jurisdição do árbitro é sempre decorrente da vontade das partes, e limitada pela expressão da vontade das partes. Em algum momento, na arbitragem, é necessário que a parte apresente sua pretensão, o que ela quer que lhe seja concedido. Isso vai fixar a pretensão, vai definir o objeto da arbitragem. E com base nessa fixação do objeto da arbitragem é que será verificado se a sentença arbitral é ou não *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*, aplicando-se, assim, integralmente o princípio da correlação entre o pedido e o decidido.⁵⁶⁰ O raciocínio é, até aqui, bem semelhante ao do processo civil tradicional.

Mas para que uma sentença arbitral seja caracterizada como *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita*, seria imprescindível haver, na arbitragem, regras de estabilização da demanda similares ao previsto nos arts. 264 e 294 do CPC brasileiro? Pior ainda, os arts. 264 e 294 do CPC se aplicam na arbitragem?

Conforme mencionado, para saber se uma sentença (arbitral ou judicial) é *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita*, é necessário comparar o que foi pleiteado em tal processo e o que foi concedido / decidido na sentença. Existe sempre uma definição, pelas partes requerentes em cada litígio, do que querem, do que pretendem, em suma, da sua pretensão (que, conforme dito, define o objeto do processo).

Ora, essa definição da pretensão é sempre feita por um ato da parte. O que a lei pode eventualmente limitar – através das regras da estabilização da demanda – é até quando pode ser apresentada essa pretensão dentro de cada processo. Em tese poderia ser criado um procedimento sem regras similares ao art. 264 e 294 do CPC, prevendo a possibilidade das partes aditarem (modificar, variar, corrigir etc.) os seus pedidos (as suas pretensões) a qualquer tempo, desde que fosse concedida à parte contrária plenas condições de se defender novamente, de impugnar a nova pretensão e de, se necessário, produzir provas novas. Aliás, há sistemas processuais, em outras nações, que não têm regras tão rígidas, relacionadas com a estabilização da demanda, como as previstas nos arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil.

No item 6.16 supra foi apontado que o CPC não é automaticamente aplicado em toda e qualquer arbitragem. Usando essa mesma linha de raciocínio, os artigos 264 e 294 do CPC não são aplicados na arbitragem, ou melhor, não têm aplicação, na arbitragem, do mesmo modo como funcionam no processo civil estatal. E isso em virtude, basicamente, da

⁵⁶⁰ Afirmando que na arbitragem também se aplica o princípio da correlação: CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto*, cit., v. 3, n. 73, p. 365.

natural flexibilidade procedimental da arbitragem, e das explicações feitas nos itens seguintes desta tese.

17.3) Estabilização da demanda na arbitragem (cont.). A apresentação do pedido, da pretensão, na arbitragem.

Qual é o local exato em que o autor faz o seu pedido **no processo civil estatal**? Na petição inicial, ou no seu aditamento (limitado pelos arts. 264 e 294 do CPC). E o réu, onde ele esboça sua pretensão? Dependendo do tipo de procedimento, na reconvenção ou na contestação (quando a demanda tem caráter dúplice ou quando é prevista a possibilidade de pedido contraposto).

E na **arbitragem**, onde o “autor” (se é que tal termo pode ser usado) apresenta seu pedido? Será que, quando a cláusula compromissória é vazia, deve informar o seu exato pedido na notificação do art. 6º da Lei 9.307/96? Ou será que o seu pedido exato tem que ser explicado na ação do art. 7º da mesma Lei? Ou será que a sua exata pretensão deve estar fixada no compromisso arbitral? Mas e no caso de cláusula compromissória cheia, com previsão de arbitragem institucional, será que a exata pretensão do “autor” deve constar no pedido de instauração de arbitragem dirigido ao órgão institucional arbitral? Ou sendo assinado termo de arbitragem, é nele que precisaria constar os exatos termos do pedido? Ou o pedido pode ser formulado somente quando o “autor”, finalmente, apresenta suas alegações iniciais na fase arbitral propriamente dita?

E o “réu”, na arbitragem, pode ele apresentar reconvenção? A resposta é, em tese, sim, mas isso dependerá de dois fatores: de um lado, do objeto da sua reconvenção estar abrangido pela convenção arbitral; de outro lado, das regras criadas ou adaptadas para tal arbitragem não proibirem a – ou serem incompatíveis com apresentação da – reconvenção.⁵⁶¹ Mas quando o réu deve apresentar sua reconvenção, onde, quando ele deve fazer tal pedido? Na sua resposta a qual das manifestações do autor antes listadas?

Essas duas perguntas, ainda não respondidas (onde o autor faz o seu pedido, e onde o réu faz o seu pedido), no fundo se resumem ao mesmo tipo de indagação, onde fazer o pedido. E não existe uma solução definitiva para tais indagações que sirva para todas as

⁵⁶¹ LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI, *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, n. 65, p. 337-338.

arbitragens.⁵⁶² E isso exatamente em razão da flexibilidade do procedimento arbitral. Vai depender de uma série de fatores, das regras escolhidas pelas partes, do regulamento arbitral eventualmente aplicável, e mesmo do comportamento das partes na arbitragem. Diferentemente dos procedimentos judiciais estatais, nos quais se prevê lugares específicos para a formulação do pedido – inicial, aditamento, reconvenção, contestação – na arbitragem existem diversos lugares diferentes, variadas formas mediante as quais as partes podem apresentar os seus pedidos. Dois exemplos ajudam a entender a situação.

No primeiro exemplo, o “autor” (ou “demandante”) envia a notificação do art. 6º da Lei 9.307/96 e desde logo informa que sua pretensão é receber a multa contratual prevista na cláusula X, no valor Y. O pedido já está claro desde a notificação. Ele repete essa informação ao propor a ação do art. 7º. Essa demanda é julgada procedente, a sentença vale como compromisso arbitral, e nela consta expressamente que o objeto da arbitragem é verificar se a multa da cláusula X é ou não devida e se o “demandante” deve ou não receber a quantia Y. E ao apresentar suas alegações iniciais, na fase arbitral propriamente dita, o “demandante” reitera esse exato pedido: quer receber o valor Y em função da multa contratual da cláusula X. Nesse exemplo o pedido já estava claro desde a notificação do art. 6º. Se a cláusula compromissória fosse cheia, o “demandante” poderia ter feito esse mesmo pedido ao apresentar a solicitação de início da arbitragem do art. 5º da Lei 9.307/96. O pedido é sempre o mesmo, deste quando, na fase pré-arbitral, o “demandante” expressou, pela primeira vez, seu desejo de utilizar a arbitragem para resolver o litígio.

No segundo exemplo, ao provocar a instalação da arbitragem – seja na forma do art. 5º, seja conforme previsto nos arts. 6º e 7º – o “demandante” não formula um pedido exato, de contornos definidos, e nem faz algo parecido com um pedido ilíquido (genérico). Ele simplesmente afirma que firmou um contrato de prestação de serviços com o “demandado”, o qual violou o contrato várias vezes (sem dar detalhes) e que, em razão disso, quer iniciar a arbitragem, para pleitear uma indenização (a ser futuramente especificada, no momento oportuno). O “demandante”, assim, não deu maiores detalhes sobre a causa de pedir (quais foram os atos que acarretaram em violações do contrato) e nem formulou o seu exato pedido. Somente deixou claro que quer resolver o litígio por meio de arbitragem. Posteriormente, ao ser assinado a cláusula compromissória ou o termos de arbitragem, é repetida essa explicação vaga e genérica do que é objeto da

⁵⁶² Em linha geral, mas sem dar os detalhes explicados nesta tese, isso também é notado por: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Nova era*, cit., n. 15, p. 38; MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 3.4, p. 42-43.

arbitragem: o “demandante” pretende demonstrar que o “demandado” violou o contrato em diversos momentos e quer ser indenizado por tais violações. Finalmente, ao apresentar as suas alegações iniciais, na fase arbitral propriamente dita, o “demandante” formula com exatidão a sua pretensão, narra todas as violações contratuais, faz pedido certo de ser indenizado no valor de Z. Nesse exemplo, o pedido foi formulado somente ao “final” de toda essa cadeia de atos relacionados com a arbitragem.

Nos dois exemplos antes mencionados, o momento da exata formulação do pedido decorreu tanto de questões táticas de cada parte na arbitragem quanto de regras legais.

Em relação aos aspectos táticos, o litigante pode achar que sua pretensão fica reforçada se ele, desde o começo, dizer exatamente o que quer. Ou pode achar melhor não dar tantas informações sobre a sua exata pretensão, deixando para apresentá-la no último momento em que isso é necessário, para assim não facilitar a defesa do outro lado.

Em relação às regras legais incidentes, necessário verificar se existe alguma regra, aplicável àquela arbitragem, que exige a apresentação do pedido até determinado momento. Isso é explicado nos itens posteriores desta tese.

17.3.1) Onde e quando é feito o pedido na arbitragem. Cláusula compromissória vazia. Os arts. 6º, 7º, e 10, III, da Lei 9.307/96.

O artigo 6º da Lei de Arbitragem disciplina o envio da notificação destinada a dar ciência, para a parte contrária, do interesse em se realizar a arbitragem para solucionar um conflito. O artigo 6º não prevê que, nesta notificação, já conste o pedido da parte. O que se exige é que o notificante manifeste “à *outra parte sua intenção de dar início à arbitragem*”. Então não existe a obrigação de se fazer o exato pedido quando se envia a notificação.

O mesmo ocorre na ação do art. 7º da Lei 9.307/96. Não existe, em tal dispositivo e nos seu parágrafo, regra exigindo que o autor desde logo informe qual será o seu pedido na arbitragem. Talvez alguém não concorde com essa afirmação, já que, nos termos dos parágrafos do art. 7º, a sentença de tal demanda valerá como compromisso arbitral, e conter os requisitos do art. 10 da mesma lei; assim, se no compromisso é necessário constar o objeto da arbitragem, esse teria que ser indicado na petição inicial da ação do art. 7º. Esse raciocínio, contudo, parte da falsa premissa de que seria sempre necessário constar, no compromisso arbitral, o exato objeto da arbitragem, com a especificação exata

do pedido do “autor” (e da eventual pretensão reconvenicional do “réu”); essa premissa está errada.

O art. 10, III, da Lei de Arbitragem somente exige que no compromisso arbitral conste “*a matéria que será objeto da arbitragem*”. Será isso a exigência de constar, no compromisso arbitral, o exato pedido do “demandante”?

É verdade que a doutrina antes citada afirma que o objeto do processo é o pedido. Mas o inciso III do art. 10 não determina que o compromisso arbitral deva ter “o objeto” (da arbitragem), mas “a matéria que será objeto” (da arbitragem). Algo “que será” não é a mesma coisa de algo que já é “o” (objeto). Mais ainda, falar em “matéria objeto da arbitragem” é algo mais amplo, mais indefinido, do que o pedido efetivo.

Assim, o inciso III do art. 10 da Lei de Arbitragem foi redigido em termos suficientemente vagos para permitir que, no compromisso arbitral, não seja necessário constar o exato pedido (a efetiva pretensão) do “demandante”, bastando, para atender tal regra, que conste um resumo do litígio, um panorama geral, uma síntese do panorama geral da controvérsia, ou seja, “*a matéria que será objeto da arbitragem*”. E não necessariamente a exata pretensão (pedido) que poderá ser posteriormente feito na arbitragem.⁵⁶³

Desse modo, o pedido exato do “demandante” (e também a pretensão reconvenicional do “demandando”) pode até mesmo constar de forma completa na notificação do art. 6, na ação do art. 7º, ou no compromisso arbitral, mas isso tudo não é exigido pela Lei 9.307/96.

17.3.2) Onde e quando é feito o pedido na arbitragem (cont.). Cláusula compromissória cheia. Art. 5º da Lei 9.307/96: os regulamentos arbitrais e a disciplina do pedido de instauração da arbitragem.

No item 4.4 supra explicou-se que quando a cláusula compromissória é cheia, para a parte provocar a realização da arbitragem, ela precisa proceder de acordo com o estabelecido no art. 5º da Lei 9.307/96. Assim, se foi previsto que a arbitragem será institucional, então ela deverá apresentar um requerimento (petição, carta etc.) para o órgão

⁵⁶³ MARCUS VINICIUS TENORIO DA COSTA FERNANDES, *Anulação*, cit., n. 3.4, p. 42-43, reconhece que podem existir situações em que o pedido é feito após a assinatura do compromisso, apontando, todavia, que seria melhor que o objeto do processo constasse no compromisso. Esquece-se, contudo, que o compromisso não é essencial para realizar a arbitragem (conforme explicado no item 4.4 supra).

institucional arbitral eleito pelas partes, para que esse dê início aos atos destinados a implementar a arbitragem (ver item 14.2 supra).

Então, voltando à questão de saber onde é necessário formular o pedido, deve-se verificar, no regulamento arbitral aplicável, se está previsto que no requerimento de instauração da arbitragem já deve constar, ou não, o pedido exato da parte, a sua pretensão (que será o objeto da arbitragem). Os diferentes regulamentos fazem exigências diversas sobre o conteúdo do requerimento que lhes deve ser dirigido. Em relação à especificação do pedido (a fixação do exato objeto da arbitragem), há pelo menos três possibilidades diferentes (novamente, a **flexibilidade procedimental!**).

Um primeiro caminho é não exigir que no pedido de instauração da arbitragem conste a exata pretensão, permitindo que o requerimento contenha somente uma exposição geral das questões que serão dirimidas por meio de arbitragem, sem precisar constar o pedido exato do “demandante”. O pedido, assim, só precisaria ser formulado com exatidão em momento posterior. Assim, há regulamentos arbitrais que, usando a terminologia similar a do art. 10, III, da Lei 9.307/96, somente estabelecem que no requerimento em questão deve constar a indicação da “*matéria que será objeto da arbitragem e o seu valor.*”;⁵⁶⁴ ora, como pedir o valor do litígio não significa pedir o exato valor da pretensão, esses regulamentos não exigem que a exata pretensão da(s) parte(s) conste no “termo de arbitragem”.

Um segundo caminho é exatamente o contrário do primeiro. Pode perfeitamente ocorrer do regulamento arbitral determinar que no requerimento de instalação de arbitragem já deve constar o exato pedido da parte. Então, é neste momento que o “demandante” deverá apresentar o seu pedido. Nessa linha de raciocínio, há regulamentos que afirmam expressamente que em tal requerimento deverá constar “*o objeto do litígio, e, se desejar, uma sucinta exposição das razões que fundamentam a pretensão*”,⁵⁶⁵ ou ainda “*resumo contendo, exclusivamente, a fixação da controvérsia e o pedido com as suas especificações*”.⁵⁶⁶

E o terceiro caminho é a estrada intermediária entre as duas acima explicadas. Nessa terceira via o regulamento exige que no requerimento de instalação de arbitragem conste a especificação do objeto do litígio, ou seja, da pretensão do “demandante”, mas permite que o valor exato do pedido seja apontado posteriormente. Nessa linha, há

⁵⁶⁴ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 2.1; Reg. CCBC 5.1.

⁵⁶⁵ Reg. FGV Art. 35 (b).

⁵⁶⁶ Reg. AMCHAM SP 2.1 (iii).

regulamentos que estabelecem a necessidade de que em tal requerimento conste “o objeto do litígio e seu valor estimado”.⁵⁶⁷ O objeto já está delimitado, mas aceita-se que o pedido tenha sido de um valor estimado, o qual será determinado pela parte posteriormente.

Portanto, quando a parte (o advogado) prepara, nos termos do art. 5º da Lei 9.307/96, um pedido de instauração de arbitragem, ele deve estar atento ao que prevê o regulamento arbitral eleito pelas partes, verificando se deverá, ou não, fazer o seu pedido completo neste momento.

17.3.3) Onde e quando é feito o pedido na arbitragem (cont.). Cláusula compromissória cheia (cont.). Conteúdo do termo de arbitragem.

No item 6.12.2 supra explicou-se que alguns órgãos arbitrais institucionais prevêm, em seu regulamento, que no começo da fase arbitral propriamente dita deve ser assinado um “termo de arbitragem”. Os diferentes regulamentos fazem exigências diversas sobre o conteúdo do “termo de arbitragem”. Em relação à especificação do pedido, à fixação do exato objeto da arbitragem, existe novamente – em paralelo ao explicado no item anterior desta tese – pelo menos três possibilidades diferentes, relacionadas, mais uma vez, com a flexibilidade procedimental.

Um primeiro caminho é não exigir que no “termo de arbitragem” conste a exata pretensão, permitindo que nele conste somente uma exposição geral das questões que serão dirimidas por meio de arbitragem, sem precisar constar o pedido exato do “demandante” e/ou a eventual pretensão reconvenicional do “demandado”. O pedido, assim, só precisaria ser formulado com exatidão quando as partes apresentam suas alegações iniciais.

Um segundo caminho é exatamente o contrário do primeiro. O regulamento arbitral expressamente prevê que no “termo de arbitragem” já deve constar o exato pedido de cada uma das partes. Então, as partes terão que, até o momento em que for assinado o “termo de arbitragem”, apresentar sua pretensão. Por exemplo, o item 8.1 (iii) do Regulamento da AMCHAM SP prevê que no “termo de arbitragem” deverá constar a “*descrição sucinta da controvérsia, das pretensões das partes, seus pedidos e quantias pleiteadas*”.

E o terceiro caminho é a estrada intermediária entre as duas acima explicadas. Nessa terceira via o regulamento exige que no “termo de arbitragem” conste a especificação do objeto do litígio, ou seja, da pretensão das partes, mas permite que o valor

⁵⁶⁷ Reg. CAMARB 2.1.

exato dessa pretensão seja apontado posteriormente. Por exemplo, o art. 18, (1)(c) do Regulamento da CCI prevê a necessidade de constar “*um resumo das pretensões das partes e dos seus pedidos, e, na medida do possível, uma indicação das quantias reclamadas ou reconvencionadas*”. O objeto já está delimitado, mas aceita-se que o valor exato do pedido seja depois dimensionado (nas alegações iniciais, ou, se for o caso, mediante a apresentação de pedido ilíquido).

17.4) Estabilização da demanda na arbitragem (cont.). Conclusão parcial e flexibilidade procedimental.

Tudo que constou nos itens antecedentes desta tese – explicações, exemplos, normas legais, dispositivos dos regulamentos arbitrais, e observações sobre a tática dos advogados – foi narrado com o objetivo de demonstrar que não existe um lugar certo e exato para fazer o pedido na arbitragem. Isso vai depender, como explicado, das regras que regulam a arbitragem específica e também da tática do advogado.

Se não existe um lugar certo e específico, que valha para todas as arbitragens, no qual deva ser feito o pedido, é patente que o conceito de estabilização da demanda deve ser mitigado na arbitragem. Por exemplo, não se pode simplesmente importar, para dentro da arbitragem, o previsto nos arts. 264 e 294 do CPC.

Em algum momento ocorrerá a estabilização da demanda na arbitragem. Mas isso pode perfeitamente ocorrer depois das duas partes já estarem participando da fase pré-arbitral. O pedido, a pretensão exata do “demandante” não precisa ser necessariamente apresentado antes do “demandado” ser comunicado da intenção em se resolver o conflito por meio de arbitragem.

Veja-se que neste campo existe ampla flexibilidade procedimental. São vários os caminhos possíveis (e que não se esgotam nos exemplos antes dados). Não existe uma única estrada, não existe uma única possibilidade. A flexibilidade procedimental da arbitragem permite às partes escolherem regras – regulamentos – que melhor atendam as suas pretensões.

E mesmo quando as partes escolheram um determinado regulamento, elas geralmente podem fazer **adaptações** (modificações) nas suas regras. Podem modificar as regras sobre qual momento será necessário apresentar a sua pretensão, o seu exato pedido, que constituirá o objeto do processo, prevendo que isso acontecerá antes ou depois do previsto no regulamento. Ou ainda, quando o regulamento escolhido não exige

especificação do pedido no momento em que é assinado o “termo de arbitragem”, as partes podem perfeitamente preferir que suas pretensões efetivamente constem do termo. Tudo isso com base no princípio da autonomia da vontade, que tem larga aplicação no procedimento arbitral.

Todavia, as partes não podem criar ou adaptar regras, relacionadas com a estabilização da demanda, de forma a prejudicar ou dificultar a completa e correta aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa no caso concreto. No processo civil estatal as rígidas regras da estabilização da demanda têm como um de seus objetivos proteger o contraditório, pois se fosse permitido alterar o pedido a qualquer tempo, o contraditório poderia ser afetado. Essa idéia também se aplica na arbitragem: qualquer mitigação da estabilização da demanda deve ser feita sem prejuízo da completa e correta aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

18) A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO.

18.1) Observações iniciais.

A instrução probatória também pode ser examinada tendo em vista a flexibilidade do procedimento arbitral. Ou seja, é possível combinar a flexibilidade do procedimento arbitral com as amplas possibilidades instrutórias existentes na arbitragem, com o objetivo de buscar a apuração dos fatos da melhor forma possível.

Assim, os aspectos iniciais relacionados com a instrução probatória na arbitragem, em especial no que se refere aos poderes instrutórios do árbitro, estão previstos no *caput* do art. 22 da Lei 9.307/96, da seguinte forma:

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

Esse dispositivo tem pelo menos três comandos que precisam ser destacados nesta tese. Primeiro, que o árbitro pode determinar a realização de provas de ofício. Segundo, que as provas que devem ser produzidas na arbitragem são as provas “necessárias”. Terceiro, que o árbitro pode determinar a produção de todos os tipos de provas. Tais aspectos, e sua relação com a flexibilidade procedimental, são examinados nos itens seguintes desta tese.

E, em seguida, serão examinadas outras questões relacionadas com a instrução probatória – e sua flexibilidade – que não são expressamente decorrentes do art. 22 da Lei de Arbitragem. Entre elas, a ampla flexibilidade dos meios de prova.

18.2) O poder do árbitro em determinar provas de ofício. Paralelo com o art. 130 do CPC.

A possibilidade de determinação de provas de ofício pelo árbitro, prevista no *caput* do art. 22 da Lei de Arbitragem, encontra paralelo na legislação processual, em especial no

art. 130 do CPC.⁵⁶⁸ Ambos dispositivos determinam que o julgador (árbitro ou juiz) pode determinar provas de ofício.

Apesar de existir quem defenda que o **juiz estatal** jamais deve determinar a realização de provas de ofício,⁵⁶⁹ a doutrina brasileira majoritária é no sentido oposto, afirmando que o magistrado tem poderes para, de ofício, determinar as providências instrutórias que reputar adequadas.⁵⁷⁰ E na jurisprudência são encontrados inúmeros acórdãos consagrando a iniciativa probatória do juiz estatal,⁵⁷¹ alguns até mesmo expressamente afastando qualquer idéia de imparcialidade do magistrado que determina a produção de provas de ofício.

No que se refere à **arbitragem**, CARLOS ALBERTO CARMONA afirma que os poderes instrutórios do árbitro são “bastante semelhantes ao do juiz togado.”⁵⁷² Na mesma linha, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO ensina que a Lei de Arbitragem, “à semelhança do Código de Processo Civil, incentiva a participação direta do árbitro (de ofício) na colheita das provas.”⁵⁷³ Outros autores pregam essa mesma idéia.⁵⁷⁴

E outro ponto que ajuda a reforçar os poderes instrutórios do árbitro, inclusive para determinar provas de ofício, é o fato de que o árbitro, em diversos dispositivos da Lei de Arbitragem, é equiparado ao juiz estatal.⁵⁷⁵

⁵⁶⁸ CPC: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

⁵⁶⁹ ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, n. 71, p. 146/147.

⁵⁷⁰ Ver, sobre os poderes instrutórios do juiz, entre outros: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 88, p. 222-223, e v. 3, n. 784, p. 51-56; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 10, jan./mar. 1985, nº 37, n. 4, p. 145-150; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 80, nov. 2009, p. 71 ss; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários*, cit., v. 1, n. 697-698, p. 397-399; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas*, cit., n. 2.5.9, p. 66-68; SIDNEI AMENDOEIRA JR., *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, em especial p. 110-115; EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE, *Jurisdição e poder*. In: MEDINA-CRUZ-CERQUEIRA-GOMES JUNIOR (Coord.), *Os poderes do juiz*, cit., n. 4, p. 189-190. E entre autores estrangeiros, ver: MICHELE TARUFFO e GIAN ANTONIO MICHELI, A prova. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 4, out./dez. 1979, nº 16, p. 155 ss; JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO, Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 177, nov. 2009, p. 93 ss.

⁵⁷¹ STJ: REsp 243.311-SP, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. 21.3.00, DJU 5.6.00, p. 128; REsp 382.742-PR, 2ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.2.06, RDDP 40/231; REsp 629.312-DF, 4ª T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 27.3.07, RDDP 52/226 (do mesmo relator, ver LEX JSTJ e TRFs 219/61); REsp 1.012.306-PR, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.4.09, RDDP 80/212.

⁵⁷² *Arbitragem e processo*, cit., p. 313.

⁵⁷³ *Aspectos*, cit., n. 90, p. 147.

⁵⁷⁴ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 83; PAULO FURTADO e UADI LAMMÊGO BULOS, *Lei da arbitragem*, cit., p. 88; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 406

⁵⁷⁵ PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Panorâmica sobre as provas na arbitragem*. In: JOBIM-MACHADO (Coord.), *Arbitragem*, cit., n. 1, p. 329-330.

E dando exemplos, a doutrina⁵⁷⁶ ensina que o árbitro tem poderes para, mesmo de ofício, requisitar documentos públicos e privados, solicitar informações a órgãos estatais ou entidades privadas,⁵⁷⁷ determinar a realização de exames e vistorias, ouvir testemunhas não arroladas, inquirir as partes, ou determinar que essas apresentem documentos. Vários outros aspectos dos poderes instrutórios do árbitro são examinados nos demais itens deste capítulo.

Mas será que, em razão da flexibilidade do procedimento arbitral, as partes poderiam criar ou adaptar (modificar) regras procedimentais que tivessem como objetivo **restringir os poderes instrutórios do árbitro?** Há quem defenda a idéia de que as partes não poderiam limitar os poderes instrutórios dos árbitros, pois isso acarretaria em violação ao contraditório e ao livre convencimento do árbitro, matérias previstas no § 2º do art. 21, e causas de nulidade da sentença arbitral, nos termos do art. 32, VIII, da Lei de Arbitragem.⁵⁷⁸ Ou seja, seguindo essa linha de raciocínio, haveria uma limitação à vontade das partes, que não poderiam vedar determinados meios de prova.

Acredito, contudo, que a posição mais adequada é buscar equilibrar, em cada situação concreta, os poderes instrutórios com a autonomia da vontade das partes. De nada adianta os árbitros exigirem a realização de uma prova pericial extremamente cara, ou demorada, se ambas as partes entendem que ela é desnecessária, e se recusam a custeá-la. Trata-se, no fundo, da aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no procedimento arbitral, ou seja, do bom senso em cada situação.

Na prática, parece que o exercício de poderes instrutórios de ofício é mais comum na arbitragem do que no processo estatal. Isso porque os árbitros, que foram escolhidos pelas partes (e não sorteados), normalmente têm poucos processos. Como prestadores de serviço, buscam com mais afinco a chamada “verdade real” ou “verdade material”,⁵⁷⁹ e, assim, exercem de forma mais aprofundada os seus poderes de determinar provas de ofício.

Vários regulamentos de órgãos arbitrais institucionais estabelecidos no Brasil expressamente prevêm que o árbitro tem poderes para determinar, de ofício, a produção

⁵⁷⁶ Ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 313; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Arbitragem e processo*, cit., p. 63-65; PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 244, e *Panorâmica*, cit., n. 1, p. 331; LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR, *Manual*, cit., p. 147.

⁵⁷⁷ PAULO HOFFMAN, *Arbitragem*, cit., n. 4.6, p. 317, entende que o árbitro não pode determinar a quebra de sigilo bancário, fiscal, ou telefônico.

⁵⁷⁸ PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Aspectos*, cit., n. 89, p. 146; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 2.6, p. 201.

⁵⁷⁹ As expressões são controversas, mas ajudam a visualizar a idéia de se investigar os fatos de forma mais ampla, com mais intensidade, com mais profundidade.

de provas.⁵⁸⁰ É, aliás, compreensível e natural que tais regulamentos arbitrais assim prevejam, em razão dos claros termos do art. 22 da Lei 9.307/96, e também em virtude da “influência” do art. 130 do CPC.

E existem exemplos de regulamentos de órgãos arbitrais sediados no exterior que concedem ao árbitro amplos poderes instrutórios.⁵⁸¹ Em paralelo, a doutrina estrangeira também aponta que o árbitro tem amplos poderes instrutórios e/ou participação ativa na colheita das provas.⁵⁸² Sobre o tema, informa MATTHIEU DE BOISSÉSON que os poderes instrutórios do árbitro foram ampliados no panorama internacional nos últimos vinte anos, com reformas legislativas e também alterações de regulamentos de órgãos institucionais arbitrais.⁵⁸³

Todavia, também há quem afirme que esses amplos poderes somente são exercidos quando não existe estipulação das partes;⁵⁸⁴ o raciocínio, assim, seria que primeiro verifica-se se as partes criaram ou modificaram alguma regra probatória; se elas nada dispuseram, então o árbitro teria amplos poderes de realizar a prova como quisesse. Ainda usando essa linha de raciocínio, como muitas vezes as partes elegem um regulamento arbitral, e como boa parte dos regulamentos dá amplos poderes ao árbitro, então as partes estão assim – consciente ou inconscientemente – dando amplos poderes ao árbitro.

Essa situação parece bastante com regras ou cláusulas tipo “*opt out*”, ou seja, se a parte nada fizer, ela está sujeita ao previsto na cláusula. Assim, se a parte nada fizer na

⁵⁸⁰ Por exemplo: Reg. AMCHAM SP “9.5. Caberá ao Tribunal Arbitral decidir pela produção de provas solicitadas pelas partes ou determinar a realização das que entender cabíveis.” Ver também: Reg. CMA-CIESP 8.5; Reg. CCBC 9.5.

⁵⁸¹ Por exemplo: Reg. CCI “Artigo 20. Instrução da causa. (1) O Tribunal Arbitral deverá proceder à instrução da causa com a maior brevidade possível, recorrendo a todos os meios apropriados. (2) Após examinar todas as petições das partes e todos os documentos pertinentes, o Tribunal Arbitral deverá ouvir as partes em audiência contraditória, se alguma delas o requerer. Na ausência de tal solicitação, poderá o Tribunal Arbitral ordenar, de ofício, a oitiva das partes. (3) O Tribunal Arbitral poderá ouvir testemunhas, peritos nomeados pelas partes ou qualquer outra pessoa, na presença das partes ou na sua ausência, desde que tenham sido devidamente convocadas. (4) Ouvidas as partes, o Tribunal Arbitral poderá nomear um ou mais peritos, definir-lhes a missão e receber os respectivos laudos periciais. A requerimento de qualquer das partes, poderão estas interrogar em audiência qualquer perito nomeado pelo Tribunal Arbitral. (5) A qualquer momento no decorrer do processo, o Tribunal Arbitral poderá determinar às partes que forneçam provas adicionais. (6) O Tribunal Arbitral poderá decidir o litígio apenas com base nos documentos fornecidos pelas partes, salvo quando uma delas solicitar a realização de audiência.” Ver também: Reg. ICDR (AAA) Arts. 16 (3), 19 (3), 20 (6), 22 (1), 24 (2); *IBA Rules* Arts. 8 e 9; Reg. LCIA Art. 22.

⁵⁸² ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 69; RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 259-260; COUND-FRIEDENTHAL-MILLER-SEXTON, *Civil procedure*, cit., p. 1365; STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.1-3.2, p. 176-178 (com enfoque na *cross-examination*); MARVIN HILL JR. e ANTHONY V. SINICROPI, *Evidence in arbitration*. Washington: BNA, 1980, p. 21-22; ALEX WILBRAHAM, O perito na arbitragem internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 3, nº 10, abr./jun. 2006, p. 104.

⁵⁸³ *New tensions*, cit., p. 70 ss.

⁵⁸⁴ FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 21, abr./jun. 2009, n. 1.1, p. 199.

arbitragem, ou se somente eleger o regulamento, ela ficará sujeita ao exercício dos amplos poderes instrutórios do árbitro. Para a parte poder disciplinar o procedimento, terá que ter criado as regras, eventualmente restringido os poderes do árbitro (e isso, obviamente, de comum acordo com o adversário). Fácil concluir que, se em tese o poder de dirigir o procedimento (no que inclui a fase probatória) é das partes, na prática em muitos casos a fase probatória será realizada de acordo com a vontade do árbitro. O tema, contudo, não é tão simples, dependendo muito das circunstâncias de cada caso concreto, pois mesmo isoladamente as partes têm enorme influência na fase instrutória: ver item 18.3.2 infra.

18.2.1) As iniciativas probatórias violam as garantias processuais?

Mas será que existe perda de **imparcialidade** se o árbitro for muito ativo na fase instrutória? Ou ocorre violação ao **contraditório**? Ou ele estará violando o princípio da **igualdade** entre as partes?

As respostas a essas perguntas são as mesmas que podem ser dadas quando alguém questiona se o juiz estatal viola tais garantias quando determina, de ofício, a produção de prova. O juiz exerce, no processo estatal, poder que lhe foi investido pelo Estado. Na arbitragem, o árbitro exerce poder que lhe foi conferido pelas partes. Ambos exercem assim jurisdição.

Quando o julgador (árbitro ou juiz) determina a realização de uma prova, ele não sabe qual será o seu resultado. Mesmo quando ele tem a suspeita de que a prova poderá auxiliar uma das partes, ele nunca pode garantir que o resultado será exatamente aquele que ele pensava. Por isso, ao determinar uma prova ele não está ajudando uma das partes – pois não tem certeza do resultado da instrução probatória –, está trazendo mais elementos de fato, mais provas, para dentro do processo. E essas, submetidas ao imprescindível contraditório, serão um elemento a mais a auxiliar a correta prestação (pelo juiz ou pelo árbitro) da tutela jurisdicional. E para que não haja violação do princípio da igualdade, basta o julgador conferir às partes as mesmas oportunidades de se manifestar sobre tal prova (a paridade de armas).

Veja-se ainda que, quando o árbitro / juiz vislumbrar a necessidade de determinar a produção de uma prova não requerida, que pode eventualmente auxiliar o “demandante”, o que deve ser considerado comportamento parcial? (i) Não determinar a realização da prova, lavando, portanto, as suas mãos, e assim conscientemente prejudicar o

“demandante”? Ou: (ii) Ordenar a produção de tal prova, que talvez possa ajudar o “demandante”, mas que também pode ter resultado inverso?

O comportamento efetivamente parcial é o da hipótese (i). O árbitro ou juiz sabe que sem a prova o “demandante” está numa posição pior, e nada faz.

Com base em lições semelhantes, e ainda utilizando argumentos relacionados com a natureza pública do processo, a doutrina mais moderna tem se posicionado no sentido de que o juiz ativo na condução do processo não viola o contraditório e nem pode ser considerado parcial.⁵⁸⁵ As mesmas lições se aplicam ao árbitro.

Em suma, respondendo as indagações feitas no início deste item, o fato do árbitro determinar a produção de provas de ofício não viola qualquer das garantias mínimas (limites, balizas) supra mencionadas. Nesse aspecto o árbitro tem bastante flexibilidade em determinar a realização de atos processuais destinados a colher provas que não foram pedidas pelas partes, mas cuja produção foi determinada de ofício pelo próprio árbitro.

18.3) Objeto da prova e poder para determinar quais provas serão produzidas.

O art. 22 da Lei de Arbitragem estabelece que “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.” Juntando somente os trechos sublinhados, extrai-se o seguinte comando: “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral (...) determinar a realização de (...) provas que julgar necessárias, (...)”

