FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DPC – DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE

PROCESSO ARBITRAL E SISTEMA

SÃO PAULO
Dez. 2009

EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE

PROCESSO ARBITRAL E SISTEMA

TESE APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO COMO
REQUISITO PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE DOUTOR EM DIREITO PROCESSUAL

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS ALBERTO CARMONA

SÃO PAULO
Dez. 2009

*“Para ser grande, sê inteiro:
Nada teu exagera ou exclui.*

Sê todo em cada coisa.

*Põe quanto és
No mínimo que fazes.*

*Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.”*

(FERNANDO PESSOA)

Aos meus pais,
a quem tudo devo.

Aos nossos filhos, a
quem tudo faço.

AGRADECIMENTOS

Concluída mais esta etapa acadêmica, é o momento de agradecer. Nenhuma tese pode ser finalizada sem a ajuda de uma série de pessoas. Os sacrifícios são muitos, e de muita gente.

Agradeço à minha família, especialmente à minha esposa Tatiana e ao nosso pequeno filho Matheus, que suportaram os inúmeros momentos em que os privei de companhia para completar este trabalho. Nada foi mais difícil do que isso! Agradeço aos meus pais Eduardo e Cecília, pela formação como pessoa e pelo apoio de sempre. Sem o amor de todos, nada seria possível.

Agradeço à Universidade de São Paulo, em nome da Faculdade de Direito, pela oportunidade de finalizar mais esta fase da vida acadêmica.

Agradeço aos integrantes de Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, especialmente aos professores e amigos, cujo convívio durante a última década nos permitiu evoluir, com divergências e convergências, mas sempre com fraternidade. Agradeço especialmente aos Professores Cândido Rangel Dinamarco, José Ignacio Botelho de Mesquita, José Roberto do Santos Bedaque, José Rogério Cruz e Tucci, Flávio Luiz Yarshell, Antonio Carlos Marcato, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover, Carlos Alberto de Salles, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Barros Leonel e José Carlos Baptista Puoli, pelas lições de vida e de academia.

Agradeço aos Professores Carlos Alberto de Salles e Maristela Basso pelas decisivas contribuições quando estive perante a banca de qualificação, as quais procurei incorporar ao trabalho.

Agradeço também aos inúmeros amigos que a vida acadêmica me brindou, cujos todos os nomes seria impossível mencionar. O convívio com eles foi e sempre será parte de um patrimônio comum. Merecem especiais agradecimentos por esta etapa do doutoramento o amigo Sidnei Amendoeira Jr., quem primeiro me estimulou no estudo da arbitragem, assim como Ricardo Aprigliano, Marcos Montoro, Ana de Lourdes Coutinho e Heitor Mendonça

Sica, pelo companheirismo nesta última jornada, cujas discussões, estímulos mútuos e amizade foram fundamentais.

Ao trilhar o caminho desta tese, deparei-me com uma verdadeira comunidade de pessoas muito especiais. São aqueles que fazem o processo arbitral se realizar no País. Esse grupo de amigos tem feito a diferença. Por conta de suas qualidades pessoais e profissionais, a arbitragem é cada vez mais expressiva em nosso país. Entre esses ilustres colegas, dedico especial agradecimento a José Emilio Nunes Pinto e a Adriana Braghetta, pelas discussões e sugestões, que procurei aqui agregar.

Agradeço também ao nosso escritório Neumann, Salusse, Marangoni Advogados, nas pessoas de meus sócios e da minha equipe, pelo apoio durante a elaboração desta tese.

Deixei para o fim o meu principal agradecimento. Ao meu orientador, Professor Doutor Carlos Alberto Carmona, que, entre tantos atributos, carrega a característica inata de inspirar os que estão à sua volta, com seu exemplo de ser humano e profissional. Sua obra é a grande referência desta tese. É muito mais fácil trilhar o caminho descoberto por um visionário. E talvez não haja nada que melhor comprove a qualidade de um verdadeiro Mestre do que fazer escola. Ao fim deste caminho, de tudo levo o orgulho e a satisfação em dela fazer parte.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	1
CAPÍTULO 1. O DIREITO COMO SISTEMA.....	5
1.1 O conceito de sistema para o direito na visão tradicional	6
1.2 A teoria dos sistemas	11
1.2.1 O direito na teoria dos sistemas	14
1.2.2 A aplicação da teoria a variados ramos do direito	18
1.2.3 A aplicabilidade da teoria ao direito processual	23
CAPÍTULO 2. O PROCESSO ARBITRAL COMO SISTEMA.....	39
2.1 O <i>subsistema</i> arbitral	39
2.1.1 O fechamento operacional.....	42
2.1.1.1 A flexibilidade do procedimento	46
2.1.1.2 A construção do procedimento	53
2.1.2 A abertura cognitiva.....	57
2.1.2.1 A relação com o direito material	60
2.1.2.2 A relação com o direito processual	66
2.1.2.2.1 Relação com normas e princípios.....	66
2.1.2.2.2 Relação com o processo judicial	74
2.2 Fundamentos do processo arbitral.....	86
2.2.1 Por que <i>processo</i> arbitral?	87
2.2.2 A autonomia da vontade como pressuposto e princípio do processo arbitral.....	92
2.2.3 O devido processo <i>legal arbitral</i>	101
2.2.3.1 A integração do conceito	101

2.2.3.2	O idioma no processo arbitral	105
2.2.3.3	A limitação da prova	108
2.2.3.4	A preclusão no processo arbitral	116
2.2.3.5	Os regulamentos como normas processuais	123
2.2.3.6	A <i>macroestrutura</i> do processo arbitral	128
2.3.4	A efetividade do processo arbitral	130
CAPÍTULO 3. O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO ARBITRAL COMO UM SISTEMA		137
3.1	A instauração e a fase postulatória do processo arbitral	137
3.1.1	A interrupção da prescrição e a fraude de execução	141
3.1.2	A aceitação do encargo e o início do processo arbitral	152
3.1.3	Os pressupostos do processo arbitral	156
3.1.4	O termo de arbitragem.....	164
3.1.5	A demanda no processo arbitral	170
3.1.5.1	A forma do pedido.....	170
3.1.5.2	O aumento/alteração do pedido	173
3.1.5.3	Os pedidos do requerido.....	177
3.1.5.4	A tutela antecipada	178
3.1.6	A defesa no processo arbitral	181
3.1.6.1	A defesa processual	183
3.1.6.2	As matérias do art. 20, <i>caput</i> , da Lei de Arbitragem.....	186
3.1.6.3	A defesa de mérito	188
3.2	Aspectos incidentais do processo arbitral	191
3.2.1	A prejudicialidade no curso do procedimento.....	192
3.2.1.1	A relação entre demanda arbitral e judicial.....	192

3.2.1.2	A relação entre demandas arbitrais	199
3.2.1.3	O direito indisponível superveniente (art. 25).....	203
3.2.2	Os poderes do árbitro	206
3.2.2.1	Poderes executórios <i>lato sensu</i>	209
3.2.2.2	Poderes instrutórios	213
3.2.2.3	Função pública <i>versus</i> objeto ilícito	217
3.3	A instrução do processo arbitral	222
3.3.1	A antecipação de prova	225
3.3.2	A desformalização do procedimento	229
3.3.3	Autonomia das partes <i>versus</i> poderes do árbitro quanto à prova.....	231
3.3.4	A inversão da ordem das provas.....	238
3.3.5	A prova documental	240
3.3.6	A prova oral	245
3.3.7	A prova pericial	252
3.3.8	A prova emprestada.....	258
3.3.9	A valoração da prova pelo árbitro	260
3.4	A fase final do processo arbitral	263
3.4.1	A sentença arbitral.....	264
3.4.1.1	A estrutura da sentença arbitral	268
3.4.1.2	A sentença terminativa e sua patologia	273
3.4.1.3	Sentença <i>extra, ultra e citra petita</i>	278
3.4.1.4	A sentença parcial.....	280
3.4.1.5	A decisão sobre questão constitucional.....	286
3.4.1.6	O julgamento e a súmula vinculante	291
3.4.1.7	O julgamento por equidade	293

3.4.1.8 Os efeitos e a eficácia da decisão	296
3.4.1.9 A sucumbência e a litigância de má-fé.....	301
3.4.1.10 A liquidação da sentença	303
3.4.1.11 As impugnações internas à sentença	305
3.4.2 A coisa julgada arbitral.....	308
3.4.3 A jurisprudência arbitral e a sua uniformização.....	311
CONCLUSÃO	315
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	318
RESUMO	380
ABSTRACT.....	381
RIASSUNTO	382

APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O conceito de *sistema* tem sido aplicado em diversos ramos do conhecimento jurídico, com algumas variações na doutrina. Afora áreas mais teóricas, como a filosofia, sociologia e teoria geral do direito, aplicações concretas têm ocorrido em alguns setores. Esse lado da consequência objetiva nos é relevante porque não temos a pretensão de um trabalho exclusivo de busca por uma hipótese teórica. Quer nos parecer fundamental que em qualquer pesquisa jurídica algum grau de concretude, de consequências práticas, se faz essencial. Especialmente na cadeira de direito processual, localizada uma hipótese, ela deve ser colocada à prova em ambiente de situações práticas. E que desse expediente saiam resultados úteis.

Como disse o filósofo Jacques Derrida, *todo começo é aleatório*. Assim, havíamos iniciado o caminho teórico da hipótese da tese que ora se apresenta questionando como a ideia de *sistema*, segundo a teoria de Luhmann, bem desenvolvida em algumas áreas do direito, se sairia no ambiente do direito processual. Apenas a título de exemplo, pois esse não será objeto do estudo, poderíamos perguntar: como o *sistema processual* tem se comportado perante o movimento reformista dos últimos anos? É possível dizer que ele vem sendo *quebrado* pelas alterações da lei processual? E que por isso se tornou *assistemático*? Para se chegar a alguma conclusão seria necessário dar um passo atrás e responder à seguinte questão: reunidos e ligados entre si, no aspecto geral, os institutos processuais formam um *sistema*? O direito processual é (ou pode/deve ser) sistêmico? Superada essa premissa, e sendo positiva a resposta, as recentes alterações pontuais – ou nem tanto – teriam o condão de descaracterizá-lo, de quebrá-lo? Esse foi, no geral, o impulso inicial que nos levou à intenção de estudar *processo* à luz de um conceito de *sistema*. A iniciativa parecia-nos uma abordagem diferenciada das que até então se fizeram acerca das alterações do processo estatal.

Mas aquela primeira intenção alterou-se. Desviamos a rota para não mais abordar a teoria geral do processo, se sistêmica ou não, se quebrada ou não, mas para focalizar o que entendemos ser um ramo específico dessa teoria. Com isso, detectar características que distinguem este microcosmo processual do modelo do processo estatal. Logo, a tese entrará no ambiente de um instituto que, embora sabidamente multidisciplinar, atua num formato e com princípios processuais. Falamos do *processo arbitral*.

Logo, desde já nota-se o caráter interdisciplinar da tese, uma vez que misturaremos a teoria dos sistemas com a arbitragem e do processo judicial, com seus campos teóricos e literaturas absolutamente diferentes. No centro do estudo, buscaremos demonstrar que seus mecanismos processuais formam um todo específico, coerente com a concepção de sistema para o direito que será aqui adotada. Para se chegar à conclusão, utilizaremos a base teórica, a premissa de que o processo arbitral é um instituto que se encaixa à ideia de sistema tal qual elaborada pela *teoria dos sistemas*. Conforme procuraremos demonstrar, o processo arbitral é dotado de um *fechamento operacional* a ele específico, formado por elementos próprios. Acresça-se a isso a sua maneira peculiar de se comunicar não apenas com o sistema do processo estatal, mas com outros sistemas de direito material, em movimento que, conforme será demonstrado, se dá o nome de *abertura cognitiva*. Enfim, buscamos demonstrar a hipótese de que a arbitragem constitui um sistema processual autônomo, calcado em bases diversas do modelo estatal. E isso faz com que mesmo alguns institutos processuais clássicos do método estatal, quando ingressam na sua realidade, comportem-se de maneira peculiar.

Incentivou-nos a iniciativa de não ser comum uma visão mais processual da arbitragem, feita pela doutrina processual, com notórias exceções – especialmente a obra como um todo de nosso orientador. Embora cada vez mais vasta e profunda, a doutrina arbitral ainda é primordialmente constituída por eminentes comercialistas, civilistas, internacionalistas e, por fim, arbitralistas (no geral, eméritos juristas, destacados em ramos do direito material e com experiência em variados ramos do direito), em que a matéria processual costuma ser trazida de forma esparsa. Logo, optamos por fazer o estudo da arbitragem mediante um *corte processual evidente*, olhando seus mecanismos endoinstrumentais à luz da premissa de sistema adotada. Procuraremos, sempre, demonstrar que nem toda processualização do instituto é ruim, desde que as premissas desse caminho sejam as do próprio processo arbitral, não do judicial. A hipótese teórica não foi localizada na literatura consultada, de modo que entendemos ser apta a trazer contribuição em termos de originalidade.

É importante deixar clara a opção de abordagem da tese. Como a arbitragem é um instituto multidisciplinar, em que se encontra o melhor da doutrina de variados ramos do direito, nela estão presentes institutos de diversas naturezas. Também a arbitragem como um todo, com seus aspectos não processuais, poderia ser analisada à luz da premissa de sistema adotada. Muitos aspectos voltados ao que se convencionou chamar genericamente como *arbitragem* seriam passíveis de compor uma ideia do instituto à luz de sistema. Nessa visão,

estariam inseridos institutos prévios e posteriores ao processo arbitral propriamente dito. Enfim, seria até possível um estudo da arbitragem como um todo à luz da ideia de sistema. Mas não foi essa a opção aqui. Primeiro porque tal caminho superaria em muito os limites minimamente razoáveis de um trabalho acadêmico, trazendo muita horizontalidade para onde se precisa de mais profundidade. Segundo porque, ontologicamente, a nossa premissa é estudar *o processo arbitral*, e não a arbitragem, *como um sistema*. É também por isso que procuramos utilizar a expressão *processo arbitral*, e não *arbitragem* durante o trabalho.

Passado o primeiro capítulo, em que será fixada a teoria aplicada, trataremos do processo arbitral nesse contexto. Os momentos prévios e posteriores ao processo arbitral serão apenas mencionados indiretamente, assim com o que vem depois da decisão arbitral, quando não há mais processo arbitral, pela mesma opção metodológica.

Para desenvolver o trabalho será imperativo superar a concepção de que o processo arbitral nada mais é do que um mecanismo alternativo de composição de controvérsias. É alternativo, mas apenas e tão somente porque auxilia, em termos muito limitados, a atuação jurisdicional estatal. Embora nasça de forma convencional, desenvolve-se concretamente nos termos da teoria geral do processo. Age e se realiza num ambiente processual. Mas que se afasta, na maioria dos momentos, do modelo estatal por conter instrumentos que atuam de forma típica, embora com a mesma estabilização de decisões e respectiva pacificação de conflitos. E em algumas situações de forma mais eficiente do que na esfera estatal.

Ontologicamente, portanto, nada afasta o processo arbitral do estatal. Na prática, porém, são e devem ser diferentes. O modelo arbitral é essencialmente diverso do estatal. Tem alguns institutos bem delineados e possibilidades procedimentais que surgirão se as partes e os árbitros entenderem conveniente/necessário. Há uma muito maior flexibilidade procedimental se comparada ao processo estatal. Diríamos, portanto, que o processo arbitral atinge níveis de adaptabilidade procedimental em graus altíssimos, embora não ilimitados.

A inserção de *sistema na ordem processual estatal* será feita apenas de forma colateral. Haverá momentos em que o modelo do processo arbitral será contraposto ao do estatal diante de questões práticas, e é exatamente nesses momentos que a característica sistêmica do processo arbitral ficará clara. O capítulo 3 é praticamente todo voltado a esse comparativo. O objeto é testar a tipicidade sistêmica do mecanismo de exercício de jurisdição.

Logo desenvolvida a premissa do processo arbitral como sistema, serão inseridas questões concretas no curso do texto visando justamente trabalhar com a hipótese teórica.

Para cumprir o proposto, dividimos o trabalho em três grandes capítulos, que serão desenvolvidos em graus decrescentes de abstração. Fundamental apresentar uma primeira parte eminentemente teórica, na qual o conceito de sistema para o direito e o papel da teoria dos sistemas fiquem claros. Depois disso, passaremos à aplicação da teoria. Assim, no segundo capítulo trataremos das premissas teóricas da primeira parte no ambiente do processo arbitral. Na terceira e última parte, cuidaremos do desenvolvimento do processo arbitral identificando nos institutos processuais a comprovação da hipótese. Especificamente quanto a esta última parte, dividimos o trabalho entre as fases da *(a)* formação do processo arbitral, do *(b)* trâmite e do *(c)* encerramento. Destacamos que a maior dimensão da parte final é justificada pela linha adotada, de que a base teórica servirá de fundo para as conclusões processuais do último capítulo, sendo, portanto, a elas instrumental.

CAPÍTULO 1

O DIREITO COMO SISTEMA

A análise da relação entre direito e sistema, ou, em outras palavras, o conceito de sistema para o direito, tem trazido grandes dificuldades teóricas, desde estudos calcados no positivismo, na metodologia e filosofia do direito, assim como na hermenêutica. Seria, portanto, possível orientar este trabalho para a análise do direito como sistema com ênfase no seu significado social, político, sociológico ou mesmo filosófico. Seria também possível proceder a isso à luz da teoria dos sistemas. Qualquer abordagem que se fizesse a respeito da relação direito/sistema poderia, por si só, gerar uma monografia própria, como, aliás, já existem inúmeras sobre a teoria dos sistemas. Entretanto, diante das premissas que estabelecemos, não é nem poderia ser essa a nossa proposição. Um caminho nesse sentido nos levaria a dois grandes problemas. Primeiro, desviar do destino proposto, que é processual, vale dizer, do uso da relação direito/sistema como substrato necessário para as conclusões processuais que buscamos. Segundo, diante da amplitude e complexidade dos variados objetos atrelados ao simples conceito de “sistema”, qualquer tentativa de exaustão do tema nos afastaria do centro do estudo, que é o processo arbitral à luz do conceito de sistema.

Diante do exposto, a intenção deste primeiro capítulo é trazer a relação entre direito e sistema como um passo prévio e lógico à análise do fenômeno processual arbitral como um sistema, de acordo com a abordagem teórica que adotarmos. Evidentemente, para isso ser possível, necessária uma incursão, ainda que breve, sobre o direito, genericamente tratado, como uma forma de sistema. Acolhemos uma doutrina a respeito, que, já antecipando, o coloca como um sistema social funcional. Trata-se da chamada teoria dos sistemas, que aqui será inserida no ambiente processual, especificamente do processo arbitral. Mas, para chegar a esse ponto, fundamental antes proceder a um breve resgate da relação entre direito e sistema na visão doutrinária tradicional.

Logo, este primeiro capítulo está voltado a inserir o conceito de sistema no direito. Partiremos de uma visão geral da relação sistema-direito e terminaremos abordando a linha doutrinária adotada, a da teoria dos sistemas. No primeiro passo, cuidaremos da visão tradicional de sistema para o direito, o que passou a ser comumente conhecido como sistema jurídico. Feito isso, importante para demonstrar pontos diversos sobre o mesmo fenômeno,

ingressaremos na linha escolhida, a ideia que fundamentará os demais momentos do trabalho, o processo arbitral à luz da teoria dos sistemas. Nos demais capítulos, mostraremos como se comporta o processo arbitral sob o ponto de vista do conceito de sistema tal qual adotado.

1.1 O conceito de sistema para o direito na visão tradicional

O que significa sistema para o direito? A resposta a esta aparentemente simples pergunta revela uma busca ingrata, com resultados incertos. Os conceitos de sistema para o direito são os mais variados. Discussão, aliás, antiga, que se desdobra por um sem-número de correntes de doutrina, em especial a alemã. Apenas de forma ilustrativa, pois não temos esse escopo, podemos destacar alguns conceitos de sistema para o direito, o que se convencionou chamar sistema jurídico. Um deles é um sistema de enunciados de dever ser.¹ Outro, de conjunto de instituições, judiciárias e administrativas, ligado ao conjunto de normas que regulam a vida social, ou mesmo que regulam o sistema do direito/dogmática jurídica.² Ou, ainda, mais genérico, o aparecimento de uma unidade numa diversidade, reconhecida como algo coeso do ponto de vista de sentido,³ assim como uma pirâmide de conceitos jurídicos fechados.⁴ Há, ainda, os que misturam o conceito com a função,⁵ ou mesmo forma de interpretação, no sentido de que a ideia de sistema, para o direito, visa a integração de lacunas da norma.⁶ Por fim, existem conceituações ligadas apenas ao fenômeno do positivismo, pressupondo que as normas integrativas do sistema estejam num relacionamento de coerência entre si.⁷ Existem,

¹ ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 11 e ss.

² FERRAZ JR., *O conceito de sistema no direito*, p. 2.

³ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, p. 22.

⁴ Defendido por PUCHTA, de certa forma muito semelhante à conhecida tese positivista de Kelsen (LARENZ, *Ibidem*, p. 23).

⁵ Segundo ainda relata LARENZ, a função sistemática da ciência do direito para JHERING “consiste em desmontar cada um dos institutos e as correspondentes proposições jurídicas nos seus elementos lógicos, em destilar estes últimos na sua pureza e em deles extrair então, através de combinações, tanto as normas já conhecidas como normas novas” (*Ibidem*, p. 31).

⁶ O que se convencionou chamar de interpretação sistemática da ordem jurídica, posição esta de WINDSCHEID, com que LARENZ acaba por aderir parcialmente (*Ibidem*, p. 36 e 621). CARLOS MAXIMILIANO diz que o investigador sistêmico “serve-se do conjunto das disposições no sentido de construir, com os materiais esparsos em centenas de artigos, um todo orgânico, metódico” (Cf. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 46). Ainda sobre a utilização da ideia de sistema como método interpretativo, cf. ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 165 e ss.

⁷ NORBERTO BOBBIO (*Teoria do ordenamento jurídico*, p. 71). Referido autor analisa a questão sob o ponto de vista eminentemente normativo de Kelsen, o qual, por sua vez, divide o sistema jurídico entre *estático* e *dinâmico*. O primeiro seria aquele no qual as normas derivam umas das outras, de maneira dedutiva, partindo das mais genéricas para as mais específicas, estando relacionadas pelo seu conteúdo. Por outro lado, no sistema dinâmico, as normas decorreriam umas das outras, mediante sucessivas delegações de

ademaís, tentativas de mera utilização do termo sistema para o direito com o intuito de dividir os diversos ordenamentos ou conjuntos de métodos/institutos de aplicação do direito (como o são o *common* e o *civil law*).⁸

Anotando essa diversidade (disparidade) de sentidos sobre o que seja sistema para o direito, já na introdução de monografia sobre o tema, publicada há mais de três décadas, Tércio Sampaio Ferraz Jr. apontou que a tarefa de conceituar o sistema para o direito, ou a ordem sistemática do direito, embora de longa data relevante à teoria jurídica, mais pareceria um guia de viagem, em cuja leitura seria possível encontrar de tudo, desde informações de câmbio e moeda à história e geografia.⁹ Justamente por isso, embora passando por grande parte da doutrina então existente sobre o tema, o jurista escolheu seguir apenas um autor (Emil Lask).¹⁰ Após analisar influências das mais variadas para essa conceituação,¹¹ referido autor chega ao ponto central do pensamento de Lask sobre o conceito de sistema para o direito. Anota que a posição deste último, embora não voltada a uma definição única, mas proposta a comentar os variados caminhos do tema, indica que sistema, para o direito, não se confunde com sistema normativo propriamente dito. Para ele, é um encadeamento significativo de normas, um sistema de significações normativas.¹² E tal sistema (jurídico) estaria vinculado

---

poder, pela autoridade de quem as colocou (cf. *Teoria pura do direito*, p. 217 e ss). LARENZ ainda traz outros autores que seguiram pelo mesmo caminho (*Metodologia da ciência do direito*, p. 239).

⁸ RENÉ DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*.

⁹ Cf. FERRAZ JR., *O conceito de sistema no direito*, p. 1.

¹⁰ Demonstrando a dificuldade diante das variadas posições, FERRAZ JR. menciona que “a multiplicidade de aspectos parece dificultar a abordagem. Um levantamento das diversas concepções de sistema ali implicadas, historicamente alinhadas no sentido da cronologia, nos conduziria, talvez, a uma seqüência inexpressiva, a um amontoado de opiniões incapaz de nos guiar no labirinto do problema”. E, por fim, registra que “não se espante o leitor, por isso, se, depois de percorrer as páginas que seguem, não encontrar ‘soluções’ para os problemas propostos no princípio. Não espere o leitor uma palavra final sobre o próprio sistema, no direito. Espere, ao contrário, uma abertura, trilhas intrincadas, que não foram ainda percorridas...” (*O conceito de sistema no direito*, p. 2 e 4). Ressaltamos novamente que não é nosso objetivo percorrer tais trilhas, mas unicamente inserir o tema no rumo que buscamos, já descrito.

¹¹ Como a jusnaturalista, ou a concepção de KANT (de relação entre partes e o todo), ou mesmo o pensamento positivista com suas inúmeras correntes, no qual aparecem os primeiros comentários sobre sistema *aberto* e *fechado*, o que será de certa forma interessante para este estudo sob o ponto de vista da teoria dos sistemas que seguirá adiante.