Quando se discute o tema das “provas necessárias”, são dois os aspectos a serem enfrentados. Primeiro, o que seriam as provas necessárias. Segundo, quem vai decidir quais são as provas necessárias.

18.3.1) Quais são as provas necessárias?

Em relação **ao que se considera ser prova necessária**, é interessante fazer paralelo com o que acontece nos procedimentos judiciais estatais, nos quais o tema do objeto da

⁵⁸⁵ Ver, entre outros: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 88, p. 222-223; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *O processo justo*, cit., n. 5, p. 76-77; JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, em especial p. 37-52 (citando ampla bibliografia); RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 406-407.

prova está regulado, em linha geral, nos arts. 130 e 334 do CPC.⁵⁸⁶ Interpretando tais dispositivos, ensina-se que só precisam ser provados os fatos, e entre esses somente os pertinentes, relevantes e controvertidos, sendo que não precisam ser provados os fatos notórios e aqueles a respeito dos quais exista uma presunção legal em favor de uma das partes. As lições dos diversos autores pode variar um pouco, mas, em linha geral, é isso que se explica.⁵⁸⁷

As idéias supra resumidas, apesar de baseadas na legislação que regula os procedimentos judiciais estatais brasileiros, pode ser aplicada na arbitragem. Realmente, as provas a serem produzidas na arbitragem – as provas que o art. 22 chama de “necessárias” – são as provas que versam sobre fatos pertinentes, relevantes e controvertidos, sendo que não precisam ser provados os fatos notórios e aqueles a respeito dos quais exista uma presunção legal em favor de uma das partes. Essas conclusões, mais do que decorrentes do que consta do CPC, são derivadas de um senso comum do que precisa ser objeto de prova em qualquer método heterocompositivo de solução de controvérsias.

Aliás, certamente influenciado pela doutrina brasileira, há regulamentos de órgãos arbitrais estabelecidos no Brasil que afirmam que “*Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas úteis, necessárias e pertinentes.*”⁵⁸⁸

18.3.2) Poderes das partes e do árbitro de estabelecer a necessidade de produzir determinada prova.

Já o segundo problema lançado no começo deste item é saber, na arbitragem, **quem é que tem o poder para avaliar se uma prova é necessária?** A prova foi requerida por uma das partes e, agora, alguém tem que dizer se ela é necessária. Esse alguém é o árbitro?

⁵⁸⁶ CPC: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

⁵⁸⁷ Ver, entre outros que examinam o objeto da prova e/ou os arts. 130 e 334 do CPC: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral*, cit., n. 227, p. 349-350; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 3, n. 786 ss, p. 58 ss; VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual*, cit., v. 2, n. 43.3, p. 183; ANTÔNIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, *Comentários*, cit., v. 4, n. 16-20, p. 25-30; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso*, cit., v. 1, n. 416, p. 376-377; LEONARDO GRECO, *A prova*, cit., n. 10-12, p. 87-90; WAMBIER-ALMEIDA-TALAMINI, *Curso avançado*, cit., v. 1, n. 31.6, p. 396-398; JOÃO BATISTA LOPES, *A prova*, cit., n. 4.1 ss, p. 28 ss; CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado*, cit., v. 2, t. 1, p. 245-246; SIDNEI AMENDOEIRA JR., *Direito processual*, cit., n. 33.4, p. 461; FREDIE DIDIER JR., PAULO SARNO BRAGA, e RAFAEL OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 2, p. 43-46.

⁵⁸⁸ Reg. CMA-CIESP 8.5; Reg. CCBC 9.5.

Ou tendo a parte afirmado que a prova é necessária, o árbitro deverá automaticamente determinar a sua produção?

Antes de responder a pergunta, novamente cabe lembrar o que ocorre nos procedimentos judiciais estatais, nos quais quem tem (e efetivamente deve ter) o poder de estabelecer quais são as provas necessárias, ou seja, de deferir ou indeferir a realização de provas, é o juiz estatal. Alguém tem que decidir, alguém deve por ordem na casa. Esse alguém é o juiz, que está sujeito a certo controle na esfera recursal. E, em tese, o juiz não deve tomar suas decisões de forma arbitrária, mas com base em parâmetros – quase que recomendações – previstas na lei, entre eles os antes citados arts. 130 e 334 do CPC.

Então, retornando à arbitragem, quem teria esse poder de determinar quais são as provas necessárias? A resposta, dada com base na literalidade do art. 22 da Lei 9.307/96 – e influenciada pelo que ocorre nos procedimentos judiciais estatais – parece ser que esse poder é exclusivamente do árbitro. Parece, mas não é bem assim. Na literalidade da lei o poder é exclusivo do árbitro, mas, na prática da arbitragem, no fundo o árbitro não tem esse poder exclusivo de dizer quais são as provas necessárias, pois a vontade das partes em determinar como será o procedimento tem enorme importância, muito maior do que nos procedimentos judiciais.

Um dos pontos defendidos ao longo desta tese é que o árbitro tem poderes para adaptar (modificar) o procedimento arbitral mesmo sem autorização das partes, e às vezes até contra a vontade das partes. Mais ainda, foi explicado que se as partes quiserem criar ou modificar regra procedimental após o árbitro já ter aceito o seu encargo, isso deve ser feito de comum acordo com o árbitro, pois, caso contrário, existe o risco dele renunciar. Nessas duas situações, existe diminuição (limitação) dos poderes das partes em estabelecer as regras procedimentais, em virtude do árbitro também ter poderes e obrigações na arbitragem, em especial de atuar com diligência e competência (art. 13, § 6º, da Lei 9.307/96).

Na situação ora examinada, apesar da lei afirmar que o árbitro é quem estabelece quais são as provas necessárias, esse poder do árbitro encontra certa limitação na vontade das partes. Aqui é o vetor inverso do acima explicado. Antes, defendeu-se que em várias situações cabe ao árbitro estabelecer o procedimento mesmo sem o consentimento das partes. Agora, o que se defende é que, apesar da lei afirmar que o poder para estabelecer quais são as provas é do árbitro, a vontade das partes deve ser levada em consideração com muito mais intensidade do que ocorre nos procedimentos judiciais estatais. Aliás,

seguindo-se sempre uma idéia de proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, de bom senso.

O ora defendido não está em contradição com a idéia de que cabe ao árbitro determinar provas de ofício. A prova determinada de ofício é aquela que nenhuma das partes requereu. Aqui o problema é o inverso, a prova é requerida pela parte, ou por ambas as partes, e o árbitro deve avaliar a sua necessidade.

Se o árbitro está seguro de que a prova é absolutamente desnecessária, ele então efetivamente aplica o previsto no art. 22 da Lei 9.307/96, e indefere a produção da prova. O árbitro tem poderes para assim proceder mesmo quando a prova é requerida pelas duas partes. Seus poderes advêm não só do citado art. 22, como ainda do § 6º do art. 13 da mesma Lei de Arbitragem.⁵⁸⁹ Mais ainda, vários regulamentos arbitrais estabelecem que o poder de determinar quais provas serão produzidas é do árbitro.⁵⁹⁰

Mas se a situação não é tão clara, se a desnecessidade da prova não está tão patente, o melhor caminho é deferir a produção das provas pleiteadas pelas partes, confiar na avaliação que as partes fizeram a respeito da necessidade das provas.

Alguém poderia indagar no que o acima defendido difere do que ocorre nos procedimentos judiciais estatais. A diferença fundamental – que é de ordem prática, e não estritamente jurídica – e que o juiz estatal nunca tem um processo só, ele sempre tem inúmeros processos para cuidar. Então, sua visão do volume de serviço como um todo (de sua missão jurisdicional em todos os feitos que cuida) torna sua visão em cada procedimento mais estreita, mais rígida, menos flexível.

Já o árbitro tem muito mais flexibilidade no seu proceder. Não se trata de uma questão jurídica, do que a lei determina, mas de um aspecto prático. O árbitro pode muito bem aceitar realizar uma prova que parece ser desnecessária, somente pelo fato de que ela foi requerida pelas duas partes e/ou por não estar absolutamente convencido da sua desnecessidade.

Outro ponto prático que reforça o acima explicado é que muitos árbitros também atuam, em outros casos, como advogados (ou foram advogados no passado). E, na sua prática advocatícia, muito provavelmente tiveram situações nas quais requereram provas que consideravam imprescindíveis, mas que foram indeferidas por juízes estatais ou

⁵⁸⁹ Lei 9.307/96: “Art. 13. (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.”

⁵⁹⁰ Por exemplo: Reg. CMA-CIESP 8.5; Reg. CCBC 9.5; Reg. ICDR (AAA) Art. 16 (3) e 19 ss.

mesmo por árbitro. Quanto mais experiente for o árbitro, maior é a probabilidade dele já ter tido problemas do gênero.

Em razão desses motivos, há árbitros que preferem aceitar todos – ou quase todos – os requerimentos de produção de prova feitos nas arbitragens em que atuam. Até mesmo para evitar eventual alegação de cerceamento de defesa, que dê motivo para posterior ingresso da ação de nulidade (anulação) do art. 33 da Lei 9.307/96.

Nesse panorama, o poder das partes em estabelecer quais são as provas necessárias em uma arbitragem é bem superior ao que ocorre nos procedimentos judiciais estatais.

E esse é outro importante aspecto da **flexibilidade** do procedimento arbitral. Definir quais são as provas necessárias também é definir quais atos procedimentais serão realizados em seguida na arbitragem (por exemplo, audiência, perícia, inspeção etc.). Apesar da palavra final ser do árbitro, na prática existe grande influência da vontade das partes em fixar quais são as provas necessárias, e, conseqüentemente, em estabelecer quais são os atos procedimentais a serem praticados com o objetivo de colher as provas.

18.4) A possibilidade de determinar qualquer tipo de prova, inclusive não previstas no ordenamento brasileiro.

O art. 22 da Lei de Arbitragem estabelece que “*Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.*” Os trechos sublinhados listam os meios de prova previstos pela Lei 9.307/96, quais sejam: depoimento das partes, testemunhas, perícia, e outras provas.

Assim, falando tal dispositivo em “outras provas”, verifica-se que seu o rol de tipos de provas não é taxativo, mas sim exemplificativo. É inclusive possível fazer um paralelo do art. 22 da Lei de Arbitragem com o que consta no art. 332 do CPC.⁵⁹¹ Ambas regras permitem a produção de provas por meios outros que não os previstos em lei.

Aponta JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA que na arbitragem vigora “o princípio constitucional da liberdade de prova, conforme o qual, árbitros e partes podem valer-se de qualquer meio de prova relevante para a decisão, mesmo que não previsto, expressamente, pela Lei (art. 5º, inciso LVI, da Constituição)”.⁵⁹² No mesmo sentido, PEDRO A. BATISTA

⁵⁹¹ CPC: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

⁵⁹² A lei, cit., p. 95.

MARTINS afirma que: “O campo das provas, na arbitragem, é bastante amplo e não se sujeita a um catálogo legal.”⁵⁹³

E a doutrina costuma ensinar que os tipos de provas que não são usuais no processo civil brasileiro (ou mesmo inexistentes no Brasil), podem ser usados na arbitragem (realizada no Brasil ou que seja regida pela Lei brasileira).⁵⁹⁴ Alguns exemplos são dados nos itens 18.7.1 a 18.7.5 infra.

Veja-se assim que existe ampla flexibilidade tanto para criar quanto para adaptar (modificar) regras procedimentais, estabelecendo a produção dos meios de prova listados no art. 22 (depoimento pessoal, testemunhas, perícia) e também qualquer outro tipo de prova.

18.5) A possibilidade da produção das provas seguir sistemática procedimental diferente da prevista no CPC.

Foi defendida, no item 6.16 supra, a idéia de que na arbitragem não é necessário seguir as regras do Código de Processo Civil; mais ainda, no item 6.17 supra foi exposto que existe forte crítica à utilização das regras do CPC na arbitragem. Seguindo tal linha de raciocínio, as regras que regulam o modo de produção de cada tipo de prova – sobre como as provas devem ser produzidas – estabelecidas na legislação processual civil brasileira (em especial no CPC) não precisam ser obrigatoriamente seguidas quando se realiza uma arbitragem no Brasil.⁵⁹⁵

Ou seja, mesmo as regras do CPC sobre a produção de provas, que alguém menos acostumado com a arbitragem poderia considerar como automaticamente aplicáveis em qualquer procedimento arbitral, não são necessariamente utilizadas na arbitragem. Aliás, é relativamente comum situações nas quais um advogado não acostumado com a arbitragem leve a uma audiência arbitral um exemplar do CPC, sendo alertado pelo árbitro que nada adiantará consultar tal código, que não será aplicado naquela audiência.

⁵⁹³ Panorâmica, cit., n. 1, p. 328.

⁵⁹⁴ CARLOS ALBERTO CARMONA, O processo arbitral, cit., n. 9, p. 28; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1867, p. 165. No mesmo sentido, em relação ao direito italiano: ELIO FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 69; FAZZALARI-BRIGUGLIO-MORENGO, *La nuova*, cit., p. 104-105.

⁵⁹⁵ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 314, e O processo arbitral, cit., n. 9, p. 28. Essa idéia já era defendida em 1986 por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Manual das pequenas*, cit., n. 69, p. 80, em obra na qual analisava o juízo arbitral previsto na Lei do antigo Juizado Especial de Pequenas Causas (7.244/84). Contra, entendendo que as regras do CPC aplicam-se na colheita de provas testemunhais e periciais: PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Aspectos*, cit., n. 91, p. 147; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 83-84; PAULO FURTADO e UADI LAMMÊGO BULOS, *Lei da arbitragem*, cit., p. 89-91; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 96-98.

Assim, por exemplo, as regras procedimentais de uma determinada arbitragem não precisam necessariamente ter dispositivo similar ao § 2º do art. 331 do CPC.⁵⁹⁶ Não se trata de norma que obrigatoriamente deve existir ou ser aplicada em todo e qualquer procedimento. Aliás, nada impede que o árbitro inicialmente determine a realização de somente uma prova, e, posteriormente, amplie a instrução probatória. Essa é mais uma possibilidade de adaptação do procedimento, que é um dos aspectos da flexibilidade do procedimento arbitral.

Conjugando esses fatores, bem explica CARLOS ALBERTO CARMONA: “o legislador não exigiu que o árbitro determinasse desde logo que provas serão produzidas, nos moldes do § 2º, *in fine*, do art. 331 do Código de Processo Civil, o que dá considerável liberdade aos juízes privados, no sentido de deferir desde logo a produção de algumas provas, reservando-se para deliberar, *a posteriori*, sobre a necessidade ou utilidade da produção de outras”.⁵⁹⁷

Alguns autores estrangeiros também apontam que o árbitro não está vinculado às regras processuais estatais que regulam a produção de provas nos procedimentos judiciais.⁵⁹⁸ Nesse, apontam ALAN SCOUT RAU, EDWARD F. SHERMAN e SCOTT R. PEPPET que: “*An arbitrator is in fact more likely to get into trouble by following the rules of evidence than ignoring them.*”⁵⁹⁹

Como este tema é umbilicalmente ligado à análise das provas em espécie, os exemplos de sistemáticas (regras, procedimentos) relacionadas à produção de provas diferentes das previstas no CPC são dados nos itens 18.7.1 a 18.7.5 infra. Tais exemplos demonstrarão a grande flexibilidade existente em relação ao tema.

18.6) Técnicas da *civil law* e técnicas da *common law*.

Um problema que pode acontecer – mesmo em arbitragens realizadas no Brasil, cuja sentença será aqui proferida – é as partes em disputa serem originárias de diferentes sistemas jurídicos (*civil law*, *common law* etc.). E um dos principais contrastes entre esses

⁵⁹⁶ CPC: “Art. 331. (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.”

⁵⁹⁷ *Arbitragem e processo*, cit., p. 314-315. No mesmo sentido, PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Panorâmica*, cit., n. 1, p. 332.

⁵⁹⁸ RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 259 e 262 e 264; HILL JR.-SINICROPI, *Evidence in arbitration*, cit., p. 20.

⁵⁹⁹ *Arbitration*, cit., p. 262.

dois sistemas ocorre quando se comparam as técnicas e sistemática de produção de provas,⁶⁰⁰ já que aquelas normalmente usadas em países da *civil law* costumam ser bem diferentes, em vários aspectos, das aplicadas em países da *common law*.⁶⁰¹

No item 5.4 supra explicou-se que uma das vantagens da flexibilidade do procedimento arbitral é que podem ser criados procedimentos que tenham elementos de mais de um sistema jurídico (*civil law*, *common law* etc.), ou que sejam inspirados em regras nacionais de mais de um país. Isso é particularmente vantajoso na fase instrutória, por duas grandes razões.

Primeiro, quando as partes e/ou árbitros são originários de países de sistemas jurídicos diferentes, a utilização de pelo menos algumas regras de instrução probatória parecidas com as que estão acostumadas a lidar é medida que dá mais conforto a todos os envolvidos, pois nenhum deles estará atuando em um campo completamente desconhecido.⁶⁰²

Segundo, a utilização / variação / adaptação de diferentes técnicas, advindas de culturas diferentes, pode ser poderoso instrumento para melhor investigar a prova. Mas, é de se admitir, pode também ser, se mal dimensionado ou se mal utilizado, um enorme problema dentro da arbitragem.

Assim, a doutrina aponta que, nas chamadas arbitragens internacionais, o método normalmente utilizado para a colheita das provas é uma mistura de regras do sistema da *civil law* com regras do sistema da *common law*.⁶⁰³ O que se tenta assim é aproveitar as vantagens de cada sistema, depurando suas imperfeições ou excessos. Seria uma espécie de técnica “*Milk Shake*”: utiliza-se dois produtos que podem ser consumidos sozinhos (o leite e o sorvete) e, combinando-os de determinada forma, é obtido um terceiro produto, diferente dos dois originais, mais com claros elementos dos dois primeiros.

⁶⁰⁰ Explicando e comparando a produção de provas nos sistemas da *common law* e *civil law*, ver, entre outros: FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1257-1259, p. 688-690; IRINEU STRENGER, Formação da prova no litígio arbitral. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova*, cit., p. 159; FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, The presentation, cit., p. 191 ss; MARICÍ GIANNICO, *A prova*, cit., n. 24, p. 113-118; STEVEN A. HAMMOND, Making the case, cit., n. 1 ss, p. 171 ss; LAWRENCE S. SCHANER e JOHN R. SCHLEPPENBACH, Due process, cit., p. 174-176.

⁶⁰¹ Sobre a produção de provas em países da *common law*, ver: GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *Common Law: Introdução ao direitos dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 7.3, p. 133-147.

⁶⁰² Neste sentido, mas não no exato contexto: RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 30.

⁶⁰³ FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1260, p. 690-691; YVES DERAIS, A arbitragem internacional: custo, cit., n. 9-10, p. 180-181, e Some remarks, cit., p. 133; STEVEN A. HAMMOND, Making the case, cit., n. 2.3 ss, p. 175 ss; ALEX WILBRAHAM, O perito na, cit., p 104 ss; FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, The presentation, cit., n. 1 ss, p. 194 ss.

Na esfera internacional existem dois corpos de normas que claramente tentam combinar regras do sistema da *civil law* com regras do sistema da *common law*. Um é a *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules)*, que foram adotadas em 1.6.1999 e estão atualmente em processo de revisão. O outro é o *UNCITRAL Arbitration Rules*.

Contudo, assim como em qualquer mistura culinária, há quem não goste de determinados ingredientes. Na arbitragem acontece a mesma coisa.

Obviamente, não existe uma única fórmula. Quais regras de cada sistema serão efetivamente implementadas, e com que intensidade, dependerá basicamente de três elementos. Primeiro, das regras criadas ou adaptadas pelas partes para aquela arbitragem, por exemplo, inclusive do eventual regulamento arbitral escolhido;⁶⁰⁴ existem regulamentos que claramente permitem a ampla aplicação do *discovery* na arbitragem, a critério do árbitro, como é o caso do Regulamento da LCIA,⁶⁰⁵ cuja utilização, por partes e/ou advogados que não estejam familiarizados com tal meio de prova, pode ser potencialmente danoso.⁶⁰⁶ Segundo, como serão aplicadas, em cada arbitragem, as regras que permitem a utilização de certos meios de prova, também dependerá da formação jurídica do árbitro: um árbitro originário de país de *civil law* terá bem menos boa vontade com a realização da *discovery* do que um árbitro de país de *common law*.⁶⁰⁷ Terceiro, poderá também incidir a lei (que regula a arbitragem e/ou a lei processual estatal) do local da arbitragem.⁶⁰⁸

Há quem critique a utilização de meios de prova oriundos de países da *common law* – em especial a *discovery* e a *cross-examination* – na arbitragem.⁶⁰⁹ Aliás, há vários autores, inclusive estrangeiros (e de países do sistema da *common law*) que informam que um dos motivos que as partes buscam a arbitragem é exatamente para que possam resolver seus litígios sem a utilização das rígidas regras formais que regulam o procedimento judicial, em especial para evitar a utilização da *discovery*.⁶¹⁰ Também se afirma, na

⁶⁰⁴ LAWRENCE S. SCHANER e JOHN R. SCHLEPPENBACH, *Due process*, cit., p. 176-179.

⁶⁰⁵ Reg. LCIA, Art. 22.

⁶⁰⁶ Em sentido similar: EDUARDO SPINOLA E CASTRO, *A convenção*, cit., n. 4, p. 21.

⁶⁰⁷ GRANT HANESSIAN, *Discovery in international*, cit., n. 3, p. 156-157; FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, *The presentation*, cit., n. 1.3, p. 205; EDUARDO SPINOLA E CASTRO, *A convenção*, cit., n. 4, p. 21.

⁶⁰⁸ LAWRENCE S. SCHANER e JOHN R. SCHLEPPENBACH, *Due process*, cit., p. 176 e 179-182.

⁶⁰⁹ GOULENE-RACINE, *As flutuações*, cit., p. 125.

⁶¹⁰ Ver, entre outros: STEPHEN C. YEAZELL, *Civil procedure*, cit., p. 610-612; GOULENE-RACINE, *As flutuações*, cit., p. 125 (mas dizendo que em muitas arbitragens realiza-se a *discovery*); LAWRENCE S. SCHANER e JOHN R. SCHLEPPENBACH, *Due process*, cit., p. 177 (mas antes afirmando que em várias outras arbitragens também se utilizam todos os instrumentos probatórios típicos dos processos judiciais); EDUARDO SPINOLA E CASTRO, *A convenção*, cit., n. 3, p. 17.

literatura norte-americana, que tais técnicas são usualmente evitadas na arbitragem,⁶¹¹ inclusive para que ela fique mais barata e mais rápida.⁶¹²

Mas a doutrina também menciona que, em função da forte presença de advogados norte-americanos na arbitragem internacional, são cada vez mais usadas as técnicas probatórias oriundas de tal país.⁶¹³

Existem técnicas que não são efetivamente adequadas para as arbitragens realizadas no Brasil, sobretudo quando não existem partes estrangeiras envolvidas: os melhores exemplos são a *discovery* e a utilização das agressivas técnicas de interrogatório de testemunhas (típicas da *direct examination* e da *cross examination*). Mas, de outro lado, existem técnicas que podem ser usadas – algumas já vêm sendo usadas, inclusive em litígios que não envolvem estrangeiros – nas arbitragens ocorridas no Brasil, por exemplo, o depoimento escrito e a testemunha técnica (*expert witness*). Todos esses meios de prova são tratados em detalhes nos itens seguintes desta tese.

18.7) A prova em espécie e sua produção. Exemplos de alternativas procedimentais comuns na arbitragem, tanto sobre meios de prova, quanto sobre métodos de produção de prova.

No item 18.4 supra apontou-se que na arbitragem podem ser utilizados meios de prova (tipos de prova) não previstos no ordenamento processual estatal. Já no item 18.5 supra explicou-se que a forma de (a sistemática procedimental relacionada com a) produção de provas na arbitragem pode ser diferente da disciplinada na legislação processual estatal.

Desse modo, são inúmeros os meios de prova e as sistemáticas de produção de prova – diferentes do previsto na legislação processual brasileira para os procedimentos judiciais estatais – que podem ser aplicados em cada arbitragem. São incontáveis as possibilidades de criação e/ou de adaptação de regras procedimentais destinadas a regular a colheita das provas na arbitragem.⁶¹⁴

⁶¹¹ GOLDBERG-SANDER-ROGERS, *Dispute resolution*, cit. 233-234.

⁶¹² ROGER E. HARTLEY, *Arbitration and mediation*, cit., p. 34.

⁶¹³ STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 2.2, p. 175; GOULENE-RACINE, *As flutuações*, cit., p. 120-121.

⁶¹⁴ Entre as obras que consultei para preparar esta tese, uma delas discutia, seriamente, as vantagens e desvantagens da utilização do polígrafo (o popular “detector de mentira”) na arbitragem, mencionando inclusive pontos de vista de outros autores que tinham se manifestado a favor ou contra tal método. Não mencionei tal prática na lista que está no texto, para não parecer que estou sugerindo que esse era um meio de

Assim, sem pretender apresentar um rol taxativo de situações, nos itens abaixo são dados exemplos de situações em que há flexibilidade na criação e na adaptação de regras relacionadas com os meios de prova na arbitragem.⁶¹⁵

18.7.1) A ordem de produção das provas.

(i) Pode ser estabelecido, em determinada arbitragem, que as regras do CPC que estabelecem a ordem de produção das provas não serão seguidas naquela arbitragem específica.⁶¹⁶ Essa afirmação genérica é detalhada dos demais exemplos abaixo.

(ii) Em virtude do previsto nos arts. 433, *caput*, e 435, *caput* e parágrafo único, e 452, I, todos do CPC,⁶¹⁷ a sistemática usual nos procedimentos judiciais estatais brasileiros é realizar-se primeiro a perícia, e somente depois colher-se a prova oral. Essa sistemática, contudo, não precisa ser observada na arbitragem. Pode ser feito primeiro a colheita da prova oral, e somente depois a perícia, sem prejuízo dos peritos e assistentes técnicos serem posteriormente inquiridos em nova audiência. Os peritos e assistentes podem até mesmo assistir a primeira audiência, para já começarem a ter contato com os fatos / questões que deverão apurar.

(iii) O art. 452 do CPC brasileiro prevê a ordem em que a prova oral é colhida na audiência.⁶¹⁸ Na arbitragem tal ordem não precisa ser observada. As testemunhas podem ser ouvidas antes de ser tomado o depoimento pessoal das partes, ou mesmo antes dos peritos deporem. Também pode ser determinado que serão inquiridas primeiro as testemunhas do demandado, ou as determinadas de ofício pelo árbitro. Ou pode-se prever depoimentos alternados das testemunhas, uma do autor, outra do réu, novamente uma do

prova está sendo – ou que deveria ser – utilizado na arbitragem no Brasil. Mas fica o registro de quanto a criatividade pode alcançar. A obra é: EDWARD LEVIN e DONALD GRODY, *Witness in arbitration*. Washington: BNA, 1987, p. 19-23.

⁶¹⁵ Alguns dos exemplos adiante citados são constatações práticas do que ocorre em arbitragens, outros exemplos foram obtidos em livros e artigos, os quais são mencionados nas notas de rodapé seguintes.

⁶¹⁶ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Arbitragem e processo*, cit., p. 63-65; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 148, nota 54, p. 149, e p. 150, nota 61.

⁶¹⁷ CPC: “Art. 433. O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento” (redação da Lei 8.455/92). “Art. 435. A parte, que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos. Parágrafo único. O perito e o assistente técnico só estarão obrigados a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo, quando intimados 5 (cinco) dias antes da audiência.” O art. 452 do CPC é transcrito abaixo.

⁶¹⁸ CPC: “Art. 452. As provas serão produzidas na audiência nesta ordem: I – o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do art. 435; II – o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu; III – finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.”

autor, e outra do réu, e assim por diante. Ou determinar que serão ouvidas todas as testemunhas (de ambas as partes) sobre um determinado fato, e em seguida as testemunhas (de ambas as partes) sobre outro fato, e assim por diante. Idem no que se refere ao depoimento de peritos e assistentes técnicos. Outra possibilidade é permitir-se que o advogado que já fez perguntas para a sua testemunha volte a fazer novas perguntas após a testemunha ter respondido as perguntas do advogado da parte contrária, sem prejuízo de, encerrada essa segunda rodada de perguntas feitas pelo advogado que indicou a testemunha, seja dada nova oportunidade (em questionar a mesma testemunha) ao advogado da parte contrária.⁶¹⁹

(iv) Também não é necessário que seja feita uma única audiência. Pode ser feita mais de uma audiência para oitiva das partes e das testemunhas, em dias e/ou locais diferentes, independentemente dos depoentes residirem ou não no mesmo local.⁶²⁰ Aliás, pode perfeitamente acontecer do árbitro ter que viajar para colher prova testemunhal em cidade diversa. Não é colhida a prova por precatória, é o próprio árbitro que vai onde está a prova. Isso sem prejuízo de realizar-se audiência por meio de vídeo conferência.

Essas “inversões” às ordens usuais das provas, explicadas nos sub-itens (i), (ii), (iii) e (iv) supra, podem ser decorrentes de vários fatores. Podem ser determinadas em função do objeto da prova, de como as partes e/ou o árbitro consideram ser o melhor modo de organizar a colheita da prova em tal arbitragem. Pode ser interessante ouvir primeiro os depoimentos sobre os fatos / questões principais, e somente depois os depoimentos sobre os fatos / questões secundárias. Pode também ser decorrente de questões práticas, como a agenda dos depoentes, a quantidade de depoentes, ou o local(is) onde será(ão) realizada(s) a(s) audiência(s). Podem os depoimentos orais ser mais adequados para o caso do que a realização de uma perícia.

18.7.2) Prova oral.

(v) O art. 407, parágrafo único, do CPC brasileiro, determina que cada parte pode apontar no máximo 10 testemunhas em cada processo, sendo 3 para cada fato. E quando se trata do rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis, o art. 34 da Lei 9.099/95, estabelece que a quantidade de testemunhas é ainda menor, sendo no máximo 3 ao total.

⁶¹⁹ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas*, cit., p. 58.

⁶²⁰ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 315; PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Panorâmica*, cit., n. 1, p. 331-332.

Na arbitragem esses limites não são automaticamente aplicados, vai depender do que for previsto para o caso concreto. Podem ser assim inquiridas mais do que 10 testemunhas, e também mais do que 3 para cada fato.

(vi) Apesar da acima explicada inexistência de limitação do número de testemunhas, as partes podem perfeitamente estabelecer regras que limitem o tempo em que poderão inquirir as testemunhas. Por exemplo, podem prever que todas as testemunhas de uma parte serão ouvidas durante um único dia, durante no máximo X horas de audiência. Assim, poderão ser ouvidas quantas testemunhas diferentes a parte quiser, até completar essas X horas de audiência (quantas puderem ser ouvidas dentro do referido período de tempo). Ou ainda pode ser estabelecido um tempo limitado para cada testemunha ou tempo limitado para o advogado da parte contrária fazer perguntas.⁶²¹

(vii) No sistema processual estatal brasileiro, quem faz a inquirição das partes e das testemunhas é o juiz. Ele começa inquirindo as testemunhas, e depois autoriza os advogados a sugerirem questões, que, se deferidas, serão respondidas pelo depoente. É assim um sistema formal, baseado na autoridade do juiz estatal, que controla por antecipação a pertinência das questões, funcionando, de certo modo, como um anteparo entre advogado e depoente. Regras ou práticas similares também ocorrem em outros países do sistema da *civil law*, normalmente avessos ao interrogatório direto que costuma ocorrer nos países da *common law*.⁶²²

O formalismo que existe nos depoimentos prestados perante o Poder Judiciário estatal não precisa ser repetido na arbitragem. Muitos árbitros (mesmo nas arbitragens sem participação de estrangeiros) preferem conduzir os trabalhos da audiência de modo mais informal. Assim, é comum estabelecer-se que as perguntas serão formuladas para as testemunhas e partes depoentes diretamente pelos advogados,⁶²³ sem prejuízo do árbitro também formular indagações de ofício, e também sem prejuízo do árbitro controlar as perguntas dos advogados. No fundo, trata-se de uma forma mista de inquirição, com elementos da *common law* (as técnicas de *direct examination* e *cross examination*) misturados com elementos do sistema brasileiro (e de diversos países da *civil law*) de direção da audiência pelo órgão julgador.

⁶²¹ STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.7, p. 179 (tratando da *cross-examination*, adiante explicada).

⁶²² JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas*, cit., p. 56,

⁶²³ CARLOS ALBERTO CARMONA, *O processo arbitral*, cit., n. 9, p. 28; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas*, cit., p. 58; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 148, nota 54, p. 150, nota 61.

Necessário explicar, de forma resumida, o que são *direct examination* e *cross examination*.⁶²⁴ O *direct examination* (ou *examination-in-chief*) é a inquirição, feita diretamente pelo advogado, de testemunha por ele indicada. Já o *cross examination* é a inquirição dessa mesma testemunha, feita pelo advogado da parte contrária, mas cujas perguntas normalmente só podem versar sobre o que foi objeto do *direct examination* ou para aferir a credibilidade da testemunha.⁶²⁵ Em seguida ainda é comum permitir-se a *re-direct examination* (pelo advogado que indicou a testemunha), às vezes seguida da *re-cross examination* (pelo advogado da parte contrária). Em todos esses momentos é o advogado quem faz as perguntas diretamente para o depoente, e normalmente o juiz / árbitro não faz perguntas e somente controla o teor das perguntas feitas por um advogado se a outra parte protestar. Pode parecer relativamente parecido com o sistema brasileiro (que permite ao advogado formular perguntas dirigidas às testemunhas indicadas pelo outro lado), mas trata-se de sistema bem diferente, em razão principalmente de três aspectos: o papel mais passivo do juiz / árbitro, a agressividade dos advogados ao inquirir as testemunhas, e a persistente tentativa de abalar a credibilidade da testemunha indicada pelo outro lado.

Quando se misturam os dois sistemas (*common law* e *civil law*), o que normalmente ocorre é permitir-se ao advogado inquirir diretamente tanto suas testemunhas quanto as indicadas pela parte contrária, sem a intermediação do árbitro. Mas em geral o advogado não atua de forma tão agressiva com as testemunhas contrárias quanto ocorreria se estivesse em um tribunal de país da *common law*,⁶²⁶ por normalmente estar em um ambiente mais informal do que a Corte estatal,⁶²⁷ e também por saber que um interrogatório mais duro poderá ser mal visto por árbitros oriundos de países da *civil law*.⁶²⁸ E também são apresentadas uma quantidade menor de protestos ao teor das perguntas (do que geralmente ocorre quando esse está perante os tribunais estatais em

⁶²⁴ Ver, entre outros: STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 2 ss, p. 173 ss (com ampla citação doutrinária); HILL JR.-SINICROPI, *Evidence in arbitration*, cit., p. 18-19; LEVIN-GRODY, *Witness in arbitration*, cit., p. 100 ss, p. 144 ss, e p. 173 ss; MICHAEL FORDHAM, *Judicial review*, cit., p. 219 ss, e p. 629; RENÉ DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, n. 314, p. 321-322, e *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas*, cit., p. 56; OSCAR VALENTE CARDOSO, *Direct examination e cross-examination no processo brasileiro*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 75, jun. 2009, n. 2, p. 83-86.

⁶²⁵ Mas há autores que informam que na arbitragem se permite que *cross-examination* examine outros temas diferentes, além do que foi objeto do *direct examination* e da questão da credibilidade da testemunha. Nesse sentido: HILL JR.-SINICROPI, *Evidence in arbitration*, cit., p. 19.

⁶²⁶ STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 2.3, p. 176.

⁶²⁷ RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 262.

⁶²⁸ STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 4.2 e 4.4, p. 183-184

países da *common law*), por falta de normas que regulem o modo de fazer a inquirição das testemunhas.⁶²⁹

E neste sistema misto o árbitro não tem papel passivo, ele pode controlar as perguntas dos advogados mesmo sem qualquer protesto, e também pode formular as suas próprias perguntas. Aliás, quanto ao momento em que o árbitro formula as suas perguntas, também existe enorme flexibilidade, pois há árbitros que preferem fazer suas perguntas no início do depoimento, outros que preferem esperar os advogados terminarem de fazer todas as suas perguntas, e ainda existe a possibilidade do árbitro fazer perguntas ao longo dos trabalhos, isto é, de certa forma “interrompendo” o advogado, e depois lhe retornando a condução da inquirição.⁶³⁰

Esse tipo de sistema misto é ainda mais recomendável quando se trata de arbitragem envolvendo parte estrangeira oriunda da *common law*, em razão dos motivos explicados no item 18.6 supra. Mas também tem sido utilizada em arbitragens internas, realizadas no Brasil, cujas partes não são estrangeiras. Aliás, alguns autores estrangeiros têm apontado que alguns aspectos do sistema do *cross-examination* têm sido utilizados em arbitragens internas realizadas em países do sistema da *civil law*, mesmo sem a presença de partes estrangeiras.⁶³¹ É o que tem acontecido também no Brasil.

Todavia, mesmo com essa junção de elementos dos dois sistemas, podem ocorrer conflitos entre as partes e/ou árbitro sobre a melhor forma de tomar os depoimentos. Por exemplo, no sistema da *common law* os advogados têm o costume de, em certas circunstâncias, tratar as testemunhas de forma agressiva; outra atitude comum é fazer indagações destinadas a aferir a credibilidade da testemunha; esses são dois elementos comuns da chamada *cross examination*; quando o árbitro também é originário da *common law*, ele aceita com mais facilidade esses tipos de comportamento, com os quais está acostumado; mas tais métodos, comuns na *cross examination* realizada nos tribunais dos países de *common law*, são muitas vezes mal vistos, nas arbitragens internacionais, pelas partes, advogados e árbitros que são oriundos do sistema da *civil law*. Por isso, como já afirmado, a extensão em que se permite ou se restringe um advogado a aplicar as técnicas da *cross examination* em uma arbitragem internacional vai depender muito da formação do

⁶²⁹ STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.5, p. 179.

⁶³⁰ STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.3 e 3.5, p. 178-179.

⁶³¹ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial*, cit., n. 1287, p. 702; STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 2.3, p. 175.

árbitro,⁶³² e/ou das regras escolhidas (criadas, adaptadas) para dirigir a colheita das provas orais.

(viii) Nada impede também que seja determinada a realização da colheita da prova oral seguindo-se integralmente as técnicas da *common law*, com a *direct examination* e a *cross examination* na sua forma usual, não adaptada.⁶³³ Em arbitragens realizadas no Brasil, contudo, deve-se ter o cuidado ao optar por tal tipo de previsão, eis que os advogados e árbitros brasileiros normalmente não têm o necessário conhecimento prático e teórico do que efetivamente é – como funciona de verdade – a *direct examination* e a *cross examination*. O fato do advogado / árbitro brasileiro ser fã dos seriados policiais e jurídicos norte-americanos, que passam diariamente na televisão a cabo, não lhes dá suficiente informação de como funciona a *direct examination* e a *cross examination*. Uma coisa é ficção e teoria, outra coisa é realidade e prática.

(ix) Mesmo quando não são usadas as sistemáticas supra explicadas (baseadas na utilização total ou parcial de técnicas de inquirição de testemunhas existentes em países da *common law*), pode-se criar ou adaptar regra procedimental permitindo-se a reinquirição das testemunhas e partes pelos advogados, na linha do antes explicado. Ou seja, mesmo quando se segue o sistema usado perante o Poder Judiciário brasileiro, pode-se implementar modificação prevendo que após os dois advogados terem feito suas perguntas, o primeiro advogado recebe novamente a palavra para formular novas perguntas, seguida da abertura dessa possibilidade ao outro advogado.⁶³⁴ E isso tudo sem prejuízo do controle, pelo árbitro, da necessidade das indagações.

(x) Podem ser admitidas acareações entre testemunhas, ou mesmo entre testemunhas e as partes, ou mesmo ser tomado um segundo depoimento de testemunhas ou partes, para “*aclarar informações incoerentes e conflitantes.*”⁶³⁵

(xi) Nos procedimentos judiciais estatais brasileiros o depoimento das partes visa a confissão. Por isso, a parte não tem o direito de pedir o seu próprio depoimento pessoal. Mais ainda, se for determinado que ela faça o depoimento pessoal, o seu advogado não poderá formular perguntas. Essas regras são comuns em países filiados ao sistema da *civil*

⁶³² EDUARDO SPINOLA E CASTRO, A convenção, cit., n. 4, p. 21.

⁶³³ Entre outros autores, mencionam a possibilidade de utilização de tais técnicas na arbitragem: IRINEU STRENGER, *Comentários*, cit., p. 83-84; LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 1.3.2.1, p. 26.

⁶³⁴ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, A ordem das provas, cit., p. 58.

⁶³⁵ PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Panorâmica*, cit., n. 1, p. 331.

law, sendo que em países da *common law* as partes podem depor como se fossem testemunhas.⁶³⁶

Assim, em algumas arbitragens realizadas no Brasil, mesmo somente entre partes brasileiras, permite-se ao advogado requerer o depoimento de seu próprio cliente, ou seja, pode-se pedir o seu próprio depoimento pessoal. Além disso, permite-se que o advogado do próprio cliente lhe faça perguntas na audiência.

(xii) No sistema brasileiro as testemunhas normalmente depõem somente sobre fatos que conhecem, sobre os fatos controvertidos do processo. Entende-se que se existem questões técnicas controvertidas, elas têm que ser investigadas por meio de perícia, e não pela apresentação de testemunhas que eventualmente teriam conhecimento sobre o assunto técnico debatido. Assim, na arbitragem pode perfeitamente ser aceito o depoimento do especialista que não conhece os fatos da causa, mas que tem conhecimento das questões técnicas relacionadas com o objeto da arbitragem.⁶³⁷ Esse tipo de testemunha é a chamada testemunha técnica, ou *expert witness*.⁶³⁸ Mais adiante explica-se a possibilidade de utilização de *expert witness* em substituição da perícia tradicional.

(xiii) Uma técnica que mistura prova documental com oral é a apresentação de depoimentos por escrito (*written witness statements*).⁶³⁹ Tal método é comum no exterior,⁶⁴⁰ e nada impede que seja usada no Brasil.⁶⁴¹ Trata-se de mistura de prova documental com oral pois muitas vezes se prevê que somente serão aceitos depoimentos escritos se a parte contrária tiver a oportunidade de inquirir a testemunha que apresentou o depoimento escrito; assim, se a parte contrária não quiser fazer a inquirição de tal testemunha, o depoimento por escrito deve ser apreciado pelos árbitros; mas se a parte contrária pediu o depoimento da testemunha, e essa não comparecer na audiência, então o depoimento por escrito deve ser desconsiderado pelo árbitro. O árbitro também pode exigir o comparecimento das testemunhas que quiser inquirir. E ainda pode ser previsto que se a

⁶³⁶ STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.10, p. 181.

⁶³⁷ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 314 e 319-320, e *O processo arbitral*, cit., n. 9, p. 28; IRINEU STRENGER, *Formação*, cit., p. 166-167; LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR, *Manual*, cit., p. 147.

⁶³⁸ Sobre a *expert witness*, ver: STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.9, p. 181, e n. 5.5.3, p. 188; CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 319-320.

⁶³⁹ As explicações feitas sobre tal sistema são baseadas nas lições de: STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.8, p. 180, e n. 4.1, p. 182-183; NICOLÁS GAMBOA-MORALES, *Notes on collection*, cit., n. 3, p. 150-152; FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, *The presentation*, cit., n. 3.1, p. 227-228; CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 320-322.

⁶⁴⁰ IRINEU STRENGER, *Formação*, cit., p. 161; STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.8, p. 180.

⁶⁴¹ ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1867, p. 165; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 30.8, p. 602.

testemunha comparecer, o advogado da parte contrária somente poderá fazer perguntas relacionadas com os temas abordados no depoimento por escrito; se o advogado quer ouvir a testemunha sobre outros temas, deve indicá-la como sua testemunha. Alguns regulamentos arbitrais expressamente prevêm a possibilidade de depoimentos escritos.⁶⁴² Uma vantagem desse tipo de sistema seria que os depoimentos orais, quando ocorrem, são muito mais focados nos assuntos que a testemunha conhece e/ou que são efetivamente relevantes para o litígio. E o sistema também permite ao advogado que não indicou a testemunha preparar melhor as suas questões.

(xiv) Outra sistemática que já foi usada com sucesso em algumas arbitragens é o árbitro preparar uma lista de indagações (na linha do explicado no item 16.3 supra), e enviá-las para as partes, marcando uma audiência, na qual tais questões deverão ser respondidas verbalmente, sem prejuízo de ser apresentada também resposta por escrito. Essas perguntas podem ser dirigidas para as partes, peritos, ou mesmo testemunhas. O árbitro assim indica quais são as suas principais dúvidas, quais são os temas que considera mais relevantes. Sua participação em contraditório é assim efetivamente implementada, através de verdadeiro diálogo com as partes, na linha do defendido no item 10.2.5 supra.

(xv) Uma possibilidade de criação ou adaptação de regras que regulam a colheita da prova oral na fase instrutória, que é mencionada pela doutrina estrangeira, é uma técnica de inquirição conjunta de testemunhas e/ou de testemunhas técnicas, denominada *witness conferencing* (também chamada de *confrontation testimony*).⁶⁴³ Nesse sistema, em vez de serem inquiridas as testemunhas na forma tradicional, uma a uma, o depoimento ocorre de forma simultânea, entre dois times de testemunhas / peritos. Fica um grupo de um lado, e outro do outro, todos juntos na mesma sala, com os advogados e árbitros. O advogado faz a pergunta para um dos grupos, e alguém escolhido pelo grupo é que irá responder. E em seguida pode ou não ser franqueada a palavra para o outro grupo comentar a resposta. Quem faz primeiro as perguntas é o advogado da parte que indicou aquele grupo de testemunhas. Em seguida, quem faz as perguntas é o advogado da parte contrária. Pode-se ainda prever que o árbitro formulará perguntas se quiser. Terminado o depoimento de um grupo, inicia-se, com a mesma sistemática, o depoimento do outro grupo. Trata-se de

⁶⁴² Por exemplo: *IBA Rules* Art. 4; Reg. ICDR (AAA) Art. 20 (5); Reg. LCIA Art. 20; *UNCITRAL Arbitration Rules* Art. 25 (5).

⁶⁴³ As explicações sobre tal técnica são baseadas nas informações de: PETER WOLFGANG, *Witness conferencing revisited*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 4, nº 13, abr./jun. 2007, p. 87 ss; STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 3.8.1, p. 180; NICOLÁS GAMBOA-MORALES, *Notes on collection*, cit., n. 3, p. 152-153; ALEX WILBRAHAM, *O perito na*, cit., n. 5, p. 108-109.

técnica complexa, que exige muito preparo do advogado, e condução adequada da audiência pelo árbitro. Um grande defensor desse método é PETER WOLFGANG, que enumera vários pontos a seu favor.⁶⁴⁴

(xvi) A flexibilidade da fase instrutória também permite que seja estabelecida a realização de audiências, para colheita de prova oral, através de vídeo conferência, ou utilizando-se outras tecnologias. Em vez do árbitro viajar para onde a testemunha está (ou vice versa), utiliza-se a tecnologia para aproximar as pessoas.⁶⁴⁵

18.7.3) Prova pericial e inspeção pelos árbitros.

A perícia realizada na arbitragem também não tem que necessariamente seguir o previsto no CPC. São várias as possíveis alternativas, sendo a lista abaixo meramente exemplificativa.

(xvii) Pode-se prever que o árbitro visitará o local dos fatos, de forma semelhante à inspeção judicial (prevista no art. 440 a 443 do CPC). Ele poderá estar acompanhado de perito quando fizer a vistoria,⁶⁴⁶ com a presença opcional das partes e de seus assistentes técnicos e advogados. Na verdade isso também pode ocorrer nos procedimentos judiciais estatais, mas a realização da inspeção pelo juiz é algo extremamente raro.⁶⁴⁷ Esse tipo de medida é mais comum na arbitragem. Não que ocorra em todas as arbitragens, mas é mais freqüente do que nos processos que correm no Poder Judiciário.

(xviii) Há autores que mencionam que, caso o árbitro não tenha formação jurídica, ele poderá nomear perito para auxiliá-lo nas eventuais questões jurídicas incidentais que devem ser decididas.⁶⁴⁸ O tema é, contudo, controvertido. Se a arbitragem envolve questões jurídicas substanciais, o árbitro deveria saber resolvê-la sozinho, caso contrário além de não ser um árbitro “competente” (qualidade que lhe é exigida pelo § 6º do art. 13 da Lei 9.307/96), a nomeação do perito será quase como uma delegação do poder de decidir, algo impensável na arbitragem. O que parece ser possível é nomear perito para tratar de aspectos jurídicos secundários que, quando o árbitro aceitou o seu encargo, não

⁶⁴⁴ Witness conferencing, cit., p. 87 ss.

⁶⁴⁵ Defendendo a possibilidade de usar, na arbitragem, audiência por vídeo conferência ou por outros meios eletrônicos: SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, cit., v. 2, n. 30.8, p. 602.

⁶⁴⁶ PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Panorâmica*, cit., n. 1, p. 231.

⁶⁴⁷ Neste ano de 2010 eu completo 20 anos de advocacia, principalmente contenciosa, e somente participei de uma única inspeção judicial, que aconteceu numa ação civil pública, e que foi marcada para o mesmo dia em que se iniciou a perícia.

⁶⁴⁸ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 314; PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Aspectos*, cit., n. 90, p. 147; PAULO HOFFMAN, *Arbitragem*, cit., n. 4.2, p. 313-314.

tinha como prever que seriam discutidas na arbitragem. Fora isso, se o árbitro notar que não tem conhecimento suficiente para resolver o litígio sozinho, deve renunciar ao seu encargo.

(xix) Também há quem defenda que, em vez de ser nomeado um perito pessoa física, seja nomeada uma pessoa jurídica, por exemplo, empresa de auditoria.⁶⁴⁹ Na verdade, a jurisprudência brasileira tem diversos precedentes aceitando a nomeação de pessoa jurídica, notadamente órgão público, para atuar como perito em processo judicial estatal.⁶⁵⁰

(xx) Em diversos países, em especial do sistema da *common law*, a perícia funciona de forma diferente da que ocorre no Brasil (e que se repete em outras nações). No Brasil, e em vários países da *civil law*, o juiz nomeia um perito oficial, podendo as partes nomear assistentes técnicos. Já nos países da *common law* o juiz não nomeia um perito oficial, as partes é que apresentam laudos preparados por peritos por elas contratados, peritos esses que às vezes são denominados *expert witness* (já mencionados acima); e, muitas vezes, esses peritos devem também depor em audiência, inclusive respondendo indagações do advogado que representa o outro lado.⁶⁵¹ Há inclusive discussão, na doutrina, sobre qual desses dois métodos de perícia seria o mais adequado.⁶⁵² Trata-se de discussão que provavelmente nunca será resolvida, pois alguns árbitros preferem o sistema tradicional da *civil law* (nomeação do perito oficial) e outros preferem o sistema dos peritos contratados pelas partes (oriundo da *common law*). Aliás, alguns regulamentos arbitrais chegam mesmo a disciplinar as duas formas de perícia, para que o árbitro possa utilizar a que preferir.⁶⁵³

Esse sistema, que é mais usual na *common law*, pode perfeitamente ser usado em arbitragens no Brasil,⁶⁵⁴ mesmo quando não há partes estrangeiras envolvidas. Por dois motivos. Primeiro, em razão da flexibilidade do procedimento arbitral, decorrente da autonomia da vontade. Segundo, pois tal sistema não causa nenhum prejuízo ao direito de defesa das partes; tanto não causa que método parcialmente semelhante pode ser usado nos

⁶⁴⁹ CARLOS ALBERTO CARMONA, O processo arbitral, cit., n. 9, p. 28.

⁶⁵⁰ Ver T. NEGRÃO e J. R. F. GOUVÊA, *Código de Processo*, cit., nota 1b ao art. 145 do CPC, p. 286.

⁶⁵¹ Alguns autores apontam que é um grande desafio fazer o *cross-examination* de uma *expert witness*: LEVIN-GRODY, *Witness in arbitration*, cit., p. 169.

⁶⁵² Explica o sistema da *common law* e abordam argumentos a favor dos dois sistemas: IRINEU STRENGER, *Formação*, cit., p. 161-167; ALEX WILBRAHAM, *O perito na*, cit., n. 2-4, p. 106-108.

⁶⁵³ Por exemplo: *IBA Rules* Art. 5 e 6;

⁶⁵⁴ Neste sentido: JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas*, cit., p. 58-59; LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 39.

procedimentos judiciais estatais, em decorrência da aplicação conjunta dos arts. 421, § 2º, e 427, ambos do Código de Processo Civil.⁶⁵⁵

Tal método já vem sendo aplicado em arbitragens realizadas no Brasil, pois alguns árbitros entendem que é o mais adequado para apurar os fatos. Os defensores dessa sistemática,⁶⁵⁶ a consideram mais rápida e eficaz do que a perícia tradicional. Na maioria das vezes o depoimento das testemunhas técnicas (*expert witness*) é suficiente e esclarecedor, evitando a realização de demorada prova pericial pelo sistema tradicional. Também se afirma que apesar do perito ser contratado pelas partes (é a chamada *hired gun*, ou arma de aluguel), o árbitro tem capacidade para verificar qual das duas exposições (dos dois peritos) é a mais plausível, tem mais detalhes técnicos, está coerente e sem furos. O árbitro também pode apurar que em alguns pontos um perito tem razão, e em outros pontos o outro é que tem razão. Mais ainda, como cada perito normalmente prepara o seu laudo sem manter contato com o outro perito (afinal, foram contratados por adversários), então ao apresentarem, no mesmo momento, os seus respectivos laudos, pode ser que estejam de acordo quanto a alguns fatos, cuja apuração fica assim praticamente resolvida.

Outro fator a favor dessa sistemática é que os peritos contratados pelas partes, além de apresentarem laudos por escrito, normalmente também são convocados para depor em audiência.⁶⁵⁷ E tem que submeter ao interrogatório do advogado da parte contrária que contratou o perito; esse questionamento eventualmente pode ser no violento estilo da *cross-examination*, antes explicado. Ora, o laudo, o papel, aceita tudo. Mas eventuais afirmações “vazias” (desprovidas de credibilidade) feitas no laudo, quando questionadas na audiência, obrigarão o perito a se justificar, a explicar melhor sua afirmação, e eventualmente até mesmo a se retratar. E quando o perito não consegue, na audiência, na frente do árbitro, sustentar de forma adequada suas afirmações, ou quando foge das indagações, então isso é um enorme indicativo da fragilidade do que expôs no seu laudo. E na maioria das vezes o árbitro não será facilmente impressionado pelo eventual teatro ou eloquência do perito, ele irá verificar se as informações técnicas do perito fazem sentido, se elas efetivamente comprovam os fatos. Bem aponta ALEX WILBRAHAM que o árbitro “pode

655 CPC: “Art. 421. (...) § 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado.” “Art. 427. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.” (Redação dos dois dispositivos dada pela Lei 8.455/92.)

656 Entre eles: JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas*, cit., p. 58-59.

657 ALEX WILBRAHAM, *O perito na*, cit., n. 4, p. 107-108.

facilmente identificar um perito “barriga de aluguel”, disposto a, em qualquer caso, emitir uma opinião que convenha ao seu cliente.”⁶⁵⁸

Obviamente, em certas situações a metodologia acima defendida não será suficiente, tendo que ser feita a perícia nos moldes “tradicionais”, com nomeação de perito oficial pelo árbitro.

18.7.4) Prova documental. *Discovery*.

(xxi) Normalmente, nos procedimentos judiciais estatais, as provas documentais são todas, ou quase todas, apresentadas com a petição inicial e a contestação. Mas apesar da legislação brasileira parecer ser restritiva à posterior apresentação de documentos nos processos judiciais estatais, a jurisprudência é liberal, permitindo a juntada posterior de documentos, desde que seja respeitado o contraditório, dando-se vista para a parte contrária. Esse tipo de atitude também pode ser aplicada na arbitragem, permitindo-se a apresentação de novos documentos ao longo do procedimento, desde que respeitado o contraditório.

(xxii) Em função dos seus poderes instrutórios, previstos no art. 22 da Lei 9.307/96, o árbitro pode determinar que uma das partes apresente um documento específico.

(xxiii) Por fim, há autores que também afirmam que nas arbitragens pode ser usada a famosa, no fundo desconhecida, e altamente polêmica *discovery*.⁶⁵⁹

Mas o que é efetivamente a *discovery*?⁶⁶⁰ No que ela se distingue do pedido de exibição de documentos previsto no art. 355 e seguintes do CPC brasileiro? De forma resumida, uma primeira diferença é que no pedido de exibição de documentos o que se solicita é um documento específico e individualizado, enquanto que na *discovery* pleiteia-se que a parte contrária entregue todos os documentos relacionados com o tema em

⁶⁵⁸ O perito na, cit., n. 4, p. 107.

⁶⁵⁹ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 314 (mas apontando ter esse meio de prova alguns graves defeitos); JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Arbitragem e processo*, cit., p. 64; IRINEU STRENGER, *Comentários*, cit., p. 83-84; LUIS FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem*, cit., n. 1.3.2.1, p. 26; LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR, *Manual*, cit., p. 147.

⁶⁶⁰ Ver, entre outros: STEPHEN C. YEAZELL, *Civil procedure*, cit., p. 485 ss; COUND-FRIEDENTHAL-MILLER-SEXTON, *Civil procedure*, cit., p. 813 ss; MICHAEL FORDHAM, *Judicial review*, cit., p. 219 ss; JOSEPH W. GLANNON, *Civil procedure*. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 2001, p. 327 ss; GENE R. SHREVE, *Procedure, Civil*. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion*, cit., p. 643; STEVEN A. HAMMOND, *Making the case*, cit., n. 5.2, p. 185-186, e n. 6-7, p. 189-192; RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 267 ss; GRANT HANESSIAN, *Discovery in international*, cit., p. 154-158; HENRY G. BURNETT e VERONICA FOLEY, *US Courts expand discovery in international arbitration*. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 4, nº 17, jan./mar. 2008, p. 57-61; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A ordem das provas*, cit., p. 53; DANIEL J. MEADOR, *Procedure, Cort*. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion*, cit., p. 649.

discussão no litígio. Mas não é só isso, pois a *discovery* pode ter por objetivo não só a obtenção de documentos, mas também a apuração de fatos por outro meios, como as denominadas *oral depositions*, que são depoimentos obtidos fora do ambiente do tribunal judicial estatal.⁶⁶¹ E essa é uma explicação extremamente simplificada, pois existem regras detalhadas que regulam como funciona efetivamente a *discovery*, regras essas que não são homogêneas em todas as nações do sistema da *common law* e nem nos 50 Estados integrantes dos EUA. E, mesmo nos EUA, a extensão da *discovery* na arbitragem costuma muitas vezes ser mais limitada do que o que ocorre nos processos judiciais estatais.⁶⁶²

Não é recomendável prever a utilização da *discovery* em uma arbitragem, realizada no Brasil, sem prévia aprofundada reflexão sobre sua conveniência no caso concreto. Na verdade, não é interessante prever a *discovery* em qualquer caso sem razoável reflexão anterior.⁶⁶³ E mesmo ao escolher o regulamento aplicável, é interessante verificar se esse possui regras mais ou menos explícitas sobre a *discovery*.⁶⁶⁴

O fato de ser uma técnica muito comentada não a transforma necessariamente em uma boa técnica. Para que a *discovery* funcione são necessárias algumas condições que talvez não existam nas arbitragens realizadas no Brasil. Por exemplo, os advogados que atuam nos países filiados ao sistema da *common law* têm a obrigação legal de respeitar certos preceitos éticos, inclusive relacionados com a *discovery*, que não são aplicáveis aos advogados que atuam nas nações em que não existe a previsão legal da *discovery*;⁶⁶⁵ isso pode gerar uma desigualdade dentro da arbitragem, quando os advogados estão sujeitos a obrigações éticas distintas.⁶⁶⁶ Outro exemplo é que nas nações em que a *discovery* é uma realidade do dia a dia (já que usada nos tribunais estatais), as empresas estão habituadas com o sistema, e podem adotar práticas administrativas que sejam compatíveis com uma posterior *discovery*; mas uma empresa que não está acostumada com tal sistema poderá ter graves problemas quando lhe for determinada a apresentação de documentos que sequer estão organizados de forma adequada.

⁶⁶¹ As *depositions* são mais raras na arbitragem. Neste sentido: GRANT HANESSIAN, *Discovery in international*, cit., n. 3, p. 157; RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 268.

⁶⁶² RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 267 ss.

⁶⁶³ Fazendo interessantes observações sobre a conveniência ou não da *discovery* em arbitragens internacionais, em função do tipo do contrato e da posição contratual, ver: GRANT HANESSIAN, *Discovery in international*, cit., n. 4, p. 157-158.

⁶⁶⁴ Nesse sentido, analisando alguns regulamentos (CCI, ICDR, LCIA, UNCITRAL, ICSID, IBA), ver GRANT HANESSIAN, *Discovery in international*, cit., n. 1, p. 155-156, e n. 3, p. 156.

⁶⁶⁵ GRANT HANESSIAN, *Discovery in international*, cit., n. 4, p. 157.

⁶⁶⁶ Bem aponta MARISTELA BASSO, *Procedimento arbitral*, cit., n. 3.2, p. 9, que os advogados, ao atuarem dentro da arbitragem, continuam sujeitos às suas obrigações, impedimentos, etc. inclusive éticos, decorrentes do seu estatuto profissional.

Além disso, a *discovery* pode encarecer excessivamente a arbitragem,⁶⁶⁷ em função da enorme quantidade de documentos que precisarão ser examinados pelas partes e/ou pelo árbitro. Pior ainda quando a *discovery* envolve a apresentação de todas as informações existentes nos sistemas informatizados das partes litigantes (*e-discovery*),⁶⁶⁸ como as mensagens eletrônicas trocadas entre as partes e/ou entre os funcionários de uma parte. E a *discovery* também tende a fazer com que a arbitragem seja bem mais lenta.

Por esses motivos, e outros, foi explicado no item 18.6 supra que uma das razões, nos países do sistema da *common law*, que leva as partes a utilizarem a arbitragem é exatamente evitar os mencionados problemas causados pela *discovery*, já que esse meio de prova não é necessariamente usada no procedimento arbitral. Mais ainda, existem advogados de países da *common law* que inserem regras, em cláusulas compromissórias (ou mesmo em compromissos arbitrais), proibindo a realização de *discovery* na arbitragem.⁶⁶⁹ A arbitragem acaba funcionando como uma forma de fugir dos problemas práticos causados pela *discovery*.

Se eles, que inventaram o instituto, apontam tantos defeitos, por que vamos importá-lo? Há assim quem não recomende a *discovery* na arbitragem.⁶⁷⁰

De qualquer forma, a doutrina informa que cada vez mais arbitragens usam o instituto da *discovery*, mesmo quando as duas partes em disputa não são de países da *common law*.⁶⁷¹

18.7.5) Meios de prova e respeito aos limites da flexibilidade procedimental.

Em todas as possibilidades de escolha de regras especiais que versem sobre – que flexibilizem – a colheita das provas devem ser respeitados os já explicados limites (garantias mínimas, balizas) à criação e adaptação de regras procedimentais na arbitragem, explicadas em detalhes na terceira parte desta tese.

Por exemplo, as partes devem ter as mesmas oportunidades na instrução probatória, ou seja, devem ter paridade de armas. Assim, aprofundando o exemplo, quando existe

⁶⁶⁷ YVES DERAIS, A arbitragem internacional: custo, cit., n. 16, p. 183; RAU-SHERMAN-PEPPET, *Arbitration*, cit., p. 269; FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, The presentation, cit., n. 2.2, p. 217.

⁶⁶⁸ STEVEN A. HAMMOND, Making the case, cit., n. 6, p. 189-190.

⁶⁶⁹ GRANT HANESSIAN, Discovery in international, cit., n. 4, p. 157-158.

⁶⁷⁰ LUIZ OLAVO BAPTISTA, Arbitragem: aspectos práticos, cit., p. 218

⁶⁷¹ YVES DERAIS, A arbitragem internacional: custo, cit., n. 183.

limitação do tempo de oitiva das testemunhas, o tempo concedido deve ser o mesmo para cada parte, e deve ser razoavelmente suficiente para ela poder inquirir suas testemunhas.

18.8) Reuniões preparatórias para organizar a fase probatória.

É muito importante que as regras que regulam a fase probatória sejam previamente decididas de comum acordo entre as partes e os árbitros, ou seja, antes do início da fase instrutória. A idéia é a mesma defendida no item 13.3 supra, ou seja, que se as partes conhecem a regra do jogo, então diminuem os conflitos, as dúvidas, as questões sobre o procedimento.

E apesar dos árbitros terem poder de dirigir o procedimento, de estabelecerem ou modificarem as regras procedimentais, dependendo da matéria decidida é mais adequado obter o prévio consenso das partes.

Aliás, é relativamente comum que os árbitros convoquem as partes e/ou seus advogados para um **encontro prévio, como se fosse uma “sessão de trabalho”**, nos quais o objetivo não é discutir o mérito do litígio, mas sim organizar a fase instrutória,⁶⁷² inclusive para decidir se serão aplicadas algumas das técnicas (regras) resumidas nos itens precedentes deste estudo.

Quando a arbitragem está começando (antes das partes exporem suas razões), nem sempre o árbitro tem condições de prever quais tipos de provas serão efetivamente necessários naquele caso concreto. Por isso, na eventual “audiência preliminar” (“reunião de trabalho”) realizada antes do procedimento começar (ver item 13.3 supra), não será nem útil nem prático já prever e/ou discutir regras probatórias que talvez sequer sejam aplicadas. Por isso é que em muitas arbitragens é comum a realização de um (outro?) encontro prévio, verdadeira sessão de trabalho, antes da fase probatória ter início, para discutir detalhes de como as provas serão colhidas. Obviamente, primeiro os árbitros mantêm contato entre si, e depois fazem esse encontro prévio com as partes e/ou seus advogados.

Trata-se assim de outro importante aspecto da flexibilidade do procedimento arbitral, e que abrange as duas vertentes examinadas ao longo deste estudo. Ou melhor, é um dos palcos no qual se exerce a flexibilidade do procedimento arbitral. Nesse encontro prévio, as partes, advogados e árbitros podem criar as regras que regerão a colheita de

⁶⁷² IRINEU STRENGER, Formação, cit., p. 158.

provas (vertente da criação da regra procedimental), e também podem modificar regras probatórias anteriormente eleitas ou presentes no regulamento aplicável ao caso (vertente da adaptação da regra procedimental).

18.9) Criação e adaptação de regras sobre o ônus da prova, e sobre a inversão do ônus da prova.

Será que podem ser **criadas** regras específicas, em dado procedimento arbitral, regulando o ônus da prova de maneira diferente daquela prevista na lei processual? E a inversão do ônus da prova, também pode ser regulamentada de forma diferente?

Essas questões podem ser respondidas relembando alguns pontos anteriormente explicados. Primeiro, que a autonomia da vontade é importante base que rege a construção e a adaptação do procedimento arbitral. Segundo, as regras processuais existentes no Código de Processo Civil não têm sempre aplicação no procedimento arbitral, conclusão essa inteiramente válida no que se refere à produção probatória. Terceiro, que uma das balizas que devem ser respeitadas quando se criam regras procedimentais na arbitragem é o princípio da igualdade das partes. Quarto, que outra baliza a ser considerada é o princípio do livre convencimento motivado.

Assim, as regras sobre a distribuição do ônus da prova podem sim ser alteradas dentro de uma arbitragem.⁶⁷³ Do mesmo modo, podem ser previstas regras sobre a inversão do ônus da prova.⁶⁷⁴ Mas existem alguns limites, adiante apontados.

Um outro argumento reforça a conclusão de que na arbitragem podem ser previstas disposições especiais sobre o ônus da prova. A maioria da doutrina ensina que as regras que disciplinam o ônus da prova são, na verdade, regras de julgamento, regras que o juiz / árbitro deve aplicar na hora de julgar o litígio, e somente se não tiver provas suficientes para esclarecer o fato controvertido.⁶⁷⁵ Ora, o art. 2º da Lei 9.307/96 determina que as partes podem estabelecer que a arbitragem será por equidade, o que equivale dizer que, o juiz pode utilizar critérios de equidade na hora de julgar – em suma, é uma regra de julgamento. Se as partes podem estabelecer esse tipo de regra de julgamento, é patente que

⁶⁷³ PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos, cit., n. 57, p. 140-141; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização*, cit., n. 5.2.3, p. 148, nota 54.

⁶⁷⁴ ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual*, cit., v. 3, n. 1867, p. 165.

⁶⁷⁵ Nesse sentido: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 3, n. 801, p. 82; ANTÔNIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, *Comentários*, cit., v. 4, n. 12, p. 21; CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 298; WAMBIER-ALMEIDA-TALAMINI, *Curso avançado*, cit., v. 1, n. 31.10, p. 400; SIDNEI AMENDOEIRA JR., *Direito processual*, cit., n. 33.6, p. 465; DIDIER JR.-BRAGA-OLIVEIRA, *Curso*, cit., v. 2, p. 73 e 76.

podem estabelecer outras regras de julgamento, por exemplo antecipadamente alterando as regras “normais” de distribuição do ônus da prova, determinando que a prova de algum fato caberá exclusivamente a determinada parte.

Mas e se essa convenção – sobre o ônus da prova – tornar-se excessiva para uma das partes? O problema é que pode ocorrer um confronto entre dois valores extremamente importantes na arbitragem: o princípio da vontade das partes (que levaria a manter a regra excessiva) e o princípio de que o procedimento não pode violar a igualdade das partes (§ 2º do art. 21 da Lei 9.307/96), que acarretaria a não aplicação da regra excessiva que viola a igualdade dentro do processo.

Assim como ocorre quando existe confronto entre princípios constitucionais, não é possível afirmar, de forma genérica, que sempre um princípio ou regra é superior ou mais importante do que outro. Depende da situação de fato, de quem são as partes, do tipo de prova etc., para decidir-se qual dos postulados irá prevalecer sobre o outro: se a regra do ônus da prova é mantida em obediência ao princípio da vontade das partes, ou se a regra do ônus da prova não é aplicada pelo árbitro, pois ele entende que ela viola a igualdade das partes na arbitragem.

No fundo, a situação é parecida com o previsto no inciso II do parágrafo único do art. 333 do CPC,⁶⁷⁶ que considera nula a convenção das partes que, ao estabelecer determinado ônus da prova, “tornar excessivamente difícil” o exercício do direito de defesa da parte.⁶⁷⁷

De outro lado, também é necessário verificar se as regras que regulam o ônus da prova podem ser **adaptadas** (modificadas) durante o desenvolvimento da arbitragem. A resposta também é positiva, pelos mesmos motivos acima explicados.