¹² Cf. FERRAZ JR. *Idem*, p. 141 e ss. Ao final de sua obra, FERRAZ JR. sintetiza e torna um pouco mais clara essa concepção de LASK, ao dizer que encadeamento de significações normativas resume “as múltiplas camadas dimensionais que compõem o fenômeno jurídico”, nelas estando compreendidas “não só as normas como ‘formas’ válidas para o ‘comportamento finalístico’, mas também ‘formas’ categoriais, válidas para as ‘formas’ anteriores”. Ainda segue o autor, no sentido de que tal sistema de significações seria estrutural de forma escalonada dos princípios sistematizadores da validade emanente e da diferenciação material, que, segundo diz, “impedem uma visão quer formalista à moda de Kelsen, quer dedutivista à moda de PUCHTA” (FERRAZ JR., *Idem*, p. 173 e 174). Para LOURIVAL VILANOVA, “o direito como experiência, tomado na totalidade integrada de sentido (Reale), é um sistema prescriptivo que insere dentro dessa experiência a teoria científica dogmática, que também é um sistema” (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 168).

à validade das normas que o integram, devendo também ser composto por uma estrutura escalonada de regras, conforme o que ele denomina como princípios sistematizadores.¹³

A mesma anotação sobre a dificuldade conceitual foi feita por Canaris, autor de obra conhecida e de fôlego sobre o tema.¹⁴ No conteúdo, aproxima-se da posição trazida por Ferraz Jr. Após passar em revista uma infinidade de conceituações,¹⁵ para o que nos interessa, ele desenvolve abordagem ligada ao que se convencionou chamar de *adequação valorativa* e *unidade interior* da ordem jurídica,¹⁶ elementos que reputa formadores do conceito de sistema para o direito (sistema jurídico).¹⁷ Suposto isso, parte Canaris para imersões bastante amplas sobre a *abertura* e a *mobilidade* do sistema.¹⁸ Para ele, todos os conceitos de sistema

¹³ Os quais, para LASK, são os da “validade emanante” e da “diferenciação material”. Em suma, tais *princípios* seriam o ligamento a uma visão de unidade do direito necessária para a sua concepção de sistema (e que, por outro lado, acaba sendo pressuposto para a maioria das posições sobre o tema). Fundamentalmente, ambos os princípios estariam atrelados a uma visão de unidade do direito. O esgotamento teórico do que seriam tais princípios extravasaria os limites deste estudo, pois o próprio autor dedica dezenas de páginas para comentá-los, com remissão à complexa e bastante antiga doutrina alemã. Para mais detalhes sobre o assunto, reportamos o leitor à obra citada (Idem, p. 141 e ss). Seja como for, lembramos que, para HUMBERTO ÁVILA, “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (*Teoria dos princípios*, p. 167). Logo, por essa definição de ÁVILA, poderíamos concluir serem princípios os apontados por LASK, pois têm uma destinação finalística, procurando justamente, com um efeito complementar e parcial, ligar o estado de coisas (*regras*) com os efeitos buscados (*uma estrutura escalonada de normas válidas, com uma finalidade*).

¹⁴ Segundo o autor, a discussão sobre os sistemas nos coloca perante problemas agudos, como o “dos valores jurídicos mais elevados e da relação entre eles”. Apontando as mais variadas tentativas nesse sentido, para ele infrutíferas, anota que o conceito de sistema sempre sofreu de falta de clareza pela doutrina (“seja no campo terminológico, seja no material”). Para ele, o papel do conceito de sistema é de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica” (CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 6 e 23).

¹⁵ Entre as quais se destacam as de STAMMLER (“uma unidade totalmente coordenada”) e MAX WEBER (“o concatenamento de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas”) (Cf. FERRAZ JR., Idem, respectivamente p. 11 e 29).

¹⁶ Segundo CANARIS, “as características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito; estas não são apenas pressuposições de uma jurisprudência que se entenda a si própria como Ciência e premissas evidentes dos métodos tradicionais de interpretação, mas também, e sobretudo, consequências do princípio da igualdade e da tendência generalizadora da justiça, portanto, imediatamente, da própria ideia de Direito” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 279).

¹⁷ MIGUEL REALE também adota essa posição, ao diferenciar ciência jurídica de experiência jurídica, refutando que aquela imponha a esta suas “categorias lógicas abstratas”, uma vez que estas são postas no mundo do direito de maneira axiológica, ou seja, desvinculada da forma pura posta por Kelsen, de quem, nesse aspecto, o autor se afasta (*Fontes e modelos do direito*, p. 92 e 95).

¹⁸ Ideias que serão úteis tanto para o estudo à luz da teoria dos sistemas (próximo item) quanto para a própria análise do sistema do processo arbitral. Importante destacar a amplitude e a complexidade da obra de CANARIS. Partindo de tais premissas colocadas acima, ele ingressa no difícil terreno das *quebras de sistema* por contradições de valores e princípios, ou mesmo nas formas de evitar tais contradições mediante o que chama de “interpretação criativa do Direito”, não deixando de analisar o significado de *quebras sistêmicas*, assim como a questão das lacunas para o sistema jurídico (*Pensamento sistemático*

que não sejam capazes de exprimir o que denomina *adequação valorativa* e *unidade interior* da ordem jurídica seriam inúteis, ou, ao menos, de utilização reduzida.¹⁹ Finalmente, inseridas suas premissas, a base de sua teoria, Canaris trata o sistema jurídico como uma *ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais*.²⁰ Dado importante de sua visão a respeito do fenômeno é justamente o fato, para ele certo, de que o sistema, para o direito, é necessariamente *aberto*. E essa abertura se dá para permitir o contínuo progresso do próprio sistema. Ademais, agrega-se ao fato de que, sendo o direito um sistema integrado à sociedade (e, portanto, à história do homem), essa mutabilidade é de sua essência.²¹

A despeito de um sem-número de variações, o que podemos extrair do acima exposto é que o conceito de sistema para o direito, na doutrina clássica, foi concebido e desenvolvido primordialmente sob a égide de uma visão de ordem interna de regras, de princípios, de normas, ordenados coerentemente. É uma visão interna do fenômeno; o sistema jurídico visto por ele e para ele. Mesmo quando aborda a questão da abertura do sistema, essa doutrina o faz à luz do benefício que tal movimento trará para o próprio funcionamento interno do sistema, sem nenhum relacionamento com o meio exterior.

Por outro lado, releva anotar que, no mais das vezes, as conceituações ora expostas apresentam-se bastante influenciadas pela ideia de um maior formalismo, ou positivismo. E isso, visto sob outro aspecto, contrasta-se com o fato de que o positivismo não tem meios para lidar com conceitos indeterminados e cláusulas gerais, ou, *in genere*, normas que carecem de preenchimento valorativo, presentes nos ordenamentos jurídicos há muito

---

e conceito de sistema na ciência do direito, p. 200-233). Também sobre as lacunas no sistema, cf. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito*, p. 185-190.

¹⁹ CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 280. Aqui o autor ainda não traz seu conceito, mas a finalidade de sua teoria, que, por si só, tem alta relevância, justamente na medida em que o nosso próprio estudo possui a mesma disposição, de levar utilidade do conceito de sistema para o ambiente do processo arbitral.

²⁰ CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 280. EROS GRAU adota expressamente o conceito de CANARIS (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 19).

²¹ A obra de CANARIS foi originalmente publicada em 1968, um pouco antes dos primeiros ensaios sobre a teoria dos sistemas, que apresenta como um dos traços mais marcantes justamente o que se chama *abertura cognitiva*. Mas, antes mesmo de CANARIS, seu mestre, KARL LARENZ, já havia publicado sua grande obra, na qual registrou que “nenhum sistema pode dominar dedutivamente a totalidade dos problemas; o sistema tem de permanecer aberto”, alertando que qualquer sistema formado por princípios é necessariamente aberto (*Metodologia da ciência do direito*, p. 234 e 236). No mesmo sentido, EROS GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 19. Essa é uma relação importante para o nosso estudo entre a doutrina tradicional e da teoria dos sistemas, que não encontramos comentada na literatura consultada, mas que aqui faz todo o sentido, diante da análise do processo arbitral à luz de tais ideias de *sistema aberto*. Voltaremos ao tema no item seguinte, sobre a teoria dos sistemas, pois a questão da *abertura do sistema* é fundamental à concepção desta tese sobre o sistema para o direito e para o processo.

tempo, além de ser basicamente inoperante em situações de contradição entre princípios. Justamente por isso, diante de tais insuficiências do formalismo e do positivismo, o discurso jurídico foi levado a ampliar-se.²²

Esse panorama causou o que foi considerada uma evolução²³ no significado de sistema para o direito. Já não se fala mais (*rectius*, apenas) de ordem normativa.²⁴ Trazemos aqui a visão da teoria dos sistemas, que tem início justamente no momento em que ficaram claras as limitações (porque positivistas – *rectius*, reducionistas) do conceito de sistema da doutrina tradicional. Surge, portanto, uma visão lastreada muito mais na função que o sistema jurídico exerce no sistema da sociedade. E é, portanto, relativamente a esse sistema social, muito mais do que apenas ao substrato de como funcionam normas em si mesmas e com as demais. Enquanto na maioria das abordagens tradicionais o enfoque era o ambiente interno, normativo, do sistema,²⁵ a teoria dos sistemas rompe com essa visão e traz, além da ordem interna instrumental, uma necessária construção voltada à comunicação e às interferências que um sistema produz no outro, incluído o sistema jurídico, gerando, com isso, uma fundamental função social para ele. É, inegavelmente, uma visão muito mais sociológica do tema do que a contida na doutrina clássica.²⁶

Portanto, fica claro também, pela análise da doutrina sobre sistemas considerada tradicional, ou não atrelada à teoria dos sistemas, que o caminho de evolução ao conceito de sistema para o direito, de acordo com a teoria dos sistemas, surgiu quase que num movimento de transposição, da argumentação de conceitos conceituais-abstratos para os determinados pela função (jurídica e social).²⁷ Em outras palavras, nasceu um caminho que passou a tomar

²² Nesse sentido, cf. a introdução à edição portuguesa à obra de CANARIS, feita por ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, XXII e XXIV).

²³ Para outros, uma verdadeira revolução no pensamento sociológico e jurídico (cf. nota 29 abaixo).

²⁴ Para RAFFAELE DE GIORGI, há que “compreender as conquistas da obra da teoria dos sistemas, a distância que a separa do panorama da ciência jurídica e a contribuição que ela pode dar e, em parte, já deu, ao esclarecimento dos problemas fundamentais no pensamento jurídico. À luz da teoria dos sistemas se contextualizam as aporias nas quais incorreu a ciência jurídica, enquanto o reexame dos problemas não resolvidos abre novas perspectivas para as suas possíveis soluções. [...] A análise do sistema jurídico oferecida por Luhmann aponta seu interesse fundamental pela diferenciação funcional do sistema jurídico...” (Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70, p. 193 e 195).

²⁵ A respeito, aduz FERRAZ JR. que “à ciência do direito ou jurisprudência, diz LASK, compete apresentar o direito na sua conexão sistemática” (*O conceito de sistema no direito*, p. 141).

²⁶ E isso encontra eco justamente na própria função epistemológica do direito processual, conforme veremos adiante.

²⁷ Cf. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, p. 624.

a ideia de sistema para o direito sob um enfoque instrumental, tanto internamente quanto, em especial, para a sociedade. É este o caminho que o nosso estudo trilhará doravante.

1.2 A teoria dos sistemas

A teoria dos sistemas é muito abrangente, antecedendo e ultrapassando os limites do direito.²⁸ Considerando esse fato, e sempre tendo em vista as limitações do presente estudo, introduziremos linhas gerais sobre ela, necessárias apenas para situar esse modelo de pensamento e, partir disso, desenvolver a abordagem buscada sobre o processo arbitral. Para tanto, neste capítulo conduziremos a sua aplicação ao direito no geral. Nos demais, faremos a sua inserção no processo arbitral de forma geral e, após isso, específica aos seus institutos processuais.

A teoria dos sistemas como hoje conhecida nasceu com os chamados sistemas sociais idealizados por Niklas Luhmann.²⁹ Para ele, a sociedade é dividida em sistemas e subsistemas baseados em características peculiares em termos de funcionalidade (como a

---

²⁸ Falamos em anteceder porque essa doutrina nasceu em outras áreas do conhecimento, especificamente a sociologia. Depois sofreu influências de outros ramos do conhecimento, até chegar ao direito.

²⁹ LUHMANN é hoje considerado um sociólogo, filósofo e jurista. Suas obras são estudadas nas mais variadas cadeiras das ciências humanas (como sociologia, sociologia do direito, filosofia, filosofia do direito, teoria do estado, teoria geral do direito, direito econômico, tributário, penal etc.). Na origem de seus estudos, foi aluno do sociólogo norte-americano TALCOTT PARSONS em Harvard, de quem sofreu grande influência, em especial sobre sistemas sociais (cf. a obra fundamental de Parsons, *Sistema social*). Para GERMANO SCHWARTZ, na introdução à obra de ANDRÉ TRINDADE (*Para entender Luhmann: o direito como sistema autopoietico*), “os trabalhos de Niklas Luhmann são o que há de mais contemporâneo e original em termos de uma superteoria social que pretenda oferecer instrumentos de descrição da sociedade. O Direito é um componente desse quadro, entendido como um subsistema parcial do sistema social. Não conheço nada mais novo no horizonte jurídico. Mesmo as ‘redescobertas’ hermenêuticas remontam a autores que procuram explicar os fenômenos da vida a partir daquilo que Luhmann chama de ‘conceitos advindos da Velha Europa’”. LUHMANN é constantemente comparado a HEGEL. Segundo JEAN CLAM, a sociologia luhmanniana teria um caráter de “fábrica de interdisciplinaridade”. Para ele, “a obra de Luhmann surpreende porque ela representa a aceitação de uma aposta que teria desesperado mais do que um trabalhador do espírito. Ele continua alemão, pela radicalidade de sua interrogação e pela enormidade de seu projeto. A Alemanha, neste caso, não se engana quando celebra o seu autor como um destes sábios fora das normas as quais ela secularmente fecunda. A empresa luhmanniana lembra aquele de Hegel, por sua abertura a todos os saberes e pela segurança de podê-los refletir em uma teoria de grande reflexividade. Ela é uma das obras mais apaixonantes deste fim de século” (*Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 154-155).

economia, a política, a educação etc.),³⁰ vinculados entre si pela comunicação.³¹ É ela, a comunicação, um fio condutor entre os sistemas, em especial entre eles e a produção de efeitos perante a sociedade. Considerando a complexidade e a não incidência direta ao direito no tocante a uma infinidade de conceitos, teorizações e controvérsias, para o que interessa aqui, importa apenas mencionar que essa grande teoria divide-se em duas fases. Muito sinteticamente, na primeira foi fixada a ideia de sistemas sociais.³² Na segunda, Luhmann agregou ao seu pensamento elementos da biologia,³³ da chamada teoria da *autopoiese*.³⁴ É nesta segunda fase que está o ponto principal de sua obra. Foi ali que nasceu a chamada *teoria dos sistemas autopoieticos* e é a partir deste ponto que surge o principal interesse para o presente estudo.

³⁰ O direito aparece depois no pensamento de LUHMANN, e na própria teoria dos sistemas. E, quando ocorreu, enfrentou o chamado *paradoxo da autorreferencialidade*, que, em suma, conforme veremos melhor adiante, contrapõe à autonormatividade (ou autorreferência) de um sistema e, portanto, à sua autonomia, à vocação, para alguns intuitiva, do subsistema do direito normatizar tanto a si quanto aos outros sistemas. Este é um aspecto bastante controverso na doutrina da teoria dos sistemas, lastreado basicamente em HABERMAS, principal crítico de LUHMANN. Todavia, é um problema do qual o próprio HABERMAS não conseguiu se desvencilhar na sua *doutrina da comunicação* (para detalhes sobre a polêmica entre HABERMAS e LUHMANN, inclusive com a presença de outros autores no debate da autorreferência dos sistemas, cf. VILLAS BÔAS FILHO, *O direito na teoria de Niklas Luhmann*, p. 84 e ss.).

³¹ Neste aspecto está outra crítica à teoria de LUHMANN (principalmente por HABERMAS), pois, ao retirar o homem do centro do sistema social e colocar a comunicação, seria ele anti-humanista. Tal lado foi respondido por LUHMANN algumas vezes, em especial anotando que o que HABERMAS procura tratar é de um suposto déficit normativo de sua teoria. Ele reconhece isso dizendo que demandas normativas não são prioritárias a ele, pois isso é uma característica natural da sociedade moderna (Cf. *Introducción a la teoría de sistemas*, p. 213). Existem outros aspectos, bastante complexos, que envolvem a questão e que estariam totalmente fora do objeto deste estudo. Apenas como exemplo, LUHMANN afirma que a abordagem dos sistemas autopoieticos somente é possível a partir da aceitação de uma premissa antiaristotélica, qual seja a de que os sistemas sociais, ao contrário da concepção da origem da teoria (biologia), não são sistemas vivos, mas sim de sentido. Somente dessa forma seria possível garantir ao conceito de *autopoiesis* a abstração necessária para ser estendido a âmbitos diversos ao da biologia (Cf. *Essays on self-reference*, p. 1-3).

³² Tal fase se dá do início dos anos 60 ao início da década de 80, em que o autor “formulará uma teoria sistêmica funcional-estrutural, que tem por base a diferença entre sistema e ambiente/entorno, e quando o sistema se define justamente por essa diferença em relação ao ambiente, mediante mecanismos de redução da complexidade” (VILLAS BÔAS FILHO, *O direito na teoria de Niklas Luhmann*, p. 31). Há que anotar que a obra de LUHMANN é vastíssima, com mais de 400 trabalhos publicados, entre os quais apenas alguns poucos no Brasil.

³³ Especificamente os trabalhos de MATURANA-VARELA (*El árbol del conocimiento*).

³⁴ Conforme apontado por VILLAS BÔAS FILHO, “a teoria da autopoiesis aparece, portanto, como sendo caudatária de contribuições buscadas nas mais variadas instâncias, desde a teoria dos sistemas, com toda a abrangência semântica que essa expressão passou a ter, às pesquisas empíricas desenvolvidas no âmbito da biologia, da neurofisiologia e dos aportes teóricos advindos da cibernética, da matemática e da lógica, o que a torna em grande medida uma teoria inexoravelmente multidisciplinar, tudo isso para a análise sociológica da sociedade moderna, caracterizada, segundo Luhmann, justamente em função de sua complexidade. Aliás, a complexidade da teoria dos sistemas acompanha a complexidade da própria sociedade, a qual ela pretende descrever. E, no pensamento de Luhmann, nada há nisso de extraordinário, uma vez que, para ele, ‘a sociedade é claramente um objeto que se auto-descreve. Teorias da sociedade são teorias na sociedade sobre a sociedade’” (*O direito na teoria de Niklas Luhmann*, p. 11-12). Como diz CELSO CAMPILONGO, “a bibliografia sobre *autopoiesis* na Europa é vastíssima. O tema tem sido a coqueluche da teoria e sociologia jurídica nos últimos anos” (*Direito e democracia*, p. 73).

A segunda fase do pensamento de Luhmann levou à evolução da teoria dos sistemas como hoje é conhecida, inclusive com suas variações doutrinárias.³⁵ Na aplicação da ideia de *autopoiese* para os sistemas, *grosso modo*, um sistema social, para ser assim considerado, deve ser composto por um conjunto instrumental lógico, coerente e produzido pelo próprio sistema. Tais mecanismos compõem o seu modo de ser, de funcionar. O sistema, nestes termos, basta-se a si próprio, é autônomo. Sendo capaz de produzir e regular seu conteúdo instrumental funcional, independe de outros sistemas, ou de instrumentos vindos de outros sistemas. Ademais, o sistema autopoietico é autorreferencial. Isso quer dizer que não é regulado, ou normatizado, por qualquer outro sistema. Possui, com essa autorregulação, autonomia. Tudo isso compõe o que se convencionou chamar de *fechamento operacional* dos sistemas.³⁶

No entanto, o fato de ser fechado estruturalmente, relativamente a seus instrumentos, não quer dizer indiferente aos demais sistemas, especialmente ao ambiente contingencial, ao *entorno* que o cerca, que é a sociedade.³⁷ Logo, é autônomo, mas não *autista*. Sendo assim, para ser um sistema de acordo com a teoria em questão, o organismo social deve ser capaz de se comunicar com outros organismos sistêmicos, igualmente dotados de fechamento estrutural, e de intercalar mútuas interferências com o seu entorno, a sociedade.³⁸ Trocar informações e dados que, de alguma forma, influenciam um ao outro, especialmente

³⁵ A qual tem GUNTHER TEUBNER como o principal expoente hoje, embora seguidor da doutrina de LUHMANN, mas fazendo uma leitura pessoal diferenciada da sua teoria (por exemplo, no que se refere ao chamado paradoxo da autorreferencialidade – cf. *Altera pars audiatur: law in the collision of discourses...* e, principalmente, *O direito como sistema autopoietico*, p. 169-170). Para saber a posição de LUHMANN sobre o mesmo aspecto, divergindo de TEUBNER, Cf. *The self-reproduction of law and its limits...* O principal autor do Brasil a respeito da teoria dos sistemas é MARCELO NEVES, que, em suas duas obras principais (*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil* e *A constitucionalização simbólica*), traz uma visão bastante inovadora sobre a teoria (como a *alopoiesis*, contraponto prático – em especial no Brasil – à *autopoiesis*), a ponto de o próprio TEUBNER afirmar que “as questões que ele propõe, os fenômenos que vê e as respostas que dá diferem do discurso acadêmico usual. Há um forte senso de originalidade no pensamento de Neves” (cf. apresentação à obra *Entre Têmis e Leviatã...*).

³⁶ Conforme aponta RAFFAELE DE GIORGI, “a reflexão do sistema sobre si mesmo refere-se à identidade do sistema. Se diferencia, assim, no sistema, um contexto de relações de reflexão que é parte do sistema, que se apresenta como uma espécie de ‘auto-referência concentrada’. A teoria do direito constitui, no sistema do direito, este sistema de reflexão do direito sobre si mesmo” (Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70, p. 192).

³⁷ LUHMANN, *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*, p. 203.

³⁸ Segundo LUHMANN, os sistemas autopoieticos “presuppose and reproduce themselves. They constitute their components by the arrangement of their components, and this ‘autopoietic’ closure is their unity. This mode of existence implies self-organization and self-regulation, but it has to be realized not only at the level of the structure but also, and above all, at the level of the elements of the system” (The self-reproduction of law and its limits, p. 229).

com fins de evolução (ou, melhor dizendo, de acompanhar a evolução da sociedade). Essa comunicação é o que se convencionou chamar de *abertura cognitiva* dos sistemas sociais.³⁹

Fechamento estrutural e abertura cognitiva. Esses são os dois vetores da teoria dos sistemas.⁴⁰ E, entre outros tantos conceitos e questões acerca dela, são os pontos que realmente importam para este trabalho.⁴¹ Tal se justifica: se por um lado essa teoria é extremamente vasta, complexa e multidisciplinar, o que nos levaria a minúcias impertinentes ao escopo traçado, estes dois elementos são os que interessam aqui em termos funcionais aos fenômenos sistêmicos. E o direito é um deles. Embora não tenhamos localizado estudo específico a respeito na literatura consultada, a nossa hipótese é de sua aplicação ao direito processual, que aqui será representado pelo *modelo arbitral*. Posto isso, começamos a analisar o direito como um sistema à luz dessa teoria.

1.2.1 O direito na teoria dos sistemas

Quando apresentamos o conceito de sistema para o direito no item 1.2 *supra*, apontamos alguns dos principais elementos das correntes tradicionais, especialmente as que carregam ingredientes do positivismo e da hermenêutica. Pois bem. A teoria dos sistemas quebra com alguns dos paradigmas das demais teorias sistêmicas, particularmente do positivismo, na medida em que possibilita uma maior amplitude e sofisticação justamente no tocante ao(s) conceito(s)⁴² de sistemas, principalmente para o

³⁹ Sem nenhuma relação direta com a teoria dos sistemas e tratando o sistema na linha do formato piramidal de PUCHTA (ou o positivismo analítico), BOBBIO chama o fenômeno de “relação entre ordenamentos” (*Teoria do ordenamento jurídico*, p. 161 e ss.).

⁴⁰ Importante destacar que também na chamada doutrina tradicional sobre sistemas (leia-se, aquela que, mesmo sendo contemporânea, não se relaciona com a teoria dos sistemas) está, como elemento fundamental, a “adequação interna”. Vale dizer, ideia semelhante à de fechamento estrutural, assim como considerações acerca da “abertura do sistema” com uma “especialidade do sistema do direito”, o que, de alguma forma, se aproxima da *abertura cognitiva* trazida pela abordagem de LUHMANN (Cf., por todos, CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 25 e 281).

⁴¹ Segundo RAFFAELE DE GIORGI, “não é possível ler esses ensinamentos sem ter presente que eles são fragmentos de um mosaico no qual, sob a perspectiva de uma complexa teoria da sociedade, sutis e profundas análises conceituais e elaborações teóricas intercalam-se com reconstruções analíticas de um ilimitado material histórico. Exatamente porque se desconsidera este caráter especial da reflexão de Luhmann, suas análises suscitam, freqüentemente, um interesse proporcional à distância que estimulam. Mas, quando conseguimos superar a barreira da rigorosa trama conceitual que acompanha seu pensamento, então colhe-se, em toda a sua complexidade, uma das mais fascinantes experiências do pensamento contemporâneo” (Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70, p. 195).

⁴² Usamos o plural em função do que vimos no item 1.1 acima, ou seja, uma pluralidade (e mesmo uma discrepância) sobre qual seria o conceito de sistema para o direito.

direito.⁴³ Isso porque ela baseia sua análise, ao contrário das demais, não nos elementos de cada sistema (se hierárquicos, se coesos, se coerentes etc.),⁴⁴ mas em termos de sentido no tocante à sua funcionalidade.⁴⁵

Para a teoria dos sistemas, o direito se recria mediante seus próprios elementos.⁴⁶ Por ser autorreferente, permite-se alterar. Tal faz com que ele, ao mesmo tempo em que se transforme, mude a sociedade. E o faz mediante uma fórmula binária *lícito/ilícito*,⁴⁷ sendo, por isso, mais dinâmico e adequado do que as formulações tradicionais de sistemas para lidar com os problemas inerentes à complexidade social de hoje.⁴⁸ Tratamos, então, de incluir o direito como um subsistema diante do conceito de sistema da teoria em questão.⁴⁹

⁴³ Nesse sentido, Cf. TRINDADE, *Para entender Luhmann*, p. 105.