Mas existe um aspecto particular que precisa ser destacado. Se as partes criaram uma regra procedimental sobre os ônus da prova, a margem para o árbitro, sozinho, modificar tal regra, é muito estreita. Se o árbitro aceitou o seu encargo já sabendo que deveria aplicar tal regra – que, como dito antes, é sobretudo uma regra de julgamento – então posteriormente modificá-la não implicará somente na alteração de um procedimento, mas sim poderá mesmo afetar as conclusões do julgamento. Nesse tipo de situação aplica-

⁶⁷⁶ CPC: “Art. 333. (...) Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: (...) II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

⁶⁷⁷ O paralelo entre tal situação, na arbitragem e em juízo estatal, é feito por CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 299.

se as observações feitas no item 7.5 supra, mas com uma restrição ainda maior à possibilidade do árbitro alterar a regra de julgamento.

Por fim, ainda tendo em vista a constatação de que as regras que versam sobre o ônus da prova são, no fundo, regras de julgamento, é necessário apontar que a criação e adaptação de regras sobre o ônus da prova também encontra limite no princípio do livre convencimento motivado. Se, a pretexto de estabelecer regras diferentes de divisão do ônus da prova, a consequência for violar o princípio do livre convencimento motivado, então a regra procedimental (criada ou adaptada) não será válida. Em outras palavras, a flexibilidade do procedimento arbitral não permite a criação de regras sobre a distribuição do ônus da prova que acarretem a violação do princípio do livre convencimento motivado. E se o árbitro verificar ser esse o caso da regra procedimental existente, ele então deverá proceder à adaptação necessária, para que o princípio do livre convencimento motivado seja respeitado (na linha do explicado no item 10.5.2 infra).

18.10) O momento da inversão do ônus da prova na arbitragem.

Outro ponto que merece reflexão é saber como deve o árbitro proceder quando ele entende que a situação em análise na arbitragem deve levar à aplicação da chamada inversão do ônus da prova. Em tese, três posturas são possíveis: (i) o árbitro não trata do tema durante o procedimento, e, na sentença arbitral, aplica a inversão do ônus da prova; (ii) ao longo do procedimento o árbitro alerta as partes que no caso concreto pode ocorrer a inversão do ônus da prova; e (iii) o árbitro, no meio do procedimento, desde logo informa as partes que irá aplicar a inversão do ônus da prova, para que elas possam atuar na fase instrutória tendo em vista tal decisão.

O problema é similar à discussão já existente no processo civil estatal. Como a doutrina explica que o ônus da prova é regra de julgamento (ver item anterior deste estudo), a inversão do ônus da prova também é considerada, por parte da doutrina, como regra de julgamento. Por isso, doutrina e jurisprudência que analisam a inversão do ônus da prova nos processos judiciais pode ser dividida em três correntes: (a) a primeira afirma que sendo o ônus da prova regra de julgamento, ela pode ser aplicada diretamente na sentença, sem prévia decisão, na fase instrutória, de que o ônus seria invertido;⁶⁷⁸ (b) a segunda entende que, apesar de ser efetivamente uma regra de julgamento, o juiz deve, antes de

⁶⁷⁸ ANTÓNIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, *Comentários*, cit., v. 4, n. 15, p. 25; SIDNEI AMENDOEIRA JR., *Direito processual*, cit., n. 33.6, p. 465.

proferir a sentença, alertar às partes de que poderá acontecer a inversão do ônus da prova;⁶⁷⁹ e (c) a terceira defende que, apesar do ônus da prova ser regra de julgamento, a sua inversão é regra de procedimento e não de julgamento, motivo pelo qual tem que ser decidida ao longo do procedimento, para que as partes tenham a possibilidade de exercer o seu direito de ampla defesa.⁶⁸⁰

Essa discussão tem sido ainda afetada – ou melhor, expandida – em razão de ser relativamente comum, em ações civis públicas e ações populares, a chamada inversão financeira do ônus da prova. Assim, magistrados têm declarado ser caso de inversão do ônus da prova para, com isso, determinar que os réus devem adiantar os valores necessários para custear uma determinada prova técnica. Nesses casos, a opção em determinar a inversão do ônus da prova não é decorrente da filiação do magistrado à corrente doutrinária que defende a necessidade da inversão ocorrer antes da fase instrutória, sendo sim motivada por aspectos práticos: a necessidade de que alguém seja compelido a custear a prova (geralmente pericial).

Na arbitragem, contudo, existe um aspecto um pouco diferente, que é a probabilidade de existir um contato mais direto, mais aberto, menos litigioso, menos formal, entre as partes e os árbitros, e mesmo no que se refere ao relacionamento das partes entre si. Isso não ocorre em todas as arbitragens, mas naquelas em que tal modelo efetivamente se confirma, parece mais adequado que o árbitro alerte antecipadamente sobre a possibilidade de inverter o ônus da prova, ou que desde logo declare ser caso da sua inversão. Até para evitar que, posteriormente, a parte prejudicada pela inversão do ônus da prova na sentença ingresse com ação anulatória da sentença arbitral alegando cerceamento de defesa.

⁶⁷⁹ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 3, n. 801, p. 84.

⁶⁸⁰ LEONARDO GRECO, *A prova*, cit., n. 6, p. 82; CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado*, cit., v. 2, t. 1, p. 247-248; DIDIER JR.-BRAGA-OLIVEIRA, *Curso*, cit., v. 2, p. 82-85.

19) FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E MEDIDAS DE URGÊNCIA.

19.1) Observações iniciais.

O árbitro tem poderes para conceder medidas de urgência? Esse poder tem que estar expressamente previsto nas regras procedimentais? Como fazer na ausência de estipulação? As partes podem vedar tal poder ao árbitro? Existe diferença de tratamento entre tutela cautelar e tutela antecipatória?

Veja-se que se a conclusão for no sentido de que o árbitro tem o poder de conceder medidas de urgência, então também, é preciso verificar se esse poder é de qualquer forma afetado pela falta de estipulação a respeito do tema pelas partes (ou de previsão no regulamento aplicável ao caso concreto), ou pela estipulação proibindo a concessão de medidas de urgência. Se a conclusão for a contrária, de que o árbitro não tem o poder de conceder medidas de urgência, então é necessário apurar se esse poder pode ser concedido pelas partes.

Todas essas questões têm ligação, direta ou indireta, com a flexibilidade (criação ou adaptação) do procedimento arbitral. A flexibilidade do procedimento arbitral deve ser analisada tanto quando existe a expressa previsão de regras específicas sobre a concessão de medidas de urgência, quanto quando essas regras não existem.

19.2) Premissa importante: a fungibilidade das tutelas de urgência.

Antes de se examinar as questões relacionadas com a concessão de tutela de urgência quando existe convenção arbitral e/ou quando já instaurada a arbitragem, necessário fixar uma importante premissa, que é a extensão da fungibilidade das tutelas de urgência, fungibilidade essa também válida e aplicável na arbitragem.

Quando foi editada a Lei 8.952/94, que alterou os artigos 273 e 461 do CPC, a doutrina passou a dar mais atenção às diferenças – em grande parte teóricas – entre tutela cautelar e tutela antecipada. Em linha geral, o que se explica, com razão, é que a tutela cautelar e a tutela antecipatória têm objetivos diversos, pois a tutela cautelar visa proteger o processo (o seu resultado útil), e a tutela antecipatória visa proteger o litigante

(adiantando-lhe parte da sua pretensão).⁶⁸¹ Mas a existência de diversos aspectos que aproximam esses institutos leva parte da doutrina a preferir a classificação (e denominação) **tutelas de urgência**, que é assim uma grande categoria (gênero), das quais a tutela antecipatória e a tutela cautelar são espécies.⁶⁸²

Ocorre que, no dia a dia do foro, o operador do direito volta em meia depara-se com **situações práticas nas quais tem dificuldade em identificar se uma dada situação da vida deve ser protegida requerendo-se uma medida cautelar ou se deve ser amparada pleiteando-se uma antecipação de tutela.**⁶⁸³ Ou, de outro ponto de vista, pode existir dúvida se determinado tipo de providência jurisdicional de urgência pleiteada por um dos litigantes é destinada a conservar a coisa, ou antecipar o resultado final do processo. E nestes casos, caracterizados como “zonas cinzentas”, pode surgir a dúvida de qual seria a melhor opção (para alguns, a única opção): requerer-se medida cautelar, ou pleitear-se a antecipação da tutela.

Pior ainda, tais dúvidas sobre qual seria a medida de urgência adequada podem gerar – na verdade geraram, e ainda geram um pouco – problemas aos litigantes. Não raras vezes (em especial antes da reforma da Lei 10.444/02, abaixo mencionada) magistrados indeferiram medidas cautelares por entenderem que a situação em concreto somente poderia ser protegida pleiteando-se antecipação de tutela, ou ainda não concederam antecipações de tutela pelo fato de entenderem ser situação que somente poderia ser

⁶⁸¹ Explicando a distinção com mais detalhes, ver, entre outros: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, n. 103 ss, p. 140 ss, e *Nova era*, cit., n. 21 ss, p. 51 ss; ROGÉRIO DOTTI DORIA, A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, n. 2.1 ss, p. 35 ss; MARCOS DESTEFENNI, *Natureza constitucional*, cit., n. 5.7, p. 249-251; LUIZ GUSTAVO TARDIN, *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 3.3, p. 89 ss; ANDRÉ LUIZ VINHAS DA CRUZ, *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil*. São Paulo: BH, 2006, p. 133 ss.

⁶⁸² Essa classificação foi, pelo menos aparentemente, mencionada primeiro por LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, n. 3.5.1, p. 59. Existe, na doutrina, mais de uma corrente sobre as tutelas de urgência, as quais são relatadas, com ampla citação doutrinária, por: RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA, *Tutela*, cit., n. 4.1 ss, p. 111 ss; MARCOS DESTEFENNI, *Natureza constitucional*, cit., n. 5.1 ss, p. 199 ss; ANDRÉ LUIZ VINHAS DA CRUZ, *As tutelas*, cit., p. 31 ss. Também mencionam a tutela de urgência, que abrange a tutela cautelar e a tutela antecipatória: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 1, n. 62, p. 160-164; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar*, cit., p. 164 ss; GALENO LACERDA e CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, t. 2, n. 9, p. 22-23; EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo, 2003, n. 15.10.1, p. 367 ss; WILLIAM SANTOS FERREIRA, *As garantias*, cit., n. 1, p. 629; ROGÉRIO DOTTI DORIA, A tutela, cit. n. 2.1, p. 39-40; PAULO AFONSO DE SOUZA SANT’ANNA, *Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002)*. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, nº 112, out./dez. 2003, n. 6, p. 108-109.

⁶⁸³ Ver exemplo dado no item 19.9 infra, bem como os mencionados por: EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa*, cit., n. 15.10.1, p. 364 e 368-369; WILLIAM SANTOS FERREIRA, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 15.3, p. 211-212; LUIZ GUSTAVO TARDIN, *Fungibilidade*, cit., n. 6.1, p. 168-169.

protegida com medida cautelar. Em vez de se preocuparem com o problema de direito material da parte, o bem da vida envolvido em situação de urgência, perdia-se tempo discutindo qual a medida processual correta, como se ainda vivêssemos no tempo do processo romano formulário, em que o erro da fórmula levava à derrota judicial.

Por esses motivos, e outros, antes mesmo da reforma feita pela Lei 10.444/02 (adiante explicada) surgiram vozes que já pregavam, com razão: (a) que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipatória teriam a mesma natureza; e/ou (b) que existe fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipatória, permitindo-se que uma seja apreciada e concedida no lugar da outra. Essas duas idéias são interligadas, e têm como base a aproximação dos dois institutos (cautelar e antecipação), que visam proteger situações de urgência.⁶⁸⁴

Assim, visando solucionar dificuldades práticas decorrentes da distinção teórica entre tutelas cautelar e antecipatória, a Lei 10.444/02 inseriu, no art. 273 do CPC, o seu § 7º com a seguinte redação: “*Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.*”

Elogiando essa regra, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI afirma, com inteira razão, que: “A introdução do § 7º vem mitigar a exegese estritamente formalista que se verifica na prática, em detrimento da urgência de determinadas situações. Jamais se aconselha que a forma sacrifique o direito do jurisdicionado.”⁶⁸⁵

E examinando tal dispositivo sobre outro enfoque (também correto), CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO explica que “é regra surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. (...) O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. Tal é o significado e a medida de aplicação da regra *da mihi factum dabo tibi jus*, inerente ao princípio da substanciação, que o Código de Processo Civil consagra.”⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ Ver, entre outros: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Execução das medidas cautelares e antecipatórias. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, n. 7, p. 480.

⁶⁸⁵ *Lineamentos*, cit., p. 43.

⁶⁸⁶ *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 48, p. 93. No mesmo sentido PAULO SÉRGIO PUERTA DOS SANTOS, Comentários aos dispositivos alterados pelas Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. In: _____; SILVA, José Luiz Mônaco da. *Reforma processual civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 143.

Veja-se também que o § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil também é uma das regras que flexibilizam os procedimentos judiciais estatais brasileiros, na linha do exposto no item 3.4 desta tese.

Mas há uma importante discussão sobre o efetivo alcance de tal regra. O § 7º do art. 273 do CPC afirma expressamente que quando é feito um pedido de antecipação de tutela, o magistrado, se entender que a medida pleiteada na verdade tem natureza cautelar, poderá então conceder a medida cautelar, naquele mesmo processo, se os requisitos para a concessão da cautelar estiverem presentes. Vários são os acórdãos que aplicaram tal regra, ou seja, nos quais pediu-se uma medida antecipatória, mas foi concedida uma cautelar, em razão da fungibilidade prevista no § 7º do art. 273 do CPC.⁶⁸⁷

Existe, todavia, outra possibilidade prática, que é a via “contrária” do previsto na literalidade do § 7º do art. 273 do CPC. Pode acontecer do autor ajuizar ação cautelar, pleiteando uma medida cautelar liminar, e o magistrado entender que tal pretensão não tem natureza cautelar, mas sim natureza antecipatória. Pode o magistrado conceder a medida de urgência? A resposta é positiva, pois a melhor interpretação do § 7º do art. 273 do CPC é que se trata de regra “**de mão dupla**”, ou seja, ela também se aplica para se permitir, em processo cautelar, que se conceda tutela com conteúdo antecipatório. Apesar da literalidade do § 7º do art. 273 do CPC, esse dispositivo somente irá resolver todos os casos práticos em que pode haver confusão, controvérsia ou dificuldade de definição de qual é a natureza prática da medida de urgência desejada pelas partes (se cautelar ou se antecipatória).

Esse parece ser o entendimento da maioria da doutrina, a qual, todavia, divide-se em dois grupos: (a) de um lado, autores que não afirmam que existiriam condições

⁶⁸⁷ STJ: REsp 628.338-MG, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 18.8.05, DJU 3.10.05, p. 181; AgRg no REsp 734.316-AL, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. 16.2.06, DJU 13.3.06, p. 214; TJ SP: AI 516.949.4/2, 1ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. De Santi Ribeirto, j. 15.8.08; AI 656.355-4/3, 5ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Erickson Gavazza Maques, j. 29.6.09; AI 7.318.457-7, 12ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Cam. Dir. Priv., rel. Des. Ribeiro de Souza, j. 29.7.09; AI 7.366.999-7, 12ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Cerqueira Leite, j. 24.6.09; AI 7.343.544-4, 19ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 27.4.09; AI 1.308.018/1, 21ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Silveira Paulilo, j. 9.3.05; AI 1.244.157-0/4, 26ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Renato Sartorelli, j. 3.3.09; AI 894.268-0/4, 31ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Antonio Rigolin, j. 28.6.05; AI 1.181.196-0/0, 32ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Rocha de Souza, j. 7.8.08; AI 1.225.148-0/5, 32ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Walter Zeni, j. 12.3.09; AI 739.197-5/0, 6ª Cam. Dir. Publ., rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. 4.8.08; 1º TACiv SP: AI 1.218.022-6, 2ª Cam., rel. Juiz José Reynaldo, j. 1.10.03; AI 1.311.978-7, 4ª Cam., rel. Juiz J. S. Franco de Godoi, j. 6.10.04; 2º TACiv SP: 7ª Cam., rel. Juiz Antonio Rigolin, j. 24.8.04; TJ RJ: Ag. Interno no AI 2008.002.13104, 1ª Cam. Civ., rel. Des. Ernani Klausner, j. 27.9.09; AgRg na Ação Rescisória 00034/08, 3ª Cam. Civ., rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, j. 14.4.08; AI 28.727/2009, 7ª Cam. Civ., rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, j. 19.8.09; TJ RS: Ag. Interno 70026442988, 10ª Cam. Civ., rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 9.10.08; AI 70027322643, 11ª Cam. Civ., rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. 25.3.09; TJ DF: AI 2008.00.2.009554-4, 6ª T. Civ., rel. Des. Luís Gustavo, j. 1.10.08; TJ PR: AI 148.654-4, 5ª Cam. Civ., rel. Des. Clayton Camargo, j. 23.12.03; AI 542.404-8, 13ª Cam. Civ., rel. Des. Rabello Filho, j. 1.4.09; TA PR: AI 242.443-9, 9ª Cam. Civ., rel. Juiz Antonio Renato Strapasson, j. 9.12.03.

especiais para essa “via de mão dupla” ser aplicada;⁶⁸⁸ (b) de outro lado, autores que entendem que existem algumas condições para essa “via de mão dupla” ser aplicada, ou melhor, para que seja possível conceder-se antecipação de tutela no lugar da tutela cautelar pleiteada pelo litigante.⁶⁸⁹

Saliente-se também que existem inúmeras decisões judiciais reconhecendo tratar-se de “via de mão dupla”,⁶⁹⁰ proferidas inclusive pelo STJ.⁶⁹¹

Entretanto, parte da doutrina afirma o contrário do ora sustentado, entendendo que se trata de regra “de mão única”, isto é, que somente seria possível conceder-se tutela cautelar em pedido de antecipação de tutela, mas que não pode ser obtida antecipação de tutela quando se pede medida cautelar.⁶⁹² Essa última posição deve ser criticada, por dois motivos: primeiro, pelo seu formalismo, que possibilita dar-se mais valor à forma processual do que ao direito material a ser protegido; segundo pelo fato de que nada

⁶⁸⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma da reforma*, cit., n. 48, p. 92-94, e *Nova era*, cit., n. 25, p. 60-61; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar*, cit., p. 417 ss; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Lineamentos*, cit., p. 43-44; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 49 ao art. 273 do CPC, p. 531; EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa*, cit., n. 15.10.1, p. 370; WILLIAM SANTOS FERREIRA, *Aspectos polêmicos*, cit., n. 15.3, p. 213-214; MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONICIO, *Proporcionalidade*, cit., n. 2.5.2, p. 94-96; LUCIANA NINI MANENTE, *A tutela*, cit., p. 80-83; PAULO SÉRGIO PUERTA DOS SANTOS, *Comentários*, cit., p. 144; BRUNO FREIRE E SILVA, *A alteração do art. 489 do CPC e a fungibilidade na utilização da medida cautelar e tutela antecipada*. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 175, set. 2009, n. 5.1, p. 187-188; LUIZ GUSTAVO TARDIN, *Fungibilidade*, cit., n. 6.1, p. 170 ss; PAULO AFONSO DE SOUZA SANT’ANNA, *Novos contornos*, cit., n. 6, p. 108-109; GUSTAVO DE MEDEIROS MELO, *O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado*. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 167, jan. 2009, p. 76 ss.

⁶⁸⁹ RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA, *Tutela*, cit., n. 9.5, p. 286-289; ANDRÉ LUIZ VINHAS DA CRUZ, *As tutelas*, cit., p. 160 ss; JULIO MACHADO TEIXEIRA COSTA, *O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, nº 112, out./dez 2003, n. 7-8, p. 119-122.

⁶⁹⁰ **TJ SP**: AI 592.037-4/7, 6ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Percival Nogueira, j. 25.6.09; AI 650.603-4/2, 8ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Salles Rossi, j. 24.6.09; AI 1.225.791-0/5, 28ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 13.1.09; AI 1.077.643-0/7, 31ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Antonio Rigolin, j. 7.11.06; **TJ RS**: Ap. Civ. 70025638487, 8ª Cam. Civ., rel. Des. Rui Portanova, j. 12.3.09; **TJ MG**: Ap. Civ. 1.0000.00.310998-0, 8ª Cam. Civ., rel. Des. Pedro Henriques, j. 11.9.03; Ap. Civ. 1.0180.07.036270-2, 11ª Cam. Civ., rel. Des. Duarte de Paula, j. 26.9.07; AI 1.0701.06.151428, 17ª Cam. Civ., rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha. Saliente-se que alguns desses acórdãos, apesar de aplicarem a fungibilidade “de mão dupla”, não concederam a medida de urgência pleiteada, por terem concluído não estarem presentes os requisitos para a concessão de antecipação de tutela.

⁶⁹¹ **STJ**: REsp 653.381-RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.2.06, DJU 20.3.06, p. 268; REsp 686.209-RS, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 3.11.09, DJe 16.11.09; REsp 889.886-RJ, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 7.8.07, DJU 17.8.07, p. 413; REsp 1.011.061-BA, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.3.09, DJe 23.4.09; AgRg no REsp 1.013.299-BA, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 1.10.09, DJe 15.10.09; AgRg no Ag 1.070.594-RO, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.2.09, DJe 25.3.09.

⁶⁹² JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 121-122, entende que a falta de previsão expressa da lei foi proposital, até porque se pleitear antecipação de tutela em medida cautelar seria erro grosseiro. Em sentido similar: JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO, *O aprimoramento da antecipação de tutela*. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Coord.). *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, n. 5, p. 114.

adianta uma fungibilidade pela metade, pois os problemas práticos antes mencionados continuariam ocorrendo no dia a dia do foro.

Assim, em razão da explicada aproximação entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, que inclusive inspiraram o legislador a prever expressamente a fungibilidade entre tais tutelas (no § 7º do art. 273 do CPC), nos itens seguintes deste trabalho serão usadas as expressões “medida de urgência” e “tutela de urgência”, que exprimem o gênero do qual fazem parte as espécies tutela cautelar e tutela antecipatória.

Mais do que isso, necessário deixar claro que **quando existe convenção arbitral ou arbitragem instaurada, o tratamento para a tutela cautelar e para a tutela antecipatória é o mesmo**, não sendo necessário fazer distinções decorrentes do tipo de tutela (cautelar ou antecipatória) pedida no caso concreto: também na arbitragem são tutelas de urgência, destinadas a resolver problemas de urgência, e fungíveis entre si.⁶⁹³

Tal afirmação é inclusive reforçada pela redação do § 4º do art. 22 da Lei de Arbitragem, que fala de “*medidas coercitivas ou cautelares*”. Ora, entre as **medidas coercitivas**, estão as antecipatórias. Portanto, apesar de não mencionar expressamente (literalmente) a tutela antecipada, o § 4º do art. 22 também a ela se refere, em razão tanto da fungibilidade quanto por mencionar “*medidas coercitivas*”.

Esse ponto será retomado no item 19.9 infra, no qual são feitas algumas observações específicas sobre a antecipação de tutela nas fases pré-arbitral e arbitral propriamente dita.

19.3) Medidas de urgência cuja necessidade surge na fase pré-arbitral, antes de instaurada a arbitragem. Utilização dos órgãos judiciais.

Quando se examina a questão da concessão de medidas de urgência na arbitragem, é importante ter em mente que existem duas situações de fato diferentes, dependendo de qual fase se encontra a arbitragem.

Primeiro, se a necessidade da medida de urgência tiver surgido antes de estar instaurada a arbitragem, antes do árbitro ou do tribunal arbitral ter aceito a sua nomeação, ou seja, na fase pré-arbitral; essa primeira situação é estudada neste item. Segundo, quando a situação de urgência surgir após a arbitragem ter sido instaurada (art. 19 da Lei

⁶⁹³ Nesse sentido: JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 104-105; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 95-96. Em sentido substancialmente similar, parece ser a opinião de: RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 407-408.

9.307/96), ou seja, na fase arbitral propriamente dita; essa segunda situação é estudada nos itens 19.4 e 19.5 infra.

Na primeira situação – necessidade da tutela de urgência antes de instaurada a arbitragem, na fase pré arbitral – a doutrina majoritária explica que a parte que necessita de uma providência de urgência **pode ingressar com a ação competente no Poder Judiciário**.⁶⁹⁴ Existe mais de uma justificativa para embasar essa conclusão.

Entendo que o fundamento mais forte é ligado à interpretação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Sendo a arbitragem atividade jurisdicional, a eleição dessa via de solução de litígios pelas partes não pode ser considerada uma violação do princípio da inafastabilidade, como, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal.⁶⁹⁵ Ocorre que, enquanto não instaurada a arbitragem, não existe árbitro com jurisdição para apreciar a pretensão de urgência. Ora, o litigante não pode ficar sem uma resposta jurisdicional – seja essa jurisdição estatal ou arbitral – à sua pretensão urgente, sendo que impedir-se, nessas situações, o acesso ao Poder Judiciário (estatal), implicaria em violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O princípio da inafastabilidade também é chamado, por alguns autores, como princípio do acesso à justiça. Havendo convenção arbitral, a justiça (a atividade jurisdicional) é “ministrada” pelo árbitro; mas enquanto não for instaurada a arbitragem, as questões urgentes são resolvidas pelo Poder Judiciário (estatal), que vai, provisoriamente, dar uma resposta jurisdicional à pretensão urgente das partes. Esse pensamento parecer ser o adotado pela maioria dos autores.⁶⁹⁶

E existem outros argumentos, também importantes, que justificam ser caso de pleitear a medida de urgência no Poder Judiciário (enquanto não instaurada a arbitragem). Assim, por exemplo, CARLOS ALBERTO CARMONA afirma que “as regras de competência

⁶⁹⁴ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 326-327, e Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, out. 1997, nº 51, n. 8, p. 23; IRINEU STRENGER, *Comentários*, cit., p. 57; PEDRO A. BATISTA MARTINS As três fases, cit., n. 2, p. 89, e *Apontamentos*, cit., p. 246-247; SIDNEI BENETI, Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, set. 2006, nº 87, n. 8 ss, p. 105 ss; PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos, cit., n. 117, p. 152; JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *Arbitragem*, cit., n. 37, p. 220 ss, em especial p. 224-225; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 160; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, A arbitragem nos Tribunais estaduais: 10 anos de jurisprudência. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, set. 2006, nº 87, n. 9, p. 58-59, e Aspectos fundamentais, cit., n. 2.7, p. 203; PAULO HOFFMAN, *Arbitragem*, cit., n. 4.1, p. 310; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, Reflexões sobre, cit., n. 7, p. 41; RAFAEL FRANCISCO ALVES, O devido, cit., n. 3.2, p. 408-409; LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR, *Manual*, cit., p. 154; LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, O uso da medida, cit., n. 1, p. 139, e n. 4, p. 145.

⁶⁹⁵ STF, SE-AgR 5.206-EP, Pleno, m. v. (7x4), rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.01, DJU 30.4.04, p. 29, RTJ 190/908.

⁶⁹⁶ Ver, entre outros: PEDRO A. BATISTA MARTINS, As três fases, cit., n. 2, p. 89, SIDNEI BENETI, *Arbitragem*, cit., n. 8.1 ss, p. 106 ss.

podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originalmente competente”.⁶⁹⁷

Vários dos autores anteriormente citados nas notas de rodapé também realçam que o fato da parte ingressar com uma medida de urgência (normalmente medida cautelar) perante o Poder Judiciário não significa renúncia à cláusula compromissória. Isso fica ainda mais caracterizado quando a parte indica, na ação cautelar, que a ação principal será a arbitragem.

Todos esses argumentos também servem para fundamentar outra conclusão. As partes não podem prever, na convenção arbitral, que elas ficam proibidas de buscar medidas de urgência perante o Judiciário enquanto não instaurada a arbitragem. Essa **flexibilidade** procedimental elas não têm. O direito de buscar uma tutela de urgência no Judiciário, enquanto a arbitragem não tiver sido instaurada, é decorrente do princípio da inafastabilidade, não podendo ser disciplinado de forma restritiva pelas partes. Do mesmo modo, uma regra restritiva dessa natureza não pode ser prevista no regulamento de órgãos institucionais arbitrais.

19.4) Medida de urgência cuja necessidade surge na fase arbitral propriamente dita, depois de instaurada a arbitragem. Decisão pelo árbitro, eventual necessidade de medida coercitiva a ser efetivada pelo juiz estatal.

Após ser instaurada a arbitragem – nos termos do art. 19 da Lei de Arbitragem, iniciando-se a fase arbitral propriamente dita –, também pode surgir a necessidade de uma medida de urgência. E aqui a principal dúvida é saber se os árbitros têm sempre, ou não, poderes para apreciar as questões urgentes que surjam no procedimento arbitral.

Parece não existir dúvida de que o árbitro sempre terá poderes para decretar medidas urgentes (independentemente da sua natureza, cautelar ou antecipatória) caso esses poderes sejam expressamente previstos na convenção arbitral, ou no adendo da convenção arbitral, ou ainda no regulamento (normalmente de instituição arbitral) escolhido pelas partes para reger o procedimento arbitral.⁶⁹⁸ O que o árbitro não tem são poderes para forçar o cumprimento de medidas de urgência (caso a parte se recuse a

⁶⁹⁷ *Arbitragem e processo*, cit., p. 327.

⁶⁹⁸ Obviamente, desde que não exista regra, na convenção arbitral ou no adendo do parágrafo único do art. 19, proibindo a concessão de medida de urgência pelos árbitros.

cumpri-las espontaneamente), sendo daí necessário o concurso – a colaboração – do Poder Judiciário, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei 9.307/96, abaixo transcrito.

O problema surge na **ausência de regra procedimental expressa concedendo ao árbitro poderes para decretar medidas de urgência**. Pode o árbitro conceder medidas de urgência – de natureza cautelar ou antecipatória – apesar de não existir menção expressa a esse respeito na convenção, no adendo à convenção, no regulamento do órgão institucional, ou mesmo em qualquer outro documento assinado pelas partes? Em suma, na completa ausência de regra procedimental criada ou adaptada para aquele procedimento?

A resposta é positiva, o árbitro tem sim, sempre, poder para conceder medidas de urgência. E são pelo menos quatro os motivos que suportam esse entendimento

Primeiro, o § 4º do art. 22 da Lei de Arbitragem determina que: “*Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.*” Veja-se que um árbitro somente pedirá uma medida coercitiva ou cautelar (leia-se, medida destinada a implementar uma tutela de urgência) ao Poder Judiciário caso ele, árbitro, concorde com a concessão de tal medida de urgência. Se o árbitro não concordar com o pedido da parte, ele não solicitará qualquer providência ao Poder Judiciário.

Assim, inicialmente a parte requer ao árbitro, e se ele concordar com o pedido, concederá a tutela de urgência. Se a outra parte a cumprir o comando do árbitro, ótimo, não será necessária qualquer colaboração do Poder Judiciário. Mas se não ocorrer o cumprimento espontâneo da outra parte, então o árbitro oficiará ao juiz estatal, pedindo para ele implementar a tutela de urgência concedida.⁶⁹⁹ E isso vale tanto para a tutela cautelar quanto para a tutela antecipatória, em razão da fungibilidade das tutelas de urgência.

Segundo, o órgão encarregado de julgar a questão principal também é, via de regra (salvo regra excepcional) o encarregado de apreciar as questões incidentes. Quem vai julgar o mérito, resolver o litígio, tendo sua decisão força de coisa julgada? O árbitro. Então, nada mais lógico que ele também tenha poderes para julgar as eventuais questões urgentes que surjam na arbitragem, sejam elas de natureza cautelar, sejam elas de natureza antecipatória (ver item 19.2 supra, sobre a fungibilidade entre essas tutelas).

⁶⁹⁹ A doutrina explica que o árbitro solicita o apoio do Poder Judiciário pelo mero envio de ofício, ou como uma precatória. Sobre o tema, ver explicações de: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 325-326; PAULO HOFFMAN, *Arbitragem*, cit., n. 4.7, p. 317-318.

Terceiro, a arbitragem é atividade jurisdicional.

Quarto, o conceito moderno do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (de acesso à jurisdição, inclusive arbitral) tem como um dos aspectos a garantia das partes poderem pleitear tutela de urgência (item 12.3 supra). Esse aspecto, aliás, tem ligação direta também com o princípio constitucional da celeridade, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Sobre o tema, pertinente lembrar que, para LUIZ GUILHERME MARINONI, “ainda que o Código de Processo Civil não tratasse da tutela de urgência, esta deveria ser prestada com base no princípio da inafastabilidade.”⁷⁰⁰ Essa lição pode ser transplantada para a arbitragem: ainda que a Lei de Arbitragem não conferisse ao árbitro o poder de conceder medidas de urgência, ainda que as regras criadas ou adaptadas para a arbitragem específica nada estipulem, mesmo assim seria possível a concessão de tutelas de urgência pelo árbitro, em função do princípio da inafastabilidade.

Portanto, por tais razões, instaurada a fase arbitral propriamente dita, o árbitro sempre terá poderes para determinar medidas de urgência, tenham essas natureza cautelar ou antecipatória. Esse é o entendimento da maioria da doutrina.⁷⁰¹

Existe, contudo, doutrina contrária ao posicionamento acima explicado. Por exemplo, para PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, o árbitro somente poderá conceder medidas de urgência caso esse poder seja expressamente previsto na convenção, ou no adendo, ou no regulamento arbitral; na falta de previsão, a parte deverá buscar o Judiciário.⁷⁰² Já PAULO FURTADO e UADI LAMMÊGO BULOS entendem que o árbitro nunca tem poderes para decretar medidas cautelares.⁷⁰³ Ver ainda o pensamento de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, explicado no item 19.9 desta tese.

⁷⁰⁰ *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, n. 4.6, p. 93.

⁷⁰¹ Fazendo a ressalva de que nem todos os argumentos desenvolvidos nesta tese são mencionados por todos os autores, ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 322 ss; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 1 ao art. 22 da Lei 9.307/96, p. 1399; SÉRGIO BERMUDEZ, *Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral. Direito processual civil – Estudos e pareceres – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 2002, n. 5, p. 29-31; PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Apontamentos*, cit., p. 246; EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa*, cit., n. 19.3, p. 459-460 (tratando da antecipação de tutela de fazer ou não fazer); ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 92-96; JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *Arbitragem*, cit., n. 37, p. 220-223; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 2.7, p. 202-203; JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Arbitragem*, cit., p. 272-274; JOÃO BOSCO LEE, *Arbitragem*, cit., p. 160-161; LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA, *Arbitragem: Uma análise*, cit., p. 90-91; PAULO HOFFMAN, *Arbitragem*, cit., n. 4.1, p. 310-312, e n. 4.7, p. 317-318; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Reflexões sobre*, cit., n. 2 ss, p. 32 ss; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 407-408; LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, *O uso da medida*, cit., n. 4, p. 144-145.

⁷⁰² *Aspectos*, cit., n. 112-117, p. 151-152.

⁷⁰³ *Lei da arbitragem*, cit., p. 93.

19.5) Medida de urgência cuja necessidade surge na fase arbitral propriamente dita, depois de instaurada a arbitragem (cont.). Saídas em caso de existir impossibilidade fática do árbitro decidir no prazo necessário.

Estando a arbitragem em curso, e precisando uma das partes de medida de urgência, pode acontecer de ela verificar que o árbitro não conseguirá deliberar no curto espaço de tempo exigido no caso concreto. Isso pode acontecer, por exemplo, quando o árbitro está incomunicável em outro compromisso profissional por vários dias, ou esteja doente, ou em férias, ou o órgão institucional arbitral está em férias coletivas ou recesso de fim de ano etc.

Percebendo assim a parte que a provável “demora” do árbitro para decidir poderá prejudicar irremediavelmente a sua pretensão de urgência, então ao litigante somente resta, de forma excepcional, pleitear a tutela de urgência no Poder Judiciário, apesar da arbitragem já estar instituída (ou seja, estar regularmente em curso). Creio que a justificativa para essa posição é, novamente, a interpretação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, nos moldes já explicados.