⁴⁴ O positivismo, como sabido, está calcado na norma, ou na estrutura endógena do sistema, de modo a fazer com que tais normas se comportem de acordo com um esquadro hierárquico e rígido.

⁴⁵ Para BITTAR, “Luhmann abandona a concepção segundo a qual por detrás dos subsistemas sociais está uma estrutura ontológico-causal (natural, metafísica) a determinar seus funcionamentos assumindo uma concepção – abstrata –, segundo a qual a função é um esquema de sentido que permite independência à sua análise, na medida em que cada arranjo de sentido é fundador de um grupo de conceitos operativos que consente à sociedade alcançar resultados, diminuindo a complexidade inerente à troca comunicativa, que é duplamente contingente” (*Curso de filosofia política*, p. 312). Por outro lado, nisso também está uma das críticas de HABERMAS a LUHMANN, quando o acusa de fragmentar a sociedade em subsistemas funcionais impotentes de criar critérios normativos (Cf. *Direito e democracia*).

⁴⁶ O sistema legal se autorreproduz por eventos legais e só por eventos legais (cf. LUHMANN, *The self reproduction of law and its limits*).

⁴⁷ Como diz REALE, o primado do ordenamento jurídico estatal tem como expressão o direito objetivo (*Teoria do direito e do Estado*, p. 225). Posto isso, com o uso do código binário lícito/ilícito para o sistema do direito, ocorre um dos momentos em que o direito objetivo se insere na teoria dos sistemas. Parte da doutrina utiliza a expressão *direito/não-direito*. Adotamos a conceituação de MARCELO NEVES (lícito/ilícito), pois, segundo ele, é a mais adequada para traduzir a expressão original (*recht/unrecht*) (Cf. prefácio da obra *A constitucionalização simbólica*). O esgotamento teórico desse aspecto seria inviável aqui, por demais complexo e amplo, já tendo sido objeto de teses e dissertações em outras áreas (como a já citada obra de VILLAS BÔAS FILHO, especificamente sobre o assunto), o que fugiria do tema deste estudo. Podemos, sinteticamente, dizer que o ferramental interno inerente a cada sistema compõe o seu *código*, a sua chamada clausura normativa. Logo, o que a doutrina da teoria dos sistemas procura dizer com a expressão “código lícito/ilícito” é: para que haja uma influência do seu entorno (sociedade) no sistema, trazendo-lhe novos elementos ou alterando os já existentes, o sistema age de acordo com uma análise binária. Ele integra o que reconhece como *lícito* e exclui o contrário (*ilícito*), conforme sua estrutura (fechamento) operacional. Para mais detalhes sobre este aspecto, cf. MARCELO NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*, p. 62-67.

⁴⁸ Entre nós, KAZUO WATANABE foi um dos que primeiro tratou da complexidade moderna, em célebre estudo sobre o acesso à justiça, demonstrando, de forma primorosa, como a complexidade social afeta os campos econômico e jurídico (que aqui são abordados como sistemas próprios), levando a uma premente (ou talvez perene) necessidade de que os instrumentos jurídicos sejam revistos (Acesso à justiça e sociedade moderna, p. 131).

⁴⁹ LUHMANN traz o direito como um *subsistema* (ou sistema parcial) social em relação à sociedade, assim como o são a política, a economia, a ciência, a educação etc. Nesse sentido, diz que “el sistema jurídico, para insistir en este punto decisivo, es un subsistema del sistema de la sociedad. La sociedad no es, por lo tanto, solo el entorno del sistema jurídico. Ella es en parte más, – en la medida en que incluye las operaciones del sistema jurídico; y en parte menos, – en la medida en que el sistema del derecho tiene que ver también con el entorno de la sociedad; realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes” (*El derecho de la sociedad*, p. 37).

Aspecto relevante concernente ao papel do direito na teoria dos sistemas é a questão da autorreferencialidade já mencionada. Vimos antes que um sistema, para ser considerado como tal, deve ser autônomo no tocante aos seus instrumentos e possuir com os demais sistemas apenas uma relação de comunicação, de troca recíproca de influxos, que tenda a trazer evolução a ambos. Logo, suposto isso, cada sistema ou subsistema é autônomo e independente. Surge, então, a pergunta: como ficaria a regulação inerente ao direito? Se cada sistema se autorregula e é autônomo, e se o direito é um subsistema, como alinhar a necessidade de autonomia dos sistemas com a de regulação, ou normatização, pelo direito? Eis o chamado *paradoxo da autorreferência* na teoria dos sistemas.

Teubner aborda a questão sustentando que o fato de o direito se operar fundado numa comunicação que ele trata como especial (trazendo consigo o dito código binário lícito/ilícito) faz com que o subsistema jurídico seja conduzido para o interior dos outros subsistemas, com ele interagindo diretamente.⁵⁰ Por seu turno, Luhmann desenvolve seu pensamento tentando não comprometer a teoria dos sistemas autorreferenciais e autopoieticos diante do tal paradoxo. Para tanto, relembra que o sistema jurídico é dotado de clausura normativa (lícito/ilícito) e abertura cognitiva, o que lhe permite um fechamento operacional e, com isso, uma identidade. Sua abertura cognitiva se dá mediante o que denomina de *programas condicionais* (normas, leis, contratos etc.), que, ao implementarem os valores *lícito/ilícito*,⁵¹ fazem com que o sistema jurídico se abra cognitivamente. Portanto, os sistemas, embora autorreferenciais e autônomos, estão ligados via abertura cognitiva ao seu entorno, que, por sua vez, são também compostos por outros sistemas.⁵² Assim, Luhmann

⁵⁰ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 177. Ainda para TEUBNER, quanto mais o sistema legal ganha em clausura operacional e autonomia, mais ele conquista em abertura para os fatos sociais, demandas políticas, teorias sociais e necessidades humanas (cf. *Introduction to autopoietic law*). O jurista também faz uma distinção entre autonomia e *autopoiesis* para tentar contornar a questão do paradoxo da autorreferência, diferenciando, mediante um conceito por ele criado de “hiperciclo”, três graus de autonomia do direito, que seria aquele socialmente difuso, o parcialmente autônomo e o autopoietico (Ibidem, p. 71-88). O que se nota nessa posição é que TEUBNER cria uma *autonomia relativa* dos sistemas, no que é criticado por LUHMANN, para quem ou o sistema é autopoietico ou não é (Cf. *El derecho de la sociedad*, p. 50). Essa posição de TEUBNER também é atacada por HABERMAS, para quem “esta proposta não se presta à conceitualização do direito como um sistema autopoietico. Ele aponta, ao invés disso, na direção de uma teoria do agir comunicativo, a qual introduz a distinção entre um mundo da vida, ligado ao médium da linguagem coloquial, e sistemas dirigidos por códigos especiais, abertos adaptativamente ao ambiente” (*Direito e democracia*, p. 81).

⁵¹ Cf. MARCELO NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*, p. 62-63.

⁵² Cada sistema social é entorno para o outro e vice-versa, em especial o sistema jurídico. De notar que não existe determinação do sistema pelo entorno, mas simples irritação ou perturbação. Diz LUHMANN que “the structural coupling of system and environment does not contribute operations (or any other components) for the reproduction of the system. It is simply the specific form in with the system presupposes specific states or changes in its environment and relies on them” (Operational closure and structural coupling, p.

desenvolve o que chama de *acoplamento estrutural*, vale dizer, o fenômeno no qual um sistema influencia no outro, trazendo a resposta ao paradoxo da autorreferência descrito pelos críticos de sua teoria.⁵³ Para o direito, apenas como exemplo, são acoplamentos estruturais o contrato (acoplamento estrutural entre direito e economia) e a Constituição (acoplamento estrutural entre direito e política).⁵⁴

Seja como for, é importante deixar claro que, para a teoria dos sistemas, toda regulação deve ser autorregulação. Logo, está excluída a possibilidade de regulação direta de um sistema pelo outro, o que redundaria em impor a referência de um à autorreferência do outro. Isso significa, em termos de exemplo, que, da mesma forma que os sistemas político ou econômico não podem controlar o sistema jurídico, também este não pode controlá-los. Assim, a *autopoiesis* sistêmica é incompatível com a sobreposição do código de determinado sistema (para o jurídico, na teoria dos sistemas, lícito/ilícito) sobre o de outro, pois isso acabaria com o chamado fechamento operacional.⁵⁵

1432). Como diz VILLAS BÔAS FILHO, “um canal de irritações recíprocas entre direito e economia permitirá uma regulação, ainda que indireta, do primeiro sobre a segunda” (*O direito na teoria de Niklas Luhmann*, p. 254). Interessante notar que, mesmo sem citar nominalmente a doutrina, EROS GRAU adota igual posição, ao dizer que “o direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 41).

⁵³ Segundo LUHMANN, “como el sistema se encuentra determinado por sus propias estructuras y solo puede ser especializado por sus propias operaciones, los eventos del entorno no pueden intervenir como inputs, cualquiera que sea sua pertenencia al sistema, ni siquiera en la esfera de los acoplamientos estructurales. Dicho de otra manera: el sistema no es una función de transformación que transforme siempre de la misma manera inputs in outputs, ni aun en el caso de que tal sistema se estructure a sí mismo por medio de programas condicionales. Así, en el sistema mismo los acoplamientos estructurales sólo pueden suscitar irritaciones, sorpresas y perturbaciones. Los conceptos de acoplamiento estructural y de irritación se encuentran condicionados entre si de manera recíproca” (*El derecho de la sociedad*, p. 353).

⁵⁴ Cf. LUHMANN, *Essays on self-reference*, p. 230. Aponta LUHMANN, em outro exemplo, que “modern concepts of property and contract do not integrate or even differentiate the legal economic systems. As mechanisms of structural coupling, they organize the reciprocal irritation of these systems and influence, in the long run, the natural drift of structural developments in both systems” (*Operational closure and structural coupling*, p. 1436).

⁵⁵ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, *O direito na teoria de Niklas Luhmann*, p. 237. Em contrapartida, MARCELO NEVES desenvolve ampla tese a respeito da inquietante questão da falha de sistemas jurídicos dos países “em desenvolvimento” (dedicando especial atenção ao Brasil) à luz dos sistemas autopoieticos. Para ele, há a incapacidade concreta de suas Constituições fazerem o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. Isso, segundo ele, seria fruto de determinadas relações do poder que impedem uma autonomia e, principalmente, um fechamento normativo adequado, que daria identidade ao sistema. Disso redundaria o que ele chama de “intrusões do código político”. É justamente por tal razão que denomina tais sistemas de *alopoiéticos* (ou seja, mutuamente atingidos um pelo outro, ou mesmo pelo entorno, não possuindo fechamento normativo, não tendo autonomia, não tendo identidade – Cf. MARCELO NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*, p. 244-258). Embora com premissas diversas, HERBERT HART diz que, “por vezes, o sector oficial pode estar divorciado do sector privado, no sentido em que já não existe uma obediência geral às regras que são válidas, segundo os critérios de validade usados pelos tribunais. A variedade de modos por que isso pode suceder pertence à patologia dos sistemas jurídicos; porque eles representam uma ruptura na complexa prática congruente a que nos referimos, quando fazemos a afirmação externa de facto de que existe um sistema jurídico” (*O conceito de direito*, p. 129).

Obviamente que tudo o que apresentamos aqui sobre o conceito de sistema no direito, e, mais ainda, a respeito da teoria dos sistemas nesse panorama, foi feito sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, seja pela impossibilidade, diante da sua complexidade e especificidade, seja porque isso nos levaria a distanciar do tema proposto. Aliás, o próprio Luhmann reconhece que a complexidade de sua teoria reflete a complexidade da sociedade moderna, podendo, por conseguinte, ser interpretada diferentemente a cada abordagem, dependendo da seleção da parte que é feita, mas sempre com remissão ao todo.⁵⁶ Procuramos expor apenas o suficiente para amparar conceitualmente a aplicação que virá nos demais capítulos, em especial os elementos que integram o que é entendido por sistema (fechamento operacional e abertura cognitiva – que levam à sua autorreferência e, por consequência, autonomia), e a impossibilidade de determinado sistema se sobrepor a outro. Entretanto, antes de ingressarmos no ponto central do estudo, que é o processo arbitral visto à luz da teoria dos sistemas – se se pode ser considerado um sistema e como isso ocorre –, ainda que sinteticamente, procuraremos mostrar a incidência da teoria a alguns setores do direito. É o que segue.

1.2.2 A aplicação da teoria a variados ramos do direito

Como visto acima, é basicamente em autores da teoria geral do direito, filosofia e sociologia jurídicas que se encontra a teoria dos sistemas na literatura do direito, com variadas abordagens de acordo com a corrente adotada. No item anterior não pretendemos apresentar todos os que assim o fazem. Isso seria impossível. Mesmo que o fosse, não é nossa área de estudo e muito menos o foco do trabalho. Da mesma forma, neste item não buscamos detalhar o que cada ramo do direito faz com a teoria dos sistemas. Apontaremos, de forma exemplificativa, tão somente como a teoria tem sido utilizada em alguns deles. Será um passo prévio, visando ilustrar a utilidade da teoria, antes de ingressar no aspecto processual do item seguinte. Embora muitos sejam os campos de aplicação atualmente, o primeiro em que a teoria dos sistemas aparece é na sociologia do direito e na teoria do Estado. A abordagem realizada por estas áreas do direito, apenas no plano teórico, ocorreu

---

⁵⁶ *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 10. A teoria dos sistemas, a este respeito, bem lembra a sugestão de OVIDIO BAPTISTA DA SILVA quanto à prática judicial: “temos repetido a recomendação de Savigny de que os práticos do direito abandonassem a veleidade de encontrar ‘uniformidades’ nos casos de sua experiência profissional, pois, dizia o jurista, tal empresa mostrar-se-á sempre infrutífera, dadas a inimaginável diversidade existente entre eles” (Direito material e processo, p. 404).

nos itens anteriores. Aqui buscamos exemplificar sua aplicação concreta em outras searas. É o que segue.

Na *teoria do Estado*, Celso Campilongo, por exemplo, adota a doutrina dos sistemas autopoieticos para demonstrar que ela se apoia na crise do chamado *welfare state*, com a perda da capacidade regulatória dos instrumentos jurídicos do Estado.⁵⁷ Com isso, segundo ele, em contrapartida ao esvaziamento da função legislativa, ocorreria um aumento da atuação de subsistemas sociais, como descrito por Luhmann. Conforme aponta, com a crise de modelos estatais, ou do que chama de “instrumentos públicos de controle da atividade privada”, surgiria um consequente aumento de sistemas de autocontrole social, como autorregulação de setores da economia, convenções de consumidores, códigos de ética *interna corporis*, assim como o *fortalecimento das arbitragens*.⁵⁸ Para Campilongo, são sistemas com âmbitos procedimentais diversos e que produzem resultados normativos. Neste tocante, o autor inclusive aduz que Teubner traz noções de *interlegalidade* para demonstrar sua teoria, como os acordos, tratativas e negociações de corporações transnacionais baseados em técnicas procedimentais particulares, em outros termos, numa construção da *legalidade*, ou de subsistemas jurídicos autorreferenciais.⁵⁹

Também inserido no campo da *sociologia jurídica e teoria geral do Estado*, com conteúdo bastante interdisciplinar, Marcelo Neves utiliza a teoria dos sistemas não apenas para cuidar da teoria puramente.⁶⁰ A despeito da densa doutrina que adota a teoria

⁵⁷ *Direito e democracia*, p. 73-86. Sem a intenção de esgotar a análise, uma das suas observações, no campo da teoria do Estado, é que a teoria dos sistemas pressupõe uma sensível diminuição do campo político. E não só, segundo pondera, se apenas o sistema jurídico consegue produzir mudanças em si próprio. No campo do direito do Estado isso traria alterações significativas no tocante à regra da técnica legislativa majoritária, no que respeita às chamadas *demandas políticas* sobre o direito. Importante anotar que o autor traz considerável doutrina crítica à teoria dos sistemas autopoieticos, em especial quando contraposta a valores constitucionais, como soberania, diante de uma atividade política que, na concepção da teoria dos sistemas, seria policêntrica (Ibidem, p. 78). Ainda sobre o declínio do *welfare state* e sua relação com o sistema jurídico, cf. VITTORIO DENTI, *Sistemi e riforme*, p. 207.

⁵⁸ CAMPILONGO não faz nenhuma análise sobre o conteúdo jurisdicional da arbitragem, mas apenas a cita como forma não estatal de resolução de composição de interesses da sociedade. O importante da anotação é que o mecanismo arbitral surge em seu estudo integrado ao contexto inerente aos sistemas sociais, embora não faça comentário ou traga detalhe do seu papel neste tocante.

⁵⁹ *Direito e democracia*, p. 85. Em termos de sociedade (entorno), quanto à teoria do Estado, em contrapartida crítica, CAMPILONGO anota que a teoria dos sistemas autopoieticos traz o entorno social, a sociedade, como sem vértice e centro, e, assim, menos dependente do consenso democrático. O autor ainda faz uma análise crítica quanto a variados aspectos do campo político utilizando a teoria dos sistemas, mas não caberia aqui (Cf. Ibidem, p. 86).

⁶⁰ *Entre têmes e leviatã*. Apenas para ilustrar, este livro do jurista brasileiro é considerado referência na Alemanha, gerando não apenas o comentário do próprio TEUBNER, transcrito na nota 35 *supra*, mas, entre outros, o seguinte de ENGEBORG MAUS, titular da Universidade de Frankfurt: “esta obra é de particular

dos sistemas propriamente dita, Neves o faz com uma visão particular, tratando do Estado Democrático de Direito. Busca um equilíbrio entre o poder do Estado e a justiça abstrata. Cumpre assinalar, ainda, que o autor emprega a teoria dos sistemas na obra em questão com grande enfoque no direito constitucional. Em outro estudo com traço interdisciplinar,⁶¹ Neves versa sobre o direito constitucional usando a teoria dos sistemas, em que procura demonstrar o enfraquecimento dos textos constitucionais em países em desenvolvimento.⁶²

Do mesmo modo, no *direito constitucional* J.J. Canotilho utiliza a teoria dos sistemas em sua obra clássica, ao fazer uma análise da Constituição à luz da *autopoiesis* e do que ele denomina por *sistemas complexos*. Procura Canotilho demonstrar que, tal qual a teoria dos sistemas, na Constituição deve haver a interatividade entre os vários sistemas sociais, pois ela fornece regras mínimas garantidoras da própria integridade daqueles sistemas diante da complexidade social.⁶³ Apenas para ilustrar, também como decorrência de um enfoque constitucional, há autores que aplicam a teoria dos sistemas ao *direito tributário*.⁶⁴

---

interesse devido à sua inovação teórica. Parte de duas posições irreconciliáveis em princípio, levando à otimização recíproca do enfoque teórico. Ao manter-se igualmente distante das posições originárias de Luhmann e Habermas, o autor desenvolve uma compreensão incisiva das presentes condições de possibilidade do Estado Democrático de Direito no contexto estatal e global. A obra é de extraordinária solidez, capacidade inovadora e atualização” (Cf. apresentação da obra).

⁶¹ Característica marcante de praticamente todos os estudos de teoria dos sistemas.

⁶² Ou, como diz o autor, a “discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais” (*A constituição simbólica*, introdução). Na verdade, conforme já apontamos (cf. nota 35 *supra*), nesta obra o autor constrói sua tese sobre a *alopoiese*, que seria uma variante da *autopoiese* da teoria dos sistemas autopoieticos ao que ele entende como a realidade constitucional de certos países (como o Brasil), em que não ocorreria uma aplicação efetiva da norma constitucional.

⁶³ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1454. O que o autor procura dizer é que a Constituição desempenha justamente o papel de acoplamento estrutural, conforme mencionamos na nota 53 *supra*: “A constituição, na sua qualidade de estatuto do político, pretende *politizar* os restantes sistemas da sociedade (econômico, científico) fazendo valer nestes as suas regras e princípios estruturantes (pretensão de universalidade). Só o poderá de forma ‘não imperialista’, ou seja, se não perturbar estes outros sistemas. Em primeiro lugar, o direito e o político não podem desempenhar as funções, por exemplo, do sistema econômico, do sistema científico, do sistema familiar, do sistema religioso. Estes sistemas têm suas legítimas pretensões de universalidade: a religião procura a universalidade salvífica; a economia anseia encontrar a mão invisível da criação e distribuição de riqueza; a ciência procura a verdade; a família ergue a universalidade o bem da felicidade pessoal. A constituição concorre hoje com estas universalidades” (Ibidem, p. 1453).

⁶⁴ Nesse sentido, GUSTAVO VALVERDE anota que: “[...] considere-se, portanto, o tributo como uma figura constitucional e como uma relação de propriedade. [...] O conceito de tributo possibilita uma constante e recíproca irritação entre os sistemas político, jurídico e econômico, impulsionando mudanças estruturais e acréscimos de complexidade em cada um desses sistemas” (*Coisa julgada em matéria tributária*, p. 53-54). MISABEL ABREU DERZI utiliza a teoria, inclusive apontando a *autopoiese* do sistema brasileiro (e, com isso, refutando a tese de MARCELO NEVES da *alopoiese* – cf. notas 35 e 60 *supra*), para analisar, sob o ponto de vista constitucional, a irretroatividade das decisões do Supremo no tocante à substituição tributária no ICMS (A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no direito tributário).

No *direito econômico*, alguns adotam a teoria dos sistemas misturando elementos da teoria geral do Estado, para explicar mecanismos de regulação, como organismos dos sistemas sociais convivendo com o sistema jurídico.⁶⁵ Segundo essa visão, seriam organismos que têm procedimentos internos, criando verdadeiras regras de conduta, direito aplicável a quem a eles sujeitos, mediante instrumentos típicos (*fechamento operacional*). Seriam, conforme se defende, organismos que precisam se intercomunicar com outros (subsistemas) mediante canais adequados (*abertura cognitiva*). Ou mesmo dentro da realidade da atividade econômica globalizada, formada por organizações internacionais/complexas, que constroem regras/procedimentos próprios, gerando igualmente, para o seu ambiente, fechamento estrutural (normativo) e, com isso, autonomia.⁶⁶ Tais organismos trocariam *inputs* com outros de igual natureza, além de sistemas sociais propriamente ditos (entre os quais, o jurídico). Sobre esse aspecto, entre outros,⁶⁷ podemos citar as obras atuais de José Eduardo Faria,⁶⁸ Celso

⁶⁵ Exemplos internacionais como ONU, OEA, FMI, NAFTA, OMC etc., ou nacionais, como Cade, CVM, agências reguladoras etc.

⁶⁶ CÂNDIDO DINAMARCO reconhece certo grau de imunização em decisões de “processos não-estatais”, como decisões corporativas (*A instrumentalidade do processo*, p. 94). Nesse sentido, de lembrar que em ELIO FAZZALARI se encontra a ideia original desse enfoque, embora de forma bastante ampla (*Istituzioni di diritto processuale*, p. 69). VITTORIO DENTI observa tal aspecto, dizendo que “anche laddove sopravvive la tendenza alla elaborazione, sul piano della teoria generale, di una nozione di processo che trascende il processo civile, e addirittura il processo giurisdizionale, per abbracciare anche i procedimenti legislativi ed amministrativi (tendenza che ha il suo massimo esponente in Elio Fazzalari e che è stata teorizzata nelle sue Istituzioni di diritto processuale) non si tratta tanto della costruzione di un sistema, quanto piuttosto della individuazione di una struttura, idônea a dar ragione di un complesso di fenomeni che caratterizzano sia attività di diritto pubblico che attività di diritto privato” (*Sistemi e riforme*, p. 29).

⁶⁷ Também VITTORIO DENTI tratou da codificação do direito à luz da sociedade complexa, com novos direitos e sua regulação pelo mercado, ao dizer que “l’idea di codice, dunque, ha ancora una sua perdurante validità, se no mira, utopisticamente, a ricomporre ad unità il sistema frammentato dai micro-sistemi della società neo-corporativa nella quale viviamo, e che rappresenta la realtà storica dei paesi di capitalismo maturo. Altra e diversa deve essere la funzione del código, senza farlo decadere a disciplina puramente residuale, come è stato detto per il código civile. Si tratta, infatti, di interpretare le esigenze di tutela dei diritti esclusivi dagli ‘statuti processuali’; di dettare una disciplina processuale che guardi piuttosto ai non garantiti, ai portatori dei ‘nuovi diritti, piuttosto che agli hofeldian plaintiffs tradizionali. Ciò non significa che un nuovo código debba trascurare i mali ‘tecnici’ della giustizia (la durata dei processi, l’inefficienza della giustizia minore, l’eccessività delle impugnazioni, ecc.) e rinunciare a tentare i rimedi. Una codificazione, tuttavia, non può essere soltanto l’appagamento di un’esigenza técnica: la sua fonte ispiratrice non può non essere un’esigenza política, e, quindi, una proposta di riforma che si inserisca in un più ampio disegno progettuale, e guardi alla giustizia civile come uno dei nodi da sciogliere per una società migliore” (*Ibidem*, p. 269).

⁶⁸ A obra foi originalmente sua tese vencedora em concurso para professor titular do departamento de filosofia e teoria geral do direito da Fadusp, na qual o jurista faz uma profunda análise dos impactos da globalização no direito. O seu ponto de partida é a relativização de princípios diante de tal fenômeno, como soberania, democracia, legalidade, hierarquia de leis, direitos subjetivos, igualdade formal, cidadania, equilíbrio de poderes, segurança e certeza. Entre os inúmeros aspectos analisados por ele com profundidade, especial atenção é dedicada a LUHMANN e a TEUBNER (tanto que são os autores mais citados na sua bibliografia). Especialmente quanto à doutrina desenvolvida pela visão de TEUBNER de sistemas, FARIA diz que tais teóricos “tratam do papel exercido pelas normas processuais e procedimentais quer na composição de interesses entre ‘organizações complexas’ quer no entrelaçamento, engate ou na ‘acoplagem’ estrutural das diferentes normatividades, inspirando-se nas práticas de caráter neocorporativo”. O autor ainda enfrenta aspectos

Campilongo⁶⁹ e do próprio Gunther Teubner,⁷⁰ assim como a clássica de Karl Larenz.⁷¹ Ainda no direito econômico, Eros Grau defende a existência de direitos pressupostos decorrentes de cada modo de produção da sociedade capitalista atual. Tais direitos geram, depois, direitos postos pelo Estado, que passam a lhes regular.⁷²

Poderíamos ainda trazer aplicações da teoria a outros ramos do direito, como o *penal*,⁷³ mas isso desviaria sobremaneira do objetivo traçado. O que fizemos teve por fim exclusivo demonstrar que a teoria dos sistemas não tem apenas sido palco de atual e profícua discussão no campo puramente teórico das cadeiras que lhe são mais comuns. Ao contrário, tem sido utilizada em outros segmentos do direito, o que revela a pertinência de ser também colocada como peça relevante para a análise do *direito processual*. Diante da opção metodológica, é justamente o que faremos no item seguinte, como forma prévia ao processo arbitral dos outros capítulos.

1.2.3 A aplicabilidade da teoria ao direito processual

Depois abordarmos a ideia de sistema para o direito tanto no modelo tradicional quanto na teoria dos sistemas, passando de forma exemplificativa pelo seu uso por outros

---

relativos ao direito econômico e à teoria do Estado à luz da teoria dos sistemas, como cadeias produtivas autorreguladas, coordenação de múltiplos sistemas econômicos, conflitos entre organismos econômicos intersistêmicos, o alcance do Estado na regulação das atividades econômicas nesse modelo, normatividades paralelas, entre outros. Sua obra, neste particular, é essencialmente baseada na visão da teoria dos sistemas, em especial a de TEUBNER (*O direito na economia globalizada*, p. 214-217, 324-326).

⁶⁹ CAMPILONGO também faz uma análise da globalização sob o ponto de vista da teoria dos sistemas, com ênfase para LUHMANN (*O direito na sociedade complexa*, p. 143).

⁷⁰ Embora sua posição já tenha sido apontada por CAMPILONGO em outra obra (cf. nota 57 *supra*), de frisar que, por ser mais moderno (ou por ser de geração posterior a LUHMANN na teoria dos sistemas), TEUBNER possui inúmeros trabalhos sobre o uso concreto da teoria. Embora inseridos no âmbito do *direito econômico*, não se pode negar que seus estudos são marcados por forte interdisciplinaridade. Afora os variados trabalhos em língua estrangeira (entre os quais alguns constam da bibliografia), a obra publicada no Brasil que deixa mais clara essa abordagem prática da teoria dos sistemas é *Direito, sistema e policontextualidade*. Entre os variados temas ali tratados (como direito regulatório, relação entre direito e economia, globalização, privatização), chama a atenção a sua “tentativa de explicar e teorizar os *novos arranjos contratuais e societários*, em que ele mescla conceitos do direito contratual com organizacionais, como alianças estratégicas e *joint-ventures* contratuais (contrato/organização), os sistemas de franquia e os grupos de sociedade (organização/sociedade)” (cf. apresentação à obra feita por RODRIGO MENDES, p. 13-14).

⁷¹ A despeito de sua obra original ter sido publicada em 1960, já naquela época LARENZ tratou do *direito internacional* e do direito de organizações internacionais como sistemas próprios. Em sua atual edição, a obra traz o exemplo da Comunidade Europeia (*Metodologia da ciência do direito*, p. 239).

⁷² O autor, em verdade, retrata a relação sistêmica entre sociedade, economia e os direitos envolvidos (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 44-45). E complementa dizendo que, para ele, o direito é *autopoietico*, pois no interior do litígio ele não trata de problemas empíricos, mas apenas de problemas internos a si próprio (Ibidem, p. 21).

⁷³ Cf., entre outros, GONZALES-JARA ARLOS DIEZ, *Teoría de sistemas y derecho penal*, e ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES, *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*.

ramos do direito, pensamos ser possível situar o direito processual à luz da teoria dos sistemas.⁷⁴ Ainda que talvez não seja possível enquadrar o direito processual estatal de maneira tão hermética à teoria em questão, parece-nos ao menos ser viável aplicar boa parte dela. Seja como for, é importante destacar que isso deve ser feito diferentemente do item anterior. Ali apresentamos alguns exemplos de como a teoria tem sido utilizada em outros ramos do direito. Aqui, no direito processual, a doutrina não tem realizado esse enfoque.

Acreditamos que nosso processo trabalha de forma autopoietica, como ficará mais claro nos exemplos ao final deste item. No entanto, a simples tentativa de trazer a influência da teoria sociológica dos sistemas para o direito, e aqui, para o direito processual, vai ao encontro de outros vetores do mesmo caminho que foi e está sendo trilhado no campo do processo. Cremos que o estudo do processo deve sempre ser feito à luz de uma premissa sociológica,⁷⁵⁻⁷⁶ cujas matrizes são abundantes na teoria em questão, como deixou claro

⁷⁴ DINAMARCO adota o conceito de ORESTANO para *sistema processual*, no sentido de “um conjunto de elementos vinculados em todas as suas partes e em todos os sentidos a um especial postulado ordenante, no qual tudo está em tudo e no qual de qualquer ponto se pode caminhar ou retroceder a qualquer ponto” (*Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 339). SCARPINELLA BUENO propõe uma nova abordagem metodológica de estudo do *sistema* do direito processual civil, que, segundo ele, deve ser baseado na Constituição, pois o nosso Código não mais possuiria condições de oferecer um estudo sistêmico (*Curso sistematizado de direito processual civil*, p. XIX).

⁷⁵ Este aspecto é importante. Segundo VITTORIO DENTI sobre a obra de CALAMANDREI, “sua opera di costituente sono necessariamente influenzate, oltre che dalle personali opzioni ideologiche, dalla evoluzione dei rapporti politici e sociali con cui si confronta l’amministrazione della giustizia” (*Sistemi e riforme*, p. 111). Entre nós, a EROS GRAU “o que importa neste passo é a verificação de que o direito é, sempre, um instrumento de mudança social” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 41). CALMON DE PASSOS, em escrito que já data de mais de 20 anos, disse que “urge, para nós, processualistas, libertar-mo-nos do fascínio de insistir, porque já nem é mais possível prosseguir, alcançadas que foram as fronteiras possíveis, na construção dogmática do processo, iniciada no século XIX e concluída no primeiro quartel de nosso século. A tarefa hoje é política, ainda que pensada por juristas-processualistas, responsáveis por teorizar sobre as instituições que compatibilizam as construções jurídicas com a realidade social, econômica e política de nossos dias, tendo em vista a efetivação das soluções transitórias de compromisso, as únicas possíveis de ser oferecidas pela ordem jurídica formal. Cumpre-nos, assim, usar a dogmática como arma ao invés de fazermos da dogmática a nossa alma de juristas” (Democracia, participação e processo, p. 96). Não por outro motivo a ideia primordial de jurisdição ligada ao *escopo social do processo*, tão dedicado por CÂNDIDO DINAMARCO em sua grande obra, originalmente tese vitoriosa de titularidade nesta Casa (*A instrumentalidade do processo*, p. 159-164). DINAMARCO dá grande destaque à análise sociológica do processo, como fica evidente na sua abordagem sobre jurisdição e poder (Ibidem, p. 77-137). Especialmente, ao citar LUHMANN, anota que “a ideia da *legitimação pelo procedimento* é vitoriosa hoje, *mesmo fora do campo jurisdicional*, pelo que ela tem de expressivo do ponto-de-vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social” (Ibidem, p. 131). DINAMARCO reconhece a carga sociológica tanto da doutrina de LUHMANN quanto, principalmente, das suas conclusões para o processo. Pode-se até dizer que sua principal obra é um impressionante estudo sociológico do processo. Aliás, aponta ele que “o processualista moderno ampliou extraordinariamente o campo de suas investigações, primeiro invadindo o campo antes reservado à organização judiciária (recrutamento de juizes e sua responsabilidade, juizes honorários, órgãos alternativos etc.); depois, passando à observação dos meios extraprocessuais de solução de conflitos (conciliação etc.) e aos métodos de interpretação da lei substancial (o juiz e a justiça, o *uso alternativo do direito*); e chegando até a considerações sobre o advogado, o seu papel no processo, sua responsabilidade, sociedades de advogados etc. pelo que se passa nos *Congressos* promovidos pela Associação Internacional de Direito Processual e nas *Jornadas* da Associação Ibero-Americana de Direito Processual, a ciência processual hodierna tem um objeto mais

Dinamarco, ao afirmar, citando Luhmann, que foi da sociologia jurídica que veio a “mais séria e empenhada tentativa de enquadramento do sistema processual no plano da legitimidade”, com o fim de obter, via legitimação pelo procedimento, igualdade de probabilidades e decisões satisfatórias.⁷⁷ No mesmo sentido manifesta-se Vitorio Denti, com uma visão nitidamente adepta da influência constitucional no processo, com forte traço sociológico, para marcar o que para ele é uma fase *pós-sistemática* do direito processual.⁷⁸ Igualmente consideramos limitada a análise da ciência processual sem elementos de teoria geral do direito, como mencionado por Canelutti em clássica obra⁷⁹ e exatamente como proposto pela teoria dos sistemas.

Logo, julgamos que da aplicação da teoria, ou ao menos de algumas de suas ideias, ao direito processual poderão surgir resultados de interesse para o passo seguinte, que é o processo arbitral visto como um sistema. Aliás, tão somente para alcançar esse ponto é que traçamos este paralelo com o processo estatal. Sendo assim, ressalva-se, uma vez mais, que não buscamos esgotar ou tampouco aprofundar a questão do processo estatal à luz da teoria dos sistemas. Isso seria objeto de outro estudo, que não este. O que faremos é apenas instalar uma premissa de relação *processo-sistema*, e com ela trabalhar no processo arbitral. Vejamos.

Pois bem. Em termos finalísticos, diz-se que *direito* é fenômeno essencialmente ligado à capacidade de o *sistema jurídico* cumprir sua infungível atividade-função de

---

amplo que aquele tradicional e apresenta-se como verdadeira ciência da dinâmica dos direitos” (Ibidem, p. 114, nota 6).

⁷⁶ Registramos, também, que durante os anos em que tivemos o privilégio de conviver como seu aluno na pós-graduação desta Casa, CARLOS ALBERTO CARMONA sempre fez questão de manifestar sua preocupação para que o estudo do processo seja feito sob a égide de uma visão sociológica, com fins de resultados para a sociedade. Tanto é verdade que sua análise global sobre as reformas do Código de Processo Civil vem com a seguinte conclusão, ratificando tal aspecto: “a lei nem sempre tem o condão de modificar condutas, comportamentos, idiosincrasias, defeitos e distorções culturais. Tudo virá ao seu tempo. As modificações legislativas, porém, são um primeiro passo e o legislador, mesmo com alguns tropeços, conseguiu notável avanço. Cabe aos operadores fazer sua parte; cabe ao Estado criar os mecanismos necessários à efetivação do que ainda está apenas no papel; e cabe à sociedade reclamar, reclamar sempre, não se conformar nunca: tudo pode ficar muito melhor” (Quinze anos de reformas do Código de Processo Civil, p. 58).

⁷⁷ *A instrumentalidade do processo*, p. 140 – grifos nossos.

⁷⁸ “È possibile, dunque, parlare, di una fase post-sistemica degli studi processuali, che coincide con l’affermarsi, accanto alla elaborazione – già ricordata – dei principi costituzionali del processo e alle ricerche di ispirazione sociologica, dell’altra componente fondamentale dell’attuale fase degli studi: la comparazione” (*Sistemi e riforme*, p. 29).

⁷⁹ “La exposición de los conceptos aptos para definir el proceso y el Derecho que lo regula no pertenece, en realidad, a la ciencia del Derecho procesal, sino a aquella región superior de la ciencia jurídica que recibe el nombre de teoría general del Derecho. No cabe, en efecto, definir el proceso sin parangonarlo con otras instituciones distintas y, por tanto, sin salir del campo de la ciencia procesal. Así, pues, no es la historia, sino la teoría general del Derecho la que dentro de ciertos límites constituye una necesaria introducción a nuestro estudio” (*Sistema de derecho procesal civil*, p. 4-5).

estabilizar expectativas sociais. Se assim é, surge a dúvida se a atual *crise do direito* encontra apenas causa na degenerescência do modelo elaborado pela doutrina do positivismo, que reduzia o direito à norma e o sistema jurídico a um conjunto delas, de forma piramidal e ordenada.⁸⁰ A questão nasce na própria possibilidade de a legitimidade do modelo anterior ter sido prejudicada pelo desenvolvimento do formato atual de Estado, com o atrofiamento do Poder Legislativo em contrapartida ao fortalecimento do Executivo. O direito, assim, tornou-se uma *atividade-meio*, assumindo, além da função de estabilizar a sociedade, o *status* de instrumento entre poderes.⁸¹ Até mesmo a expressão *crise do direito* vem ligada às dificuldades enfrentadas pelos paradigmas *processuais* tradicionais.⁸² Essa crise de padrões levou à necessidade de rever, em variados campos, os modelos de redução de expectativas sociais.⁸³

⁸⁰ Cf. item 1.1 *supra*, quando tratamos da visão tradicional sobre o conceito de sistema para o direito.

⁸¹ Utilizamos a expressão aqui não no sentido da atual da visão do processo, como instrumento do direito material (e da própria sociedade). A instrumentalização do direito entre poderes hoje no Brasil tem sido presente, como demonstra a atuação do Supremo Tribunal Federal em determinados momentos, gerando, inclusive, críticas sobre uma suposta extrapolação de suas funções, no sentido de uma *legislatura* pelo tribunal. Podemos citar, como exemplos em que a crítica apontou atividade legislativa, as *súmulas das algemas* (Súmula 11) e do *nepotismo* (Súmula 13 – embora esta não tenha sido criticada em seu conteúdo, obviamente). Defendendo esse ponto de vista, cf. DALMO DALLARI aponta que a produção de tais súmulas não obedeceu ao rito que seria esperado, de sintetizar uma confluência de decisões a respeito. Ao contrário, em ambos os casos o Supremo tornou abstrata uma regulação que seria legislativa, e que não continha amadurecimento necessário via decisões da Corte (Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/102690/dalmo-dallari-critica-edicao-de-sumula-sobre-uso-de-algemas-pelo-stf>>). No outro lado da moeda estaria esse ativismo maior do Supremo como um *antibiótico* que deve ser bem controlado, tendo sido esta a escolha do modelo vigente. A este respeito defende LUÍS ROBERTO BARROSO (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-13/flavio_dino_barroso_discutem_stf_extrapolam_limites>. Acesso em: 20 out. 2009), embora o autor não explique quem deveria controlar esse *remédio*, o ativismo do Supremo. Não podemos esquecer que, como bem salientado por DAHL em artigo originalmente de 1957 que se tornou clássico, a Suprema Corte é uma instituição naturalmente “política” (Decision making in democracy: the Supreme Court as a national policy-maker), lição que nos deve ser útil quanto ao Supremo. Mas concordamos com DALLARI quanto à ausência dos requisitos para a formulação de tais súmulas, fazendo remissão à nossa dissertação de mestrado, publicada antes das mencionadas súmulas (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*). Sobre o papel do Supremo com o advento da EC 45/2005, cf. CARMONA, Reforma da Constituição e processo: promessas e perspectivas.

⁸² Sobre a *crise da justiça* (que seria a *crise do direito no plano processual*) e sua relação com a troca de mútuas influências entre os sistemas do *common* e *civil law*, cf. ANTÔNIO CARLOS MARCATO, *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. NICOLA PICARDI defende que há uma “crisi del modello tradizionale di giustizia”, que estamos na era da jurisdição e que isso leva ao aumento natural de poderes do juiz, uma vez que “[...] la magistratura assume compiti originariamente attribuiti ad altri organi dello Stato” (*La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, p. 10-13). A questão da crise do direito no plano processual, entre outros motivos, levou DINAMARCO a postular o afastamento de determinados dogmas do processo para que o movimento reformista pudesse avançar (*Nova era do processo civil*, p. 11 e ss.). A bem da verdade, DINAMARCO faz um expresso ataque à cultura positivista extrema, sobre a qual já trouxemos nossa manifestação aqui. Ainda sobre a questão da crise da Justiça, mas especificamente à luz da ideia de sistema de direito processual, cf. VITTORIO DENTI, *Sistemi e riforme*, p. 157 ss.

⁸³ CALMON DE PASSOS defende a existência de mecanismos redutores da *complexidade social* (como LUHMANN chama a imprevisibilidade, ou as expectativas sociais). Seriam eles: *a*) a definição prévia do que chama de “expectativas compartilháveis”, ou seja, o mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos; *b*) a disciplina do procedimento a ser adotado; *c*) a organização da função e a definição das competências

Considerando que a teoria dos sistemas é voltada eminentemente para a funcionalidade dos sistemas sociais,⁸⁴ entre os quais se insere o direito, o processo é para ela um importante meio de resolução e estabilização de conflitos da sociedade.⁸⁵ Sendo integrante do subsistema do direito,⁸⁶ contém seus instrumentos próprios, seu *fechamento estrutural*. É autônomo, em razão dessa autorreferência. Possui *abertura cognitiva* para se comunicar com os demais sistemas, influenciando e sendo influenciado por eles.

É verdade, de outra sorte, que o processo exerce função um tanto diferenciada no próprio sistema jurídico. Serve e deve servir aos demais ramos do direito. E, nesse aspecto, sua abertura cognitiva é um tanto maior dentro do conceito para o direito. Estamos falando do direito material.⁸⁷ Isso, porém, em absoluto não lhe retira a característica de ser um sistema. Podemos dizer que o nosso sistema de processo, se por um lado preenche requisitos trazidos pela teoria dos sistemas, por outro agrega o pesado ônus de ser o caudatário dos anseios da sociedade em termos da concretização de expectativas legais.⁸⁸ Logo, o sistema processual contém em si características além das que seriam suficientes para submetê-lo à teoria dos sistemas, mas que não o afastam de ser com ela identificado.

---

dos agentes responsáveis para a composição dos conflitos (*Direito, poder, justiça e processo*, p. 87). Nota-se claramente nessa posição a influência de LUHMANN (*Legitimação pelo procedimento*, p. 27) ao tratar, no mencionado item *b*, do procedimento. Com outras palavras, traduz a necessidade de que o *sistema* tenha mecanismos de controle para suprir (ou reduzir) expectativas. Assim, para o jurista baiano, no processo global de produção do direito há uma primeira *redução* dessa *complexidade*, de natureza predominante (mas não exclusivamente) política, para determinar um dever formalizado em termos genéricos (processo legislativo). A segunda, de *natureza predominante* (mas não exclusivamente) técnica, para concreção do que foi definido genericamente (processo judicial, que aqui estendemos ao processo arbitral).

⁸⁴ Conforme já apontamos (item 1.1).

⁸⁵ Na linguagem da referida teoria, isso é tratado como redução de complexidade, conforme visto acima. Segundo LUHMANN, “só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido” (*Sociologia do direito*, v. 2, p. 19).

⁸⁶ Sobre o direito como *subsistema*, cf. item 1.2.1 *supra*.

⁸⁷ Sobre a relação direito/processo, cf. ROBERTO BEDAQUE, *Direito e processo*; CÂNDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 317 e ss. e; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Direito material e processo*.

⁸⁸ LUHMANN faz uma análise da normatização do direito mediante regulamentações e outras estruturas normativas que não o processo estatal, de certa forma semelhante ao que a doutrina mais atual de TEUBNER e seus seguidores chama de *direito reflexivo* (a respeito, cf. FARIA, *O direito na economia globalizada*, p. 214-217). Mas LUHMANN vai além quanto ao papel legitimador do processo, defendendo que, mediante ele, o direito fica “mais conseqüentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial” (*Sociologia do direito*, v. 2, p. 19).

Todavia, é fato que, em contrapartida, apesar de a teoria ter tido aplicação em outros ramos do direito, isso não tem ocorrido no direito processual, a não ser de forma indireta⁸⁹⁻⁹⁰ ou genérica.⁹¹ Por exemplo, Dinamarco refere-se ao processo como um sistema aberto e posto em função de valores sociais afirmados pelo Estado.⁹² Em outra oportunidade, após reconhecer haver processo em determinados atos administrativos e legislativos, analisa, à luz da teoria geral do processo e do exercício de poder, a normatização por entes intermediários entre o indivíduo e o Estado, inclusive órgãos particulares, em movimento que, embora sem citação expressa, se aproxima em muito da teoria dos sistemas,⁹³ em especial da obra de Teubner. Finalmente, em sua mais recente obra, Dinamarco expressamente analisa o processo à luz da ideia de sistema, sem expressamente vincular com a teoria em questão, embora utilize, ainda que muito brevemente, seu conteúdo essencial, inclusive reconhecendo a possibilidade

⁸⁹ Podemos apontar tal tendência na principal obra de DINAMARCO (*A instrumentalidade do processo*). LUHMANN é o autor mais citado pelo jurista na parte em que trata da relação entre jurisdição e poder (que é a maior da obra), com referências à conhecida obra da primeira fase de seu pensamento (*Legitimação pelo procedimento*). Ali a ideia de sistemas sociais, embora já existente, não havia trazido os componentes da *autopoiese*. Mesmo assim, DINAMARCO faz uma profunda análise sociológica que, se não cita nominalmente, aproxima-se bastante da ideia de *sistema para o direito processual* tal qual apresentada aqui. O jurista se reporta inúmeras vezes ao sociólogo alemão RALF DAHRENDORF, que, embora não seja considerado um teórico dos sistemas, aborda questões de forma alinhada a tal doutrina. Assim registrou DINAMARCO, com menção expressa tanto a *sistema* quanto a aspecto fundamental à teoria dos sistemas autopoieticos, que é seu elo original com a *biologia*: “Discorrendo sobre função em ciências sociais, Dahrendorf invoca a analogia com o que se dá no campo biológico, onde o vocábulo ‘designa a referência de uma parte a um todo’. Conclui por defini-la como ‘as conseqüências de uma instituição ou valoração para o funcionamento do conjunto de uma associação ou comunidade, conceituado como sistema’ (cfr. Dahrendorf, *As funções dos conflitos sociais*, p. 2). Em linguagem menos hermética e mais acessível ao jurista, diz Soler Miralles (precisamente a partir do conhecimento básico do fenômeno jurisdicional) de dois sentidos do vocábulo função: a) ‘plano da estrutura de uma sociedade’; b) ‘atividades desempenhadas por sujeitos individuais’. O primeiro dos sentidos, também haurido da biologia, coincide com aquele dado por Dahrendorf e é o que tem aplicação à jurisdição como função do Estado (cfr. Soler Miralles, ‘Sociologia da la función jurisdiccional’, pp. 105-107)” (*A instrumentalidade do processo*, p. 115).

⁹⁰ LUIZ GUILHERME MARINONI, em recente estudo, utilizou muito a doutrina de LUHMANN, porém basicamente a sua chamada primeira fase, em que o expoente é sua conhecida obra *Legitimação pelo procedimento*, com enfoque na legitimação pela participação no procedimento, em que faz interessante comparativo entre as visões de LUHMANN e FAZZALARI, abordando apenas *an passant* a visão do primeiro como “vendo o procedimento judicial como um subsistema social” (Da teoria da relação jurídica processual no processo civil do Estado constitucional, p. 554 e ss.).

⁹¹ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em sua obra sobre o paradigma racionalista, faz muitas referências a LUHMANN. Mas também não faz um enquadramento exposto do processo como um sistema funcional, à guisa da teoria dos sistemas. Por exemplo, aludindo a LUHMANN, utiliza a teoria da *autopoiese* para tentar demonstrar que o modelo recursal não traz segurança ao sistema (*Processo e ideologia*, p. 247), analisa a questão da “arguição de relevância” à luz da legitimação pelo procedimento de LUHMANN (Ibidem, p. 260), ou, ainda, aborda os problemas gerados pela “sociedade complexa”, descrita na teoria em questão, e seus reflexos para o ambiente do processo (Ibidem, p. 272-273). Em texto mais recente, sobre a tutela preventiva, o jurista voltou a invocar a teoria dos sistemas, citando LUHMANN, TEUBNER e MARCELO NEVES (Réquiem para a tutela preventiva, p. 636).

⁹² Cf. *A instrumentalidade do processo*, p. 83.

⁹³ Cf. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 52.

de variados sistemas processuais.⁹⁴ É possível especular motivos para a pouca aplicação da teoria ao processo. O primeiro seria a pouca familiaridade da doutrina processual do Brasil com a teoria dos sistemas.⁹⁵ Outro, a dificuldade gerada pela alta abstração, ingrediente não muito comum ao teórico do processo, acostumado com a necessária concretude prática. Eventualmente, a justificativa se daria até pela natureza diversa com que o direito material e o processual costumam ser encarados. O fato é que, enquanto naquele há considerável linha de pesquisa adotando a teoria dos sistemas, em variados campos, neste a doutrina não cuida do tema, ao menos não de forma direta e explícita.⁹⁶

É também verdadeiro que a diferença entre o uso da teoria nas demais áreas do direito e a que pode ser feita no processo gira em torno do fato de que, naquelas, o que se procura é o comportamento de determinadas matérias à luz da teoria. No ambiente do

⁹⁴ O jurista utiliza exatamente o que temos tratado sobre o fechamento operacional e a abertura cognitiva dos sistemas, a despeito de não usar tais expressões ou citar a teoria dos sistemas. Assim diz DINAMARCO: “sistema é um conjunto de elementos interligados e conjugados em vista de objetivos comuns, de modo que um atua sobre os demais e assim reciprocamente, numa interação funcional para a qual é indispensável a coerência entre todos. Sistema processual é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos. Um dado sistema processual, considerado pelo conteúdo específico das normas que o regem, pela concreta conformação dos órgãos que o operam e pelo modo-de-ser dos institutos encadeados em razão desse objetivo constitui um modelo processual” (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 171).