19.6) Necessidade do árbitro rever a tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Sendo concedida uma medida de urgência pelo Poder Judiciário, acredito que o árbitro, ao assumir o seu encargo, não só pode como deve rever tal decisão, seja para mantê-la, seja para modificá-la, seja para revogá-la inteiramente.

Na linha do explicado anteriormente, arbitragem é exercício da jurisdição, e o órgão encarregado (com poder, competência) para decidir o mérito do litígio é o árbitro ou tribunal arbitral. Ele também tem poderes para decidir todos os incidentes, inclusive a necessidade de conceder-se tutela de urgência. Assim, caso a tutela de urgência tenha sido concedida pelo Poder Judiciário, o árbitro deve, tão logo tenha oportunidade, rever a decisão. Ocorre aqui algo semelhante ao previsto nos arts. 273, § 4º, e 807 do CPC, que estabelecem que medida de urgência pode ser revista pelo juiz a qualquer tempo.

Em linha de regra, esse é o posicionamento da doutrina majoritária.⁷⁰⁴ De forma contrária, é o entendimento de JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR,⁷⁰⁵ que defende que o árbitro não pode alterar ou revogar a medida de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Tendo em vista a flexibilidade do procedimento arbitral, entendo que as partes podem disciplinar os poderes do árbitro de forma diferente, por exemplo prevendo que as medidas de urgência concedidas pelo Poder Judiciário não podem ser revistas pelo árbitro. Tal determinação é válida, pois não impede as partes de obter a tutela de urgência, somente restringe o poder do árbitro em rever a decisão do Poder Judiciário. Obviamente, tal vedação (em rever a decisão de urgência) somente não se aplica no momento da sentença, na qual o árbitro pode sempre decidir de forma contrária a uma medida de urgência concedida no procedimento arbitral, independentemente dessa ter sido concedida pelo próprio árbitro ou pelo Poder Judiciário.

Por fim, no momento em que o árbitro reexamina uma tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário – seja para mantê-la, seja para cassá-la ou modificá-la –, então imediatamente todos os eventuais recursos interpostos contra a citada decisão judicial ficam sem objeto, ou melhor, deixa de existir interesse recursal do recorrente, pois ele não tem mais como modificar a decisão judicial que concedeu a tutela de urgência, pois ela foi substituída pela decisão do árbitro. Somente perduraria eventual discussão relacionada com os ônus da sucumbência ou com outras questões não ligadas à tutela de urgência.

19.7) Previsões sobre o tema em regulamentos arbitrais.

Existem dois regulamentos arbitrais que regulam a questão da concessão de tutela de urgência pelo árbitro, ou pelo Poder Judiciário com posterior revisão pelo árbitro, exatamente como defendido nos itens anteriores desta tese, que merecem ser citados.

O primeiro é o Regulamento da CCI, que assim estabelece:

Artigo 23 Medidas cautelares e provisórias

1) A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá, tão logo esteja de posse dos autos, e a pedido de uma das partes, ordenar a execução de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar

⁷⁰⁴ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 327; PEDRO A. BATISTA MARTINS, *As três fases*, cit., n. 2, p. 89, *Apontamentos*, cit., p. 247; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Aspectos fundamentais*, cit., n. 2.7, p. 203, e *A arbitragem nos Tribunais*, cit., n. 9, p. 59; PAULO HOFFMAN, *Arbitragem*, cit., n. 4.1, p. 310-311; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Reflexões sobre*, cit., n. 7.1, p. 41-43; RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 408-409.

⁷⁰⁵ *Arbitragem*, cit., n. 37, p. 224.

apropriada. O Tribunal Arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. A medida que for adotada tomará a forma de despacho devidamente fundamentado, ou, se necessário, e se o Tribunal Arbitral entender adequado, sob a forma de um Laudo.

2) As partes poderão, antes da remessa dos autos ao Tribunal Arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do Tribunal Arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas implementadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o Tribunal Arbitral.

O outro é o Regulamento da AMCHAM SP, que trata da questão da seguinte forma:

10.1. Por solicitação das partes, ou a seu exclusivo critério, o Tribunal Arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas ou antecipatórias.

10.2. Havendo urgência, e ainda não instalado o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente. Nesse caso, a parte deverá, imediatamente, dar ciência do pedido ao Centro de Arbitragem da Amcham. Assim que constituído o Tribunal Arbitral, o mesmo poderá rever a medida proferida pela autoridade judicial.

10.3. A medida ordenada pelo Tribunal Arbitral deverá ser acatada pela parte. Caso contrário, o Tribunal Arbitral ou a parte interessada poderão requerer sua execução ao órgão competente do Poder Judiciário.

Ambos os regulamentos disciplinam a questão de forma clara e correta. O poder de conceder a tutela de urgência é do árbitro. Mas se ainda não foi instituída a arbitragem (o árbitro ainda não aceitou o seu encargo), esse poder de conceder a tutela de urgência deve ser exercido pelo Judiciário. E, posteriormente, assumindo o árbitro sua função, ele deve rever a tutela de urgência concedida ou negada pelo Judiciário. E se houver descumprimento à ordem dada pelo árbitro, então provoca-se o Judiciário para implementação da tutela de urgência concedida pelo árbitro.

Informa-se ainda que também existem outros regulamentos arbitrais que expressamente prevêm o poder do árbitro em conceder medidas de urgência.⁷⁰⁶

⁷⁰⁶ Por exemplo: Reg. ICDR (AAA) Art. 21 e 37.

19.8) Podem as partes negar ao árbitro e/ou ao juiz estatal o poder de conceder medidas de urgência? E podem as partes negar ao árbitro o poder de rever a tutela de urgência concedida por juiz estatal?

A questão a ser dirimida neste momento é saber se é válida, ou não, a regra fixada pelas partes (ou prevista em regulamento de instituição arbitral), que veda a possibilidade de concessão, pelos árbitros, de tutela de urgência.

Entendo que tal tipo de regra é sim válida, pelo fato da arbitragem ser decorrente da manifestação de vontade das partes. Nessa hipótese, o árbitro somente poderia rever a decisão de urgência quando proferisse a sua decisão final.⁷⁰⁷ De forma contrária, há quem considere que como o árbitro tem poder para decidir o mérito, ele tem necessariamente poder para decidir toda e qualquer situação relacionada com o litígio.⁷⁰⁸

Mas uma importante ressalva deve ser feita. As partes não podem estipular a vedação de se obter, na arbitragem e no Judiciário, medidas de urgência. Podem prever que o árbitro não tem esse poder, mas ao assim fazerem, automaticamente estarão transmitindo ao Poder Judiciário a competência para apreciar e conceder medidas de urgência relacionadas com a arbitragem em questão.⁷⁰⁹ Portanto, o que é inválida é a cláusula que tira a competência tanto do árbitro quanto do juiz estatal para concederem tutela de urgência, pois tratar-se-ia de disposição contrária ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.⁷¹⁰

19.9) Tutela antecipatória.

Análise especial deve ser feita se a medida de urgência pleiteada pela parte for de natureza antecipatória, e não cautelar. Isso por dois motivos. Primeiro, pois existem autores que expressamente afirmam que a antecipação de tutela não pode ser concedida pelo Judiciário, que ela somente poderia ser concedida pelo árbitro.⁷¹¹ E segundo, pois há quem

⁷⁰⁷ No mesmo sentido: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 326; PEDRO A. BATISTA MARTINS *Apontamentos*, cit., p. 246, RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 409.

⁷⁰⁸ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 96-97; PAULO HOFFMAN, *Arbitragem*, cit., n. 4.1, p. 311; MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA, *Reflexões sobre*, cit., n. 2, p. 33-34.

⁷⁰⁹ RAFAEL FRANCISCO ALVES, *O devido*, cit., n. 3.2, p. 409.

⁷¹⁰ Esta parece ser a opinião de: SIDNEI BENETI, *Arbitragem*, cit., n. 5, p. 103; JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *Arbitragem*, cit., n. 37, p. 224-225.

⁷¹¹ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, cit., p. 329-330; SIDNEI BENETI, *Arbitragem*, cit., n. 8.3, p. 106; LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR, *Manual*, cit., p. 155.

defenda que o árbitro teria restrições em conceder a antecipação de tutela em algumas situações.⁷¹²

Contudo, na linha do explicado no item 19.2 supra, não deve existir diferença de tratamento entre a tutela antecipada e a tutela cautelar na arbitragem. Por isso é que, nos itens precedentes desta tese utiliza-se a terminologia “tutela de urgência”, e não “tutela cautelar” e/ou “tutela antecipatória”. Todas as observações antes feitas aplicam-se integralmente independentemente da tutela de urgência pretendida – na arbitragem e/ou mesmo antes dessa ser instituída – ter natureza cautelar ou antecipatória.

Essa conclusão é decorrente basicamente dos mesmos motivos explicados no item 19.2 supra, em que se examinou a fungibilidade das tutelas cautelar e antecipatória, e as lições da doutrina que aproximam os institutos (cautelar e antecipação).

Veja-se que, existindo convenção arbitral, a distinção teórica entre medida acautelatória e medida antecipatória traz mais confusões práticas do que benefícios. Por exemplo, a ordem – judicial ou arbitral – que determina a sustação de um protesto é cautelar ou antecipatória? Ela protege o processo (cautelar) ou protege a parte (antecipatória)? Ou os dois? Como fazer se for apontado para protesto um título, ligado a um contrato com cláusula arbitral, mas ainda sem ter sido a arbitragem instituída (ou seja, sem ter ocorrido o previsto no art. 19 da Lei 9.307/96)? Se for sustentado que, havendo convenção arbitral, os órgãos estatais nunca poderiam conceder medida de urgência com natureza de antecipação de tutela (que somente poderia ser dada pelo árbitro), então esse raciocínio, somado com a idéia de que a sustação de protesto tem natureza antecipatória, leva à conclusão de que não poderia ser pleiteada a sustação de protesto no órgão judicial. Mas enquanto a arbitragem não for instituída (nos termos do art. 19 da Lei 9.307/96), então também não haverá árbitro para decidir a tutela de urgência pretendida pela parte. Esse tipo de situação configuraria violação ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois um dos aspectos desse princípio é a possibilidade de pleitear tutelas de urgência.

Por tal razão, o fato de existir convenção arbitral não deve implicar em um tratamento diferenciado entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Ambas são tutelas de urgência, fungíveis. E essa fungibilidade aplica-se tanto perante o Poder Judiciário (conforme explicado no item 19.2 supra) quanto nas situações em que há convenção arbitral. Nas duas esferas, a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória causa mais problemas práticos do que benefícios, que são mais teóricos do que práticos.

⁷¹² Os autores em questão são citados adiante no texto.

Assim, no que se refere à relação entre antecipação de tutela e arbitragem, três conclusões devem ser mencionadas.

Primeiro, antes de instituída a arbitragem (nos termos do art. 19 da Lei 9.307/96), pode ser pleiteada a antecipação de tutela perante o Poder Judiciário, sendo que, ao ser instituída a arbitragem, competirá ao árbitro rever a tutela concedida ou negada pelo órgão estatal. Aplicam-se assim os argumentos e explicações mencionados anteriormente nesta tese.

Segundo, uma antecipação de tutela pode ser concedida pelo árbitro mesmo sem que esse tenha expressos poderes para tanto, em razão dos mesmos motivos explicados acima.⁷¹³ Não precisa, portanto, ser previsto que o árbitro tem poderes para conceder antecipação de tutela, pois ele sempre tem poderes para conceder tutela de urgência, o que abrange a antecipação de tutela, em razão da explicada fungibilidade. Saliente-se, todavia, a posição contrária de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, o qual, em estudo exclusivamente sobre a antecipação de tutela na arbitragem, defende a idéia de que o árbitro somente pode conceder a antecipação de tutela em duas situações: a) quando as partes não estabeleceram qualquer regra procedimental, já que daí o poder do árbitro em criar o procedimento seria total; b) quando tal poder é previsto na convenção, adendo ou regulamento.⁷¹⁴ Contudo, o citado autor (e os que seguem sua posição) não examina a questão da fungibilidade das tutelas de urgência, e nem os problemas práticos que uma distinção rígida entre tutela antecipada e cautelar trazem na prática.

Terceiro, as partes podem proibir o árbitro de conceder antecipação de tutela – elas têm esse poder – mas, se assim determinarem, automaticamente passam o poder de examinar um pedido de antecipação de tutela para o Poder Judiciário estatal, pelos mesmos motivos explicados no item 19.8 supra.

⁷¹³ Nesse sentido: JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei*, cit., p. 104-105; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, cit., p. 95-96. Esse também parece ser o entendimento de EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa*, cit., n. 19.3, p. 459.

⁷¹⁴ A tutela antecipada, cit., p. 11-20. No mesmo sentido: JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Arbitragem*, cit., p. 275-276.

20) SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL.

20.1) Sentença parcial no processo judicial brasileiro.

A chamada teoria da unidade da sentença (judicial estatal) é tema que tem sido discutido por boa parte da doutrina brasileira nos últimos anos. A controvérsia começou, de forma mais tímida, com a inclusão, pela Lei 10.444/03, do § 6º no art. 273 do CPC, pois alguns autores passaram a considerar que a antecipação de tutela da parcela incontroversa da demanda seria uma sentença parcial. A discussão intensificou-se com a reforma do processo de execução, feita pela Lei 11.232/05, que entre outras coisas alterou o § 1º do art. 162, e os arts. 267, *caput*, 269, *caput*, e 463, *caput*, todos do CPC. Para parcela expressiva da doutrina, abaixo mencionada, essa reforma implicou na alteração do conceito de sentença, e ainda no abandono da regra da unidade da sentença, com repercussões em vários campos do processo civil, em especial no que se refere aos recursos.

Para determinar-se o conceito de sentença no processo civil brasileiro não basta fazer uma leitura isolada dos dispositivos legais alterados pela Lei 11.232/05. É necessário examinar e definir, conjuntamente, o que é despacho, decisão interlocutória e sentença (as três categorias de resoluções judiciais previstas no art. 162 do CPC).⁷¹⁵

Despacho é a resolução sem verdadeiro conteúdo decisório, cujo objetivo é somente impulsionar o processo; os melhores exemplos são mandar juntar petição ao processo, dar ciência a uma parte do documento juntado pela outra (em função da regra expressa do art. 398 do CPC), e mandar as partes especificarem provas.⁷¹⁶

⁷¹⁵ Parte das explicações formuladas neste item também constam na minha dissertação de mestrado (MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos de admissibilidade*, cit., n. 38.1, p. 115-118). Contudo, como a dissertação de mestrado foi apresentada antes de ser editada a reforma da Lei 11.232/05, as minhas explicações originais foram parcialmente alteradas.

⁷¹⁶ O art. 189, I, do CPC, fala em “despachos de expediente”; o art. 504 do CPC, antes da reforma da Lei 11.276/06, usava a expressão “despacho de mero expediente”, sendo que, após tal modificação, passou a usar somente a palavra “despacho”; o art. 162, *caput* e § 3º, do CPC, fala só em “despacho”; vários outros dispositivos do CPC também só falam em “despacho”, sendo exemplos os arts. 13, 37, 164, 228, 457, 510 e 1216. Todas essas expressões significam a mesma coisa, que é o despacho citado no art. 162, *caput* e § 3º do CPC. O fundamental é não ter conteúdo decisório, pois, se tiver, será caracterizado como decisão interlocutória. Nesse sentido: MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos*, cit., n. 38.1, p. 116-117, nota 362; J. C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., v. 5, n. 139, p. 243-246; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 1.2.1, p. 3; FLÁVIO CHEIM JORGE, *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 5.3, p. 33-35; GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA, *Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 2, n. 2, p. 14-16. Contra, fazendo distinção entre os tipos de despacho (mas escrevendo antes da reforma da Lei 11.276/06): EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de

Decisão interlocutória é a resolução que tem conteúdo decisório, mas que não esgota as questões controvertidas, que não acarreta o encerramento completo do processo (ou daquela fase do procedimento), isso é, não leva à sua total extinção, pois esse continuará tendo andamento (mesmo que a decisão interlocutória tenha diminuído o objeto ou as partes da demanda). Antes da reforma da Lei 11.232/05 era mais fácil definir o que era decisão interlocutória de forma negativa, pois bastava afirmar que decisão interlocutória era toda resolução proferida pelo juiz com conteúdo decisório que não pode ser caracterizada como sentença. Hoje, todavia, a definição de decisão interlocutória é fundamental para fixar-se o que é sentença, pois se existem essas duas categorias, não se pode fixar um conceito de sentença que estabeleça uma confusão entre decisão interlocutória e sentença.

Sentença é o ato (resolução) do juiz que decide o mérito do processo (art. 269) ou que extingue o processo sem julgamento de mérito (art. 267), e que concomitantemente levam ao completo encerramento da fase de conhecimento do processo. Nessa definição de sentença busca-se somar a contribuição das duas correntes que – antes mesmo da edição da Lei 11.232/05 – analisavam o tema: uma que define a sentença pelo seu conteúdo,⁷¹⁷ e outra que entende que é necessário verificar se ocorreu a extinção do processo.⁷¹⁸

Janeiro: Forense, 1998, n. 35 ss, p. 39 ss; SERGIO BERMEDES, Notas sobre o procedimento ordinário e o procedimento sumaríssimo no CPC. *Direito processual civil – Estudos e pareceres – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1994, n. 25, p. 73-74; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 3, n. 700, p. 4-5 e 8; ANTONIO CARLOS MATTEIS DE ARRUDA, *Recursos no processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 18.

⁷¹⁷ Já explicavam, antes da reforma da Lei 11.232/05, que sentença é a resolução do juiz que tem conteúdo previsto nos arts. 267 e 269 do CPC: NELSON LUIZ PINTO, *Manual*, cit., n. 1.4, p. 33; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos no CPC Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, n. 2, p. 78-79. Ver também: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do processo*, cit., n. 1.1, p. 25-43; JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30-38; LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32-35.

⁷¹⁸ Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., v. 5, n. 139, p. 241, escrevendo antes da reforma da Lei 11.232/05: “A distinção entre sentença e decisão interlocutória, tal como resulta do confronto entre os §§ 1º e 2º do art. 162, inspira-se em critério *topológico*: aquele ‘põe termo ao processo’ (*rectius*: ao procedimento de primeiro grau), esta é proferida ‘no curso do processo’.” No mesmo sentido, afirmam NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., nota 7 ao art. 162, p. 427-428, sobre a definição de sentença antes da entrada em vigor da Lei 11.232/05: “O CPC levou em conta a *finalidade* do ato para classificá-lo e não seu conteúdo: se o objetivo do ato for extinguir o processo, trata-se de sentença. O termo *processo* deve ser entendido como significando o *conjunto* de todas as relações processuais deduzidas cumulativamente e/ou processadas em *simultaneus processus*. O parâmetro para a classificação do ato judicial é o *processo* e não a *ação*.” Entre outros, antes da reforma também seguiam essa linha de pensamento (alguns sem fazerem maiores considerações): CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Vocabulário de direito processual. Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, t. 1, n. 97, p. 219-223; SERGIO BERMEDES, *Comentários*, cit., v. 7, n. 4, p. 11; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas*, cit., v. 3, n. 700, p. 6-7; JOSÉ RUBENS COSTA, *Tratado do processo de conhecimento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 454;

Ocorre que o conceito do que é sentença – e a possibilidade ou não de proferir-se sentença parcial – têm gerado um enorme debate na doutrina, em função das citadas modificações, feitas pela Lei 11.232/05, na redação do § 1º do art. 162, e dos arts. 267, *caput*, 269, *caput*, e 463, *caput*, todos do Código de Processo Civil.

A análise de todos os aspectos dessa discussão foge aos objetivos desta obra, o que não impede de ser informada a minha opinião, no sentido de que, não obstante terem sido feitas as citadas alterações, **o conceito de sentença continua sendo o mesmo**, e que o sistema atual não permite a sentença parcial. Em outras palavras, **o que era sentença**, antes da Lei 11.232/05 entrar em vigor, **continua sendo sentença** na vigência de tal lei reformadora, e **o que era decisão interlocutória continua sendo decisão interlocutória**, não tendo, portanto, alguns tipos de decisões interlocutórias “se transformado” em sentença parcial.

São vários os argumentos que embasam esta conclusão.

Inicialmente, **o objetivo da reforma efetuada pela Lei 11.232/05 não foi mudar a sistemática de classificação das decisões** – e nem mudar ou de forma indireta alterar as hipóteses de cabimento da apelação e do agravo, ou afetar outros institutos processuais, como coisa julgada, execução provisória etc. O § 1º do art. 162 do CPC foi alterado porque, com a instituição das “fases” (e não processos autônomos) de liquidação de sentença e de cumprimento (execução) da sentença, o legislador reformista entendeu que não seria mais tecnicamente correto afirmar que a sentença é o ato que extingue o processo de conhecimento, pois, após a sentença ser prolatada, o processo poderá continuar com a realização das citadas fases de liquidação e de execução. Tal entendimento consta inclusive da exposição de motivos do projeto de lei que resultou na alteração ora analisada. Os mesmos motivos também levaram à alteração do art. 463 do CPC, com a supressão da parte que dizia que, com a publicação da sentença, “*o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional*”, e às novas redações do *caput* dos arts. 267 e 269 do CPC. Essas alterações não foram feitas para mudar o que já conhecemos por sentença ou decisão interlocutória (e nem para alterar as hipóteses de cabimento da apelação ou do agravo), e nem para criar a sentença parcial no sistema processual civil brasileiro. Assim, a reforma no § 1º do art. 162, e no *caput* dos arts. 267, 269 e 463, todos do CPC, foi feita exclusivamente para evitar conflitos com a nova sistemática de liquidação e de cumprimento (execução) de título executivo judicial instituídas pela Lei 11.232/05.

GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA, *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, n. 2.3.1, p. 147.

Não foi feita, assim, reforma do sistema para implementar a sentença parcial.⁷¹⁹ A reforma foi somente para o processo de execução, agora fase de cumprimento de sentença.

E, para rebater o argumento de que, após as reformas, o CPC não teria mais dispositivo afirmando que só pode ser proferida uma sentença no processo de conhecimento – regra essa denominada por parte da doutrina de **princípio da unidade da sentença**⁷²⁰ – acredito que a sentença parcial é contrária ao previsto no (ou, pelo menos, confronto com o espírito do) **art. 318 do CPC**, que determina que “*Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção*”. Não desconheço que doutrina e jurisprudência entendem, de forma pacífica, que não é nula a decisão interlocutória (continua sendo interlocutória!) que indefere liminarmente a reconvenção. Mas essa possibilidade é decorrente do poder do juiz de indeferir qualquer petição inicial, ou seja, trata-se da aplicação do art. 295 do CPC. Ocorre que, tendo sido processada a reconvenção, então o art. 318 do CPC determina que a ação e a reconvenção devem ser julgadas conjuntamente. Assim, todos os pedidos efetuados na ação e na reconvenção devem ser julgados no mesmo momento. E, como conclusão lógica, sempre todos os pedidos efetuados numa ação (mesmo sem reconvenção), devem ser julgados na mesma sentença, o que significa que somente pode ser uma única sentença. Portanto, o art. 318 do CPC é a regra atual do sistema processual brasileiro que consagra a unidade da sentença, que determina que somente pode ser proferida uma única sentença no processo de conhecimento, sendo, assim, vedada a possibilidade de sentenças parciais.

Mas mesmo se o art. 318 do CPC não existisse, ou mesmo se o leitor considerasse totalmente errada a interpretação acima explicada desse dispositivo, isso não impediria a conclusão de que continua em vigor o princípio da unidade da sentença. A atual aplicabilidade desse princípio é, no mínimo, decorrente da forma como o ordenamento processual brasileiro é ordenado. Aliás, lembre-se que **existem outros princípios não expressos na legislação**, como o da singularidade, o da fungibilidade, e o da proibição da

⁷¹⁹ Devo salientar que vejo com bons olhos uma efetiva e verdadeira – planejada e estudada – mudança legislativa para prever e regular a possibilidade de proferir-se sentença parcial no processo civil brasileiro (nos procedimentos judiciais). O que discordo é essa possibilidade ser implementada em função de sofisticada interpretação de uma corrente doutrinária, sem que a legislação tenha sido devidamente adaptada, sem que o tema tenha sido previamente debatido durante tramitação de proposta legislativa. Hoje, a sentença parcial, e todas as suas diversas conseqüências, em especial na esfera recursal, é perfeito exemplo do “processo Indiana Jones”, cheio de armadilhas (a expressão é usada, para ilustrar outras situações, pelo Prof. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, em palestras e nas aulas de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

⁷²⁰ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, cit., v. 3, n. 1266, p. 669.

reformatio in pejus, isso só mencionando os mais famosos da esfera recursal.⁷²¹ Assim, mesmo se a conclusão fosse de que não existe regra legal expressa prevendo que somente deve ser proferida uma única sentença, o intérprete pode (deve) concluir que continua existindo o princípio da unidade da sentença nos processos judiciais brasileiros. Nunca foi – e não continua sendo – uma característica normal dos procedimentos existentes no Brasil proferir-se sentenças parciais, salvo exceções expressamente previstas, como pode ocorrer na ação de prestação de contas, se o réu contestar sua obrigação em prestar as contas (art. 915 do CPC).

Por fim, indago aos autores que afirmam que não existe mais, no processo civil brasileiro, o princípio da unidade da sentença, se então seria permitido aos Tribunais proferir **acórdão parcial**? Não estou me referindo ao acórdão que julga recurso contra sentença parcial, e sim à eventual possibilidade do tribunal resolver os diversos capítulos de um recurso em diferentes momentos. Um exemplo: em determinada ação o autor RICARDO faz três pedidos distintos contra o réu HEITOR, sendo o primeiro pedido baseado na Lei X, o segundo na Lei Y, e o terceiro na Lei Z; ao julgar a apelação, o Tribunal profere acórdão parcial, decidindo somente a respeito da Lei X, e informando que só apreciará a segunda questão (a Lei Y) após o STJ apreciar um recurso especial “amostra” que será julgado conforme previsto no art. 543-C do CPC, e que somente decidirá a terceira questão (a Lei Z) após o STF julgar uma ação direta de inconstitucionalidade que foi apresentada contra tal regra. Pode isso ser feito? Pode essa sistemática ser justificada com base na suposta inexistência do princípio da unidade da sentença? Olha que bagunça essa suposta vanguarda está sugerindo ao sistema ...

Mas, como dito antes, **é enorme a controvérsia sobre o tema**. Em linha geral, **existem 3 correntes doutrinárias sobre o conceito de sentença** e a conseqüente repercussão recursal, sendo que parte dos autores que abordam o tema do conceito de sentença também tratam da questão da existência ou não de sentença parcial no processo civil brasileiro.

A primeira corrente, que parece ser a majoritária (pelo menos é a mais numerosa entre os autores que escreveram sobre o tema), posicionou-se no sentido defendido nesta tese, ou seja, de que no fundo nada mudou tanto em relação a se saber quais tipos de decisões (*lato sensu*) devem ser classificadas como sentença ou decisão interlocutória,

⁷²¹ Sobre tais princípios, ver: MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Requisitos de admissibilidade*, cit., n. 25 ss, p. 76 ss.

quanto no que se refere à inexistência da sentença parcial. Nesse sentido, já escreveram pelo menos 24 autores.⁷²²

A segunda corrente, que é diametralmente oposta à primeira antes referida, defende ter sido sim alterado o conceito de sentença, que seria definida exclusivamente pelo seu conteúdo, sendo que agora pode ser proferida mais de uma sentença no processo de conhecimento (as sentenças parciais), havendo assim repercussões no sistema recursal (fala-se em apelação por instrumento ou a continuação do feito em autos suplementares) e em outros campos. Essa linha de pensamento conta com pelo menos 13 autores.⁷²³

⁷²² Fazendo a ressalva de que os argumentos e posições dos autores não são absolutamente idênticos, ver: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *As novas reformas*, cit., n. 1.2.2, p. 3-7; NERY e NERY, *Código de Processo*, cit., notas 7-12 ao art. 162 do CPC, p. 427-429; LEONARDO GRECO, Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/05. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, nº 85, maio 2006, n. 3, p. 98-100 (o mesmo artigo também está na *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 36, mar. 2006, p. 70 ss); FLÁVIO LUIZ YARSELL e MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONICIO, *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS, 2006, p. 16-19; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, O novo regime do agravo. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, nº 85, maio 2006, n. 2, p. 160-161; CASSIO SCARPINELLA BUENO, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva 2006, v. 1, p. 3-21, e *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. 1, p. 325-328, e *Curso sistematizado de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5, p. 23; ANTONIO DALL'AGNOL, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 266-272; FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, v. 3, p. 30-32; FREDIE DIDIER JR., Novas regras sobre a sentença. In: ABELHA RODRIGUES, Marcelo; CHEIM JORGE, Flávio; DIDIER Jr., Fredie. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68-71; GILSON DELGADO MIRANDA e PATRÍCIA MIRANDA PIZZOL, Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento de sentença. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 2, p. 181-183; SIDNEI AMENDEIRA JR., Mais uma vez o agravo ... In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, n. VIII, p. 353-354, e *Fungibilidade*, cit., p. 120-122, e *Direito processual*, cit., v. 17, n. 42.1, p. 536-541; ALEXANDRE DE FREITAS CÂMARA, *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, n. 2.1, p. 15-24; NELSON RODRIGUES NETTO, Análise sistemática dos efeitos da apelação, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 62, maio 2008, n. 2, p. 80-81; CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, O conceito de sentença. In: COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *A nova execução civil: Lei 11.232/05*. Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 69-94; SANDRO GILBERT MARTINS, Reflexos do novo conceito de sentença (CPC, art. 162, § 1.º, com a redação dada pela Lei 11.232/2005). *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 163, set. 2008, p. 305-311; ANA CÂNDIDA MENEZES MARCATO, *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, n. 2.4.2.1, p. 56-59; JOSÉ RICARDO DO NASCIMENTO VAREJÃO, As classificações, a Lei 11.232/2005 e o “novo” conceito de sentença. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*, cit., p. 369-395; FERNANDO SACCO NETO, Reflexões sobre as novas redações dos artigos 162, 267, 269 e 463 do CPC. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, n. 2.2-2.3, p. 68-74; JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA, Algumas questões envolvendo a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, nº 139, set. 2006, n. 2, p. 142-146; LUIZ ROBERTO HIJO SAMPIETRO, O novo conceito legal de sentença cível e suas implicações na seara recursal. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 57, dez. 2007, p. 82-88; GELSON AMARO DE SOUZA e GELSON AMARO DE SOUZA FILHO, Sentença – Em busca de uma nova definição. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, nº 05/09, 1ª quinzena mar. 2009, n. 3/27110, p. 197-187. Esta também parece ser a posição de: ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 19.1.1, p. 135-139; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, n. 76, p. 118-119.

⁷²³ Ver, entre outros: CARLOS ALBERTO CARMONA, Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 5, nº 18, abr./jun. 2008, n. 1-9, p. 7-12 (revendo sua posição

E a terceira corrente, que pode ser considerada como intermediária, defende que o conceito de sentença teria sido alterado (nos termos defendidos pela segunda corrente), mas que isso não teria afetado o sistema recursal, já que caberia agravo de instrumento contra sentença quando essa não tivesse posto fim à fase de conhecimento do processo sincrético. Essa corrente pode ser apelidada de “corrente *transformers*”, já que, no fundo, a idéia defendida é que a sentença é parcial, mas ela se transformaria em decisão interlocutória para fins recursais. Nesse grupo incluem-se pelo menos 9 autores.⁷²⁴

anterior, que estava no artigo Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005. In: BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006, n. 13-17, p. 61-62; HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei nº 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões*, cit., n. II, p. 186-209; RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16-20; BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA, Um novo conceito de sentença? *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 149, jul. 2007, p. 120-137; PEDRO BATISTA MARTINS, A arbitragem e o mito da sentença parcial. In: CARMONA-LEMES-MARTINS (Coord.), *Arbitragem: Estudos em homenagem*, cit., p. 267 ss; RODRIGO STROBEL PINTO, A 3ª etapa da reforma processual civil e a nova sistemática recursal. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, nº 137, jul. 2006, n. 3-5, p. 100-108; FÁBIO MILMAN, O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 150, ago. 2007, p. 160-174; JORGE DE OLIVEIRA VARGAS, Processo civil: sua filtragem constitucional e ductilidade. In: CALMON, Petrônio; CARNEIRO, Athos Gusmão (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, v. 1, n. 6.2, p. 177-178, e O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento? In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa Celina; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 152 ss; LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR, O novo conceito de sentença e os reflexos na escolha dos meios de impugnação cabíveis diante dos pronunciamentos judiciais: aplicação do princípio da fungibilidade. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER-NERY JUNIOR (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, cit., v. 11, p. 187 ss, e Cinco questões controvertidas da nova sistemática da execução civil. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 4, p. 318-324; JOSÉ ALEXANDRE MANZANO OLIANI, Cumprimento da sentença interlocutória que condena ao pagamento de soma, de acordo com a Lei 11.232/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 173 ss; EDUARDO KOCHENBORGER SCARPARO, Sentenças parciais? Considerações a partir da reforma do art. 162, § 1º, do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 148, jun. 2007, p. 153-168; BRUNO GARCIA REDONDO, Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, p. 142 ss; JEAN CARLOS DIAS, A reforma do CPC e o fim da teoria da unidade da sentença – Lei n. 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 40, jul. 2006, p. 79 ss.

⁷²⁴ Ver, entre outros: MEDINA-WAMBIER-WAMBIER, *Breves comentários 2*, cit., p. 30-38 e 60; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do processo*, cit., n. 1.1, p. 24-43, e O agravo e o conceito de sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 144, fev. 2007, p. 251 ss; JOSÉ MARCELO VIGLIAR, O novo conceito de sentença. *Última instância*, 9 jun. 2006. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=28673&kw=conceito+senten%E7a>. Acesso em: 2 jul. 2008; EDUARDO DE AVELAR LAMY, *Princípio*, cit., n. 6.3, p. 175 ss; DANIEL MITIDIERO, *A nova execução*. Coord.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 1, p. 5-9; PAULO AFONSO DE SOUZA SANT’ANNA, Sentença parcial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 151, set. 2007, n. 6-9, p. 167-181; JORGE EUSTÁCIO DA SILVA FRIAS, A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al (Coord.). *Execução civil: estudos*, cit., p. 148 ss; GUILHERME PERES DE OLIVEIRA, Novo conceito de sentença: análise da jurisprudência acerca do recurso cabível nas situações duvidosas e aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 164, out. 2008, n. 1, p. 297-299.

A confusão, portanto, está armada, e creio que durante vários anos perdurará certa indefinição, até nova reforma legislativa, ou até solução da questão pelo STJ e/ou STF.

De qualquer modo, que o sistema já tem pelo menos uma “ferramenta” para combater os problemas causados por essa indefinição, qual seja, o **princípio da fungibilidade**. Apesar de não existir no sistema processual civil brasileiro previsão legal para proferir-se sentença parcial, não devem os Tribunais anular toda e qualquer sentença parcial impugnada por uma das partes. Como dito, existem 3 correntes doutrinárias, com autores respeitados, debatendo o tema. **Está mais do que configurada a dúvida objetiva se existe ou não a sentença parcial** no sistema processual civil brasileiro. Então, neste panorama, os Tribunais podem – e devem – emitir a sua opinião, mas sem que isso implique em anular toda e qualquer sentença parcial, conservando aquelas que não trazem efetivos problemas para as partes ou para o procedimento. Vale aqui também a idéia da instrumentalidade de formas, de que não existe nulidade sem prejuízo.