⁹⁵ Cf. nota 32 *supra* sobre a ampla produção de LUHMANN no exterior e seu desproporcional conhecimento no país.

⁹⁶ Aliás, tanto o conceito de sistema não é utilizado na doutrina do processo estatal que não temos conhecimento de qualquer análise das chamadas *quebras de sistemas* pelas alterações da lei processual à luz da teoria dos sistemas. Exceto o fato de não ser nosso objeto de estudo, a evolução de tal abordagem poderia, inclusive, demonstrar que, à luz do conceito de sistema pela teoria em voga, não há quebra sistêmica em que todos apontam haver. Ou se poderia chegar à conclusão totalmente diversa, de que há quebra sistêmica e o que isso significa, ou mesmo que diante de tantas reformas sequer sistema mais teríamos (talvez se possa antecipar, o que não parece razoável concluir). DINAMARCO aponta que já não seria mais o caso de uma “guerra de guerrilhas” na reforma do processo atual, como feito antes, mas uma “revisão sistemática suficiente a devolver ao sistema brasileiro a indispensável coerência e consistência no trato dos institutos mediante a absorção das conquistas da moderna ciência processual” (*A reforma da reforma*, p. 41). CARMONA reconhece que a reforma contínua do processo traz problemas, mas que são considerados por ele como inevitáveis, e que mesmo se o modelo processual for um mosaico, na crítica de ARAKEN DE ASSIS, o mosaico visto de longe, é peça de arte (Quinze anos de reformas no Código de Processo Civil, p. 2). Ainda sobre as reformas do Código, em recente estudo sobre o atual art. 615-A fizemos uma análise, ainda que parcial e indireta, sob o ponto de vista do que chamamos *microsistema da fraude executiva* (A eficácia cautelar na averbação da demanda executiva). Na literatura estrangeira, VITTORIO DENTI é autor de amplo estudo sobre a relação entre reformas do direito processual na Itália e a ideia de sistema, embora sem aplicar a teoria dos sistemas expressamente. Diz autor que “alla definizioni del sistema, inteso non come um complesso di astrazioni lontane dalla realtà, ma come la ricostruzione dell’organismo della legge ed il compimento necessario dell’opera del legislatore” (*Sistemi e riforme*, p. 13). Em outro momento, consigna que “scopo essenziale della disciplina sistematica delle regole processuali, considerate come regole formali delle attività del giudice e delle parti, è di evitare nell’amministrazione della giustizia, per riprendere le parole di Carrè, ‘il disordine, l’arbitrio e la confusione’. Destinatario di queste regole è, in via immediata, il giudice, in quanto garante dell’ordine e della correttezza del giudizio” (Ibidem, p. 256).

processo, em que tais direitos são concretizados,⁹⁷ busca-se identificar um sistema próprio, ainda que inserido de forma geral no sistema do direito. E que em decorrência disso se torne concreta a expectativa jurídica material. Eis uma diferença considerável entre os demais ramos do direito vistos à luz da teoria dos sistemas e o direito processual.

O sistema processual, pelo enfoque da teoria dos sistemas, possui abertura cognitiva. Primeiro, a exerce junto aos demais ramos do direito, que o guiarão em termos de fins, fazendo com que trabalhe não apenas com *inputs* vindos dos direitos materiais, mas gerando-lhes os respectivos *enforcements*.⁹⁸ Quanto a isso, não importa que sejam eles (os direitos materiais) vistos como sistemas independentes ou partes do *subsistema* do direito. Em verdade, o sistema processual, no tocante a função, vai além. Além de trocar mútuas influências com os variados ramos do direito material, também o faz com a sociedade,⁹⁹ em movimento que ficou conhecido como *escopo social do processo*, pacificando com justiça e com caráter educativo.¹⁰⁰ Nessa relação entre o processo e o social, podemos perceber alguma aproximação, em aspectos sociológicos evidentemente, entre jurisdição e teoria dos sistemas.

Entretanto, outra perspectiva ainda pode aproximar a teoria do processo à dos sistemas. A moderna visão de processo está lastreada, com certos limites, a uma finalidade: distribuir justiça com celeridade e qualidade. Para tanto, tende-se a abandonar determinados ritualismos que outrora ocuparam lugar de destaque na procura por diferenciar a ciência processual, na fase em que ela necessitava descolar seus institutos dos de direito material

⁹⁷ Segundo CÂNDIDO DINAMARCO, “as declarações e atuações do direito, que constituem resultado dos processos jurisdicionais (de conhecimento, de execução), ou são decisões ou exteriorizações delas e, invariavelmente, encarnam o poder exercido quanto a um caso concreto. O poder, portanto, é posto ali, tanto quanto mediante a lei ele é posto para a generalidade dos casos previstos” (*A instrumentalidade do processo*, p. 91, nota 9). Tivemos a oportunidade de publicar um estudo em que abordamos a jurisdição sob o ponto de vista de exercício de ato de poder, quando ali anotamos que “chega a ser um (*pseudo*) paradoxo: na medida em que a jurisdição é forma de controle dos atos do Estado, é também uma das formas de que este se utiliza para expressar seu poder (cuja melhor tradução prática talvez seja o seu qualitativo de coerção) de fazer com que a situação concreta adapte-se ao *esquadro* traçado pelo sistema jurídico material (como sempre, o direito material guia a forma de atuação do juiz, ou seja, o direito processual – este é e deve ser, portanto, *altruísta* em relação ao primeiro)” (PARENTE, *Jurisdição e poder*, p. 4).

⁹⁸ Como ocorre, por exemplo, com a chamada tutela diferenciada. PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON trata como *diferenciada* toda tutela concedida antes da cognição exauriente (Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada). Com outro enfoque, em estudo que se tornou clássico, DONALDO ARMELIN vincula a tutela diferenciada à conexão entre o mundo dos fatos e o direito e, portanto, mais próximo da questão do *enforcement* de direitos materiais (Tutela jurisdicional diferenciada).

⁹⁹ A sociedade, conforme vimos antes, é tratada na teoria dos sistemas como *entorno* sistêmico.

¹⁰⁰ Cf. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 159.

para obter autonomia.¹⁰¹ Por essa premissa, os institutos processuais passaram a ser analisados como um concatenamento normativo voltado a uma finalidade: assegurar um processo justo a ambas as partes, dar a quem tem razão o que o direito material lhe confere.

Ora, conforme já vimos, o direito na teoria dos sistemas está situado justamente como um subsistema que, mediante o chamado acoplamento estrutural, procura equilibrar os demais sistemas sociais, neles incluída a sociedade. A teoria dos sistemas não está preocupada com a ordenação em si, com a normatização das regras do subsistema do direito. Está, isso sim, empenhada em desenvolver o papel do direito na sociedade. É na funcionalidade do direito (para a sociedade, para os demais sistemas e para si mesmo, como forma de melhorar seu sistema) que tal teoria está focalizada, inserida numa sociedade *policontextual* e complexa.¹⁰² Isso, além de equivaler, no processo, ao seu escopo social, assemelha-se a uma visão mais finalista do direito, afinada com a moderna doutrina do processo.¹⁰³

De qualquer sorte, se por um lado o sistema processual não é analisado pela doutrina à luz da teoria dos sistemas, como dito, seu modelo estatal não é o objetivo aqui. Ele vem, isso sim, como ilustração do raciocínio, para que depois a mesma premissa seja levada ao processo arbitral. E para esclarecer esse ponto de vista, saindo um pouco da abstração,¹⁰⁴ seguem exemplos em que essa visão de sistema fica patente em diferentes modelos processuais estatais.¹⁰⁵ Assim o faremos de forma gradual, do mais afastado do modelo judicial comum ao mais próximo, chegando ao modo arbitral. Vejamos.

¹⁰¹ Cf. DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 86 e ss.

¹⁰² Cf. LUHMANN, *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*, p. 11. Em outro estudo, LUHMANN anota que “modern society has realized a quite different pattern of system differentiation, using specific functions as the focus for differentiation of subsystems. [...] Basing itself on this form of functional differentiation, modern society has become a completely new type of system, building up an unprecedented degree of complexity” (*Essays on self-reference*, p. 177-178).

¹⁰³ “De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um *princípio-síntese e o objetivo final*, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos no sistema atual como meios coordenados entre e destinados a oferecer um *processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*” (DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, p. 12-13).

¹⁰⁴ Conforme anotamos na apresentação e delimitação do tema, nosso estudo terá três momentos bem distintos. Enquanto neste primeiro capítulo haverá uma alta abstração para inserir a questão teórica, isso tenderá e diminuir na medida em que entrarmos no ambiente do processo arbitral. Assim, o capítulo 2 será menos abstrato do que o primeiro, porém mais do que o terceiro, em que entraremos na processualística da arbitragem à luz da teoria posta.

¹⁰⁵ LUHMANN, referindo-se não apenas ao processo judicial, mas a todas as formas de processo decisório estatal (administrativo, legislativo e judicial), assevera que “um processo só existe quando há incerteza sobre conclusão, a qual é superada através dele mesmo enquanto processo decisório seletivo” (*Sociologia do direito*, v. 1, p. 178).

No *processo legislativo*, integrante do direito processual em sentido lato,¹⁰⁶ podemos identificar a teoria dos sistemas. Ele não é apenas um conjunto de regras que regulam a normatização. Há um conjunto de atos e fatos que redundam na aceitação ou rejeição da demanda.¹⁰⁷ Possui um esquadro fechado de instrumentos e institutos próprios, que o distinguem dos demais campos do processo, ou seja, seu *fechamento operacional*.¹⁰⁸ E não só. Com seu ferramental, tem condições de exercer contínua troca de mútuas influências com outros sistemas sociais, como a economia (especialmente), a política e o direito, o mesmo ocorrendo, em grande medida, com seu entorno, a sociedade (donde advém a *demanda* pela lei). Eis sua *abertura cognitiva*. Em suma, tudo leva a crer que o processo legislativo reúne os elementos da teoria em questão para caracterizá-lo como um sistema.¹⁰⁹

No *processo administrativo*, ocorre o mesmo. A doutrina processual, em maioria, defende haver processo em determinados atos da administração. Dinamarco defende essa posição, pois, segundo ele, na atividade administrativa reside o mesmo grau de imperatividade que em seus pares jurisdicionais, distinguindo-os apenas no que chama de “final enforcing power”.¹¹⁰ Diz que a censurabilidade dos atos da administração via Judiciário é apenas um dado de equilíbrio de poderes e de inafastabilidade do estado de direito.¹¹¹ O jurista suporta

¹⁰⁶ Para DINAMARCO, ontologicamente nada separa a jurisdição no processo judicial dos processos legislativo e administrativo (*A instrumentalidade do processo*, p. 115). E vai além, no sentido de que também no processo legislativo há atividade de conhecimento e decisão, reconhecendo ali haver processo (Ibidem, p. 90). Para ele, “a função jurisdicional e a legislação estão ligados pela unidade do escopo fundamental de ambas: a *paz social*” (Ibidem, p. 193). BARBOSA MOREIRA aceita haver *processo legislativo*, inclusive mencionando o fato de assim constar da Constituição (Privatização do processo?, p. 11). Em igual sentido, FERNÃO BORBA FRANCO (*Processo administrativo*, p. 55). Não vamos aprofundar a questão envolvendo *processo e procedimento*. O se o *processo legislativo* é processo ou procedimento, como ocorrerá com o *processo administrativo* logo a seguir. Retornaremos a essa questão no segundo capítulo, quando trataremos do *processo arbitral*. Antecipando, reconhecemos ambos como processo à luz de uma teoria geral do processo estatal e não apenas jurisdicional, tal qual posto por DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 52). TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. faz considerações no mesmo sentido sobre a obra de LUHMANN, aproximando as esferas do processo judicial, legislativo e administrativo como aptos a neutralizar “decepções” sociais e, com isso, pacificar, anotando que a diferença estaria apenas no “sistema de procedimento” (cf. Apresentação à obra *Legitimação pelo procedimento*, p. 4). Metodologicamente, optamos por direcionar nossa atenção, neste tocante, ao *âmbito arbitral da jurisdição*.

¹⁰⁷ Cf. PAULO ADIB CASSEB, *Processo legislativo*, p. 19.

¹⁰⁸ Sobre os instrumentos do processo legislativo, em especial a atuação das comissões permanentes e temporárias, Cf. ADIB CASSEB, Ibidem.

¹⁰⁹ De forma análoga, LARENZ traz o pensamento de ECKHOFF e SUNDBY, para quem o sistema do direito é representado por um conjunto de atividades, entre as quais está a legislativa (*Metodologia da ciência do direito*, p. 239).

¹¹⁰ Como diz LUHMANN, “todo o direito é posto por decisão”, e “leis, atos administrativos, sentenças etc. são, pois, legítimos como decisões, quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o próprio comportamento” (*Legitimação pelo procedimento*, p. 32). Em sentido contrário, de que não há processo nos atos da administração, mas apenas atos de procedimento, cf. CRETILLA JÚNIOR, Natureza do processo administrativo.

¹¹¹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 97.

seu raciocínio na unidade da jurisdição. Para ele, “é fora de dúvida que o contencioso administrativo exerce jurisdição, autêntica jurisdição”.¹¹²

Alargadas as balizas do conceito de jurisdição para a moderna processualística, pode-se dizer que no trâmite do processo administrativo ocorre verdadeiro diálogo do jurisdicionado com o Estado, qualificado pelo *devido processo legal*, como diz Carlos Alberto Carmona.¹¹³ Daí falarmos em *processo administrativo*.¹¹⁴ O processo administrativo, tal qual o legislativo, possui uma série de institutos e princípios iguais ou muito semelhantes aos do modelo judicial, no que podemos identificar como uma teoria geral.¹¹⁵ No entanto, o que realmente importa, por outro lado, é que ele encerra algumas características próprias, particularidades em termos instrumentais, que não o afastam das linhas gerais da teoria geral do processo, mas, sim, o identificam como um sistema próprio. À luz da teoria dos sistemas, fazemos alusão ao seu *fechamento operacional*.¹¹⁶ Do mesmo modo, exerce trocas com os demais sistemas sociais, especialmente com o sistema de direito material, ou mesmo com o sistema processual judicial,¹¹⁷ o qual identificamos na teoria dos sistemas como *abertura*

¹¹² DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 120, nota 4.

¹¹³ Cf. Apresentação à obra de FERNÃO BORBA FRANCO, *Processo administrativo*, p. viii.

¹¹⁴ Sobre a característica processual do processo administrativo, cf., por todos, ODETE MEDAUAR, *A processualidade no direito administrativo*.

¹¹⁵ FERNÃO BORBA FRANCO desenvolve tais ideias de forma exaustiva e com maestria, especialmente ao analisar, por exemplo, os princípios da Constituição sobre o processo administrativo (aliás, da qual advém sua qualificação como processo, *devido processo legal*) e seus institutos fundamentais. Logo, para um aprofundamento do tema, sugerimos a leitura de sua obra (*Processo administrativo*, p. 23-61).

¹¹⁶ Que inclui também a sua disciplina legal específica (Lei 9.784/1999). Ainda em BORBA FRANCO encontramos que “a teoria geral não significa que os institutos devem ser idênticos, mas que as particularidades de cada ramo podem ser explicadas coerentemente, com base em conceitos iguais” (*Processo administrativo*, p. 4). Nesta obra reputamos estar o melhor roteiro sobre a *marcha* do processo administrativo. Ali podemos notar a questão do fechamento operacional do processo administrativo ao analisar, por exemplo, as características próprias da sua “demanda”, sua instrução, a tutela de urgência regrada por leis especiais, os recursos e, por fim, a coisa julgada do processo administrativo.

¹¹⁷ Como é exemplo a impugnação de decisões administrativas pela via judicial (cf. a respeito, BORBA FRANCO, *Processo administrativo*, p. 165-170). Relevante anotar que a obra de JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI é apresentada pelo autor justamente com o uso das lições de DINAMARCO que expusemos antes, da existência de uma teoria geral do processo que abarca não apenas os atos processuais judiciais, mas também o processo administrativo e o processo legislativo (*Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*). Bom lembrar que, como aponta VITTORIO DENTI, “Il proprio sistema era, invece, considerato da Carnelutti come una teoria generale del processo tout court” (*Sistemi e riforme*, p. 17). PUOLI, por sua vez, procura, com sucesso, dar tratamento sistêmico ao conjunto de atos de poder exercidos pelo Ministério Público que não necessariamente sejam atos processuais clássicos, mas que geram efeitos na vida dos jurisdicionados, e quais as consequências civis disso. Sem adotar a teoria dos sistemas expressamente, fato é que, no conteúdo de sua obra, o autor confere um tratamento sistêmico aos atos jurisdicionais e administrativos do *parquet*, inclusive com demonstração de seus reflexos políticos. Isso, à luz da teoria dos sistemas, tem total pertinência no tocante à *abertura cognitiva* de um sistema jurídico com o sistema político, nos termos do postulado de LUHMANN. Em suma, vemos no conteúdo da obra de PUOLI um tratamento sistêmico do seu objeto de estudo que muito se aproxima da conceituação de *sistema* da teoria que acampamos (tanto que, em sua apresentação, o jurista reconhece que “o objetivo do

cognitiva. Há vasta doutrina a respeito das características do processo administrativo, mas a elas não nos dedicaremos aqui. O que nos importa é apenas situá-lo como modelo processual que possa ser caracterizado como um sistema, à luz da teoria em questão.

No *processo constitucional* (controle concentrado de constitucionalidade) ocorre algo bastante semelhante, embora já estejamos no plano do processo judicial.¹¹⁸ Falamos do processo de controle objetivo de constitucionalidade. Não são necessárias muitas considerações para concluirmos que a chamada jurisdição constitucional, embora também integrante da teoria geral do processo, tem um modelo de tratamento todo especial, à semelhança do processo administrativo, a começar pela disciplina legal própria.¹¹⁹ O processo constitucional possui um claro *fechamento operacional*, com instrumentos bastante próprios.¹²⁰ Ademais, podemos dizer que sua *abertura cognitiva* é até de certa forma potencializada, na medida em que troca mútuas influências não apenas com os demais sistemas do direito, mas, fundamentalmente, com os sistemas político e social. Logo, a nosso ver, o processo constitucional, ou controle concentrado de constitucionalidade, apresenta características que o aproximam do que a teoria aqui esposada considera como um *sistema*.¹²¹

No *processo coletivo*, ingressando ainda mais no universo do processo judicial comum, também podemos dizer que há um sistema. Ou, conforme a doutrina, um

---

presente livro é estudar de forma sistemática o conjunto de providências da competência do *parquet*...” – *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, p. 2).

¹¹⁸ Tivemos a oportunidade de tratar, em monografia, do processo de controle direto de constitucionalidade como um dos métodos de implementar a uniformização de jurisprudência, o que, neste tocante, também demonstra a sua particularidade quanto aos demais processos estatais, sua *característica sistêmica* (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 84-90). Também abordamos o processo de controle de constitucionalidade em estudo comparativo com o processo coletivo (A ação civil pública e o controle de constitucionalidade).

¹¹⁹ Leis 9.868/1999 e 9.882/1999.

¹²⁰ Daí até CANOTILHO dizer que a jurisdição constitucional, embora órgão da jurisdição, possui “especificidades metódicas em relação à actividade jurisdicional desenvolvida por outros tribunais”. Ele aponta um parâmetro de controle (princípios e regras constitucionais) com fortes “cambiantes políticas”, assim como uma diferente rotina no tocante ao *poder de interpretação*, o que faz com que todos devam ter a mesma leitura que o Tribunal Constitucional (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1305-1306). Neste aspecto, esta leitura aproxima-se do contido em nossa monografia no tocante ao controle de constitucionalidade (cf. nota acima). Ainda sobre os instrumentos do processo constitucional, cf. MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA (*Direito processual constitucional*, p. 39-43) e PAULO HAMILTON SIQUEIRA JR., uma vez que este autor, inclusive, se utiliza expressamente da ideia de sistemas, tanto na linha tradicional quanto da teoria dos sistemas, embora sem maiores explicações de como o faz neste último caso (*Direito processual constitucional*, p. 80). Sobre questões processuais específicas do controle de constitucionalidade, cf. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, *Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade*, p. 174-186.

¹²¹ GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA considera o processo constitucional um “microssistema de tutela jurisdicional coletiva especial” (*Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 3).

microsistema.¹²² É verdade, todavia, que a literatura disponível não realiza a análise do sistema do processo coletivo à luz da teoria dos sistemas. O que se percebe é um outro enfoque, que procura aproximar a concepção de sistema com o seu arranjo normativo específico,¹²³ concatenado e voltado ao objeto primordial do processo coletivo, que são os chamados *novos direitos* (*rectius*, direitos sociais).¹²⁴ Essa verdadeira premissa do processo coletivo, o trato dos direitos sociais, reafirma a ponderação que fizemos antes, a necessidade de que o processo seja visto à luz de valores sociológicos.

Não se pode considerar o processo coletivo sem uma enfática aproximação com os valores sociais.¹²⁵ Para um enfrentamento adequado de tais novos direitos, decorrentes de complexos e múltiplos problemas de uma sociedade massificada, sendo voz corrente que o sistema processual individual não era suficiente, caminhou-se para um outro modelo, o sistema do processo coletivo. Para o que nos interessa,¹²⁶ para efeito do que estamos tratando sobre o conceito de sistema da teoria em questão, é notório que o processo coletivo é dotado

¹²² NELSON NERY JR. diz textualmente que “o microsistema do Direito das Relações de Consumo está informado pelo princípio geral da boa-fé” (*Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 515), enquanto ANDRÉ RAMOS TAVARES, com amplo respaldo doutrinário, defende a existência do que denomina “direito processual constitucional” (Teoria processual e processo constitucional “objetivo”, p. 75).

¹²³ Leis da ação popular (4.717/1965), da ação civil pública (7.347/1985), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e improbidade administrativa (8.429/1992). Com ampla abordagem sobre cada um dos diplomas e sua ligação sistêmica, cf., por todos, RICARDO LEONEL, *Manual do processo coletivo*, p. 114-150.

¹²⁴ Como bem disse CARLOS ALBERTO DE SALLES, “a colocação sob a tutela jurisdicional de novos interesses, anteriormente fora do seu alcance, introduziu um novo tipo de litigância, trazendo para a cena judiciária agentes antes desconhecidos, com exigência de soluções não previamente enfrentadas em nossa tradição jurídica” (*Execução judicial em matéria ambiental*, p. 55).

¹²⁵ Aliás, é justamente nesse sentido que está baseada a obra de OWEN FISS, em que o professor norte-americano analisa o processo não como um instrumento do direito material, mas como meio de concreção de valores sociais previstos na Constituição Federal (*Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*, p. 25).

¹²⁶ Abordamos as características do processo coletivo em monografia como um dos métodos de uniformizar a jurisprudência (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 80-84). Em outros três estudos também assim o fizemos, com diferentes enfoques. No primeiro, à luz do reconhecimento de inconstitucionalidade de leis, em que consignamos que “isso equivale a dizer que o pedido na ACP deve necessariamente ser certo, não apenas por conta da ordem estabelecida pelo Código de Processo Civil exatamente nesse sentido (não havendo qualquer exceção ao sistema da tutela coletiva) mas, principalmente, porque o próprio *microsistema* processual das ações coletivas determina que o pedido deve cingir-se às espécies acima retratadas” (Ação civil pública e controle de constitucionalidade). No segundo, no tocante à responsabilização do autor da ação civil pública detentor de liminar restritiva de direitos e perdedor da demanda, como mecanismo integrante um sistema próprio de ônus ao demandante (A ação civil pública, as associações e a (ir)responsabilidade processual). No último, quanto ao contraditório na formação da sua coisa julgada (Contraditório e formação da coisa julgada no processo coletivo). Embora não tenhamos adotado a teoria dos sistemas explicitamente em nenhum deles, em todos apontamos as características próprias do processo coletivo e o tratamos, expressamente, como um *microsistema*.

de um *fechamento operacional* próprio, advindo de sua estrutura legal específica.¹²⁷ Basta lembrar institutos como legitimidade e coisa julgada, apenas os mais emblemáticos, que distinguem o processo coletivo do individual.¹²⁸ São igualmente conhecidos os já verdadeiros axiomas do processo coletivo, no sentido de ele conter características peculiares que demandam mudança de mentalidade dos aplicadores. A migração das demandas *atomizadas* para a *molecularização* da tutela, ou a transição do individual para o coletivo no tocante aos institutos clássicos do direito processual.¹²⁹

No que respeita à sua *abertura cognitiva*, sempre lembrando os caracteres de sistema para a teoria adotada, o processo coletivo a possui de forma bastante clara. Além da troca de mútuas influências com os demais ramos do sistema jurídico, em especial o direito material, que identifica o objeto da tutela coletiva, não se pode negar o alto grau de potencialidade política que tal espécie de tutela proporciona, integrando os sistemas jurídico, político,¹³⁰ econômico e, fundamentalmente, social,¹³¹ exatamente conforme o modelo proposto por Luhmann no tocante à conceituação de sistema, como visto antes.¹³²

¹²⁷ Em recente obra, ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE e LINDA MULLENIZ colocaram o Brasil no rol de países que possuem “um verdadeiro sistema de processos coletivos” (*Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, p. 31). ASSAGRA considera que o Brasil possui riqueza quanto aos “vários microssistemas jurídicos”, destacando o que ele denomina de “microssistema de tutela coletiva comum” do processo coletivo (*Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 2).