Por exemplo, em um processo com diversos pedidos, se o magistrado de primeira instância verificar que um dos pedidos está prescrito, o que ele deve fazer, profere decisão interlocutória ou sentença parcial? Eu entendo que é decisão interlocutória, mas, no fundo, não existe prejuízo (pelo menos em tese) se for proferida sentença parcial. Daí caberá a chamada apelação por instrumento? Ou o resto do processo continua em carta de sentença? O que é importante, nessa situação, é que o efeito suspensivo da apelação somente alcance a decisão impugnada (que é só uma parte do processo) não impedindo a continuidade do “resto” do processo em primeira instância. Os outros problemas são solucionados pela aplicação do princípio da instrumentalidade. O que não pode é prejudicar os consumidores dos serviços judiciários em razão da celeuma instaurada na doutrina.

20.2) Sentença parcial no procedimento arbitral.

As discussões sobre a sentença parcial nos procedimentos judiciais brasileiros, travadas na doutrina que se ocupa do processo civil, acabaram, de certo modo, repercutindo (ou se propagando) também para a arbitragem. Aliás, na arbitragem esse debate encontrou solo fértil, já que tal questão ganha contornos práticos bem relevantes, pois existem regulamentos de órgãos institucionais arbitrais que concedem ao árbitro poder para proferir sentenças parciais (o que é abordado no item seguinte desta tese).

ARNOLDO WALD, em artigo publicado em 2002, já defendia a possibilidade da sentença arbitral parcial, afirmando que “embora o direito brasileiro admita como princípio

geral a unicidade da sentença, existem casos nos quais a própria natureza do processo exige que sejam proferidas duas sentenças sucessivas, que no fundo são parciais”, motivo pelo qual “não obstante não tenha sido consagrado expressamente pela legislação processual, a sentença parcial não contraria a nossa ordem pública internacional, tanto que, em certos casos, a lei brasileira a admite”.⁷²⁵

Já CARLOS ALBERTO CARMONA entende que, em razão das reformas do processo civil (que para ele passaram a permitir a sentença judicial parcial), seria agora possível proferir-se sentença arbitral parcial.⁷²⁶ No passado, contudo, o mesmo autor defendia a idéia de que não seria possível proferir-se sentença parcial em arbitragens regidas pela Lei Brasileira.⁷²⁷ Sua mudança de posição, conforme expressamente exposto no artigo citado, é decorrente das reformas feitas no processo civil brasileiro.

PEDRO BATISTA MARTINS também afirma que pode ser proferida sentença arbitral parcial, em função da interpretação que faz de várias regras do Código de Processo Civil.⁷²⁸

Contudo, conforme apontado no item anterior desta tese, a maioria da doutrina continua defendendo o princípio da unidade da sentença arbitral. Ora, aceitando-se essa corrente majoritária, como então justificar-se a sentença arbitral parcial?

Assim, os argumentos apresentados na discussão sobre a unidade da sentença, realizada pela doutrina que se dedica ao estudo do processo civil, não são automaticamente transplantados para a arbitragem. Não é pelo fato de que, em relação ao processo estatal, uma corrente é majoritária ou minoritária, que se alcançará uma solução para o procedimento arbitral. Mas ainda, no item 6.16 desta tese demonstrou-se que o Código de Processo Civil não é fonte subsidiária a ser aplicada em toda e qualquer arbitragem. E, conforme explicado em diversos momentos desta tese, o procedimento arbitral tem uma flexibilidade muito maior do que os procedimentos judiciais, em razão, sobretudo, do princípio da autonomia da vontade.

Flexibilidade essa que pode perfeitamente permitir que duas ou mais arbitragens ocorram num mesmo procedimento, com os mesmos árbitros. Por exemplo, quando existem duas pretensões, que em tese gerariam duas decisões, ou melhor, dois capítulos da sentença. Elas podem ser resolvidas em duas arbitragens ou numa só. E se for em uma

⁷²⁵ A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 5, nº 17, jul./set. 2002, n. 34-35, p. 335.

⁷²⁶ Ensaio, cit., n. 10 ss, p. 12 ss.

⁷²⁷ Ver, na 2ª edição da sua obra (de 2004), p. 315.

⁷²⁸ A arbitragem e o mito, cit., p. 267 ss.

única arbitragem, então as partes podem prever que os árbitros têm o poder de proferir sentença arbitral parcial. Confesso que essas idéias são fortemente baseadas na teoria dos capítulos da sentença.

Por isso, minha conclusão é de que pode perfeitamente ser previsto, em determinado procedimento arbitral, que os árbitros estão autorizados a proferir sentenças arbitrais parciais. E sendo prevista essa possibilidade, não se pode afirmar que a sentença parcial seria *infra petita*, pois ela é decorrente da manifestação da vontade (da liberdade) que as partes têm em estabelecer regras procedimentais.⁷²⁹ Mais ainda, o procedimento arbitral continuou, para se proferir nova decisão, que completará a prestação da jurisdição arbitral para as partes. Se elas autorizaram o fracionamento do julgamento do mérito, não podem alegar que existiria sentença *infra petita*.

A sentença arbitral *infra petita* e a sentença arbitral parcial podem até parecer similares, pois nelas não são resolvidas todas as questões da arbitragem. Mas existem diferenças importantes. A sentença arbitral *infra petita* é aquela na qual o árbitro profere sentença final e não resolve todos os pedidos efetuados no processo. O processo terminou, mas não foram decididas todas as pretensões das partes. Tal sentença é nula, em virtude do previsto no art. 32, V, da Lei de Arbitragem. Já na sentença parcial, o que ocorre é diferente. O árbitro, ao proferir a sentença arbitral parcial, ainda não terminou sua incumbência, o procedimento ainda vai continuar, sendo proferidas tantas outras sentenças parciais quanto sejam necessárias para que sejam apreciadas todas as pretensões das partes.

Essas afirmações não são decorrentes da modificação do Código de Processo Civil, mas da autonomia das partes, da flexibilidade do procedimento arbitral. Tal previsão, inclusive, não viola qualquer uma das garantias mínimas (limites, balizas) explicadas nos capítulos 8 a 12 desta tese. Pelo contrário, a sentença arbitral parcial tem importante aspecto de aceleração da tutela conferida na arbitragem, já que permite a rápida decisão dos temas menos complicados (que não ficarão pendentes no aguardo da solução das questões mais intrincadas, como ocorreria caso se exigisse a sentença única).

E, pelos motivos expostos, a sentença arbitral parcial proferida no exterior também pode ser homologada no Brasil.⁷³⁰ Se nos procedimentos arbitrais que tem curso no Brasil (regulados pela lei brasileira) as partes têm a liberdade de autorizar o árbitro a proferir sentença parcial, então essa mesma liberdade existe para a sentença parcial estrangeira. Até

⁷²⁹ ADRIANA BRAGHETTA, *Laudo arbitral*, cit., n. 13.4, p. 283.

⁷³⁰ No mesmo sentido, mas com fundamento diverso: PEDRO BATISTA MARTINS, *A arbitragem e o mito*, cit., p. 283-284; ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação*, cit., n. 8.7.2, p. 16.

porque vários ordenamentos estrangeiros expressamente permitem a sentença arbitral parcial.⁷³¹

20.3) Sentença parcial e flexibilidade do procedimento arbitral.

Sendo assim possível autorizar-se o árbitro a proferir sentença parcial, então é interessante fazer algumas observações sobre a relação desse tema com a flexibilidade do procedimento arbitral, mais especificamente com os aspectos subjetivos da criação e adaptação de regras procedimentais.

Inicialmente, necessário apontar que **as partes** sempre têm poderes para criar ou adaptar (modificar) regra procedimental **outorgando ao árbitro poderes para proferir sentença parcial**. Nesse aspecto, elas têm ampla disponibilidade. Podem inclusive estabelecer tal poder do árbitro após esse ter aceito o seu encargo, pois não estão atribuindo um ônus ou uma obrigação ao árbitro, mas sim uma faculdade, um poder. A disponibilidade das partes, a flexibilidade, portanto, é ampla.

Situação um pouco diferente seria as partes estipularem que **o árbitro é obrigado a proferir sentença parcial**, que primeiro ele deve resolver determinada questão (proferindo sentença) e, em seguida, apreciar os demais temas objeto da arbitragem. Se essa regra foi estipulada pelas partes antes do árbitro aceitar o seu encargo, então ele concordou em aplicá-la, e deverá, ao menos em tese, proceder conforme previsto pelas partes, proferindo duas (ou mais) sentenças parciais. Mas se as partes estipularam tal regra – da obrigação de proferir sentença parcial – após o árbitro ter aceito o seu encargo, então o cenário muda, pode ser que o árbitro não concorde com tal regra. O ideal, neste caso, seria que a regra da sentença parcial obrigatória fosse negociada entre as partes e o árbitro. Essa situação é um exemplo do que foi explicado, em termos genéricos, no item 7.5 supra, cujas conclusões são ora reiteradas.

De outro lado, **será que as partes poderiam proibir o árbitro de proferir sentenças arbitrais parciais?** Por exemplo, adaptando (modificando) o regulamento arbitral que autorizava o árbitro a proferir sentença parcial. Se isso foi decidido antes do árbitro aceitar o seu encargo, não há dúvidas de que as partes também podem proibir o árbitro de utilizar esta técnica de julgamento fragmentado. A flexibilidade do procedimento e o princípio da autonomia da vontade aplicam-se tanto para permitir a possibilidade

⁷³¹ Ver elenco mencionado por ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação*, cit., n. 8.7.2, p. 216, nota 299.

quanto para proibi-la. Mas se essa regra foi estipulada pelas partes após o árbitro aceitar o seu encargo, então a situação muda.

E será que o árbitro poderia, usando os seu poderes normativos supletivos, criar regra procedimental estabelecendo que ele pode proferir sentença parcial em determinada arbitragem? Essa questão, na verdade, é aspecto de outro problema, qual seja, se na completa falta de previsão das partes, não havendo qualquer regra que regule, naquela arbitragem, a possibilidade ou a proibição de ser emitida a sentença parcial, será que o árbitro pode proferir uma sentença parcial?

Ocorre que, em tais casos, a sentença parcial pode ser proferida em completa surpresa para as partes, inclusive em violação ao princípio do contraditório. Utilizar a flexibilidade para surpreender as partes é uma má utilização dessa ferramenta, é usá-la de forma errada, conforme explicado no item 13.3 supra. Pior ainda, sem prévia autorização das partes, a sentença arbitral parcial pode ser considerada uma sentença *infra petita*. Seriam assim duas eventuais causas de nulidade dessa sentença parcial (incisos V e VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem). É um risco muito grande.

Se a sentença parcial fosse comum no Poder Judiciário estatal, se fosse algo decorrente de reforma legislativa efetivamente debatida, planejando-se a mudança e preparando-se a mudança, talvez minha conclusão fosse diferente. Não por ser o CPC diferente, mas pelo contexto jurídico nacional. Foi explicado no item 20.1 supra que ainda vigora, no Brasil, o princípio da unidade da sentença judicial. Não existem elementos suficientes para afirmar que na arbitragem existiria o contrário, ou seja, que haveria um princípio que permitiria sempre ao árbitro proferir sentença parcial mesmo sem autorização das partes. Por isso, considero que ainda é necessário, para que o árbitro possa proferir uma sentença parcial, que ela seja decorrente de autorização das partes.

Obviamente, a autorização das partes pode ser mediante a escolha de regulamento arbitral que preveja a possibilidade de proferir-se sentença parcial. Atualmente são poucos os regulamentos de órgãos arbitrais estabelecidos no Brasil que assim prevêm, sendo exceção o item 13.1. do Regulamento da AMCHAM SP, que assim prevê: “*Será facultado ao Tribunal Arbitral emitir decisões parciais ou decisões sobre questões incidentes durante os procedimentos inerentes à arbitragem, ratificando-os na sentença final.*”

E entre os órgãos institucionais arbitrais estabelecidos no exterior, podem ser citados como exemplos de regulamentos que prevêm a possibilidade do árbitro proferir

sentença arbitral parcial: o Regulamento da CCI;⁷³² da ICDR (AAA);⁷³³ o da LCIA;⁷³⁴ e também o *UNCITRAL Arbitration Rules*.⁷³⁵

20.4) Prazo para ingressar com a ação de anulação do art. 33 da Lei 9.307/96 em caso de sentença arbitral parcial.

Admitida a existência de sentenças arbitrais parciais, como deve ser contado o prazo de noventa dias para a anulação da decisão?

Em tese, existem duas possibilidades. A contagem se inicia ao final da “última” sentença arbitral parcial, e vale para todas as sentenças arbitrais parciais. Ou é contada cada vez que é proferida uma sentença arbitral parcial. A Lei de Arbitragem não tem regra expressa. E ambos os sistemas têm vantagens e desvantagens.

O problema central parece ser que o prazo do art. 33 da Lei 9.307/96 é decadencial, e, assim, não pode ficar sujeito à disponibilidade das partes. Assim, proferida uma sentença arbitral – mesmo que parcial –, começa a contar o prazo de 90 dias do art. 33 da Lei de Arbitragem.⁷³⁶

Um argumento para reforçar essa conclusão é decorrente do exposto no item 20.2 supra, no qual se explicou que duas ou mais arbitragens podem ocorrer num mesmo procedimento, com os mesmos árbitros. Se existe mais de uma pretensão, cada uma podia gerar uma arbitragem diferente. No mesmo procedimento são assim proferidas quantas sentenças parciais o árbitro entender adequado.⁷³⁷ Cada sentença seria quase que uma arbitragem autônoma, e ela faria coisa julgada independentemente. E o prazo de 90 dias do art. 33 também correria de forma independente, para cada sentença parcial (que decidiu algo que podia ser objeto de uma arbitragem autônoma).

⁷³² Reg. CCI “Art. 2º Definições. No presente Regulamento: (i) a expressão “Tribunal Arbitral” aplica-se indiferentemente a um ou mais árbitros; (ii) os termos “Requerente” e “Requerido” aplicam-se indiferentemente a um ou mais requerentes ou requeridos; e (iii) o termo “Laudo” aplica-se, *inter alia*, a um laudo arbitral interlocutório, parcial ou final.”

⁷³³ Reg. ICDR (AAA) “Art. 27 (7) Além de proferir a sentença arbitral, o tribunal poderá proferir decisões ou sentenças provisórias, interlocutórias ou parciais.”

⁷³⁴ Reg. LCIA “Art. 26.7 O Tribunal de Arbitragem poderá emitir sentenças em separado sobre questões diferentes em momentos diferentes. Tais sentenças terão a mesma categoria e o mesmo efeito que qualquer outra sentença emitida pelo Tribunal de Arbitragem.”

⁷³⁵ *UNCITRAL Arbitration Rules* “Art. 32 (1) In addition to making a final award, the arbitral tribunal shall be entitled to make interim, interlocutory, or partial awards.”

⁷³⁶ Nesse sentido: CARLOS ALBERTO CARMONA, Ensaio, cit., n. 36-37, p. 22-23.

⁷³⁷ Obviamente, caso o regulamento aplicável àquela arbitragem permita que sejam proferidas sentenças parciais, ou caso as partes tenham previamente estipulado que o árbitro está autorizado a exarar sentenças parciais.

CONCLUSÃO.

21) RESUMO DAS PRINCIPAIS IDÉIAS DEFENDIDAS NESTA TESE.

Apresenta-se, a seguir, um resumo das principais idéias defendidas nesta tese.

i. Introdução.

Flexibilidade é tanto a qualidade de algo que pode ser moldado (a criação do procedimento), quanto a qualidade de ser modificado, já que não se trata de coisa rígida (a adaptação do procedimento).

ii. Arbitragem, jurisdição, direito (material), processo e procedimento.

A arbitragem tem natureza jurisdicional em função dos termos expressos dos arts. 17, 18 e 31 da Lei de Arbitragem brasileira e da própria função do instituto. Além disso, não é mais possível falar que a jurisdição é um monopólio do poder público. Afirmar que a arbitragem tem natureza jurisdicional não significa que todas as regras que regulam o processo judicial estatal aplicam-se integralmente à arbitragem.

O direito processual deve ter os seus institutos concebidos e desenvolvidos à luz do direito material, sendo que a eficácia do sistema processual depende de quanto ele será útil para o direito substancial. A flexibilidade do procedimento arbitral apóia-se também sobre a idéia de que qualquer procedimento deve sempre ser útil para resolver as questões de direito material controvertidas.

Existe sim processo arbitral, por esse se desenvolver em contraditório, pelo fato de ser exercício da jurisdição, e por existir a relação jurídica processual entre as partes e o árbitro. Isso não prejudica o objeto da presente investigação, que é a flexibilidade procedimental.

A instrumentalidade do processo gerou três filhos: (i) o estudo do direito processual à luz do direito material; (ii) a fungibilidade de meios; e (iii) a flexibilidade procedimental. Fungibilidade de meios e flexibilidade procedimental são, muitas vezes, faces de uma

mesma moeda. A visão instrumentalista – de enxergar o processo como instrumento e não como um fim em si mesmo – deve ser integralmente aplicada na arbitragem, inclusive na criação e adaptação (modificação) das regras procedimentais.

iii. Flexibilidade do procedimento judicial.

Para parte da doutrina brasileira, o processo civil brasileiro é rígido, por ter fases definidas, etapas e prazos previamente estabelecidos, formas processuais definidas em lei, um rigoroso sistema de preclusões, e ter regras inflexíveis relacionadas com a estabilização da demanda. Os principais pontos que justificariam a rigidez procedimental são resumidos no item 3.2 desta tese. Já os principais argumentos a favor da flexibilidade do procedimento são explicados no item 3.3 desta tese.

Mas não se pode afirmar, de forma peremptória, que o processo civil brasileiro é rígido, pois existem regras que o flexibilizam. Os exemplos são mencionados no item 3.4 desta tese. Também existem outros exemplos de situações em que há flexibilidade procedimental não em decorrência de regra expressa, mas sim de construção doutrinária ou jurisprudencial, ou praxe forense. Os exemplos estão no item 3.5 desta tese.

iv. Arbitragem: alguns aspectos gerais.

O princípio da autonomia da vontade é um dos fundamentos da arbitragem. A flexibilidade do procedimento arbitral é, portanto, diretamente ligada ao princípio da autonomia da vontade, o qual, no entanto, tem limites até mesmo na arbitragem.

Podem ser identificadas três fases na arbitragem: (i) A fase pré-arbitral, desde as negociações da convenção de arbitragem até a instituição da arbitragem; (ii) A fase arbitral propriamente dita, que se inicia com a instituição da arbitragem (art. 19 da lei 9.307/96) e termina com a sentença arbitral; e (iii) A fase pós-arbitral, que envolve tudo que ocorrer – em decorrência da arbitragem – após a sentença arbitral (eventual execução da sentença arbitral e/ou a ação de anulação).

Muitas das regras procedimentais aplicadas nas duas primeiras fases da arbitragem são escolhidas pelas partes na fase pré-arbitral. E na fase pré-arbitral também existem regras procedimentais, também existe procedimento.

Quanto à cláusula compromissória, a cláusula cheia é aquela na qual já vem prevista a forma pela qual será instaurada a arbitragem, normalmente pela menção de que a

arbitragem será realizada perante determinado órgão institucional arbitral e seguindo-se o seu regulamento. A cláusula compromissória vazia é aquela que prevê a solução dos litígios por meio de arbitragem, mas não especifica a forma como a arbitragem será instaurada. Geralmente é melhor utilizar cláusula compromissória cheia.

A cláusula compromissória não é promessa de firmar compromisso arbitral; é promessa de submeter o conflito à arbitragem. Havendo cláusula compromissória, somente será necessário assinar compromisso arbitral se a cláusula compromissória for vazia e, ao mesmo tempo, as partes não conseguirem, sozinhas, iniciar a arbitragem; nessa hipótese, aplicam-se os arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96. Quando a cláusula compromissória for cheia, se uma das partes se recusar a cooperar para instaurar a arbitragem, a outra parte não precisa seguir os arts. 6º e 7º, bastando proceder de acordo com o estabelecido na cláusula compromissória cheia, nos termos do art. 5º da mesma lei; se foi eleito um regulamento arbitral, aplicam-se as suas regras, que costumam ter “ferramentas” para possibilitar a instauração da arbitragem sem o concurso do Poder Judiciário; nessa situação, a lei não exige a assinatura do compromisso arbitral.

A arbitragem institucional, ou administrada, é aquela que ocorre perante um órgão institucional arbitral, que tem como missão institucional organizar e administrar arbitragens; o órgão institucional arbitral não julga a arbitragem, e sim atua como órgão de apoio para as partes e para os árbitros. Já a arbitragem *ad hoc* é aquela que ocorre sem o apoio de um órgão institucional arbitral; todas as tarefas realizadas por órgãos institucionais arbitrais ficam a cargo do árbitro, que pode nomear um secretário *ad hoc*. Tanto a arbitragem institucional quanto *ad hoc* possuem vantagens e desvantagens. Mas normalmente recomenda-se a arbitragem institucional.

v. Observações iniciais (da 2ª parte da tese).

A flexibilidade do procedimento arbitral é bem maior do que a dos procedimentos judiciais. A arbitragem decorre da autonomia da vontade, da liberdade, inclusive para que as partes estabeleçam como será realizado o procedimento. A liberdade em estabelecer o procedimento está prevista nos artigos 2º, § 1º, 11, inciso IV, 19, parágrafo único, e 21, *caput* e §§s 1º e 2º, da Lei 9.307/96.

A flexibilidade do procedimento arbitral existe em dois aspectos (vertentes) diferentes. O primeiro aspecto é a possibilidade de criação – eleição, escolha – das regras procedimentais aplicáveis a uma arbitragem determinada. O segundo aspecto é a

possibilidade de adaptação – modificação, flexibilização –, das regras antes escolhidas para reger o procedimento.

Na arbitragem, o instituto da preclusão é muitas vezes mitigado, atenuado, o que leva a uma maior flexibilidade do procedimento.

Uma das grandes vantagens da arbitragem é a flexibilidade do procedimento arbitral, que pode ser adaptado a cada caso concreto. A flexibilidade do procedimento arbitral contribui para a celeridade da arbitragem, concentrando as discussões nas questões de fundo daquela arbitragem. A flexibilidade do procedimento arbitral também tem a importante vantagem de permitir a conjugação de regras e técnicas procedimentais oriundas de diferentes sistemas jurídicos. Ela é o instrumento utilizado para, em cada caso concreto, encontrar a forma mais adequada para a resolução do conflito por meio de arbitragem.

vi. A primeira vertente da flexibilidade do procedimento arbitral: a criação (ou eleição) das regras procedimentais.

O procedimento arbitral a ser adotado em determinado caso concreto pode decorrer de atos de diferentes pessoas, e pode estar regulado (ou melhor, ser criado) em mais de um tipo de documento. São dois aspectos distintos: (a) o aspecto subjetivo, referente a quem criou a regra procedimental; e (b) o aspecto objetivo, referente a onde – qual local, ou melhor, em que documento – criou-se a regra procedimental.

O poder das partes de fixar o procedimento arbitral está previsto, de forma direta ou indireta, em vários dispositivos da Lei de Arbitragem brasileira, a saber: art. 2º, § 1º, art. 11, inciso IV, art. 19, parágrafo único, e art. 21, *caput* e §§s 1º e 2º. Assim, ao contrário do que normalmente ocorre no processo judicial estatal, na arbitragem os litigantes têm uma grande possibilidade de controlar as regras procedimentais.

A doutrina tradicional costuma afirmar que, em última análise, o procedimento arbitral que vai reger uma arbitragem específica é aquele que for escolhido pelas partes. Mas não é bem assim. Não existe esse poder quase ilimitado das partes em fixar as regras procedimentais. As partes têm muitos poderes, mas esses são limitados por duas ordens de fatores. De um lado, o poder das partes não pode ultrapassar ou ignorar as balizas legais e constitucionais analisadas adiante. De outro lado, a autonomia das partes pode ser afetada pelos poderes concedidos aos outros atores que atuam na arbitragem, ou seja, o árbitro e o eventual órgão institucional arbitral.

O § 1º do art. 21 da Lei 9.307/96 concede o “poder normativo supletivo” aos árbitros, que podem estabelecer as regras do procedimento na ausência de estipulação de regras pelas partes. Apesar do árbitro ter esse poder de estabelecer as regras do procedimento, é recomendável que ele sempre tente obter o consenso das partes

O órgão institucional arbitral (na arbitragem institucional) também pode criar regras procedimentais, o que ocorre quando editam seus regulamentos arbitrais e também ao dirigirem a fase pré-arbitral.

As regras procedimentais podem ser fixadas pelo juiz estatal quando a instituição da arbitragem é feita pela utilização da ação do art. 7º da Lei 9.307/96. Os §§s 3º, 4º e 7º da Lei de Arbitragem prevêm que havendo litígio sobre os termos do compromisso arbitral, cabe ao juiz estatal decidir qual será o seu conteúdo.

Assim, as partes podem prever regras procedimentais já na convenção arbitral, ou seja, ao firmarem a cláusula compromissória e/ou o compromisso arbitral.

Como a lei brasileira não estabelece um conteúdo obrigatório da cláusula arbitral, não existe necessidade das partes desde logo criarem, na cláusula, todas as regras, inclusive procedimentais, que vão regular a futura eventual arbitragem. Não se trata de obrigação das partes, e sim de uma faculdade.

Existe controvérsia sobre qual seria o conteúdo ideal da cláusula compromissória, sobre quais tipos de regras (inclusive de natureza procedimental) já devem constar desde logo no compromisso arbitral. A corrente restritiva defende a desnecessidade e a inconveniência de redigir cláusula compromissória excessivamente detalhista, e criticam (e evitam) a inclusão de muitas regras na cláusula. Já a corrente ampliativa entende que as partes devem estabelecer, na cláusula, a maior quantidade de regras regulando a eventual futura arbitragem, entre elas regras procedimentais. São duas linhas de raciocínio distintas: de um lado, a cláusula compromissória mais robusta (“o gordo”), de outro lado, a cláusula compromissória mais enxuta (“o magro). Desse “confronto” não vai surgir qualquer fórmula mágica, pois não existe o conteúdo “ideal” da cláusula compromissória.

Para facilitar a decisão sobre o que deve constar na cláusula compromissória, o seu possível conteúdo pode ser dividido em três grupos de regras: “pontos fundamentais”, “pontos importantes”, e “pontos controvertidos”. Essas três categorias abrangem questões procedimentais, mas também outras que não procedimentais, todas listadas no item 6.10 desta tese. Voltando ao exemplo do gordo e do magro, essas listas podem ser comparadas a um cardápio: quanto mais itens do cardápio forem escolhidos, mais robusta (gorda) será a cláusula. E como não existe fórmula mágica pré-determinada, ao redigir a cláusula na

forma que considerar mais adequada para o contrato específico, todo advogado exerce um papel parecido com o de “aprendiz de feiticeiro”.

Comparando-se com o que costuma acontecer com a cláusula compromissória, é comum que o detalhamento das regras (inclusive procedimentais) ocorra no compromisso arbitral, após o surgimento do litígio. Mas isso não significa que em todo compromisso devem constar absolutamente todos os pontos mencionados nas três listas acima mencionadas. O debate entre as correntes restritiva e ampliativa se reproduz quando se redige o compromisso arbitral, que pode ser mais enxuto ou mais robusto.

Cláusula compromissória e compromisso arbitral não são os únicos tipos de documentos nos quais as regras procedimentais podem ser criadas pelas partes. Na verdade, não importa tanto o nome do documento, mas sim o seu conteúdo. Na prática existem dois tipos “específicos” de documentos que também costumam ser utilizados para a criação de regras procedimentais: o adendo à convenção arbitral e o “termo de arbitragem”.

Uma das possíveis formas de escolher as regras do procedimento arbitral é eleger a aplicação de determinado regulamento arbitral no caso concreto. A grande maioria dos regulamentos arbitrais são “editados” por órgãos institucionais arbitrais com o objetivo de regular as arbitragens que administram, mas também existem regulamentos arbitrais “autônomos”, não editados por órgãos arbitrais institucionais. A aplicação das regras de um regulamento arbitral pode ocorrer tanto em arbitragens institucionais quanto em arbitragens *ad hoc*.

Normalmente o regulamento é escolhido pelas partes. Mas existem pelo menos três situações nas quais não são as partes quem escolhe o regulamento. A primeira situação é quando a instituição arbitral escolhida pelas partes possui mais de um regulamento, e as partes não escolheram qual aplicar; daí a escolha normalmente é feita pelo órgão institucional arbitral. A segunda situação, que pode ocorrer em arbitragens *ad hoc*, verifica-se quando as partes não conseguem acordar sobre qual regulamento aplicar, e o árbitro então determina a aplicação de um regulamento específico. A terceira situação pode ocorrer quando a arbitragem é instituída em razão da propositura da ação do art. 7º da Lei 9.307/96, pois o juiz estatal tem poderes para fixar o conteúdo do compromisso arbitral, podendo assim determinar a aplicação de um regulamento arbitral específico.

Afirmar que a arbitragem será administrada por determinado órgão institucional arbitral não significa necessariamente que será aplicado o seu regulamento.

Em tese podem as partes determinar a aplicação parcial de um regulamento. Também podem determinar que apesar da arbitragem ser administrada por um órgão institucional arbitral específico, ela seguirá o regulamento de outro órgão. Mas essa segunda hipótese pode gerar problemas de ordem prática.

A criação das regras procedimentais também pode ocorrer nas “ordens processuais” proferidas pelo árbitro e/ou pelo órgão institucional arbitral. Outra possibilidade é elas serem estabelecidas em decisões judiciais estatais.

Em razão do enfoque desta tese, as normas procedimentais estatais – inclusive as existentes na Lei 9.307/96 – não são consideradas fontes, mas sim possíveis limites (balizas) à criação de regras procedimentais.

O procedimento na arbitragem não precisa necessariamente seguir algum rito do CPC. É errado concluir que, havendo omissão quanto às regras eleitas pelas partes, aplicam-se as regras do CPC. Não está previsto que quando as partes deixam de criar a regra procedimental, aplica-se o CPC. O § 1º do art. 21 da Lei 9.307/96 determina que, na omissão das partes, caberá ao árbitro disciplinar a regra procedimental, o que lhe possibilita criar a regra específica para o caso concreto. Se a vontade do legislador fosse que o CPC sempre devesse ser aplicado de forma subsidiária na arbitragem, não teria estabelecido que caberia ao árbitro disciplinar a regra procedimental, mas sim que caberia ao árbitro aplicar a regra procedimental estatal pertinente.

O caráter jurisdicional da arbitragem não acarreta que o CPC seja automaticamente aplicado nos procedimentos arbitrais, em função de três motivos. Primeiro, nem todas as formas jurisdicionais de resolução de conflitos estão reguladas pelo CPC. Segundo, as regras do CPC destinam-se a regular a resolução de conflitos no Poder Judiciário, no qual existe o poder estatal (que precisa ser limitado), elemento esse que não está presente no procedimento arbitral, que ocorre somente perante o árbitro, escolhido pelas partes. Terceiro, as normas do CPC foram criadas para regular os mais variados tipos de litígios, sendo que as regras procedimentais de uma arbitragem destinam-se a regular exclusivamente aquela arbitragem.

E é melhor não aplicar o Código de Processo Civil na arbitragem, pois isso pode trazer para dentro da arbitragem as mesmas falhas e problemas do processo judicial estatal. No item 6.17 desta tese são apontados vários argumentos em favor dessa afirmação.

vii. A segunda vertente da flexibilidade do procedimento arbitral: a adaptação (modificação) das regras procedimentais.

Apesar de existirem regras procedimentais anteriormente estabelecidas para determinada arbitragem, essas podem posteriormente ser adaptadas (modificadas) pelas partes e/ou pelo árbitro (e/ou pelo juiz estatal, em circunstâncias limitadas).

No momento em que for ser realizada a arbitragem, nada impede as partes de modificarem regras anteriormente previstas, inclusive as eleitas na convenção arbitral. Trata-se de livre exercício da autonomia da vontade.

Estando em curso a fase arbitral propriamente dita, a melhor forma de resolver as lacunas do procedimento, ou de modificar regras anteriormente estabelecidas, é mediante uma decisão conjunta das partes e do árbitro.

Mas nem sempre se alcança o consenso das partes. Assim, a adaptação das regras procedimentais também pode ser decidida pelo árbitro sozinho, em decorrência do poder normativo supletivo do árbitro. São pelo menos quatro os fatores que podem justificar, em cada caso concreto, a adaptação do procedimento por decisão exclusiva do árbitro. Primeiro, em função do § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem, que determina que: “*No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.*” Segundo, quando as regras procedimentais foram criadas pelo próprio árbitro e ele verificar que elas precisam ser modificadas. Terceiro, quando havia omissão no regulamento arbitral, e as regras procedimentais foram criadas pelo órgão institucional arbitral durante a fase pré arbitral. Quarto, quando o árbitro verificar que uma regra procedimental viola alguma das garantias mínimas processuais (limites, balizas) que as partes têm na arbitragem.

Saber se um árbitro pode ou não alterar as regras procedimentais contra a vontade de todas as partes daquela arbitragem é questão delicada, na qual existe frontal conflito entre dois importantes valores que informam a arbitragem. De um lado, a autonomia da vontade, que inclusive foi o que conferiu jurisdição ao árbitro. De outro lado, a grande missão do árbitro é julgar o litígio que lhe foi apresentado, da forma mais barata e mais rápida que for possível (§ 6º do art. 13 da Lei 9.307/96). Como todo conflito entre valores ou princípios, a solução é a aplicação de ferramentas como a proporcionalidade e a razoabilidade. Haverá situações nas quais o árbitro deve seguir o estabelecido pelas partes, e haverá situações nas quais o árbitro deverá alterar o procedimento antes estabelecido.

Ao julgar a ação do art. 7º da Lei 9.307/96, fixando o compromisso arbitral, é perfeitamente possível que o magistrado estatal modifique (adapte) regra procedimentais originalmente previstas na cláusula compromissória, desde que respeitados os limites e condições explicados no item 7.6 desta tese.

Salvo situações excepcionalíssimas, não cabe ao Poder Judiciário estatal intrometer-se no andamento do procedimento arbitral. Todo o sistema arbitral foi montado para se evitar ao máximo a utilização dos órgãos estatais. O eventual controle judicial das decisões interlocutórias (das ordens processuais) tomadas no procedimento arbitral é feito *a posteriori*, após terminado o procedimento e proferida a sentença. Aplica-se assim, por analogia, a sistemática prevista no art. 20 e parágrafos da Lei de Arbitragem.

viii. Os quatro grupos de limites (balizas, garantias mínimas) à criação e à adaptação do procedimento arbitral.

Existem quatro grupos de limites (garantias mínimas, balizas) à criação e adaptação das regras procedimentais na arbitragem. Esses quatro grupos são: (i) bons costumes e ordem pública (art. 2º, § 1º, da Lei 9.307/96); (ii) princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento (art. 21, § 2º, da Lei 9.307/96); (iii) preceitos cogentes da Lei 9.307/96; e (iv) princípios processuais constitucionais.

Os limites à criação e adaptação de regras procedimentais nada mais são do que garantias mínimas para as partes na arbitragem. São grandes balizas, que orientam tanto a criação quanto a adaptação das regras procedimentais. E os limites têm dois propósitos (ou efeitos), um negativo e outro positivo. Assim, de um lado existe o aspecto (ou efeito) negativo, de impedir que sejam criadas (ou modificadas) regras procedimentais que violem esses limites. E, de outro lado, existe o aspecto (ou efeito) positivo, de estimular que sejam previstas regras procedimentais que levem à implementação efetiva das garantias mínimas.