¹²⁸ A respeito do tema, cf. JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR, para quem “as alterações sofridas na sistemática da *legitimatō ad causam* e na coisa julgada foram suficientes para que a *tutela jurisdicional coletiva* se efetivasse” (*Tutela jurisdicional coletiva*, p. 186). Sobre a tipicidade da coisa julgada coletiva, cf. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*.

¹²⁹ Neste sentido, cf., por todos, VINCENZO VIGORITTI, *Interessi collettivi e processo*.

¹³⁰ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA apontou que o processo coletivo é um “instrumento capaz de exercer uma poderosa influência modernizadora do sistema processual”, pois, segundo defende, são “instrumentos que, superando a concepção da ação como expressão de um conflito individual, abre um campo extraordinariamente significativo para o exercício político da solidariedade, permitindo uma visão comunitária do Direito” (*Processo e ideologia*, p. 319).

¹³¹ ADA PELLEGRINI GRINOVER aponta o nascimento, na Itália, dos estudos sobre interesses coletivos e que disso resultou clara a “dimensão social desses interesses”, ou uma “nova categoria política e jurídica” (*Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos...*, p. 9). É o que ocorre, por exemplo, com a questão das políticas públicas implementadas via tutela coletiva. Considerando a controvérsia do assunto e o fato de que o aprofundamento da questão escaparia ao tema, remetemos a leitura às obras (originalmente, teses defendidas nesta Casa) de CARLOS ALBERTO DE SALLES (*Execução judicial em matéria ambiental*, p. 106 a 123) e JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI (*Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, p. 52-57) e ao artigo de FERNANDO SCAFF (*Controle de constitucionalidade e sentenças aditivas no Brasil*). Uma outra forma de ver o fenômeno é trazida por VIGLIAR, que reputa o processo coletivo como um importante instrumento de participação política da sociedade na atividade jurisdicional do Estado (*Tutela jurisdicional coletiva*, p. 187), o que, de qualquer sorte, não afasta a nossa colocação sobre a ampla troca entre os sistemas jurídico e político via processo coletivo, ou seja, a sua *abertura cognitiva*.

¹³² ADA PELLEGRINI GRINOVER faz uma descrição do modelo da tutela coletiva que confirma o que estamos propondo em termos de sua análise pela teoria dos sistemas. A bem da verdade, toda a construção prévia que fizemos sobre descentralização social, o novo formato de Estado, a autonomia do aparelhamento sistêmico com o apoio de organismos regulamentares transnacionais, a busca finalística por resultados

Por fim, nos *juizados especiais* ocorre o mesmo. Aqui ingressamos em modelo de processo estatal em que a doutrina processual também aponta haver um *microsistema*, tal qual nos processos constitucional e coletivo acima, notadamente em função de possuir regramento específico.¹³³ Embora não tenhamos notícia de abordagem que assim conclua sob a ótica da teoria dos sistemas, não se pode negar que a doutrina aponta a especificidade justamente para afastar suas engrenagens do modelo do processo comum. Mostra, assim, que possui um *fechamento operacional* bem próprio, diverso do modelo tradicional,¹³⁴ mas não só. Por expressa disposição legal, o sistema dos juizados especiais apresenta também especificidade quanto a princípios,¹³⁵ sendo, por conseguinte, descrito como um “novo sistema” pela doutrina.¹³⁶ Não é necessário tratar detalhadamente da técnica do *fechamento operacional* dos juizados para corroborar que ele se encontra alinhado ao que já falamos a respeito da caracterização como um sistema à luz da teoria em voga. Talvez de todos os *processos* acima abordados, o dos juizados especiais seja o que contém o mais rico e específico regramento instrumental, seu fechamento operacional.¹³⁷ Importa apenas lembrar que os juizados são considerados como um *microsistema* próprio que a doutrina se ocupa de analisar, inclusive sua ideologia peculiar.¹³⁸ No entanto, um aspecto chama a atenção por ser de interesse do processo arbitral: no sistema dos juizados, tal qual ocorre lá, o juiz pode criar modos de trabalhar a prova, de colher a instrução, interrogando livremente as partes, dialogando com elas, permitindo o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas, enfim, tudo sem as formas do processo clássico.¹³⁹

---

sociais, a relação entre direito e política, entre outros, havia sido reconhecida pela jurista no tocante ao complexo panorama dos novos direitos, dos interesses metaindividuais, embora sem adotar expressamente a teoria dos sistemas: “o reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram de relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída a grupos naturais e históricos que compõem a nação” (*Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 10).

¹³³ Lei 9.099/1995.

¹³⁴ DINAMARCO descreve o sistema dos juizados especiais como possível espelho para o processo comum em determinados instrumentos que lhe são peculiares (*A instrumentalidade do processo*, p. 129).

¹³⁵ “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (art. 2.º da Lei). Sobre o assunto, cf. DINAMARCO, *Princípios e critérios no processo das pequenas causas*.

¹³⁶ Cf. RICARDO CHIMENTI, *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 7.

¹³⁷ Sobre os instrumentos dos juizados, cf., por todos, DINAMARCO, *Manual das pequenas causas*.

¹³⁸ A respeito, cf., por todos, KAZUO WATANABE, *Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas*.

¹³⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 129. Não por outro motivo, recentemente o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral da matéria, decidiu não ser cabível mandado de segurança contra decisão interlocutória nos juizados, justamente diante das peculiaridades do seu sistema,

De outra sorte, a *abertura cognitiva* do sistema dos juizados especiais fica clara na medida em que, como os demais acima, ele se comunica com o sistema do direito como um todo, inclusive com um ingrediente específico que é a autorização legal para que o juiz julgue de acordo com a equidade, trazendo um diferencial no tocante ao sistema do processo comum, no que concerne a quais elementos externos ao processo podem influir nas suas decisões. Aliás, na linguagem da teoria dos sistemas, os juizados especiais fazem verdadeiro *acoplamento estrutural*¹⁴⁰ entre os sistemas jurídicos e social, na medida em que o próprio dispositivo legal que autoriza o julgamento por equidade assim o faz “atendendo os fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (art. 6.º).¹⁴¹ E isso também evidencia, mais uma vez, a característica marcadamente sociológica deste sistema processual,¹⁴² à guisa tanto do que vimos falando genericamente acima quanto dos demais microssistemas antes apontados. Finalmente, ainda relativamente sua abertura cognitiva, não podemos esquecer as premissas eminentemente sociológicas por trás do instituto, invocando antes prementes carências sociais de maior acesso da sociedade à jurisdição.¹⁴³ Podemos concluir que, de certa forma, no tocante aos dois requisitos, para que se analise um sistema processual à luz da teoria que adotamos, o dos juizados especiais reúne a maior proximidade com o modelo arbitral.

Para finalizar, ressaltamos que, embora abordemos diferentes *modelos processuais* nos quais a ideia de sistema da teoria em questão pode ser adotada, isso não significa que neguemos a existência de uma teoria geral do processo. Muito ao contrário.¹⁴⁴ Não procuramos diferenciar princípios processuais gerais,¹⁴⁵ que são a base da teoria geral

---

voltado à simplicidade e celeridade, não cabendo a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nem da lei do mandado de segurança (RE 576847, rel. Eros Grau, j. 22.05.2009).

¹⁴⁰ Cf. notas 54, 55 e 63 *supra*.

¹⁴¹ Por opção metodológica, deixaremos outras considerações sobre o juízo de equidade para o momento em que o analisarmos no processo arbitral.

¹⁴² OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA insiste em recriminar “o distanciamento entre o Direito – concebido como uma abstração conceitual – e a vida social”. Segundo ele, “essa perspectiva obriga-nos a ‘sujar as mãos’ com temas políticos, que a velha doutrina européia considerava uma questão vedada aos juristas, enquanto cientistas ‘puros’” (*Processo e ideologia*, p. XI).

¹⁴³ Sobre o tema, por todos, cf. estudo que se tornou clássico, KAZUO WATANABE, Acesso à justiça e sociedade moderna.

¹⁴⁴ BARBOSA MOREIRA acredita na existência de uma teoria geral do processo, conforme estudo publicado há mais de vinte anos. Demonstra que o direito processual “recebe dos demais ramos do direito uma série de noções e de institutos”, ou seja, mantém aberta uma relação que na teoria que ora adotamos é conceituada como abertura cognitiva (As bases do direito processual civil, p. 8). Já publicamos nossa posição favorável à teoria geral, sob o ponto de vista de exercício de poder e de escopos do processo (cf. *Jurisdição e poder*, p. 186).

¹⁴⁵ Cf. o conceito de princípios de HUMBERTO ÁVILA (*Teoria dos princípios*, p. 167).

do processo, que se mantêm íntegros em todos os *microsistemas* apontados anteriormente, não obstante existam peculiaridades em cada qual.

O que fizemos foi apontar a possibilidade de trabalhar com o conceito de sistema para o direito processual, ensaiando, inclusive, demonstrar que isso já tem sido feito, embora sem reconhecimento e/ou conhecimento expresso (como restou evidente em algumas das passagens acima). Focalizamos o modo de atuação, em termos instrumentais (fechamento operacional) e sociológicos (abertura cognitiva) de alguns sistemas, e isso se coaduna com a ideologia da teoria dos sistemas, eminentemente finalista. Esse enfoque instrumental será agora utilizado no ambiente do processo arbitral. No próximo (capítulo 2) apresentaremos linhas gerais, premissas necessárias para o enquadramento teórico do processo arbitral como sistema, à luz da teoria que apresentamos. No seguinte (capítulo 3), entraremos na marcha do processo arbitral, analisando alguns dos seus principais institutos processuais à luz da premissa teórica posta e na tentativa de demonstrá-la. É o que segue.

CAPÍTULO 2

O PROCESSO ARBITRAL COMO SISTEMA

No capítulo anterior fizemos a inserção da premissa teórica da tese. Agora trataremos de aspectos gerais necessários para a aplicação da ideia ao processo arbitral. O presente capítulo, assim, fará a interseção entre a hipótese do capítulo anterior e a experiência concreta do próximo. A intenção é trazer a caracterização do conceito de sistema do capítulo anterior para o processo arbitral, com os dois pilares da teoria dos sistemas, o fechamento operacional e a abertura cognitiva. E, utilizando-os, contextualizar esse método de resolução de conflitos na concepção de sistema para o direito adotada. É o que segue.

2.1 O subsistema arbitral

Importa registrar, inicialmente, que este item recebe a denominação de *subsistema*, e não de *sistema* arbitral, apenas e tão somente por coerência com a doutrina de Luhmann acerca da divisão da sociedade em subsistemas sociais, entre os quais se insere o direito.¹ A bem da verdade, como isso retrata uma questão conceitual/terminológica que não é fundamental para os fins do estudo, poderemos utilizar, no decorrer do texto, tanto uma quanto outra expressão para designar o formato sistêmico do processo arbitral. Como não se trata de um trabalho sobre a teoria dos sistemas e seu leque conceitual, e sim de sua aplicação em uma parte da experiência jurídica, aqui retratada pelo processo arbitral, a denominação não deve desviar o foco da essência que buscamos, especialmente quando desse expediente não resultar uma consequência para o estudo.

Dito isso, inseridos de entre os subsistemas sociais de Luhmann, apontamos a existência de outros subsistemas (cf. item 1.2.2 *supra*), entre eles o processual, que também se divide em microuniversos processuais, nos termos do que anotamos no item 1.2.3 acima. Quando lá falamos de *processo* legislativo, *processo* administrativo, *processo* constitucional, *processo* coletivo, *processo* dos juizados especiais, evidentemente que se encaixaria, à

---

¹ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 37. Nesse sentido, cf. capítulo 1, nota 49.

perfeição, o *processo* arbitral.² Logo, a sua colocação neste momento ocorre por opção topológica coerente com a metodologia adotada.

Conforme vimos no primeiro capítulo, na concepção adotada, o sistema jurídico não é piramidal, e sim policontextual. Nele, vários subsistemas se relacionam como uma espécie de *constelação*.³ Também como apontado antes, para que esse modelo funcione, pressupõe-se que os variados sistemas possuam maturidade no seu conjunto de instrumentos. Isso lhes permite ser autorreferenciais. E a autorreferência lhes confere autonomia. Para a teoria dos sistemas, trata-se do fenômeno chamado de *fechamento operacional*. Por seu turno, esse feixe instrumental, trazendo autonomia, chancela que o sistema se comunique com os demais, sem perder sua essência, mas, fundamentalmente, para se manter em contínua evolução, ou em movimento que lhe propicie acompanhar os desdobramentos dos demais sistemas sociais. Em especial, seu entorno, considerado pela teoria encampada como a sociedade. Para a teoria dos sistemas, trata-se do fenômeno chamado de *abertura cognitiva*.

O contexto acima foi apresentado no primeiro capítulo em termos teóricos gerais. Não tivemos, e é bom reiterar, nenhuma pretensão de esgotamento, ou mesmo de um aprofundamento maior nos incontáveis meandros da teoria em si, o que nos levaria a um desvio de rota sem fácil retorno.

De qualquer forma, no capítulo 1 registramos que é cada vez mais evidente a incapacidade de o processo estatal ser a melhor opção para a resolução de determinadas crises jurídicas, o que acaba resvalando nos planos dos sistemas social, econômico e

---

² Embora sem utilizar a teoria dos sistemas, RAFAEL BICCA MACHADO faz uma análise da arbitragem demonstrando sua inter-relação com os sistemas da economia e sociologia, ou, como diz, a “sociologia econômica do direito” (*A arbitragem empresarial no Brasil*), o que, no conteúdo, não se afasta da premissa macroapresentada na primeira parte desta tese, da relação entre sistemas sociais e do papel do processo arbitral nesse contexto. Tal ponto foi bem anotado também por SELMA FERREIRA LEMES no prefácio ao livro de LUCIANO TIMM (*Arbitragem nos contratos empresariais*), que relaciona o sistema arbitral com o sistema da economia (mas também sem adotar a teoria dos sistemas), ao dizer que “a interpretação dos institutos jurídicos evolui e acompanha a nova forma de pensar e agir da sociedade”.

³ Cf. capítulo 1, notas 31 e 59. LEONEL SEVERO ROCHA afirma que “a sociologia luhmanniana apresenta uma série de propostas que nos permitem observar o Direito de maneira diferente, de uma maneira mais dialética (sem síntese), no sentido de que é preciso ver a sociedade com tentativa de construção do futuro. É difícil observar-se o Direito atual usando-se somente critérios dogmáticos normativistas. A partir desta ruptura epistemológica proposta pela matriz pragmático-sistêmica, vislumbra-se uma epistemologia circular, e não mais linear como tradicionalmente enfocada” (*Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 38 – destacamos).

político.⁴ Foi nesse quadro que, também conforme o capítulo antecedente: (a) alterações na estrutura da dogmática jurídica se tornaram necessárias visando emprestar eficácia a novos direitos; (b) passou-se a falar em tutela diferenciada; (c) meios alternativos de composição de controvérsias ganharam ênfase; e, por fim, (d) a própria concepção da teoria dos sistemas se mostrou mais atual, maleável e, fundamentalmente, aplicável a diversos campos da arquitetura jurídica global.

Pois bem. Pressupondo-se que o *sistema* se comporte com *fechamento operacional* e *abertura cognitiva*, isso tem especial relevância no tocante às normas processuais. O aspecto foi abordado antes, quando tratamos da aplicação da teoria ao direito processual como um todo e, especificamente, nos seus variados *microsistemas*.⁵ Em poucas palavras, significa dizer que o processo estatal é capaz de se compor mediante instrumentos próprios (*fechamento operacional*), sem perder contato e estabelecer relações com o ambiente que o cerca (*abertura cognitiva*).⁶

Se isso é verdade, criados os métodos alternativos à (obviamente) insatisfatória solução estatal de controvérsias,⁷ de acordo com as mesmas premissas acima, podemos considerar o processo arbitral como um *sistema*? Se sistema deve ser (i) capaz de se autocompor

⁴ Cf. capítulo 1, item 1.2.2. Chega a ser natural, pois, como sabido, a crise jurídica sempre atinge em maior ou menor grau tais sistemas da sociedade. Nesse cenário, CÂNDIDO DINAMARCO ressalva que o escopo último do processo continua sendo a pacificação, mas, ao mesmo tempo, acentua o fato de que “a educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer suas insatisfações a serem remediadas em juízo” (*A instrumentalidade do processo*, p. 198).

⁵ Cf. item 1.2.3 *supra*.

⁶ Coerentemente com o que pontuamos no primeiro capítulo, relevante repetir que, dentro da premissa sistêmica adotada, num ambiente em que há fechamento operacional, as trocas de influência entre sistemas, que ocorrem via abertura cognitiva, trazem para o contexto daquele sistema novos elementos, que serão a ele integrados mediante uma aferição do código binário *lícito/ilícito*, cuja operação, por sua vez, influencia o próprio entorno do sistema, que é a sociedade (cf. item 1.2.1 *supra*, especialmente nota 47), como ensina GERMANO SCHWARTZ (*Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 75-76). Embora não seja comum à doutrina processual a análise da teoria dos sistemas, conforme também apontamos no primeiro capítulo, CALMON DE PASSOS faz abordagem que se identifica com o que estamos propondo, embora sem mencionar a teoria expressamente: “no espaço jurídico, o sentido nuclear do sistema é a dicotomia lícito-ilícito. E se estamos certos ao afirmar a impossibilidade de se entender a conduta humana como pura materialidade, dissociada do sentido e da significação que os homens lhe emprestam, correto será concluirmos que nenhum comportamento humano é, em si mesmo, por qualidade própria (essência) lícito ou ilícito, proibido, permitido ou devido. [...]. O que ensina a compreensão do fato social como fato jurídico é a sua apropriação por uma norma com os atributos de norma jurídica” (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 15-16).

⁷ Para não cair no lugar-comum, preferimos falar da qualidade da tutela, não da sua (*in*)tempestividade. Embora seja importante, temos para nós que o grande diferencial da arbitragem não está na celeridade, mas no conteúdo do que entrega a quem a ela se socorre. Voltaremos a esse ponto no item sobre a efetividade do processo arbitral, ao final deste capítulo, a título de conclusão desta fase do estudo e antes de adentrarmos nos institutos processuais que atuam de forma sistêmica dentro do processo arbitral.

mediante instrumentos próprios, tendo autonomia operacional, (ii) de ter contato e trocar mútuas influências com o ambiente que o cerca, nele incluídos os demais sistemas, o processo arbitral possui os atributos necessários para, resolvendo a questão de direito material, atuar como um sistema e reduzir expectativas sociais adequadas aos seus propósitos como instituto?

Se a questão se direcionasse ao modelo estatal, talvez nos levasse a outros questionamentos, especialmente quanto ao fechamento operacional,⁸ a despeito de o juiz criar mecanismos que integrem a norma (CPC, art. 126). No processo arbitral, porém, entendemos que a questão fica mais clara do que no estatal. Para nós, ele é sem dúvida uma forma de sistema dentro do universo do sistema jurídico, contendo, à perfeição, os ingredientes que, sob a ótica da teoria dos sistemas, o fazem a ser assim considerado.⁹ Para melhor encaminhá-la, cindimos a resposta em dois subitens: quanto ao seu fechamento operacional e à sua abertura cognitiva. Vejamos.

2.1.1 O fechamento operacional

Como já mencionado, os sistemas devem ser capazes de produzir e reproduzir seus elementos a partir da sua rede instrumental interna, mediante processos endógenos.¹⁰

⁸ Pois a maior parte dos seus instrumentos é produzida não pelo próprio sistema processual em si, mas pelo sistema legislativo. A questão é relativa. A produção do ferramental do processo estatal ocorre também por meio de outro microsistema processual estatal, o *processo legislativo*, que, como visto antes (item 1.2.3 *supra*), integra a teoria geral do processo. Logo, no tocante ao processo estatal, sua provisão ferramental apenas de diferencia por ser primordialmente produzida por outro fenômeno processual, ou microsistema processual, mas também estatal, que é o processo legislativo.

⁹ Não por outro motivo, LEONEL SEVERO ROCHA, um dos maiores especialistas em teoria dos sistemas do País, sustenta, categoricamente, no exato ponto que nos interessa, que, “para as teorias neo-sistêmicas, a interpretação não pode mais restringir-se ao formalismo lingüístico normativista de matriz analítica, nem no contextualismo, um tanto psicologista, de matriz hermenêutica, mas voltar-se para *questões mais sistêmico-institucionais*. Nesta perspectiva, centra-se nas formas de interpretação elaboradas pelos meios de comunicação simbolicamente generalizados, nas organizações encarregadas de *produzir decisões jurídicas*, e nas novas maneiras de decidir conflitos, como *arbitragem e mediação*” (*Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 28-29 – grifos nossos). Esta é uma perspectiva que praticamente liga todo o conteúdo do primeiro capítulo da tese com o presente. Lá, falamos de interpretação, formalismo positivista, processos institucionais, regras geradas por organizações multilaterais autorregulatórias, aplicação da teoria ao direito do Estado econômico. Aqui, referido autor relaciona isso com a procura de novas formas de enfrentamento de *crises* e geração de *decisões*, especificamente a *arbitragem*. É o que estamos propondo. No entanto, com um viés de direito processual, e com a proposição, não adotada pelo referido autor, de que a arbitragem constitui, por tais premissas, um sistema processual.

¹⁰ Para TEUBNER, “the theory of autopoiesis deals with these paradoxes of self-reference in a different way: Do not avoid paradoxes, but make productive use of them! If social discourses are autopoietic systems, i.e. systems that recursively produce their own elements from the network of their elements, then they are founded on that very self-referentiality that Habermas and Foucault are desperately trying to avoid” (*How the law thinks: toward a constructive epistemology of law*, p. 21).

Neste ponto, é fora de dúvida que os instrumentos do processo arbitral são produzidos pelo próprio organismo.¹¹ Talvez por isso ele tenha até mais autonomia¹² do que o processo estatal. Não está de forma nenhuma amarrado a limitações legais rígidas, como o processo estatal. É, isso sim, orientado pelas diretrizes da Lei de Arbitragem, das quais poucas são cogentes, mas fundamentalmente informativas e racionais, as quais, no fundo, estão muito marcadas pela autonomia da vontade e pela disposição diretiva do árbitro do que por qualquer pretensão regulatória da atividade arbitral. Da lei advêm princípios, basicamente, e algumas poucas regras voltadas a buscar um denominador comum mínimo (adequado) de devido processo legal.¹³

Conforme veremos detalhadamente mais adiante, há a necessidade de estipular um regime de atos processuais na arbitragem. E tal se dá, primordialmente, de forma convencional pelas partes (art. 21, § 1.º).¹⁴ Seja na convenção de arbitragem, o que é menos usual, pois não é rotineiro as partes celebrarem um compromisso arbitral, seja mediante a remissão às regras de uma instituição arbitral, ou, ainda, pela delegação ao árbitro para que ele estabeleça como funcionará o procedimento (art. 21, *caput*). Embora não seja de praxe, não há nada que impeça as partes de escolherem que os instrumentos processuais utilizados, ou mesmo a *marcha* do processo, sigam exata ou parcialmente algum modelo legal previamente estabelecido.¹⁵

Pode-se citar, apenas como exemplo, o do Código de Processo Civil, o do juizado especial cível, ou mesmo o regime do procedimento estatal do *commom law* ou de

---

¹¹ Isso não quer dizer que o processo arbitral produza tudo absolutamente sozinho. Primeiro, porque está baseado também no que as partes escolherem até mesmo na sua matriz contratual, na convenção de arbitragem. Falamos da autonomia da vontade exercida antes do processo. Ademais, tal qual o estatal, o processo arbitral também está atrelado à lei, embora de forma muito menos presente do que no processo estatal em termos de regras, conforme veremos melhor no item destinado ao estudo do devido processo legal arbitral abaixo (item 2.2.3 *infra*). Seu fechamento operacional, nesse tocante, está também baseado no *processo legislativo*, integrante, como ele, processo arbitral, da teoria geral do processo, tal qual nosso modo de ver a questão exposto no primeiro capítulo.

¹² Leia-se autonomia conforme temos adotado, como consequência de um fechamento de instrumentos próprios de tal ordem que lhe traga autorreferência e a possibilidade de se comunicar com outros sistemas sem ser regulado ou pautado por eles.

¹³ Cf. item 2.2.3 *infra* sobre o devido processo legal arbitral, à luz do conceito de sistema que adotamos.

¹⁴ Doravante, os artigos sem a referência de lei serão da Lei de Arbitragem (9.307/1996).

¹⁵ A possibilidade de definição das regras no processo arbitral à luz de princípios gerais do processo estatal é amplamente reconhecida na literatura portuguesa, da qual é exemplo o professor da Faculdade de Lisboa LUÍS DE LIMA PINHEIRO (*Direito comercial internacional*, p. 519-522).

qualquer outro país.¹⁶ Poderíamos pensar em outros formatos menos usuais apenas para ilustrar, como as regras de solução de questões de determinada entidade internacional, o que seria até razoável para os grandes atores do mercado do sistema de direito econômico, descritos no capítulo anterior.¹⁷ Não há restrição para esse formato de instrumentos, variados e fruto da autonomia da vontade. Por advirem do próprio sistema do processo arbitral, nele se legitimam, suposto que pautados na condição de verdadeira ordem pública arbitral,¹⁸ ou princípio arbitral informativo do devido processo legal, que é o respeito ao contraditório, à igualdade das partes, à imparcialidade¹⁹ do árbitro e ao seu livre convencimento (arts. 13, § 6.º, e 21, § 2.º).