Em algumas situações talvez haja dificuldade de “encaixar” um alegado desrespeito a uma das garantias mínimas nas hipóteses de nulidade da sentença arbitral listadas no art. 32 da Lei de Arbitragem. Apesar de existirem vários autores que afirmam que o elenco do art. 32 seria taxativo, também há quem sustente que podem existir situações excepcionais que não se encaixem no referido rol, e que sejam efetivamente causas de nulidade da sentença arbitral. A razão está com esse segundo grupo, com algumas ressalvas. Não se pode dizer que a lista do art. 32 é meramente exemplificativa, pois isso dá vazão a toda a sorte de alegações contra a sentença. Mas esse rol também não

pode ser considerado “totalmente” taxativo, fechado, pois poderia gerar injustiças em situações nas quais a sentença arbitral deve efetivamente ser anulada por ter violado algum preceito importante, até mesmo de natureza cogente.

ix. Primeiro grupo de limites. O § 1º do art. 2º da Lei 9.307/96. Bons costumes e ordem pública.

O primeiro grupo de limites ao tal poder de criar ou modificar as regras procedimentais é o respeito aos bons costumes e à ordem pública (§ 1º do art. 2º da Lei 9.307/96). O fato da ordem pública e dos bons costumes serem conceitos jurídicos abertos, indeterminados, torna mais difícil fixar o exato contorno das balizas (garantias mínimas). A elasticidade desses conceitos pode levar à sua boa ou má aplicação.

Ao se determinar que as regras procedimentais devem respeitar os bons costumes, isso também engloba a obrigação dessas mesmas regras respeitarem – e ajudarem a implementar – o dever de agir de boa-fé.

Já as regras de ordem pública são regras cogentes, que não permitem disposição em contrário, vinculando seus destinatários independentemente da sua vontade ou até mesmo contra sua vontade. Apesar da flexibilidade do procedimento arbitral ser baseada na autonomia da vontade, essa liberdade tem limites, um dos quais é exatamente a ordem pública. A ordem pública processual relaciona-se com os princípios fundamentais do processo, com a cláusula do devido processo legal. A ordem pública processual aplica-se não só na homologação de sentença arbitral estrangeira mas também na criação e na adaptação de regras procedimentais, ou seja, como limite à flexibilidade procedimental. O conceito de ordem pública não pode ser alargado, devendo-se fazer interpretação restritiva.

x. Segundo grupo de limites. O § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96. Contraditório, igualdade, imparcialidade, livre convencimento.

O segundo grupo de limites à flexibilidade do procedimento arbitral está previsto no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem, que estabelece que: “*Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.*”

O princípio do contraditório, sendo importante regra do estado democrático de direito, aplica-se em diversas hipóteses de procedimentos não estatais, como a justiça

esportiva, nas regras que regulam a punição e exclusão de integrantes de associações, clubes, cooperativas etc., nos procedimentos que tenham por finalidade a expulsão ou jubramento de aluno, no litígio entre sócios dentro de uma sociedade, e na arbitragem.

A aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa na arbitragem decorre de vários motivos. Primeiro, do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Segundo, em razão dos arts. 21, § 2º, e 38, III, da Lei 9.307/96. Terceiro, por ter a arbitragem natureza jurisdicional. Quarto, por ser o princípio verdadeiro postulado universal.

O inciso LV do art. 5º da CF menciona “*o contraditório e ampla defesa*”. Por isso, quando se estuda o contraditório, também se examina a ampla defesa. O direito de ampla defesa não é um direito exclusivo do réu, do requerido, do acusado, ou de qualquer outro que conste no pólo passivo de um processo ou procedimento. O direito à ampla defesa é uma garantia para todas as partes do processo.

O contraditório, inclusive na arbitragem, é composto de dois elementos: (i) necessidade absoluta de informar; e (ii) possibilidade de reagir.

A doutrina afirma que o princípio do contraditório (e da ampla defesa) atua em três vertentes, quais sejam: (a) a lei deve dar aos litigantes meios efetivos de participar do processo; (b) o órgão julgador deve possibilitar essa participação das partes; e (c) o órgão julgador também deve participar do contraditório. Essa lição é, em certa medida, ainda mais forte na arbitragem.

Existem diversas regras, nos regulamentos arbitrais, e mesmo na legislação estrangeira, direta ou indiretamente ligados ao princípio do contraditório e da ampla defesa, examinados no item 10.2.6 desta tese.

A partir do princípio da isonomia, consagrado no texto constitucional, extrai-se o princípio da igualdade das partes no processo. Tradicionalmente afirma-se ser necessário abandonar a igualdade meramente formal, para buscar uma igualdade substancial, ou seja, tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida das desigualdades. As desigualdades resultantes de fatores externos ao processo devem ser atenuadas ou eliminadas dentro do processo, tanto por instrumentos previstos em lei, quanto pela atuação do magistrado.

O princípio da igualdade das partes tem tamanha importância que ele acaba mantendo contato com outros princípios. Assim, existe a inter-relação entre os princípios da igualdade e da imparcialidade, pois o juiz imparcial dá às partes tratamento igualitário. Outro ponto é com o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois a igualdade das

partes exige a igualdade em oportunidades de participação das partes no processo, ou seja, a chamada paridade de armas. E contraditório equilibrado é contraditório com igualdade.

O princípio da igualdade das partes influencia a criação (ou adaptação) de regras procedimentais arbitrais que visam assegurar a aplicação desse mesmo princípio nos diversos procedimentos arbitrais. E, de outro lado, também atua como um limitador, uma baliza, que impede que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretam na violação do princípio da igualdade das partes.

Alguns autores entendem que na arbitragem a igualdade entre as partes é sempre presumida, e que nela nunca podem ser estabelecidas regras procedimentais atribuindo às partes direitos, e/ou obrigações, e/ou ônus diferenciados. Contudo, não é correto afirmar que em toda arbitragem as partes estejam em igualdade de condições. E existindo desigualdades materiais entre as partes, isso deve ser necessariamente levado em consideração quando forem criadas ou adaptadas as regras procedimentais. Mas isso não significa que a única forma possível para compensar as desigualdades seria através da estipulação de direitos, e/ou obrigações, e/ou ônus diferenciados entre as partes.

Quanto ao princípio da imparcialidade do árbitro, ele está previsto em várias regras da Lei de Arbitragem: § 6º do art. 13, § 1º do art. 14 e § 2º do art. 21. Parte dessas regras também menciona a necessidade de que o árbitro seja independente. Diversos regulamentos arbitrais também exigem que o árbitro seja ao mesmo tempo independente e imparcial.

Salvo o previsto na Lei de Arbitragem, não existem outras normas brasileiras que afirmam de forma expressa e peremptória que o órgão julgador deve ser imparcial. Todavia, essa “omissão” legislativa não impede a conclusão de que a imparcialidade do juiz é um princípio constitucional, pois existem diversas normas, constitucionais e infraconstitucionais, destinadas a garantir tanto a imparcialidade do magistrado estatal, quanto a independência do Poder Judiciário. Essas regras estão listadas no item 10.4.1 desta tese. Nem todas essas regras, contudo, são aplicadas na arbitragem de forma igual ao que ocorre perante o Poder Judiciário.

As partes não têm autonomia para aceitar / escolher / criar regra destinada a regular o procedimento de escolha de árbitro que implique na violação do princípio da imparcialidade do árbitro. Não podem estabelecer mecanismo de escolha de árbitro que já saibam, de antemão, vai resultar na eleição de árbitro parcial.

Os regulamentos arbitrais normalmente têm especial preocupação com a questão da imparcialidade e independência do árbitro. São inúmeras as disposições – algumas

procedimentais – relacionadas com a necessária imparcialidade do árbitro, as quais são listadas e examinadas no item 10.4.4 desta tese.

Por fim, explica a doutrina que existem três sistemas relacionados com a apreciação da prova. O do julgamento *secundum conscientiam*, o da prova legal ou tarifada, e o do livre convencimento motivado, também chamado da persuasão racional do juiz. Apesar do sistema brasileiro ser o do livre convencimento motivado, ainda existem resquícios, na legislação processual, do sistema da prova tarifada.

O princípio do livre convencimento do árbitro influencia a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que visam assegurar a aplicação desse mesmo princípio nos diversos procedimentos arbitrais. E também atua como um limitador, uma baliza, que impede que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretam a violação do citado princípio. No item 10.5.2 desta tese são mencionadas e examinadas algumas situações relacionadas com a aplicação desse princípio na criação e adaptação de regras procedimentais arbitrais.

xi. Terceiro grupo de limites. Regras cogentes da Lei 9.307/96.

O terceiro grupo de regras que funcionam como balizas à criação e à adaptação (modificação) das regras procedimentais na arbitragem é o fato de que as regras procedimentais arbitrais não podem violar outros preceitos cogentes da própria Lei de Arbitragem. Um exemplo de regra cogente é o § 6º do art. 13 da Lei 9.307/96.

xii. Quarto grupo de limites. O direito processual constitucional.

O direito processual constitucional é método de estudo das regras processuais à luz da Constituição Federal, mediante o qual se analisam as influências recíprocas entre processo e CF. O direito processual constitucional envolve quatro grandes vertentes, a saber: (i) A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária; (ii) A jurisdição constitucional; (iii) A tutela da Constituição Federal pelo processo; e (iv) A tutela constitucional do processo, ou seja, os princípios e garantias que advém da Constituição Federal e ditam padrões políticos para o processo.

Os princípios processuais constitucionais não são regras absolutas, podendo sofrer temperamentos em cada tipo de situação. Até porque os princípios podem colidir um com os outros.

Estando a arbitragem regida pelas normas brasileiras, e sendo a Constituição Federal a norma mais importante da nação, as regras que regulam o procedimento arbitral devem ser estudadas e utilizadas (construídas, aplicadas e adaptadas) à luz do que prevê a CF, ou seja, tendo em vista o direito processual constitucional. Todavia, nem todos os princípios processuais constitucionais são aplicados na arbitragem. Existem princípios processuais constitucionais que efetivamente devem ser aplicados na arbitragem. Outros princípios processuais constitucionais são aplicados na arbitragem de forma diferente (em relação ao que ocorre nos procedimentos judiciais estatais), ou com atenuações, ressalvas. E há princípios processuais constitucionais que não são aplicados na arbitragem.

O art. 5º, XXXV, da CF, não é garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas garantia à prestação jurisdicional, sendo que a arbitragem é uma das formas mediante as quais as partes podem ter acesso à tutela jurisdicional. Nesse aspecto, então é necessário verificar em que medida alguma regra procedimental (ou melhor, se a criação ou adaptação de uma regra procedimental) de uma arbitragem pode colidir com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Isso é examinado no item 12.3 desta tese, em diversas situações.

São vários os motivos que levam à conclusão de que o princípio do duplo grau de jurisdição não é aplicado na arbitragem, explicados em detalhes no item 12.4 desta tese.

Também são vários os motivos que levam à conclusão de que o princípio do juiz natural não é aplicado na arbitragem, explicados em detalhes no item 12.5 desta tese.

Não é de interesse público obrigar que toda e qualquer arbitragem respeite o princípio da publicidade. Na verdade, o que impera na arbitragem é a autonomia da vontade. Surgindo um litígio entre duas pessoas, elas podem resolver a questão mediante transação e ninguém ficar sabendo dessa discussão. Então elas também podem submeter essa questão a um árbitro, estabelecendo o sigilo (confidencialidade) da arbitragem. Assim, o princípio da publicidade não tem aplicação automática na arbitragem, e nem é baliza que irá necessariamente influenciar a criação ou a adaptação das regras procedimentais em toda e qualquer arbitragem. Via de regra a arbitragem pode ou não ser sigilosa, dependendo da vontade das partes.

A Lei de Arbitragem expressamente exige a motivação da sentença arbitral “nacional” (proferida no Brasil): (a) no art. 26, II, que afirma que a motivação é um dos “requisitos obrigatórios” da sentença arbitral; e (b) no art. 32, III, que afirma que sem motivação, a sentença “é nula”. Os termos desses dispositivos são peremptórios e fortes. A motivação da sentença é uma obrigação do árbitro, e sua falta implica em nulidade. A Lei

de Arbitragem não usou meias palavras, ela não quis dar margem à discussão. No item 12.7.1 também se examina como tal questão é abordada em regulamentos arbitrais.

O mesmo cenário, contudo, não se repete em relação à motivação das sentenças arbitrais estrangeiras. Os arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem não prevêm que a falta de fundamentação seria motivo para impedir a homologação de sentença arbitral estrangeira. Existe assim debate se a sentença arbitral estrangeira não motivada poderia ter validade no Brasil, ou se ela violaria a ordem pública. Ao contrário do que a maioria dos autores pensa, a posição do STF, no passado, foi pela possibilidade de homologação da sentença estrangeira não fundamentada. Essa parece ser a melhor posição, em virtude dos argumentos explicados no item 12.7.2 desta tese.

De forma indireta, a Lei de Arbitragem acolhe a celeridade, ao determinar, no § 6º do art. 13, que o árbitro deve agir com diligência (obrigação que atinge a todos dentro da arbitragem). O princípio da celeridade deve assim influenciar a criação (ou adaptação) de regras procedimentais que visam assegurar a aplicação desse mesmo princípio nos diversos procedimentos arbitrais. E também atua como um limitador, uma baliza, que impede que certas regras sejam criadas (ou adaptadas) na arbitragem, quando elas acarretem a violação do citado princípio.

Todavia, o princípio da celeridade não é o único que serve de limite na arbitragem. Quando se criam ou se adaptam regras procedimentais arbitrais são feitas escolhas, que podem tornar o procedimento mais célere ou mais demorado. A aplicação do princípio da celeridade não significa que, toda vez que for necessário criar uma regra procedimental, deverá ser escolhida a que implique no menor prazo possível, ou no encurtamento do procedimento. Prazos muito curtos e limitação de faculdades processuais em prol da celeridade podem violar outras garantias mínimas, em especial o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O princípio do devido processo legal é a soma, a convergência de todos os demais princípios constitucionais, sendo que observar o devido processo legal é, assim, respeitar os demais princípios processuais constitucionais. O devido processo legal é assim um princípio síntese, uma cláusula de fechamento, uma regra de encerramento, que congrega, resume, condensa em si, todos os demais princípios e garantias. Serve ele, portanto, como um guia, como um farol. Devido processo legal não é seguir de forma estrita o procedimento instituído em lei. Se fosse isso, não poderia sequer ser discutida a flexibilidade procedimental. Devido processo legal é aquele que, seguindo o procedimento previsto em lei, ou sendo esse flexibilizado, respeita as balizas (limites, garantias mínimas)

compostas pelos demais princípios processuais constitucionais, sempre tendo em vista as eventuais peculiaridades do direito material em disputa.

A Lei 9.307/96 não menciona expressamente a necessidade de se respeitar o devido processo legal. Contudo, ele se aplica sim na arbitragem. Mas faz-se a ressalva de que o princípio do devido processo legal não acarreta a aplicação dos ritos e regras do CPC na arbitragem, e nem que prejudica flexibilidade do procedimento arbitral.

O devido processo legal, na arbitragem, é o procedimento, criado ou adaptado, que efetivamente respeita e aplica as garantias mínimas decorrentes: (a) dos bons costumes e da ordem pública; (b) dos princípios do contraditório e da ampla defesa, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento motivado; (c) das regras cogentes da Lei de Arbitragem; e (d) dos princípios processuais constitucionais da inafastabilidade, da motivação e da celeridade; todos esses temperados e adaptados às peculiaridades da arbitragem.

xiii. Observações iniciais (da 4ª parte da tese).

Muitas vezes as regras procedimentais que se aplicam numa arbitragem são escolhidas (criadas) pelas partes bem antes de surgir o litígio, principalmente quando estipulam regras com conteúdo procedimental na cláusula compromissória. Um dos métodos mais comuns de assim proceder é mediante a determinação de que a arbitragem será administrada por determinado órgão institucional arbitral e/ou seguindo-se o determinado regulamento arbitral.

A flexibilidade procedimental não pode – a pretexto de valorizar a informalidade e/ou a celeridade e/ou qualquer outro conceito – significar surpresa para as partes. Elas não devem ficar no escuro, sem saber como será o procedimento. Defende-se assim que, nas arbitragens, sejam realizadas reuniões de trabalho (ou audiências preliminares), para as partes e o árbitro planejarem e organizarem os atos processuais seguintes. E se árbitro e partes não conseguem acordar a criação de regras procedimentais, o árbitro deve tomar o cuidado de informar as partes a respeito das regras que ele criou o quanto antes. Para evitar que existam verdadeiras armadilhas no procedimento arbitral, o melhor remédio é a informação prévia, seja através de uma negociação consensual, seja pela prévia comunicação por parte do árbitro.

Ao criarem e/ou adaptarem regras procedimentais, as partes, árbitro, órgão institucional arbitral, e mesmo o juiz estatal (na ação do art. 7º da Lei 9.307/96), são, como

já mencionado, “aprendizes de feiticeiros”. Como não existe fórmula mágica que funcione em absolutamente todas as situações, as regras procedimentais escolhidas em cada caso concreto podem não ser adequadas. Até porque a doutrina já vem apontando, há algum tempo, que têm sido aplicadas na arbitragem certas práticas de procrastinação oriundas dos litígios judiciais. Necessário assim tomar cuidado para que a flexibilidade procedimental não seja desvirtuada ou usada como meio procrastinatório.

xiv. Flexibilidade das regras sobre a provocação para instituir-se a arbitragem.

As partes têm ampla liberdade na criação das regras procedimentais que regulam a instituição da arbitragem, podendo estipular uma cláusula vazia ou cheia (e, nessa situação, têm ampla liberdade criativa). Também existe ampla liberdade conferida às partes para, de comum acordo, decidirem pela modificação (adaptação) da cláusula compromissória antes fixada. Para saberem quais escolhas podem fazer, precisam saber como funciona o sistema, abaixo resumido.

Se a cláusula arbitral for cheia, então o art. 5º da Lei de Arbitragem prevê que a arbitragem será instituída de acordo com o previsto na referida cláusula. A situação mais comum, quando a cláusula é cheia, é a escolha de um órgão institucional arbitral para administrar a arbitragem (a arbitragem institucional). A provocação para instituir-se a arbitragem ocorre mediante o envio, pelo “demandante”, de uma petição ao órgão institucional arbitral, informando a existência da convenção arbitral, o surgimento da controvérsia, e pedindo que tal órgão institua (inicie) a arbitragem, em especial comunicando o “demandado” da sua intenção. E como em tese existe a possibilidade do “demandado” se recusar a colaborar na instituição da arbitragem, os regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais costumam ter regras destinadas a permitir que a arbitragem seja instituída e tenha prosseguimento mesmo sem a colaboração de uma das partes, cujos exemplos mais comuns são listados e examinados no item 14.2 desta tese. Tais “ferramentas” visam proteger a arbitragem institucional, e evitar que as partes tenham que recorrer ao Poder Judiciário para instituir a arbitragem. E a existência dessas regras também funciona como desestímulo tanto a comportamentos procrastinatórios quanto à omissão da parte, já que a arbitragem continuará a sua marcha mesmo sem a sua colaboração.

Se a cláusula compromissória for vazia, então, para provocar a realização da arbitragem, a parte interessada deve realizar a notificação prevista no art. 6º da Lei de

Arbitragem, e se necessário, propor a ação do art. 7º, ambos da Lei 9.307/96. Se a parte “demandada” atende a notificação do art. 6º, e inicia, com a outra parte, negociação sobre como realizar a arbitragem, então passa a ser ampla a possibilidade delas, de comum acordo, escolherem (criarem) as regras do procedimento arbitral.

Apesar do que afirma a doutrina tradicional, o fato da parte não fazer a notificação do art. 6º não a impede de propor a ação do art. 7º da Lei 9.307/96. Se o réu também quer instituir a arbitragem, as partes podem fazer um acordo na ação do art. 7º para iniciar a arbitragem; e se o réu não quer a arbitragem e contesta a ação do art. 7º, então fica patente a desnecessidade da notificação.

A sentença proferida na ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, que vale como compromisso arbitral, pode disciplinar o procedimento arbitral de forma bem sucinta, superficial, sem prever regras procedimentais detalhadas, que serão assim fixadas pelo árbitro. Além disso, o § 4º do art. 7º não determina que o magistrado deve obrigatoriamente nomear o(s) árbitro(s); a nomeação do árbitro, para o caso específico, pode ser de outras formas, conforme detalhado no item 14.4 desta tese.

Os parágrafos do art. 7º da Lei 9.307/96 concedem diversas alternativas ao juiz estatal. O magistrado pode disciplinar todo o procedimento arbitral: ele pode criar as regras inexistentes, e pode até mesmo adaptar (modificar) algumas regras já previstas pelas partes no compromisso arbitral. Mas o magistrado não deve, na sua sentença, fixar regras excessivamente detalhadas para o compromisso arbitral. Quanto mais temas forem objeto de decisão judicial, mais rígido será o procedimento arbitral.

A possibilidade de adaptação (modificação) da regra procedimental não fica prejudicada se a arbitragem tiver sido instituída pela ação do art. 7º da Lei de Arbitragem. Isso em virtude de pelo menos três constatações. Primeiro, porque mesmo sem acordo entre as partes, o árbitro pode fazer as adaptações necessárias nas regras procedimentais que não foram determinadas pelo juiz estatal, ou seja, as regras que tenham sido eleitas pelas partes e/ou por ele árbitro, conforme antes explicado. Segundo, porque mesmo em relação às regras procedimentais determinadas pelo juiz estatal, o árbitro pode, em certa medida, fazer as adaptações necessárias. Terceiro, porque é perfeitamente possível que as partes, superando a inicial desavença, resolvam de comum acordo alterar alguma regra procedimental fixada pelo juiz estatal. O procedimento arbitral, portanto, continua sendo flexível.

xv. Escolha das regras procedimentais que podem constar no compromisso arbitral: arts. 10 e 11 da Lei 9.307/96 e outras possibilidades genéricas.

O art. 10 da Lei de Arbitragem estabelece uma lista obrigatória de questões que têm que ser disciplinadas no compromisso arbitral, sem, contudo, determinar o exato conteúdo de cada tema. Da mesma forma o art. 11 da Lei, que tem o elenco de pontos facultativos. Assim, existe ampla possibilidade das partes criarem e também modificarem regras procedimentais relacionadas com os temas regulados nos arts. 10 e 11, abaixo abordados.

O art. 10, IV, da Lei 9.037/96, estabelece que é necessário prever, no compromisso arbitral, o lugar onde será proferida a sentença arbitral, mas qual será esse lugar é algo que depende somente das partes, ou, na falta de acordo, do árbitro (ou do juiz estatal, se o compromisso for fixado na ação do art. 7º da Lei de Arbitragem). No que se refere ao aspecto da criação da norma procedimental, existe ampla liberdade para definir o local onde será proferida a sentença arbitral. Mas no que se refere ao aspecto da adaptação das normas procedimentais já existentes, a flexibilidade não é tão ampla assim, havendo restrições, explicadas no item 15.2 desta tese.

A decisão sobre qual será o lugar em que a sentença arbitral vai ser proferida tem enorme importância dentro da arbitragem em função de três questões. Primeiro, se a sentença for proferida fora do Brasil, ela será uma sentença arbitral estrangeira (art. 34, parágrafo único, da Lei da Arbitragem), e para ser executada no Brasil, deverá ser homologada pelo STJ. Segundo, o lugar onde a sentença arbitral será ou foi proferida pode eventualmente ser considerado, dependendo de outras circunstâncias, como o foro competente para as eventuais demandas apresentadas perante o Poder Judiciário estatal que sejam relacionadas com a arbitragem. Terceiro, porque a legislação arbitral ou processual aplicável a uma arbitragem geralmente é a do país do lugar onde a sentença será proferida.

Escolher o local ou os locais onde se desenvolverá a arbitragem é escolher onde serão praticados os atos processuais. As partes (e árbitros, na falta de acordo das partes) têm, neste aspecto, ampla flexibilidade, de criação e de adaptação das regras sobre o tema.

Nos três parágrafos anteriores não foi utilizada a expressão “sede da arbitragem”, pois a lei brasileira, além de não a usar, também não indica, com segurança e transparência, o que seria a “sede” no direito brasileiro, e nem mesmo se tal conceito teria ou não relevância no direito brasileiro. E a falta de indicação segura do que seria a “sede da

arbitragem” no direito brasileiro (na arbitragem interna) dá margem a múltiplas propostas e indagações, explicadas no item 15.4 desta tese.

A lei também prevê que as partes podem estabelecer o prazo que reputarem mais adequado para o árbitro proferir a sentença. E cabe ao árbitro aceitar tal encargo, no prazo estipulado, ou não aceitar sua indicação, caso entenda que o prazo é insuficiente. Por isso, apesar de ser atribuição das partes fixar o prazo, na prática trata-se de questão a ser estabelecida de comum acordo com o árbitro. Mas se as partes não estiverem de acordo quanto ao prazo, não se aplica o poder normativo supletivo do árbitro, sendo o prazo de 6 meses, conforme previsto no *caput* do art. 23 da Lei 9.307/96. Desse modo, no que se refere ao aspecto da criação da regra procedimental, existe ampla liberdade. O parágrafo único do art. 23 já prevê uma hipótese de modificação (adaptação) da regra procedimental antes fixada, qual seja, de prorrogação do prazo para proferir a sentença; também é comum prever-se, nos regulamentos arbitrais, regras disciplinando a prorrogação de prazo.

As partes têm ampla flexibilidade para criar ou adaptar regras que disciplinem a responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem (art. 11, V, da Lei 9.307/96). Mas se não estipularem tais regras, existe discussão doutrinária se o árbitro pode condenar o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, tema esse explicado no item 15.7 desta tese.

Apesar de ser considerado, pela doutrina, uma vantagem, o sigilo não está previsto expressamente na Lei 9.307/96. O sigilo é, assim, uma opção das partes. Os regulamentos arbitrais normalmente regulamentam o sigilo, conforme explicado em detalhes no item 15.8 desta tese. Também há discussão se uma arbitragem deve ou não ser sigilosa quando não existe regra escolhida pelas partes sobre tal questão, tema esse igualmente tratado no item 15.8 desta tese. De qualquer modo, não se aplica na arbitragem o art. 155 do CPC.

O idioma utilizado na arbitragem é tema que pode gerar diversas questões procedimentais. E quase todas essas questões não têm resposta única, havendo grande flexibilidade na criação e adaptação de regras procedimentais que regulam o tema do idioma escolhido pelas partes. A autonomia da vontade é quase que total neste tema, somente não abrangendo o idioma das eventuais demandas judiciais relacionadas com a arbitragem. A matéria também costuma ser disciplinada em regulamentos arbitrais, sendo dados exemplos no item 15.9 desta tese.

xvi. Flexibilidade das regras sobre a apresentação das razões pelas partes (tanto a pretensão quanto a defesa). Razões iniciais e razões finais.

Há regulamentos arbitrais que determinam expressamente que o “demandante” deve, já na sua primeira manifestação – a de comunicação do interesse em resolver o litígio por arbitragem – trazer os seus argumentos de fato e de direito relativos ao mérito do litígio: é como uma petição inicial. Mas existem regulamentos que fazem claramente uma distinção entre a provocação para instituir a arbitragem e a efetiva apresentação de razões iniciais na arbitragem, prevendo que, ao provocar a instituição da arbitragem, o demandante ainda não precisa apresentar todos os elementos da sua causa de pedir, todos os fundamentos de fato e de direito da sua pretensão, nem todos os documentos etc. Do mesmo modo, a Lei de Arbitragem não determina que a notificação do art. 6º e a ação do art. 7º precisam conter todos os argumentos do autor relativos ao mérito do litígio. O objeto da notificação do art. 6º, e da ação do art. 7º, é a realização da arbitragem e não o mérito da questão que será solucionada pela arbitragem. Portanto, em diversas arbitragens ainda não são apresentados, na fase pré-arbitral, todos os argumentos relacionados com o mérito da controvérsia a ser dirimida pela arbitragem: essas alegações somente são apresentadas na fase arbitral propriamente dita.

Examinando-se os regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais que prevêm a apresentação das razões iniciais somente na fase arbitral propriamente dita, verifica-se que existem duas diferentes sistemáticas procedimentais que podem ser adotadas para regular a apresentação das alegações iniciais e da defesa. Alguns regulamentos prevêm sistema similar ao utilizado nos procedimentos judiciais, que seria o modelo “clássico”, onde uma das partes apresenta alegações iniciais, seguida de contestação da outra parte, réplica, tréplica, etc. De outro lado, existem regulamentos que estabelecem um sistema diferente, que pode ser denominado de “modelo da apresentação simultânea de alegações”, no qual as partes apresentam suas alegações iniciais no mesmo momento e, em seguida, suas impugnações recíprocas, com eventuais réplicas e/ou trépicas, sempre apresentadas por todas as partes no mesmo momento. E essas regras todas podem ser modificadas pelas partes em cada arbitragem específica.

Uma das técnicas através da qual o árbitro pode instigar as partes a examinarem determinadas questões é formulando perguntas a serem respondidas pelas partes. Isso é particularmente interessante quando o debate entre as partes sobre determinado tema não foi aprofundado ou não foi suficientemente aprofundado.

Outra técnica que o árbitro pode usar para ampliar o debate é determinar a apresentação, pelas partes, em prazo comum, de um memorial no meio do procedimento, antes da fase probatória.

Vários regulamentos prevêem audiências não instrutórias no meio do procedimento arbitral. Com exceção das reuniões de trabalho, antes mencionadas, é duvidosa a efetiva contribuição que tais audiências trazem para a arbitragem. Existe, em alguns regulamentos, um apego à oralidade um pouco exagerado.

Algo completamente diferente do acima criticado é a designação de audiência para as partes exporem suas razões e/ou responderem as indagações do árbitro. Uma audiência desse tipo não tem nada de inútil, não é a oralidade vazia, é a aplicação da verdadeira oralidade, do que ela tem de melhor.

xvii. Estabilização da demanda e flexibilidade do procedimento arbitral.

A jurisdição do árbitro é sempre decorrente da e limitada à vontade das partes. Em algum momento, na arbitragem, é necessário que a parte apresente sua pretensão, o que ela quer que lhe seja concedido. Isso vai fixar a pretensão, vai definir o objeto da arbitragem. E com base nessa fixação do objeto da arbitragem é que será verificado se a sentença arbitral é ou não *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*.

A definição da pretensão apresentada no litígio é sempre feita por um ato da parte. O que a lei pode eventualmente limitar – através das regras de estabilização da demanda – é até quando pode ser apresentada essa pretensão dentro de cada processo.

Diferentemente dos procedimentos judiciais estatais, nos quais se prevê lugares específicos para a formulação do pedido – inicial, aditamento, reconvenção, contestação – na arbitragem existem diversos lugares diferentes, variadas formas mediante as quais as partes podem apresentar os seus pedidos. E isso exatamente em razão da flexibilidade do procedimento arbitral. Vai depender de uma série de fatores, das regras escolhidas pelas partes, do regulamento arbitral eventualmente aplicável, e mesmo do comportamento das partes na arbitragem. Nos itens 17.3 a 17.3.3 desta tese o tema é aprofundado, com exame das regras da Lei da Arbitragem, e apresentação de exemplos.

Assim, como não existe um lugar certo e específico, que valha para todas as arbitragens, no qual deva ser feito o pedido, o conceito de estabilização da demanda deve ser mitigado na arbitragem. Não se pode simplesmente importar, para dentro da arbitragem, o previsto nos arts. 264 e 294 do CPC. Em algum momento ocorrerá a

estabilização da demanda na arbitragem. Mas isso pode perfeitamente ocorrer depois das duas partes já estarem participando da fase pré-arbitral. Neste campo existe, assim, ampla flexibilidade procedimental.

xviii. A instrução probatória e flexibilidade do procedimento.

A instrução probatória também pode ser examinada tendo em vista a flexibilidade do procedimento arbitral. Ou seja, é possível combinar a flexibilidade do procedimento arbitral com as amplas possibilidades instrutórias existentes na arbitragem, com o objetivo de buscar a apuração dos fatos da melhor forma possível.

A possibilidade de determinação de provas de ofício pelo árbitro, prevista no *caput* do art. 22 da Lei de Arbitragem, encontra paralelo na legislação processual, em especial no art. 130 do CPC. Na prática, parece que o exercício de poderes instrutórios de ofício é mais comum na arbitragem do que no processo estatal. E não existe violação às garantias processuais mínimas quando são exercidos, em contraditório, os poderes instrutórios (tema esse aprofundado no item 18.2.1 desta tese).

Há quem defenda a idéia de que as partes não poderiam limitar os poderes instrutórios dos árbitros, pois isso acarretaria uma violação ao contraditório e ao livre convencimento do árbitro. A posição mais adequada, todavia, é buscar equilibrar, em cada situação concreta, os poderes instrutórios e a autonomia da vontade das partes.

É interessante apontar certa contradição no posicionamento da doutrina. Vários autores, inclusive estrangeiros, aceitam com certa tranqüilidade a idéia de que cabe ao árbitro dirigir a fase instrutória, sendo que os regulamentos em geral concedem efetivamente ao árbitro amplos poderes instrutórios. Mas vários autores entendem que o árbitro não pode alterar o procedimento contra a vontade das partes, ou que ele tem pouca margem para assim proceder. Assim, aceita-se com mais facilidade que o árbitro use o seu poder normativo supletivo na fase instrutória, enquanto que nos demais momentos isso é recebido com ressalvas. O assunto é, contudo, controvertido, tendo sido aprofundado nos itens 18.3 a 18.3.2 desta tese.

O rol de meios de prova do art. 22 da Lei de Arbitragem não é taxativo, mas sim exemplificativo. A doutrina costuma ensinar que os tipos de provas que não são usuais no processo civil brasileiro (ou mesmo inexistentes no Brasil) podem ser usados na arbitragem (realizada no Brasil ou que seja regida pela Lei brasileira). Existe assim ampla flexibilidade tanto para criar quanto para adaptar (modificar) regras procedimentais,

estabelecendo a produção dos meios de prova listados no art. 22 (depoimento pessoal, testemunhas, perícia) e também qualquer outro tipo de prova.

Tendo em vista que na arbitragem não é necessário seguir as regras do CPC, é também necessário apontar que as regras que regulam o modo de produção de cada tipo de prova estabelecidas na legislação processual civil brasileira (em especial no CPC) não precisam ser obrigatoriamente seguidas quando se realiza uma arbitragem no Brasil. Diversos exemplos são dados no item 18.7.1 e seguintes desta tese.

As partes em disputa na arbitragem podem ser originárias de diferentes sistemas jurídicos (por exemplo, *civil law* ou *common law*). E um dos principais contrastes entre esses dois sistemas ocorre quando se comparam as suas técnicas e sistemática de produção de provas. Uma das mencionadas vantagens da flexibilidade do procedimento arbitral é que podem ser criados procedimentos que tenham elementos de mais de um sistema jurídico. Isso é particularmente vantajoso na fase instrutória. Assim, nas chamadas arbitragens internacionais, o método normalmente utilizado para a colheita das provas é uma mistura de regras do sistema da *civil law* com regras do sistema da *common law*. Essa sistemática gera algumas controvérsias, explicadas no item 18.6 desta tese.

São inúmeros os meios de prova e as sistemáticas de produção de prova – diferentes dos previstos na legislação processual brasileira para os procedimentos judiciais estatais – que podem ser aplicados em cada arbitragem. São incontáveis as possibilidades de criação e/ou de adaptação de regras procedimentais destinadas a regular a colheita das provas na arbitragem. Várias dessas possibilidades são explicadas nos itens 18.7.1 a 18.7.4 desta tese. Entre elas a *direct examination* e *cross examination* da *common law*, o depoimento pessoal a requerimento da própria parte, a testemunha técnica (*expert witness*), a apresentação de depoimentos por escrito (*written witness statements*), a *witness conferencing* (também chamada de *confrontation testimony*), e a *discovery*.

É relativamente comum que os árbitros convoquem as partes e/ou seus advogados para um encontro prévio, como se fosse uma “sessão de trabalho”, nos quais o objetivo não é discutir o mérito do litígio, mas sim organizar a fase instrutória. Trata-se assim de um dos palcos no qual se exerce a flexibilidade do procedimento arbitral. Nesse encontro prévio, as partes, advogados e árbitros podem criar as regras que regerão a colheita de provas (vertente da criação da regra procedimental), e também podem modificar regras probatórias anteriormente eleitas ou presentes no regulamento aplicável ao caso (vertente da adaptação da regra procedimental).