Logo, sob o signo das ideias iniciais acerca do que significa sistema jurídico (em sentido amplo, *sub*, ou *micro*, não importa), não há dúvida de que o primeiro requisito para qualificar o processo arbitral como um *sistema* está bem evidente. Ele tem, ainda que de forma altamente maleável, um *feixe endoinstrumental*.²⁰ Um rito fixado (mas não fixo) por regras maleáveis, longe do formalismo do processo estatal,²¹ e princípios próprios e

¹⁶ SERGIO LA CHINA aponta que na Itália isso não seria possível, pois lá a lei processual italiana é de “*applicazione necessaria*”, enquanto ao mérito a escolha pelas partes é livre (*L'arbitrato*, p. 81-82). Curiosa opção. Quem pode o *mais* não pode o *menos*. A menos que se pense nas regras de processo como o *mais*, o que parece ser o caso italiano na espécie, na contramão da moderna processualística de que o processo é *meio* para o direito material. Sobre a evolução das últimas reformas e o atual estágio da arbitragem na Itália, cf. LUCA PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti: l'esperienza inglese e italiana*, p. 87 e ss. Ainda na doutrina italiana sobre a eleição do direito material ao objeto do processo arbitral, cf. BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, p. 242. Em sentido contrário, e talvez também por ser uma lei considerada muito mais moderna, a Ley de Arbitraje espanhola chancela uma amplíssima liberdade de partes e árbitros nas regras de procedimento, guardadas garantias mínimas de contraditório (cf. FAUSTINO CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 169; FREDERIC MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la ley 60/2003*, p. 125 e ss).

¹⁷ Cf. capítulo 1, nota 65.

¹⁸ ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE leciona que “el concepto de orden público desempeña un papel esencial cuando de identificar la naturaleza y amplitud del control jurisdiccional de laudo arbitral se trata. [...] Empezando con la valoración conceptual del denominado orden público en su indeterminación jurídica, es indudable que, de entrada, aquella – su valoración conceptual, se entiende – no está para hacer la vista gorda y si dinamitar ciertos diques que contienen funciones que le son propias” (Concepto de orden público, p. 163). Cf. também STJ, SEC 802-EX (2005/0032132-9), Rel. Min. José Delgado, j. 17.08.2005. Ver os comentários de julgado por FABIANE VERÇOSA, especificamente sobre a ordem pública na arbitragem, com apontamentos de doutrina e precedentes, publicados na *Revista CBar*, n. 9, p. 207-227, 2006.

¹⁹ Cf. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN sobre os aspectos gerais da delicada diferença entre independência e imparcialidade do árbitro (*International commercial arbitration*, p. 564-571), mas, em resumo, apontam que a primeira seria passível de demonstração, enquanto a segunda seria muito mais subjetiva, quase um “estado mental” (tradução livre – p. 564).

²⁰ Também aqui não nos restringimos a falar sempre e somente “fechamento operacional”. Como dito, não estamos buscando o purismo terminológico dos institutos da teoria dos sistemas. Isso é tarefa da vasta doutrina desta disciplina. Estamos apenas utilizando-os.

²¹ Não por outro motivo a lei de arbitragem espanhola, considerada uma das mais modernas atualmente, traz como um dos seus princípios básicos o *antiformalismo*, representado pelo seu art. 30: “Forma de las actuaciones arbitrales. 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse

claros.²² Com isso, operacionalmente apto a resolver determinados dilemas de direito material com um grau de segurança jurídica muito maior do que o modelo estatal. Falamos de segurança decorrente do conteúdo do julgado,²³ especialmente naqueles em que há uma maior complexidade social, com grande sofisticação de questões,²⁴⁻²⁵ o que torna claro ser ele um mecanismo sistêmico de solução de conflitos compatível com o que dele se espera em termos conceituais, pois finalístico, conforme posto no primeiro capítulo.²⁶

Mas não é só. Esse *fechamento operacional*, capaz de fazer com que o sistema do processo arbitral se componha mediante mecanismos próprios, também está atrelado aos

---

audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebren audiencias, los árbitros las señalarán, en la fase apropiada de las actuaciones, si cualquiera de las partes lo solicitara”. Ver a respeito FAUSTINO CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 56-59.

²² CARLOS ALBERTO CARMONA, em sua obra originalmente tese defendida nesta Casa, falando da arbitragem *de lege ferenda*, portanto antes da lei da qual é coautor, previa um “sistema ideal”, entre os quais instrumentos, que depois se transformou em dispositivo legal, era justamente a possibilidade de impugnação judicial do laudo condenatório via demanda própria (*A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 135).

²³ Conforme publicado recentemente na imprensa (cf. *Jornal Valor Econômico* de 30 jun. 2009), estudo da GVlaw e do CBar demonstrou que a Justiça tem mantido decisões arbitrais. O levantamento, que começou em 2006 com a promulgação da Lei de Arbitragem – a Lei 9.307/1996 – e terminou em dezembro de 2008, mostra que dos 790 processos que discutiram cláusulas arbitrais encontrados nos tribunais federais e estaduais, apenas 33 contestaram a validade da sentença arbitral. Desse total, a Justiça considerou nulas apenas 14 decisões, e por motivos de erros *in procedendo*, o que comprova a legitimidade da arbitragem perante o Judiciário. O estudo demonstrou que o Judiciário tem aplicado exatamente o que está na Lei de Arbitragem quando anula sentenças arbitrais – em situações em que o compromisso arbitral é nulo ou a sentença foi proferida por quem não poderia ser árbitro, por exemplo. Segundo ainda apontado por RAFAEL ALVES na referida matéria, há indícios de que parte dos pedidos de anulação envolvia irregularidades praticadas por câmaras arbitrais inidôneas. Tal trabalho extraordinário foi recentemente publicado na *Revista Brasileira de Arbitragem-CBar*, v. 22, p. 7-77, abr.-maio-jun. 2009, tendo como signatários ilustres arbitralistas.

²⁴ A relação entre complexidade social-contratual e o processo arbitral foi bem analisada por ARNOLDO WALD, ao advogar que, “efetivamente, é preciso que, em tais processos, tenhamos julgadores especializados, conhecedores da realidade econômica e técnica do contexto no qual vão decidir a causa, dispondo, outrossim, de tempo necessário para examinar todas as peculiaridades de cada caso que será de dias, semanas, meses ou até anos. [...] Cabe-lhe também considerar situações peculiares das partes, o espírito no qual os contratos foram assinados e ainda a evolução do meio ambiente, ou seja, do contexto no qual estão sendo executados, para garantir justiça equilibrada com certa dose de equidade, sem sair das linhas gerais estabelecidas no acordo firmado entre as partes” (*A arbitragem e os contratos empresariais complexos*, p. 17).

²⁵ Para LUHMANN, a partir de um certo grau de complexidade, os sistemas sociais, tais como todos os demais sistemas, somente podem continuar crescendo se se diferenciarem internamente, uma vez que tal diferenciação gera-lhes mais complexidade, ao mesmo tempo em que também possibilita novas formas de redução da complexidade, que, na tradução mais clara para o processo, significa *método de solução de conflitos* sociais que traga previsibilidade e segurança (*Sistemas sociales*, p. 184). Ora, essa posição se encaixa à perfeição ao contexto do processo arbitral tal qual exposto neste tese. Ele é munido de um aparato absolutamente diferenciado com relação ao processo estatal. Voltado a tratar a complexidade de determinadas questões de direito material de forma mais eficiente em termos de resultado, além de normalmente bem mais tempestiva.

²⁶ Cf. item 1.2.3, nota 104, sobre a destinação finalista da teoria dos sistemas.

elementos que integram o arcabouço normativo que regula o instituto, um conjunto de regras que possuem *tipicidade* em termos processuais. Falamos da Lei de Arbitragem. Os demais elementos normativos que influem de alguma maneira, ainda que apenas para efeito de inspiração da autonomia da vontade,²⁷ compõem o outro lado da moeda, a *abertura cognitiva*, que será objeto do item 2.1.2 *infra*. É importante reiterar que os principais mecanismos do processo arbitral que compõem o seu fechamento operacional serão tratados especificamente no último capítulo deste estudo.

Antes disso e de tratarmos da abertura cognitiva do sistema do processo arbitral, faremos o desdobramento do presente item. Consideramos que o fechamento operacional do sistema do processo arbitral divide-se ainda em dois momentos, que nos parecem fundamentais para demonstrar sua principal característica em termos de princípio. Tratamos de sua natural flexibilidade e, como corolário dela, do formato com que se opera a construção do seu procedimento. Vejamos.

2.1.1.1 *A flexibilidade do procedimento*

Antes de mais nada, é oportuno esclarecer uma questão conceitual relevante, inclusive para evitar dúvidas futuras.²⁸ Optamos pelo uso das expressões *processo* para determinadas situações e *procedimento*, para outras.²⁹ Sinteticamente, a escolha é coerente

²⁷ Essa assertiva é relevante para o processo arbitral, pois seu código de funcionamento, seu fechamento operacional não pode ser sobreposto pelo de nenhum outro, incluído o do processo estatal. Voltaremos a este tema no item relativo ao devido processo legal arbitral (item 2.2.3 *infra*).

²⁸ Como bem apontado por CÂNDIDO DINAMARCO, é importante a nomenclatura clara de termos técnicos em qualquer ciência, pois a utilização ordinária de equivalentes para identificar institutos diversos traz prejuízos para o próprio grau de desenvolvimento da ciência estudada (*Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 204). No mesmo sentido, bem aduz TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER que “dar a cada coisa o seu nome não é preocupação formalística, mas é exigência para se crie segurança no manejo dos conceitos jurídicos. Aos conceitos é que acabam por se reduzir os fenômenos jurídicos. De erros, que podem ser de natureza meramente terminológica, podem decorrer sérios prejuízos à já tão imperfeita realização da Justiça entre os homens” (*O novo regime do agravo*, p. 318).

²⁹ Sobre as expressões, DINAMARCO anota que não se pode reduzir o processo ao procedimento, pois o primeiro “é entidade complexa, que deve ser encarada pelo duplice aspecto da relação entre os seus atos (procedimento) e também da relação entre seus sujeitos (relação jurídica processual). O processo é verdadeiro método de trabalho, através do qual busca do Estado os objetivos institucionais de suas funções

com nossa opção feita antes, acerca do processo arbitral integrar a teoria geral do processo, incidindo-lhe, assim, alguns de seus conceitos básicos, entre eles, a diferenciação entre *processo* e *procedimento*.³⁰

Com *processo* queremos dizer relação tanto entre atos do poder estatal quanto entre sujeitos, ou entre estes e aqueles; relação jurídica processual, que envolve muito mais do que conjunto de atos processuais direcionados a um fim. Muito sinteticamente, processo é indispensável ao exercício de jurisdição, de poder, forma de fazer valer a vontade concreta do direito, marcado pela garantia de consectários da segurança jurídica à parte e ao Estado. É instrumento por meio do qual a jurisdição se opera, o que, em termos de atos, significa falar em procedimento pontuado por contraditório em sentido amplo. Não vamos nos antecipar nesse especial, pois a existência de *processo* na arbitragem será objeto de item específico abaixo (item 2.2.1). *Procedimento* arbitral, por seu turno, destina-se ao conjunto de atos do processo arbitral. Referimo-nos a *iter* mesmo, de caminho marcado por etapas e delas propriamente ditas. Por isso faz sentido a divisão entre *processo* e *procedimento arbitral*, pois são conceitos complementares,³¹

---

básicas, contando os seus órgãos, para tanto, com a cooperação de uma ou mais pessoas interessadas” ((*Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 204).

³⁰ Desde 1868, com a obra de VON BÜLOW, o processo passou a ser visto como atos que lhe dão corpo e suas relações entre si, assim como por aquelas que são feitas pelos sujeitos processuais (*La teoría de las excepciones procesales*). Em lição clássica de CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, “procedimento é, neste quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo” (*Teoria geral do processo*, p. 275). No mesmo sentido, DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 126. Em outro trecho, agora aplicando explicitamente a doutrina de LUHMANN, especificamente sua obra *Legitimação pelo procedimento*, DINAMARCO defende que “o procedimento é um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder (no caso da jurisdição, sentença de mérito ou entrega do bem ao exequente). E existe a necessidade do procedimento, como pauta de trabalhos, porque esse é o meio encontrado pelo legislador para assegurar o modo de ser do exercício de jurisdição, conforme ele deseja. Por isto é que, se de um lado procedimento regular é fator de legitimidade do exercício de poder, por outro ele próprio recebe legitimidade do modo como disciplina esse exercício, ou seja, da medida em que o dimensiona segundo as garantias constitucionais e favorece a efetiva participação dos sujeitos interessados” (Idem, p. 131).

³¹ Após trazer uma visão panorâmica de como se desenvolveu o conceito, desde o processo romano, germânico, longobardo, medieval, alemão, austríaco e francês, passando pela teoria contratualista, da relação jurídica, da relação complexa, da situação jurídica, entre outros, CARMONA fala da necessidade de se conciliar os conceitos, pontuando que o processo é o “procedimento animado pela relação jurídica processual” (Considerações sobre a evolução conceitual de processo, p. 52).

mas absolutamente distintos. E, nesse aspecto, o processo arbitral em nada se diferencia da esfera judicial.³²⁻³³

Pois bem. Tem sido comum falar de *flexibilização* do procedimento na esfera do processo estatal. Parte da doutrina, a nosso ver corretamente, usa exatamente o verbo *flexibilizar*, que, ao que tudo indica, remonta à ideia de movimento, de *flexionar* algo que seria rígido por natureza.³⁴ O acerto do enfoque no processo estatal se dá justamente por ele

³² Não nos parece correto, ou melhor, seria demasiadamente superficial utilizar a doutrina de LUHMANN para identificar processo com procedimento, em possível vinculação da obra do autor a uma mistura de conceitos. É sabido que, quando estudou *procedimento*, ele não se preocupou com a distinção conceitual típica do direito processual, até porque nunca foi processualista. Viu, isso sim, o fenômeno de forma bastante alargada, englobando processos e procedimentos, indistintamente, como mecanismos legitimadores de decisões e pacificadores da sociedade, no que chamou de processos de redução da complexidade social (*Legitimação pelo procedimento*, p. 37). Para LUHMANN, fundamentalmente, *processos* são *sistemas*. É o que se extrai, entre outras, da seguinte passagem de sua obra: “os procedimentos são, de fato, sistemas sociais que desempenham uma função específica, designadamente a de aprofundar uma única decisão obrigatória e que, por esse motivo, são de antemão limitados na sua duração” (Idem, p. 39). Em outra passagem, para efeito do que estamos tratando sobre a flexibilidade do procedimento arbitral, LUHMANN consigna que “esta aplicação da teoria dos sistemas significa, na verdade, que tem de se renunciar às violentas oposições dominantes entre *sistema e processo*, ou *estrutura e processo*, ou que estas têm de ser modificadas em aspectos essenciais. *Os processos são sistemas* e têm uma estrutura; doutra forma não podiam ser processo e doutra forma não podiam ser sistemas e estruturas.” (Idem, p. 39 – grifos nossos).

³³ Trazendo a questão para o sistema arbitral, não podemos negar existir diferença entre processo e procedimento arbitral. Isso, inclusive, se reflete nos princípios arbitrais, que, como diz CARMONA, “atingem o processo arbitral, e não apenas o procedimento, pois é claro o intuito de tutelar a relação jurídica que se instaura entre partes e árbitro, e não apenas a forma e a sequência dos atos que serão praticados por uns e outro” (*Arbitragem e processo*, p. 295). De igual sorte, é dizer que o início do processo arbitral (com aceitação do encargo pelo árbitro) faz ultrapassar a relação privada contratual até então existente e inicia uma relação de direito público processual (Cf. PEDRO BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 226). Vale ponderar, há início de jurisdição arbitral, que se operará via processo arbitral, exteriorizado pelo seu procedimento (cf. CARMONA, *Processo arbitral*). Aliás, na antiga doutrina italiana, MORTARA foi o primeiro a defender a natureza processual da arbitragem (*Commentario del codice e delle leggi di procedura*, n. 34). Embora não reconhecendo jurisdição, FAZZALARI não tem dúvidas de que a arbitragem é processo e não mero procedimento, diante do necessário contraditório, o que, é verdade, não destoaria de sua posição acerca de haver processo sempre que existir procedimento em contraditório (cf. item 1.2.2 *supra*, nota 66). Assim se manifesta o mestre peninsular: “la imposizione del contraddittorio conferma – ove mai ve ne fosse bisogno – che l’iter di attività, in che l’arbitrato consiste, è un processo. A prescindere dal linguaggio del código di rito (art. 816), che usa il termine ‘procedimento’, è, appunto, la costanza del contraddittorio che distingue il processo dal procedimento mero” (*L’arbitrato*, p. 51-52). GIANNI SCHIZZEROTTO, por sua vez, distingue processo de procedimento, enfatizando aspectos processuais clássicos como demanda o juízo arbitral, inseridos num contexto que decorre, como diz, da “natura pubblicistica dell’arbitrato” (*Dell’arbitrato*, p. 440 e ss.). Para concluir, a arbitragem como processo e não mero procedimento é reconhecida por FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, ao analisarem a questão sob a égide do “the arbitrators’ judicial role”, sendo que, para eles, “the judicial character of arbitration allows it to be distinguished from similar mechanisms, such as conciliation, mediation, settlement and expert proceedings” (*International commercial arbitration*, p. 12).

³⁴ Para ROBERTO BEDAQUE, “não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação às exigências do caso concreto. Muitas vezes, a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo” (*Direito e processo*, p. 60). Em posição que muito se assemelha à nossa abordagem sobre o que seja devido processo legal no processo arbitral (cf. item 2.2.3 *infra*), SIDNEI AMENDOEIRA JR. aponta que “pode e deve o juiz adaptar o procedimento ao caso concreto ou flexibilizá-lo, de modo a garantir que o *due process of law* seja efetivamente observado, já que, por vezes, a observância estrita do procedimento previsto em lei não

ter, em princípio, rígido procedimento. As formas estão lá, por imposição legal, para garantir o devido processo legal, ou o *fair play*,³⁵ que a outra coisa não se destina a não ser cancelar mecanismos para a entrega de boa tutela pelo Estado.³⁶

No processo arbitral, embora também integrante da teoria geral do processo, como o estatal, consideramos que flexibilizar não é a melhor expressão para ser empregada. Em razão certamente de princípios que o informam, parece-nos mais adequado falar de uma natural *flexibilidade* do procedimento arbitral. É uma característica inerente, nata, uma marca clara. Algo que decorre do fechamento operacional do sistema processual arbitral. A flexibilidade do procedimento arbitral nasce da autonomia volitiva, potencializada que está na base do instituto, e que permite uma maior amplitude no leque de possibilidades em termos de *iter* do que se vê no modelo estatal. A autonomia da vontade permite que essa elasticidade não decorra apenas da lei (art. 21, *caput*), ou que seja um desdobramento do que o julgador faça dela, mas que seja conduzida e graduada pelas partes, assim como pelo árbitro. Especialmente na fase de instrução, balizado pelo contraditório (§ 2.º do art. 21), ou mesmo pelos regulamentos, os quais são uma continuidade da convenção no tocante ao procedimento e ao próprio processo arbitral.

Isso tudo é escolhido, eleito pelas partes. O jurisdicionado arbitral opta por autorizar ao árbitro uma postura muito mais ativa do que a do juiz estatal. E talvez nisso estejam uma das maiores virtudes e o foco de atração do instituto. Ele pode, enfim, exprimir de fato o ideal de instrumento jurisdicional para a solução de crises materiais com celeridade, qualidade e segurança.³⁷ Logo, o procedimento do processo arbitral tem

---

se traduz na efetivação substancial das garantias constitucionais, mas uma mera observância formal das mesmas, o que não se pode admitir” (*Fungibilidade de meios*, p. 107-108).

³⁵ Nas felizes palavras de CARMONA, na apresentação da obra de FERNANDO GAJARDONI (*Flexibilização procedimental*, p. xvi).

³⁶ Quando falamos de boa tutela, vemos nisso próxima relação com efetividade do processo, pois ela deve se acoplar ao conteúdo, à qualidade do que é entregue pelo Estado juiz (cf. nosso *Jurisdição e poder*, p. 186).

³⁷ “Encontramos na arbitragem o trinômio ação, processo e jurisdição. O instituto se presta a solucionar conflitos. O árbitro exerce *iudicium* e deve suprir as partes com a justa tutela para cuja missão foi encarregado. Com celeridade e efetividade. Dessa forma, ele cumpre sua obrigação e presta assistência ao Estado na realização da justiça” (BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 243). Trazendo a questão para teoria geral do processo, do qual pensamos o processo arbitral fazer parte, a despeito de todo o seu arranjo sistêmico peculiar, é intuitivo que também a relação entre crise jurídica e adequada tutela jurisdicional é transplantada para a arbitragem. E por dois aspectos. Primeiro, para efeito de identificar no processo arbitral a via genericamente mais adequada a uma série de crises de direito material. Segundo, já dentro do processo arbitral, para identificar as espécies de tutela que o árbitro deverá prestar. Nesse aspecto, aponta ROBERTO BEDAQUE: “a diferença entre as espécies de tutela decorre das

flexibilidade,³⁸ ao contrário do estatal, que carece, em determinados momentos, de sofrer uma *flexibilização* pelo juiz.

Enquanto a flexibilidade do procedimento arbitral se pauta na autonomia da vontade e na potente força criativa do árbitro,³⁹ a flexibilização do procedimento estatal não prescinde de grande esforço do juiz. A flexibilidade do procedimento estatal ainda está suscetível de alegações de nulidade de todo o gênero, o que no mais das vezes acaba apenas trazendo incerteza para parte do transcurso do processo, pois nunca saberá que da alegação de nulidade sobrevirá uma decisão de tal jaez, fazendo ruir toda a construção do processo, que diuturnamente demora anos.

Justamente por força dessa flexibilidade inerente, própria, podemos enxergar diferenças básicas entre o procedimento arbitral e o estatal, que servem justamente para demonstrar a autonomia sistêmica do primeiro. O processo arbitral é autorreferencial quanto à sua flexibilidade, tem autonomia e, portanto, não precisa dos conceitos de flexibilização do processo estatal. Afasta-se do processo estatal nesse tocante, o que é de todo produtor, pois não são poucos os problemas e polêmicas enfrentados pelos caminhos de flexibilização de um processo tradicionalmente dogmático e feito com uma estrutura a rigor endurecida.

---

circunstâncias inerentes à situação da vida que clama pela proteção jurisdicional. Na grande maioria das vezes é o próprio direito material que determina a espécie de tutela. Será ela declaratória, condenatória ou constitutiva, por exemplo, em função da relação jurídica substancial e da pretensão exposta pelo autor. A crise de certeza e de adimplemento conduz às tutelas declaratória e condenatória. Já o direito à modificação jurídica (direito potestativo, na terminologia chiovendiana) autoriza a tutela constitutiva. Tanto a tutela declaratória quanto a tutela constitutiva implicam o reconhecimento de um direito” (*Direito e processo*, p. 31). No mesmo sentido, cf. DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 149 e ss.).

³⁸ Embora na maioria dos países seja assim, o que também é representado pela praticamente totalidade dos regulamentos de instituições arbitrais reconhecidas, entre as quais se destaca a Unicitral (“subject to the provisions of this law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings” – art. 19), é digno de nota que na China não é o que ocorre, existindo inclusive bastante interferência da administração pública na prática da arbitragem. O que se lamenta, diante do seu potencial econômico para o âmbito da arbitragem. Sua Lei de Arbitragem traz um grande número de existências rígidas para o procedimento, por exemplo, o art. 45, ao estabelecer que “the evidence shall be presented during the hearing” (cf. FAN KUN, *Arbitration in China: practice, legal obstacles and reforms*, p. 35).

³⁹ Como bem aponta SERGIO LA CHINA, “non esiste, insomma, nel nostro ordinamento una disciplina generale e completa della procedura arbitrale posta dalla legge con norme derogabili, ed una parallela diversa disciplina creabile invece dalle parti attraverso deroghe a quella legale; ma esiste, come fonte di disciplina completa, solo l’autonomia privata, delle parti e poi degli arbitri, mentre la legge – nella specie, il código di rito – detta solo taluni criteri e norme che di per sé no bastano a costruire uno schema generale ed orgânico di svolgimento dell’intera procedura” (*L’arbitrato*, p. 84).

Daí não haver sentido em falar de certas *quebras de sistema* no processo arbitral e que teriam consequências no estatal, justamente por conta da flexibilidade de seu procedimento, ou mesmo de nulidade do procedimento, campo em que a preclusão surge como o mais emblemático instituto do procedimento estatal, ao passo que no arbitral não tem muito sentido.⁴⁰ Na visão do processo arbitral, a quebra do seu procedimento apenas poderá trazer as consequências típicas do processo estatal quando violadas as garantias mínimas da Lei de Arbitragem (art. 21, § 2.º). Vale dizer, o vício deve ser grave e trazer prejuízo. Mesmo nessa hipótese, a consequência é apenas e tão somente a viabilidade da demanda anulatória prevista no art. 33, com suas típicas restrições em termos gerais (como curto prazo decadencial).⁴¹

Por seu turno, como mencionado, a flexibilização no processo estatal pode redundar em consequências graves, inclusive ao mal maior, que é a nulidade do processo como um todo, levando-o ao um pseudofim, pois, reconhecida a nulidade, volta-se à estaca zero, ao grau zero de entrega de tutela. Isso sem contar com a questão *dano marginal* do processo,⁴² visto que nulidades do processo estatal costumam render, ainda antes do seu reconhecimento, recursos infundáveis e ações rescisórias, com prazo elástico de propositura, sem contar demandas anulatórias por conta de vícios do procedimento, sabidamente sem nenhum prazo para ajuizamento.

Em outras palavras, enquanto no processo estatal o juiz tem liberdade para analisar provas livremente, de maneira motivada, para proferir o julgamento (CPC, art. 131), a lei veda-lhe que escolha entre variados caminhos que o procedimento possa seguir. Segundo a boa doutrina, a lei outorga-lhe o mais e veda-lhe o menos.⁴³ No processo arbitral isso não ocorre. Ainda que exista nulidade, não ajuizada a demanda respectiva no curto prazo, fica

⁴⁰ Trataremos da preclusão no processo arbitral no item do devido processo legal (item 2.2.3.4 *infra*), assim como no capítulo seguinte na análise pontual dos institutos processuais da arbitragem.

⁴¹ Sobre a natureza decadencial do prazo, cf. ALEXANDRE CÂMARA, *Arbitragem*, p. 149-151.