As regras sobre a distribuição do ônus da prova podem ser alteradas dentro de uma arbitragem. Também podem ser previstas regras sobre a inversão do ônus da prova. Mas existem alguns limites, explicados no item 18.9 desta tese. E também pode haver controvérsia sobre o momento adequado para a inversão do ônus da prova ser aplicado, se é regra de julgamento ou de procedimento, o que é explicado no item 18.10 desta tese.

xix. Flexibilidade do procedimento arbitral e medidas de urgência.

Tutela de urgência é uma grande categoria (gênero), da qual a tutela antecipatória e a tutela cautelar são espécies. Em função da natureza desses institutos, e também devido ao previsto no § 7º do art. 273 do CPC, as tutelas de urgência são fungíveis. Essa fungibilidade, inclusive, não é de mão única, como parece sugerir o § 7º do art. 273 do CPC, mas de mão dupla, nos dois sentidos.

Quando existe convenção arbitral ou arbitragem instaurada, o tratamento para a tutela cautelar e para a tutela antecipatória é o mesmo, não sendo necessário fazer distinções decorrentes do tipo de tutela (cautelar ou antecipatória) pedida no caso concreto: também na arbitragem são tutelas de urgência, destinadas a resolver problemas de urgência, e fungíveis entre si. Esse ponto é aprofundado nos itens 19.2 e 19.9 desta tese.

Quando existe necessidade da tutela de urgência antes de instaurada a arbitragem, na fase pré-arbitral, a parte que necessita de uma providência de urgência pode ingressar com a ação competente no Poder Judiciário.

Após ser instaurada a arbitragem, estando em curso a fase arbitral propriamente dita, também pode surgir a necessidade de uma medida de urgência. Nesse momento, salvo previsão em contrário nas regras daquela arbitragem, caberá ao árbitro apreciar (conceder ou negar) as medidas de urgência pleiteadas pelas partes. Se não ocorrer o cumprimento espontâneo, então o árbitro oficiará ao juiz estatal, pedindo para ele implementar a tutela de urgência concedida.

Estando a arbitragem em curso, e precisando uma das partes de medida de urgência, pode acontecer de ela verificar que o árbitro não conseguirá deliberar no curto espaço de tempo exigido no caso concreto. Nessa situação, ao litigante somente resta, de forma excepcional, pleitear a tutela de urgência no Poder Judiciário, apesar da arbitragem já estar instituída (ou seja, estar regularmente em curso).

Sendo concedida uma medida de urgência pelo Poder Judiciário, o árbitro, ao assumir o seu encargo, não só pode como deve rever tal decisão, seja para mantê-la, seja para modificá-la, seja para revogá-la inteiramente.

A autonomia da vontade permite que as partes criem ou adaptem regra procedimental proibindo o árbitro de conceder tutela de urgência. Nessa situação, contudo, o poder de conceder tutelas de urgência retorna ao Poder Judiciário. As partes não podem estipular a vedação de se obter, na arbitragem e no Judiciário, medidas de urgência, o que violaria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

xx. Sentença arbitral parcial.

Apesar de parte da doutrina brasileira entender que as reformas processuais retiraram do ordenamento o princípio da unidade da sentença, a posição majoritária é que tal princípio ainda tem aplicação, motivo pelo qual não é possível, nos procedimentos judiciais estatais brasileiros, proferir-se sentença parcial, salvo quando existir lei expressa. Essa última é a melhor posição, em razão dos motivos detalhados no item 20.1 desta tese.

Apesar de não existir no sistema processual civil brasileiro previsão legal para proferir-se sentença judicial parcial, não devem os Tribunais anular toda e qualquer sentença parcial impugnada por uma das partes. Existem 3 correntes doutrinárias, com autores respeitados, debatendo o tema. Está mais do que configurada a dúvida objetiva se existe ou não a sentença parcial. Então, neste panorama, os Tribunais podem – e devem – emitir a sua opinião, mas sem que isso implique em anular toda e qualquer sentença parcial, conservando aquelas que não trazem efetivos problemas para as partes ou para o procedimento. Aplica-se a idéia da instrumentalidade de formas, de que não existe nulidade sem prejuízo.

A discussão sobre a unidade da sentença, realizada pela doutrina que se dedica ao estudo do processo civil judicial, não é automaticamente transplantada para a arbitragem. Não é pelo fato de que, em relação ao processo estatal, uma corrente é majoritária ou minoritária que se alcançará uma solução para a mesma questão no procedimento arbitral. Até porque o CPC não é fonte subsidiária a ser aplicada em toda e qualquer arbitragem. Mais ainda, o procedimento arbitral tem uma flexibilidade muito maior do que os procedimentos judiciais, em razão, sobretudo, do princípio da autonomia da vontade.

Pode perfeitamente ser previsto, em determinado procedimento arbitral, que os árbitros estão autorizados a proferir sentenças arbitrais parciais. E sendo prevista essa

possibilidade, a sentença parcial não pode ser considerada *infra petita*, pois ela é decorrente da manifestação da vontade que as partes têm de estabelecer regras procedimentais. Tal previsão, inclusive, não viola qualquer uma das garantias mínimas (limites, balizas) antes explicadas. Pelo contrário, a sentença arbitral parcial tem importante aspecto de aceleração da tutela conferida na arbitragem. E diversas possibilidades práticas decorrentes do ora explicado são examinadas em detalhes no item 20.3 desta tese. E no item 20.4 é abordada a questão do prazo da ação de anulação quando proferida sentença parcial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ABDO, Helena. A publicidade do processo e a atuação da mídia na divulgação de atos processuais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 104, nº 398, jul./ago. 2008.
- ABELHA RODRIGUES, Marcelo; CHEIM JORGE, Flávio; DIDIER Jr., Fredie. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ABRAHAM, Henry J. *The judicial process*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.
- AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 4.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 3, nº 9, abr./jun. 2006.
- _____. (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, set. 2006, nº 87.
- _____. *Direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2007. v. 17.
- _____. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Mais uma vez o agravo ... In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- AMORIM, Letícia Balsamão. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado democrático de direito. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 38, maio 2006.

- ANCEL, Bertrand; PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem – Adoção do princípio *kompetenz–kompetenz* no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. *Juízados Especiais Cíveis e Criminais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ARAGÃO, Paulo Cezar; ROSAS, Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. O julgamento de recursos especiais por amostragem: notas sobre o art. 543-C, do CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n° 65, ago. 2008.
- ARAUJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem brasileira e os “princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais”, elaborados pela UNIDROIT. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ARMELIN, Donald. Ação de nulidade da sentença arbitral. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. O agravo e o conceito de sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, n° 144, fev. 2007.
- _____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- _____ (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____; FUX, Luiz; NERY JR., Nelson (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.
- _____; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 4.
- _____; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.
- ARRUDA ALVIM, J. M. Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 1.
- ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. *Recursos no processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Procedimento sumário*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Origem e introdução da apelação no direito lusitano*. São Paulo: FIEO, 1976.
- _____; COSTA, Moacyr Lobo da. *Estudos de história do processo – Recursos*. São Paulo: FIEO: Joen, 1996.
- _____; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem: aspectos práticos. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 1, nº zero, jul./out 2003.
- _____; MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Dos embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei n. 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano 36, nº 108, out./dez. 1997.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 10, nº 37, jan./mar. 1985.
- _____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual – Segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.
- _____. Estrutura da sentença arbitral. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. La nuova legge brasiliana sull'arbitrato. *Temas de direito processual – Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. Problemas relativos a litígios internacionais. *Temas de direito processual – Quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Temas de direito processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 27, jun. 2005.
- BARBOSA, Joaquim Simões. Algumas escolhas que precisam ser feitas quando da estruturação da arbitragem. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem*

- interna e internacional: questões de doutrina e da prática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. A teoria autonomista da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação.* São Paulo, ano 5, nº 17, abr./jun. 2008.
- BASSO, Maristela. A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente. *Revista de Direito Mercantil.* Ano 35, nº 103, jul./set. 1996.
- _____. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.* São Paulo, ano 3, nº 9, jul./set. 2000.
- _____. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, ano 85, nº 733, nov. 1996.
- _____. Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma? In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam.* São Paulo: Atlas, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado.* Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo.* São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual.* São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BELTRAME, Adriana. *Reconhecimento de sentenças estrangeiras.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 7.

- _____. Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral. *Direito processual civil – Estudos e pareceres – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Notas sobre o procedimento ordinário e o procedimento sumaríssimo no CPC. *Direito processual civil – Estudos e pareceres – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BOISSÉSON, Matthieu de. New tensions between arbitrators and parties in the conduct of the arbitral procedure. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 4, nº 16, out./dez. 2007
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. As reformas do CPC e a necessidade de prévio esgotamento da instância para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 68, nov. 2008.
- _____. *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____; YARSHELL, Flávio Luiz. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS, 2006.
- BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 2.
- BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. Cláusula compromissória – Auto suficiência da cláusula cheia. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, nº 800, jun. 2002.
- _____. *Laudo arbitral na sede da arbitragem e conseqüências internacionais: Visão a partir do Brasil*. 2008. Tese de doutorado em direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BRIGUGLIO, Antonio; FAZZALARI, Elio; MORENGO, Roberto. *La nuova disciplina dell'arbitrato: Commentario*. Milão: Giuffrè, 1994.

- BROWN, Rebecca L. Due process. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion to american law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO Paulo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BURNETT, Henry G.; FOLEY, Veronica. US Courts expand discovery in international arbitration. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 4, nº 17, jan./mar. 2008.
- CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. v. 2. *Opere giuridiche*. Nápoles: Morano, 1976. v. 7.
- _____. Vizi della sentenza e mezzi di gravame. *Opere giuridiche*. Nápoles: Morano, 1979. v. 8.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.
- _____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____; CARNEIRO, Athos Gusmão (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. v. 1.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Arbitragem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARDOSO, Oscar Valente. *Direct examination e cross-examination no processo brasileiro*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 75, jun. 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 15, nº 58, abr./jun. 1990.
- _____. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A.

- Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, out. 1997, nº 51.
- _____. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 5, nº 18, abr./jun. 2008.
- _____. Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005. In: BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 1, jan./abr. 2004.
- _____. (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____; _____. (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do rito sumário na reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Jurisdição e competência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. v. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. *Istituzione del processo civile italiano*. Roma: 1956. v. 1
- CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o direito brasileiro. In: _____. (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- _____. (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002.

- CASTRO, Eduardo Spinola e. A convenção de arbitragem – Uma abordagem prática. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 17, ago. 2004.
- CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; DIDIER Jr., Fredie. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Meneguele. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Meneguele. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.
- CINTRA, António Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.
- _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 21, abr./jun. 2009.
- CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro; BERTASI, Maria Odete Duque (Coord.), *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. Barueri: Manole.

- COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Coord.). *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTEL, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- COSTA, José Rubens. *Tratado do processo de conhecimento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- COSTA, Julio Machado Teixeira. O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, nº 112, out./dez 2003.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença*. São Paulo: Ícone, 1995;
- _____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudos de história do processo – Recursos*. São Paulo: FIEO: Joen, 1996.
- COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. (Coord.). *A nova execução civil: Lei 11.232/05*. Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COUND, John F.; FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E. *Civil procedure*. 8. ed. St. Paul: West Group, 2001.
- CRUZ, André Luiz Vinhas da. *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil*. São Paulo: BH, 2006.
- CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; MEDINA, José Miguel Garcia; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. v. 3.
- DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.
- DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 11. t. 2.

- DELUIGGI, Marco. O controle da conformidade da sentença arbitral estrangeira à ordem pública material: a contribuição da experiência francesa e internacional para prática brasileira. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 5, nº 20, out./dez. 2008.
- DERAINS, Yves. A arbitragem internacional: custo e duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 20, jan./mar. 2009.
- _____. Some remarks on the management of international arbitration proceedings. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 4, nº 12, jan./mar. 2007.
- _____; NEHRING NETTO, Carlos. A prática de uma arbitragem CCI. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- DIAS, Jean Carlos. A reforma do CPC e o fim da teoria da unidade da sentença – Lei n. 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 40, jul. 2006.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 1.
- _____. Novas regras sobre a sentença. In: ABELHA RODRIGUES, Marcelo; CHEIM JORGE, Flávio; DIDIER Jr., Fredie. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; CHEIM JORGE, Flávio. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 2.
- _____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

- _____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.
- _____. *Instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. t. 1.
- _____. Vocabulário de direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. t. 1.
- _____; CINTRA, António Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Pedro da Silva; COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Coord.). *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- _____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DORIA, Rogério Dotti. A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.
- _____. *L'Arbitrato*. Turim: UTET, 1997.
- _____; BRIGUGLIO, Antonio; MORENGO, Roberto. *La nuova disciplina dell'arbitrato: Commentario*. Milão: Giuffrè, 1994.
- FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

- FERREIRA, William Santos. As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência – Um enfrentamento positivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.
- _____; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Da constitucionalidade dos artigos 6º, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem (9.307/96). A questão da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, ano 87, nº 752, jun. 1998.
- FOLEY, Veronica; BURNETT, Henry G. US Courts expand discovery in international arbitration. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 4, nº 17, jan./mar. 2008.
- FONTES, André R. C.; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. A teoria autonomista da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 5, nº 17, abr./jun. 2008.
- FORDHAM, Michael. *Judicial review handbook*. 2. ed. Nova Iorque: Wiley, 1997.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 10, jan. 2004
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 1999.

- FRADERA, Vera M. Jacob de. A arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FRIEDENTHAL, Jack H.; COUND, John F.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E. *Civil procedure*. 8. ed. St. Paul: West Group, 2001.
- FRÓES, Carlos Henrique de C. A arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. A arbitragem no Brasil de acordo com a Lei nº 9.307/96. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FURTADO Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GAILLARD, Emmanuel; FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. *International commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 1999.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos Tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, set. 2006, nº 87
- _____. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 27, nº 106, abr./jun. 2002.
- _____. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008
- _____. *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos e Cruz, 2003.
- GALVÃO, Ilmar. Juízo arbitral. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 6, nº 20, abr./jun. 2003

- GAMBOA-MORALES, Nicolás. Notes on collection of evidence in international arbitration. Witnesses and experts. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, nº 7, out./dez 2005.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- _____. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 3, nº 10, out./dez 2000.
- _____. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras – Direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____.; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 2.
- GIANNICO, Maricí. *A prova no Código Civil – Natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GLANNON, Joseph W. *Civil procedure*. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 2001.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*. Coordenação: Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007.
- GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H. *Dispute resolution: Negotiation, mediation, and other processes*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1999.
- GOLDMAN, Berthold; FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel. *International commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 1999.
- GOMES FILHO, António Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de (Coord.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- GOMES, Fábio Luiz; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese de doutorado em direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.
- _____. Breves considerações sobre as relações do poder judiciário com a arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral). In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- GOULENE, Alain; RACINE, Jean Baptiste. As flutuações processuais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- GOUVÊA, José Roberto F.; NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GREBLER, Eduardo. A arbitragem nos contratos privados. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, nº 745, nov. 1997.
- _____. A revelia no processo arbitral brasileiro. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. Controle judicial da sentença arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 2, nº 5, jan./mar. 2005
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- _____. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
- GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. A prova no processo civil: Do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 15, jun. 2004.

- _____. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.
- _____. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/05. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, nº 85, maio 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- _____. O princípio do juiz natural e a sua dupla garantia. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 8, nº 29, jan./mar. 1983.
- _____. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- _____; CINTRA, António Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____; GOMES FILHO, António Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GRODY, Donald; LEVIN, Edward. *Witness in arbitration*. Washington: BNA, 1987.
- GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. O uso da medida cautelar no procedimento arbitral. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion to american law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.
- HAMMOND, Steven A. Making the case in international arbitration: a common law orientation to the marshalling and presentation of evidence. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 5, nº 16, jan./mar. 2008.
- HANESSIAN, Grant. Discovery in international arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, nº 7, out./dez 2005.
- HARTLEY, Roger E. Arbitration and mediation. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion to american law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

- HILL JR., Marvin; SINICROPI, Anthony V. *Evidence in arbitration*. Washington: BNA, 1980.
- HOFFMAN, Paulo. Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o Juízo Estatal é chamado a intervir. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetivo, 2001.
- JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- JÚDICE, José Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 22, jul./set. 2009.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3. t. 2.
- LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

- _____. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. O conceito de sentença. In: COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *A nova execução civil: Lei 11.232/05*. Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- _____. *Árbitro: Princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. Oito anos da Lei de Arbitragem. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
- _____. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: O direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.
- LEVIN, Edward; GRODY, Donald. *Witness in arbitration*. Washington: BNA, 1987.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão – Reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 8, nº 29, jan./mar. 1983.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *Arbitragem: Uma análise da fase pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio

- Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. ¿Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje? In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O novo regime do agravo. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, nº 85, maio 2006.
- MACHADO, Rafael Bicca; JOBIM, Eduardo (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 3, nº 9, abr./jun. 2006.
- _____. A ordem das provas no processo arbitral. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____. A tutela antecipada no processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, nº 4, jan./mar. 2005
- _____. Arbitragem e processo judicial. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, ano 26, nº 87, set. 2006.
- _____. Do Estado na arbitragem privada. In: _____; BAPTISTA, Luis Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- _____. *Do Estado na arbitragem privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988.
- _____. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____; BAPTISTA, Luis Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- _____; VALE, Regina Ribeiro do. Mundialização do direito. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 8. ed. Turim: Giappichelli, 1991. v. 3.
- MANENTE, Luciana Nini. *A tutela antecipada no direito processual tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem internacional no Brasil*. São Paulo: RCS, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem e o mito da sentença parcial. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. As três fases da arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 26, nº 87, set. 2006.
- _____. Aspectos atinentes às disposições gerais. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

- _____. Cláusulas opcionais do compromisso. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____; CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____; CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- MARTINS, Samir José Caetano. O julgamento de recursos especiais repetitivos (Lei 11.672/2008). *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 64, jul. 2008.
- MARTINS, Sandro Gilbert. Reflexos do novo conceito de sentença (CPC, art. 162, § 1.º, com a redação dada pela Lei 11.232/2005). *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 163, set. 2008.
- MATHIAS, Carlos Fernando. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 9.
- MEADOR, Daniel J. Procedure, Cort. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion to american law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, nº 111, jul./set. 2003.
- MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 167, jan. 2009.

- MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regra imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 5, nº 19, out./dez. 2008.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. Alternative dispute resolution. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion to american law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da ação rescisória, *Revista do Advogado*, AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, nº 27, fev. 1989.
- MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 4, nº 16, out./dez. 1979.
- MILLER, Arthur R.; COUND, John F.; FRIEDENTHAL, Jack H.; SEXTON, John E. *Civil procedure*. 8. ed. St. Paul: West Group, 2001.
- MILMAN, Fábio. O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 150, ago. 2007.
- MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____; PIZZOL, Patrícia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento de sentença. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRANDA, Vicente. *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MITIDIERO, Daniel. *A nova execução*. Coord.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- MONTORO, Marcos André Franco. *Requisitos de admissibilidade do recurso especial*. 2005. Dissertação de mestrado em direito processual civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Homologação de sentença estrangeira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- MORELLI, Gaetano. *Diritto processuale civile internazionale*. Padova: CEDAM, 1954.
- MORENGO, Roberto; FAZZALARI, Elio; BRIGUGLIO, Antonio. *La nuova disciplina dell'arbitrato: Commentario*. Milão: Giuffrè, 1994.
- NARDI, Luciana. A arbitragem na administração pública. *Valor Econômico*. São Paulo, 11 abr. 2006, p. E-2.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NEHRING NETTO, Carlos; DERAINS, Yves. A prática de uma arbitragem CCI. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- NEIVA, José Antonio Lisboa. Algumas questões envolvendo a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, nº 139, set. 2006.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.
- _____; _____; FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____; _____; FUX, Luiz (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005.

- NEVES, Flávia Bittar. A arbitragem no setor público. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 30 jul. 2003, Caderno Legal e Jurisprudência.
- NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (Lei nº 9.307/96): breve análise de pontos controvertidos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 99, nº 365, jan./fev. 2003.
- NOGUEIRA, Maurício José. Duplo grau de jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 168, fev. 2009.
- NUSDEO, Fábio. Embargos infringentes na arbitragem. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- OLIANI, José Alexandre Manzano. Cumprimento da sentença interlocutória que condena ao pagamento de soma, de acordo com a Lei 11.232/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, Allan Helber de. *A segunda reforma do CPC*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O formalismo do sistema recursal à luz da instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008.
- _____. Um novo conceito de sentença? *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 149, jul. 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3. t. 2.

- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Novo conceito de sentença: análise da jurisprudência acerca do recurso cabível nas situações duvidosas e aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 164, out. 2008.
- OLIVEIRA, Rafael; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 2.
- OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006.
- PALHARINI JÚNIOR, Sidney. O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisdição e poder. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEPPET, Scott R.; RAU, Alan Scout; SHERMAN Edward F. *Arbitration*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2002.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Recognition and enforcement of international arbitral awards in Brazil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 20, jan./mar. 2009.
- PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Homologação de sentenças estrangeiras: Aspectos gerais e o problema da falta de fundamentação no exterior*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. A motivação da sentença civil. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PERRINI, Marco. Metodi alternativi di soluzione delle controversie. In: BERNARDINI, Piero (Coord.). *La conciliazione*. Milão: EGEA, 2001.
- PIMENTEL, Rafaela Lacôrte Vitale; COSTA, José Augusto Fontoura. Ordem pública na Lei 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.

- PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- PINTO, José Emílio Nunes. Anulação de sentença arbitral *infra petita*, *extra petita* ou *ultra petita*. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PINTO, Rodrigo Strobel. A 3ª etapa da reforma processual civil e a nova sistemática recursal. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, nº 137, jul. 2006.
- PITOMBO, Eleonora C.; ANCEL, Bertrand. Os efeitos da convenção de arbitragem – Adoção do princípio *kompetenz–kompetenz* no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- PIZZOL, Patrícia Miranda; MIRANDA, Gilson Delgado. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento de sentença. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualizado por Sergio Bermudes. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 1.
- PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*. São Paulo: Ltr, 1997.
- _____. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem:*

- Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RACINE, Jean Baptiste; GOULENE, Alain. As flutuações processuais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- RAU, Alan Scout; SHERMAN Edward F.; PEPPET, Scott R. *Arbitration*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2002.
- REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008.
- RENAULT, Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. O aprimoramento da antecipação de tutela. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Coord.). *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; HOFFMAN, Paulo (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- RIBEIRO, Rafael Pellegrini. O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no direito brasileiro. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no direito brasileiro. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem*. São Paulo: Malheiros, 1998.

- RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise sistemática dos efeitos da apelação, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 62, maio 2008.
- ROGERS, Nancy H.; GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A. *Dispute resolution: Negotiation, mediation, and other processes*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1999.
- ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- SACCO NETO, Fernando. Reflexões sobre as novas redações dos artigos 162, 267, 269 e 463 do CPC. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Efeitos da judicialização da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 4, nº 4, abr./jun. 2007.
- SALLES; Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SALOMÃO, Luis Felipe. Breves anotações sobre a admissibilidade do recurso especial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 172, jun. 2009
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. O novo conceito legal de sentença cível e suas implicações na seara recursal. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 57, dez. 2007.
- SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B.; ROGERS, Nancy H. *Dispute resolution: Negotiation, mediation, and other processes*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1999.
- SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002). *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, nº 112, out./dez. 2003.
- _____. Sentença parcial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 151, set. 2007.
- SANTOS, Maurício Gomm Ferreira dos. Existe um *consenso* internacional no âmbito da arbitragem comercial? Está o Brasil em linha com tal *consenso*? In: CARMONA,

- Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. Atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 3.
- SANTOS, Paulo Sérgio Puerta dos. Comentários aos dispositivos alterados pelas Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. In: _____; SILVA, José Luiz Mônaco da. *Reforma processual civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- _____; SILVA, José Luiz Mônaco da. *Reforma processual civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. Arbitragem – Ligeiras observações sobre alguns aspectos que estão gerando polêmica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 88, nº 769, nov. 1999.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, António Magalhães. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Sentenças parciais? Considerações a partir da reforma do art. 162, § 1º, do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, nº 148, jun. 2007.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva 2006. v. 1.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. t. 1.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.
- _____; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 4.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHANER, Lawrence S.; SCHLEPPENBACH, John R. Due process in international arbitration: anything goes? A U.S. perspective. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 22, jul./set. 2009.

- SCHLEPPENBACH, John R.; SCHANER, Lawrence S. Due process in international arbitration: anything goes? A U.S. perspective. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 6, nº 22, jul./set. 2009.
- SEXTON, John E.; COUND, John F.; FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 8. ed. St. Paul: West Group, 2001.
- SHERMAN Edward F.; RAU, Alan Scout; PEPPE, Scott R. *Arbitration*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2002.
- SHIMURA, Sérgio; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.
- SHREVE, Gene R. Procedure, Civil. In: HALL, Kermith L. (Editor). *The Oxford companion to american law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei nº 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Bruno Freire e. A alteração do art. 489 do CPC e a fungibilidade na utilização da medida cautelar e tutela antecipada. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 175, set. 2009.
- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SILVA, José Luiz Mônaco da; SANTOS, Paulo Sérgio Puerta dos. *Reforma processual civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SINICROPI, Anthony V.; HILL JR., Marvin. *Evidence in arbitration*. Washington: BNA, 1980.
- SOARES, Guido Fernando Silva. As arbitragens internacionais e aquelas reguladas no direito interno brasileiro, nos termos da Lei n. 9.307 de 23.9.1996 – Alguns aspectos. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. *Common Law: Introdução ao direitos dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SOTELO, José Luis Vázquez. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 177, nov. 2009.

- SOUZA FILHO, Gelson Amaro de; SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença – Em busca de uma nova definição. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, nº 05/09, 1ª quinzena mar. 2009, n. 3/27110.
- SOUZA JR., Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- SOUZA, Daniel Adensohn de. Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 167, jan. 2009.
- SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Sentença – Em busca de uma nova definição. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, nº 05/09, 1ª quinzena mar. 2009, n. 3/27110.
- STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Formação da prova no litígio arbitral. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- TALAMINI, Eduardo. Julgamento de recursos no STJ “por amostragem”. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 14, abr. 2008, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo14/artigos/Eduardo>. Acesso em 3.7.08.
- _____. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 29, ago. 2005.
- _____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo, 2003.
- _____; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1.
- TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- TARUFFO, Michele; MICHELI, Gian Antonio. A prova. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 4, nº 16, out./dez. 1979.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- _____. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 97, nº 353, jan./fev. 2001.
- _____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.
- _____. Execução das medidas cautelares e antecipatórias. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.
- _____. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 80, nov. 2009.
- _____; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 168, fev. 2009.
- TIBURCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre arbitragem: In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____; DOLINGER, Jacob. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 14, nº 56, out./dez. 1989.
- _____. Arbitragem: garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*. Nº 26, set./out. 2008.
- _____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (Coord.). *Garantias do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- _____. *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. (Coord.). *Garantias do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- VACARELLA, Romano; VERDE, Giovanni. *Dell'Arbitrato*. Turim: UTET, 1997.
- VALE, Regina Ribeiro do; MAGALHÃES, José Carlos de. Mundialização do direito. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002.
- VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. As classificações, a Lei 11.232/2005 e o “novo” conceito de sentença. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- VARGAS, Jorge de Oliveira. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento? In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa Celina; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.
- _____. Processo civil: sua filtragem constitucional e ductilidade. In: CALMON, Petrônio; CARNEIRO, Athos Gusmão (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. v. 1.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Doze anos da lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. In: _____ (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____ (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- VERDE, Giovanni; VACARELLA, Romano. *Dell'Arbitrato*. Turim: UTET, 1997.
- VIGLIAR, José Marcelo. O novo conceito de sentença. *Última instância*, 9 jun. 2006. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=28673&kw=conceito+senten%E7a> Acesso em: 2 jul. 2008.
- VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 2, nº 7, jul./set. 2005.
- VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. Arbitragem. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 87, nº 753, jul. 1998.
- WAGNER Júnior, Luiz Guilherme da Costa. Cinco questões controvertidas da nova sistemática da execução civil. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 4.
- _____. O novo conceito de sentença e os reflexos na escolha dos meios de impugnação cabíveis diante dos pronunciamentos judiciais: aplicação do princípio da fungibilidade. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa Celina; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.
- WALD, Arnoldo. A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 5, nº 17, jul./set. 2002.
- _____. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 3, nº 7, jan./mar. 2000.
- _____. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.

- _____. Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 1, nº 1, jan./abr. 2004
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- _____; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane; NERY JR., Nelson (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: CEBEPEJ, 1999.
- WILBRAHAM, Alex. O perito na arbitragem internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, ano 3, nº 10, abr./jun. 2006.
- WOLFGANG, Peter. Witness conferencing revisited. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 4, nº 13, abr./jun. 2007.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, nº 5, abr./jun. 2005.
- _____. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. 2004. Tese (Livre Docência em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- _____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____; BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS, 2006.
- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 76, jul. 2009.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RESUMO

O tema da tese é a *flexibilidade do procedimento arbitral*, que é estudada à luz da legislação brasileira que rege a arbitragem (Lei 9.307/96). A tese é dividida em quatro partes.

A primeira parte trata de alguns **conceitos prévios**. São analisados aspectos da inter-relação entre arbitragem, jurisdição, direito (material), processo e procedimento. Examina-se a flexibilidade dos procedimentos judiciais, demonstrando-se que os procedimentos brasileiros não são tão rígidos como se afirma, pois existem regras flexibilizando aspectos do sistema. Abordam-se aspectos gerais da arbitragem, como as suas três fases, a autonomia da vontade, cláusula compromissória cheia e vazia, e arbitragem institucional e *ad hoc*.

A segunda parte tem por objeto **as duas vertentes da flexibilidade do procedimento arbitral**, que é bem maior do que a dos procedimentos judiciais. A primeira vertente da flexibilidade do procedimento arbitral é a possibilidade de criação das regras procedimentais em cada arbitragem, pelas partes, pelo árbitro, pelo órgão institucional arbitral, e pelo juiz estatal. A segunda vertente é a possibilidade de adaptação (modificação) das regras procedimentais de cada arbitragem, por essas mesmas pessoas.

A terceira parte estuda as **limitações à criação e à adaptação de regras procedimentais na arbitragem**. Existem quatro grupos de limites (garantias mínimas, balizas) à criação e adaptação das regras procedimentais na arbitragem. Esses quatro grupos são: (i) bons costumes e ordem pública (art. 2º, § 1º, da Lei 9.307/96); (ii) princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento (art. 21, § 2º, da Lei 9.307/96); (iii) preceitos cogentes da Lei 9.307/96; e (iv) princípios processuais constitucionais.

A quarta e última parte abrange **as diversas possibilidades de criação e adaptação de regras procedimentais específicas**. Examina-se a flexibilidade procedimental para criar ou adaptar regras específicas, entre elas as relacionadas com: a provocação para instituir-se a arbitragem; os arts. 10 e 11 da Lei de 9.307/96; a apresentação das razões pelas partes; a estabilização da demanda; a fase instrutória; a concessão de medidas urgentes; e a sentença arbitral parcial.

ABSTRACT

The object of the thesis is *the flexibility of the arbitration proceeding*, which is analysed based on the Brazilian arbitration legislation (Law 9.307/96). This thesis has been divided into four parts.

The first part refers to some **previous concepts**. Arbitration, jurisdiction, (material) law, process and proceeding interrelation aspects are analyzed. The flexibility of judicial proceedings is reviewed, showing that the Brazilian proceedings are not as strict as it has been stated, since there are rules that bend aspects of the system. General arbitration aspects are approached, such as its three phases, autonomy of will, full and empty arbitration clause and institutional and *ad hoc* arbitration.

The second part deals with **the two sides of the flexibility in arbitration proceeding**, which is greater than that of judicial proceedings. There is, on one side, the possibility of creation of procedural rules in each arbitration, by the parties, by the arbitrator, by the arbitration organization, and by the judge. On the other side, there is the possibility of adaptation (modification) of the procedural rules of each arbitration, by the same people.

The third part analyzes the **limitations to creation and adaptation of procedural rules in arbitration**. There are four groups of limits (minimal guarantees, references) to the creation and adaptation of procedural rules in arbitration. These four groups are: (i) good moral conduct and public policy (article 2, first paragraph, of Law 9.307/96); (ii) reasonable opportunity to present its case, equality, impartiality and judicial discretion principles (article 21, second paragraph, of Law 9.307/96); (iii) mandatory provisions of Law 9.307/96; and (iv) constitutional procedural principles.

The fourth and last part encompasses **the several possibilities of creation and adaptation of specific procedural rules**. The procedural flexibility to create or adapt specific rules is analyzed, especially in association with: provocation to implement arbitration; articles 10 and 11 of Law 9.307/96; presentation of the allegations of the parties; claim stabilization; evidenciary phase; concession of urgent measures; and partial arbitration award.

RIASSUNTO

Il tema della tesi è la *flessibilità del procedimento arbitrale*, studiata alla luce della legislazione brasiliana che regge l'arbitrato (Legge 9.307/96). La tesi va divisa in quattro parti.

La prima parte tratta alcuni **concetti preliminari**. Vengono esaminati gli aspetti dell'interrelazione tra arbitrato, giurisdizione, diritto (materiale), procedura e procedimento. Viene esaminata la flessibilità dei procedimenti giudiziali, dimostrandosi che i procedimenti brasiliani non sono tanto rigidi come si afferma, poichè vi sono delle regole che flessibilizzano alcuni aspetti del sistema. Si tratta degli aspetti generali dell'arbitrato, come le sue tre fasi, l'autonomia della volontà, la clausola compromissoria "piena e vuota" (Diritto Brasiliano), e l'arbitrato istituzionale e *ad hoc*.

La seconda parte ha per oggetto **le due vertenti della flessibilità del procedimento arbitrale**, che è molto più ampia di quella relativa ai procedimenti giudiziali. La prima vertente della flessibilità del procedimento arbitrale è la possibilità di creazione delle regole di procedimento per ogni arbitrato, da parte delle parti, dell'arbitro, dell'ente istituzionale per l'arbitrato e del giudice dello stato federativo competente. La seconda vertente è la possibilità di adattamento (modifica) delle regole di procedimento di ogni arbitrato, da parte delle stesse persone.

La terza parte studia **le limitazioni alla creazione e all'adattamento delle regole di procedimento nell'arbitrato**. Esistono quattro gruppi di limiti (garanzie minime, delimitazioni) alla creazione e all'adattamento delle regole di procedimento nell'arbitrato. I quattro gruppi sono: (i) il buon costume e l'ordine pubblico (art. 2º, § 1º, della Legge 9.307/96); (ii) i principi del contraddittorio, dell'uguaglianza, dell'imparzialità e del libero convincimento (art. 21, § 2º, della Legge 9.307/96); (iii) i precetti cogenti della Legge 9.307/96; e (iv) i principi processuali di rilevanza costituzionale.

La quarta e ultima parte comprende **le diverse possibilità di creazione e adattamento delle regole specifiche di procedimento**. Viene esaminata la flessibilità dei procedimenti per creare o adattare le regole specifiche, tra le quali quelle che riguardano: la domanda con cui l'ufficio arbitrale viene costituito; gli artt. 10 e 11 della Legge 9.307/96; la presentazione delle ragioni, fatta dalle parti; la delimitazione dell'oggetto dell'arbitrato; la fase istruttoria; la concessione di provvedimenti di urgenza; e il lodo arbitrale parziale.