⁴² Cf. CRUZ E TUCCI, *Tempo e processo*, p. 113.

⁴³ Cf. GAJARDONI, *Flexibilização procedimental*, p. 2. Não vamos aprofundar no processo estatal neste tocante, o que fugiria ao tema. Utilizamos a questão como anteparo comparativo. Sobre a análise se o procedimento do processo estatal deve ser tão cartesiano como quer fazer crer a lei, remetemos a leitura à obra de GAJARDONI (Idem). Seja como for, válidas, como inspiração para o processo arbitral, as palavras de VITTORIO DENTI, em estudo recente, citado no primeiro capítulo, sobre o conceito de sistema no direito processual e as consequências das reformas do processo estatal italiano: “la rigidità di un procedimento, regolato in modo uniforme per tutte le possibili cause, ha il grande inconveniente di non prestarsi a soddisfare contemporaneamente l’esigenza di accurate ed esaurienti indagini, che è specialmente sentita in certe cause più complicate e difficili, e la esigenza di pronta risoluzione, che prevale nelle cause più semplici e urgenti” (*Sistemi e riforme*, p. 278).

estabilizada a questão. O processo arbitral é muito mais racional e objetivo do que o estatal neste tocante, a bem de uma maior segurança jurídica.

Para concluir, está claro que a flexibilidade do procedimento arbitral distancia-se da flexibilização do estatal. Esse elemento é produzido no bojo do processo arbitral. É ínsito à sua natureza. Surge no decorrer do procedimento de forma automática, clara, objetiva. A parte, na prática, percebe isso e escolhe que seja assim. É, portanto, um ingrediente fundamental do conjunto ferramental do processo arbitral. Afastando-se, nesse aspecto, do modelo estatal, traz à tutela arbitral um dado de autorreferência e, com isso, autonomia. Logo, pela premissa teórica que traçamos, a flexibilidade do procedimento arbitral é um elemento que integra o seu *fechamento operacional*,⁴⁴ vindo ao encontro de nossas expectativas de identificar nele um sistema.

De registrar que a conclusão sobre a flexibilidade do procedimento arbitral acima apontada pode levar a variadas vias em termos de atos processuais. Influi praticamente em todos os momentos do processo arbitral, com diversificados graus, conduzindo-nos a outras consequências, inclusive para efeito de limitação. Mas isso não será analisado aqui. Não com essa perspectiva. Toda vez que fizermos menção à flexibilidade do procedimento arbitral, será à luz da premissa teórica da tese, vinculando ao enquadramento do processo arbitral à ideia de sistema, tal qual posta no primeiro capítulo.

Passamos agora para outra característica do processo arbitral que traz semelhante conclusão e que contribui com a demonstração da peculiaridade sistêmica do método alternativo (*rectius*, adequado⁴⁵) de resolução de controvérsias aqui estudado. Aliás, que pode ser considerada uma consequência justamente da flexibilidade do procedimento arbitral. Trata-se da forma com que ele é montado. Veja-se.

---

⁴⁴ “Normative clousure requires symmetrical relations between the components of the system where one element supports the other and vice versa. Cognitive openness, on the other hand, requires asymmetrical relations between the system and its environment” (LUHMANN, *Essays on self-reference*, p. 230).

⁴⁵ A expressão é de CARMONA, com razão, ao apontar que, no *sistema multiportas* de resolução de controvérsias, cabe à parte eleger o mais adequado ao caso concreto (*Arbitragem e processo*, p. 32-33).

2.1.1.2 A construção do procedimento

A forma com que o procedimento arbitral é constituído também demonstra o fechamento operacional do seu sistema, diferenciando-se por completo do modelo do processo estatal. Como sabido, o processo arbitral inicia-se com a aceitação do encargo pelo árbitro (art. 19, *caput*). Em termos de procedimento,⁴⁶ contudo, podemos dizer que ele começa antes, com a notificação da parte que pretende dar início ao processo arbitral. Ou ainda previamente a isso, com a celebração da convenção de arbitragem. Logo, embora o *juízo arbitral*⁴⁷ não tenha se operado, há procedimento arbitral antes do processo arbitral, cujos atos deverão ocorrer de acordo com as regras da convenção de arbitragem/regulamento, ou, na ausência delas, da lei.⁴⁸⁻⁴⁹

Ressalvamos que a fase pré-processo arbitral não será objeto de estudo em detalhes. Não buscamos aprofundar o procedimento prévio ou mesmo posterior ao processo arbitral. Nosso objetivo é o processo arbitral. Logo, não aprofundaremos questões referentes à fase anterior do processo, vale dizer, à aceitação da nomeação pelo árbitro ou os inúmeros aspectos que se relacionam a isso, ou mesmo com os intermináveis pontos que transitam em torno da própria convenção de arbitragem. Tudo isso porque nosso corte é pelo processo arbitral e não pelo instituto complexo da arbitragem como um todo, que sabidamente se

⁴⁶ Novamente, conforme ponderado acima, aqui optamos por falar em *procedimento* e não em *processo*, pelos motivos expostos no item anterior.

⁴⁷ Também utilizamos a expressão de forma consciente, pois são diferentes *processo* e *juízo arbitral*. Voltaremos ao juízo arbitral em item específico da terceira parte do estudo, quando da análise do início do processo arbitral, com a formação do juízo arbitral na aceitação da nomeação pelo árbitro (item 3.1.2 *infra*). Por hora, basta lembrar lição clássica de que juízo significa *órgão jurisdicional* (cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 381).

⁴⁸ Ver, nesse sentido, JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, Aspectos atuais da arbitragem, p. 160-161. A doutrina espanhola reputa também haver procedimento e não processo antes da efetiva instituição do processo arbitral (cf. FREDERIC MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la ley 60/2003*, p. 85). SELMA FERREIRA LEMES, por seu turno, entende que já existe processo arbitral propriamente dito antes: “a constituição do Tribunal Arbitral, a teor do art. 19, projeta-se, a princípio, a partir da aceitação dos árbitros para frente. A relação processual já existe desde o início do procedimento arbitral e, como tal, produz seus efeitos (A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição de arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias).

⁴⁹ Não nos parece absoluto dizer que tudo o que não estiver na convenção esteja na lei quanto ao procedimento pré-juízo arbitral. Há situações em que isso não ocorre. Por exemplo, no regime das medidas de urgência preparatórias (exceção feita à arbitragem institucional cujo regulamento regre – como geralmente ocorre –, havendo uma prolongação da convenção neste tocante), ou mesmo na situação em que há título executivo extrajudicial clausulado, em que a parte necessite de atos prévios ao ingresso dos seus embargos arbitrais. Muito do que há hoje em prática, e que tem trazido segurança para a prática arbitral, é fruto de um grande, de um enorme esforço doutrinário para fomentar a cultura arbitral (a começar com a própria Lei de Arbitragem – ver PETRONIO MUNIZ, *Operação arbitrer...*), especialmente na jurisprudência estatal, o que vem contribuindo para o fortalecimento do processo arbitral.

relaciona, em grande medida, com temas de direito material. Trata-se de opção metodológica, que ficará bastante clara no capítulo seguinte.

Estando bem tratadas pela literatura, três são as possíveis formas de estruturar o procedimento arbitral propriamente dito:⁵⁰ *a)* com a pura criação pelas partes, as quais, inclusive, podem copiar algum modelo preexistente (legal ou institucional); *b)* com a adoção integral pelas partes de regras preexistentes, geralmente advindas do estatuto de um órgão institucional nacional ou estrangeiro; e *c)* com a montagem do procedimento inteiramente pelo árbitro.

A primeira forma não inspira muitas considerações, pois não é usual, por motivos bastante razoáveis: as partes dificilmente terão condições (ou motivações) para se debruçarem sobre como será um eventual procedimento arbitral depois do desgaste na celebração do negócio jurídico principal.⁵¹ De qualquer modo, se a premissa for essa, na ausência de consenso sobre o procedimento, a autoridade do árbitro prevalecerá.⁵² E ele poderá se valer do modelo de algum procedimento preestabelecido (institucional ou legal, como a lei processual brasileira ou um diploma estrangeiro),⁵³ ou simplesmente criá-lo.

A segunda forma, sem dúvida, é a mais recorrente na modalidade de arbitragem institucional. Nesse formato, podem-se, inclusive, cruzar modelos de procedimento entre órgãos institucionais. Por exemplo, instaura-se a arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem (CCI), mas quer-se adotar o procedimento da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, ou vice-versa, ou mesmo de outro órgão nacional ou estrangeiro. Em suma, da adoção de um órgão institucional não necessariamente decorre a escolha do seu pacote procedimental.⁵⁴ Como a autonomia da vontade é o solo comum do processo arbitral, conforme abordaremos

⁵⁰ Diante do já exposto, usamos a expressão para designar procedimento pós-instauração do processo arbitral.

⁵¹ Voltaremos a esse modelo em outros momentos do estudo, por exemplo, quando formos tratar da relação entre o árbitro e a súmula vinculante, ou sobre o processo arbitral e eventuais recursos eleitos, ou mesmo quando das provas.

⁵² A questão sobre quem ao final manda no procedimento, se as partes ou o árbitro, será aprofundada no capítulo seguinte, no tocante à instrução do processo arbitral.

⁵³ Cf. CARMEN TIBURCIO, *A arbitragem com meio de solução de litígios comerciais internacionais*, p. 91.

⁵⁴ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 291; PEDRO BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 235. Este último autor, por outro lado, não aconselha que assim se proceda, pois, segundo diz, essa “circunstância aparentemente inofensiva pode terminar em grave patologia”, sendo “recomendável se utilizar o regulamento do órgão arbitral escolhido para secretariar o procedimento” (Idem, *ibidem*).

melhor no item 2.2.1 *infra*, é ainda plenamente possível que as partes ou o árbitro altere o procedimento do órgão institucional.

Convenhamos, porém, que, quando o regulamento estabelecer regras que possibilitem a instituição do juízo arbitral e, ao mesmo tempo, a regulação do procedimento de forma adequada, segura, respeitando o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento (art. 21, § 2.º), muito provavelmente será desnecessário alterar o procedimento institucional.⁵⁵ Seja como for, todos os elementos indispensáveis a possibilitar a instauração do juízo arbitral podem (devem) ser previamente estabelecidos pela instituição especializada: o modo de escolha dos árbitros; a fixação pelo árbitro, após ouvir as partes, do objeto do conflito, respeitados os limites eventualmente fixados na cláusula compromissória; o procedimento arbitral; o lugar e o prazo em que será proferida a sentença arbitral; o modo de fixar os honorários dos árbitros, bem como a responsabilidade por tais pagamentos e despesas da arbitragem.⁵⁶

A terceira forma é a estipulação do procedimento pelo árbitro. E ele exerce verdadeiro poder normativo, que será pleno na hipótese ora tratada e supletivo nas demais,⁵⁷ pois tanto na elaboração do procedimento pelas partes quanto na adoção do caminho previamente traçado por instituição, na prática, sempre faltarão passos procedimentais que deverão ser fixados pelo árbitro. Além de realmente poder ser considerado um poder normativo quanto ao conteúdo e resultado final quando julga por equidade, a nosso ver o árbitro exerce verdadeira (e aceita pelas partes) discricionariedade⁵⁸ na escolha do *iter*

⁵⁵ Trataremos melhor do tema no item 2.2.2 *infra*.

⁵⁶ Para PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, “o julgamento por equidade, a indicação da lei aplicável ou de regras corporativas deverão necessariamente ser convencionados pelas partes na cláusula compromissória, sob pena de não poderem ser utilizados ainda que constem das regras das entidades especializadas (arts. 11, II e IV, *fine*)” (Aspectos processuais da nova lei de arbitragem, p. 129). Com a devida vênia ao jurista carioca, discordamos deste posicionamento. Não encontramos problema nenhum na hipótese em que qualquer das situações acima não esteja convencionada, mas, tendo as partes eleito a arbitragem institucional, conste do respectivo regulamento. Como apontamos adiante (item 2.2.4 *infra*), os regulamentos integram o conjunto de elementos que dão concretude ao conceito de devido processo legal arbitral. Aderem-se à convenção, como se dela fizessem parte, para efeito de compor o procedimento arbitral. Seja como for, na hipótese apontada pelo referido autor, bastaria que as partes estipulassem quando do início do procedimento arbitral, por exemplo, no termo de arbitragem.

⁵⁷ CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 292.

⁵⁸ O poder discricionário do árbitro é defendido por PEDRO BATISTA MARTINS (*Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 237).

procedimental. E na jurisdição estatal isso ocorre em muito menor grau,⁵⁹ inclusive sendo negada sua possibilidade por boa parte da doutrina.

Nestes modelos tratados até agora ficaram evidentes o fechamento operacional, a autorreferência e, com ela, a autonomia do processo arbitral quanto ao judicial. Sempre resguardadas as matérias de ordem pública arbitral, descritas no parágrafo 2.º do art. 21, o processo arbitral se resolve sem as nuances procedimentais típicas do arcabouço judicial,⁶⁰ caminho esse sempre pautado pela autonomia da vontade.

Uma última observação quanto ao desenho do procedimento arbitral ocorre justamente quando há certa quebra na dicotomia entre processo arbitral e judicial. Trata-se da hipótese em que a instituição da arbitragem se implementa via Judiciário. Hipóteses há em que a cláusula compromissória não basta para permitir a instauração do juízo arbitral. Imperioso, contudo, que essa lacuna seja de tal sorte que não se consiga visualizar um referencial mínimo para instituir a arbitragem.⁶¹ Vale dizer, que não seja possível chegar à forma de nomeação dos árbitros. Havendo uma lacuna desse jaez, a parte pode obter o mesmo desenho procedimental, o compromisso arbitral, perante o Judiciário (art. 7.º). Não é o melhor dos mundos, pois redundaria sempre em algum grau de litigiosidade pouco importante, sobre o procedimento e não sobre a relação substancial, mas uma alternativa. Alguns aspectos dessa demanda serão vistos com mais detalhes a seguir, quando tratarmos da comunicação entre o processo arbitral e o processo estatal (item 2.1.2.2.2. *infra*).

⁵⁹ Em menor grau porque o juiz estatal, sempre, terá que motivar a decisão, que estará sujeita a recursos, e nem uma coisa nem outra ocorrem no processo arbitral quando da fixação do procedimento pelo árbitro. Apenas para efeito ilustrativo do campo da jurisdição estatal, BARBOSA MOREIRA defende a existência da discricionariedade judicial. Para ele, não fica adstrita ao campo administrativo, pois o ordenamento mesmo coloca o juiz diante de opções discricionárias. Cita como exemplos, no aspecto penal, o perdão judicial e a escolha da pena entre duas ou mais alternativas, assim como, no direito civil, a medida para segurança do menor e seus haveres que o juiz pode escolher quando houver abuso do pátrio poder (CC/1916, art. 394), a forma de prestar alimentos (CC/1916, art. 403) e o modo de fixação da passagem forçada em benefício do imóvel encravado (CC/1916, art. 559) – (Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados). Talvez o exemplo mais moderno, que demonstra a aproximação entre direito processual e material, sejam as medidas determinadas pelo juiz em situações que reclamam tutela específica (atreladas ao tipo de relação material discutida).

⁶⁰ Nesse sentido, Cf. NELSON ALEXANDRE PALONI, Irrecorribilidade das sentenças arbitrais.

⁶¹ CARMONA é taxativo sobre a plena possibilidade de o árbitro preencher essa lacuna, independentemente dos dados faltantes da cláusula arbitral (*Arbitragem e processo*, p. 155). De fato, para ser o caso de ir ao Judiciário, a impossibilidade de o árbitro iniciar o processo deve ser total, absoluta. Do contrário, ele poderá preenchê-la e iniciar o processo, sendo desnecessária a verdadeira mazela que é o recurso à demanda do art. 7.º. Isso redundaria em concluir que só se faz necessária se não for possível indicar o árbitro a partir do formato em que a convenção se encontre.

Em síntese, fica claro que o modo com que se desenha o procedimento arbitral se coaduna com o conceito de *fechamento operacional* típico da teoria dos sistemas. As partes e o árbitro montando o procedimento, utilizando os mecanismos que bem entenderem, assim como alterando o que houver em termos de rito prefixado (legal ou institucional), denota um ferramental, um leque de possibilidades. E estas são aqui tratadas como instrumentos inerentes ao seu ambiente, que só podem ser vistos, para os fins deste estudo, como um instrumental próprio.

Esse modelo típico do processo arbitral é decorrente de seu universo interno, produzido por ele mesmo, em função dos princípios que o regem e o informam, contexto totalmente diverso do paradigma estatal. Na medida em que seus instrumentos são produzidos pelo próprio sistema arbitral, ele é autorreferente, e, por isso, autônomo. Principalmente em relação ao sistema do processo estatal.⁶²

Logo, também por sua característica nata de possuir um procedimento flexível, pautado pela autonomia da vontade, conforme visto no item anterior, fica evidente o seu *fechamento operacional* em termos gerais. Uma vez que o ingresso nos seus institutos processuais, como mecanismos desse fechamento, ocorrerá no capítulo seguinte, para o momento fica clara, por essa visão, a sua inserção na ideia de sistema tal qual concebida na nossa premissa teórica.

Entretanto, como já aludido, não basta que o pretenso sistema tenha apenas fechamento operacional. Para ser assim considerado, ele deve também preencher outro requisito: ser capaz de se comunicar com outros sistemas, conforme referido na primeira parte do estudo. É o que abordamos a seguir.

2.1.2 A abertura cognitiva

Vimos que um sistema, na concreção da teoria dos sistemas, primeiro deve ser dotado do ferramental próprio, produzido em seu ambiente, e autorreferencial, de modo a lhe

---

⁶² Como dizem BRIGUGLIO-MARENGO-FAZZALARI, “è appena il caso di rilevare che la disciplina dell’arbitrato rituale nel codice di procedura civile consiste nella fissazione di requisiti minimi in costanza dei quali lo Stato, se richiesto, riconosce al lodo gli attributi propri della sentenza civile (v. sub art. 825, 5) - ; mentre il diverso e il di più rispetto a tali requisiti è confidato alla libertà, cioè all’autonomia, dei litiganti in arbitrato (*La nuova disciplina dell’arbitrato*, p. 103).

trazer autonomia no tocante ao seu funcionamento. É o chamado fechamento operacional. Retomando o que foi apresentado no primeiro capítulo do estudo, veremos agora o processo arbitral à luz da *abertura cognitiva*, procurando concluir se, sob o segundo requisito da teoria em voga, ele pode ser considerado um sistema.

Sinteticamente, definimos abertura cognitiva⁶³ como a capacidade de um sistema em se comunicar com outros, trocando mútuos influxos. E isso é consequência de ele ser dotado de fechamento operacional, pois, se não for autorreferencial e autônomo, ele não tem condições de manter tal tipo de relacionamento com os demais sistemas da sociedade. O conceito de sistema tal qual posto pressupõe sua independência relativamente aos demais sistemas sociais e à sociedade, considerada doutrinariamente como o entorno desse complexo conjunto de sistemas. Logo, apenas se tiver fechamento operacional, o sistema pode ter abertura cognitiva sem se desnaturar. Trata-se de um *falso paradoxo*: embora hermeticamente fechado, em termos instrumentais, o sistema deve ser aberto cognitivamente.⁶⁴ Todo esse contexto teórico foi exposto no primeiro capítulo de uma forma que consideramos suficiente apenas para inserir a premissa teórica. Logo, para evitar repetições, quanto à conceituação, fazemos referência ao primeiro capítulo.⁶⁵

Embora dotado de todo um aparato personalíssimo, que o distingue sobremaneira do modelo estatal, o processo arbitral não sobrevive sozinho. Ele troca mútuas influências com outros sistemas, tanto de direito processual quanto material.⁶⁶ Apenas como exemplo,

⁶³ Na linguagem tradicional do processo estatal, cognição é conhecer, ou, como ensina KAZUO WATANABE, “considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*...” (*Da cognição no processo civil*, p. 58-59). Isso tem total pertinência no processo arbitral, até porque, como sabido, ele possui o *judicium*. A cognição no processo, estatal ou arbitral, tanto faz, redundando em *aparelhar para julgar*. Migrando o conceito de *abertura cognitiva* da teoria dos sistemas para essa visão, podemos concluir que o exercício que um sistema processual faz ao trocar mutuamente influências com outros sistemas, sua chamada abertura cognitiva, resulta em outro movimento cognitivo posterior, que será saber em que medida aquele novo elemento, inserido no seu interior, poderá passar a, direta ou indiretamente, constituir uma de suas engrenagens. Na linguagem conceitual da teoria dos sistemas, tornar-se parte do seu fechamento operacional.

⁶⁴ Para LUHMANN, “the legal system is a normatively closed system. It is at the same time a cognitively open system. Following recent developments in system theory we see closure and openness no longer as contradictions but as reciprocal conditions. The openness of a system bases itself upon self-referential closure, and closed ‘autopoietic’ reproduction refers to the environment. To paraphrase the famous definition of cybernetics by Ashby: the legal system is open to cognitive information but closed to normative control” (*Essays on self-reference*, p. 229).

⁶⁵ Cf. capítulo 1, item 1.2.1.

⁶⁶ É o que demonstram FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, com minúcias, ao discorrerem sobre as fontes do processo arbitral internacional. Tais autores distinguem as “fontes públicas” das “fontes privadas”. São exemplos das primeiras as leis dos variados países (que, em sua obra, são representadas por inúmeros

suposto que as partes elejam julgamento de direito,⁶⁷ sem uma limitação específica, o árbitro buscará ajuda nos elementos de direito material espalhados por todo o ordenamento jurídico eleito para fundamentar o seu convencimento. Vale-se, portanto, do sistema jurídico de direito material.⁶⁸

Fenômeno semelhante sucede quando o processo arbitral precisa de auxílio de outro sistema de direito processual, no caso o estatal. Vimos que, na jurisdição estatal, os processos legislativo, administrativo, constitucional, coletivo e dos juizados especiais compõem sistemas processuais próprios e também atuam buscando elementos de outros sistemas, tanto do processual comum quanto do de direito material.⁶⁹ É o que sucede com o processo arbitral. Dotado de procedimento com tipicidade própria e capaz de produzir seu ferramental específico, troca mútuas influências com os demais sistemas do sistema jurídico como um todo,⁷⁰ seja ele material, seja processual. Eis a *abertura cognitiva* do processo arbitral. Toda troca de influências com os demais sistemas, ou mesmo com o entorno (a sociedade), traz alterações ao sistema do processo arbitral,⁷¹ alterações que não são nem podem ser substanciais a ponto de afetar sua essência, mas fundamentalmente para contribuir

---

deles), as regras de organismos internacionais (demonstrando o que apontamos no primeiro capítulo sobre a autorregulação global do sistema econômico e sua relação com o sistema do processo arbitral – cf. item 1.2.2 *supra*), assim como tratados e convenções. São exemplos das segundas as convenções arbitrais, os regulamentos institucionais e as próprias decisões arbitrais internacionais (*International commercial arbitration*, p. 63-188). No mesmo sentido, cf. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, p. 29-37.

⁶⁷ É importante desde já anotarmos que, quando isso ocorre, quer dizer que as partes estão a tratar do direito material. Qual o direito que deverá ser aplicado ao aspecto substancial da demanda arbitral. Isso leva a concluir que não significa que as partes elegeram também o *direito processual* tal qual posto em nosso Código de Processo Civil, muito menos utilizando seus dispositivos. Logo, pensamos que a escolha genérica do processo arbitral para julgamento por direito, nos termos do art. 2.º, quer dizer direito material, não processo. O que não exclui a possibilidade de as partes elegerem o CPC (o que não se recomenda), o que deve ser feito expressamente. Isso ocorrendo, pensamos estar no âmbito do art. 21 e não do art. 2.º. Raciocínio contrário poderia autorizar conclusões de que a mera expressão *julgamento por direito* levaria ao direito processual estatal e suas travas, inconvenientes para a arbitragem. Voltaremos ao ponto adiante.

⁶⁸ O professor da Faculdade de Lisboa LUÍS DE LIMA PINHEIRO defende, com razão, que dessa eleição do direito material pelo árbitro não podem decorrer surpresas à parte, ou que “a solução a que o tribunal arbitral chegue deve, tanto quanto possível, ser previsível e não se mostrar contrária às expectativas justificadas das partes” (*Direito comercial internacional*, p. 527). Em exemplo extremo, poderíamos pensar em arbitragem de direito, sem a eleição de qual sistema jurídico, tramitando no Brasil e na qual os árbitros decidem, na sentença, aplicar o direito muçulmano.

⁶⁹ Cf. capítulo 1, item 1.2.3.

⁷⁰ MEDINA-MERCHÁN apontam uma troca entre sistemas “de reglas de conflicto utilizable”, trazendo como exemplos “el sistema de conflictos de la Ley de Arbitraje”, “el sistema de conflictos de la Ley de Autonomia”, “el sistema de conflictos del país de la sede arbitral” e “el sistema de reglas de conflicto, elegido libremente por los árbitros” (*Tratado de arbitraje privado*, p. 430-431).

⁷¹ “A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade” (Cf. LEONEL SEVERO ROCHA, *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 28).

com sua evolução mediante processos internos de adaptação,⁷² para continuar a conviver da maneira mais adequada com o sistema do qual recebeu aquele influxo. O sistema do processo arbitral procura, mediante seus próprios instrumentos, adaptar-se. E isso para fazer frente às inovações e necessidades advindas seja de outros sistemas, seja da sociedade.⁷³

Para uma melhor visualização do que está sendo proposto, reputamos conveniente cindir este item em dois momentos: o primeiro, no qual abordamos melhor a sua relação com o direito material, e o segundo, em que o foco será o direito processual. Ambos, sempre, à luz da concepção da teoria dos sistemas, sendo desnecessárias outras considerações que não tragam essa premissa. Vejamos.

2.1.2.1 *A relação com o direito material*

Em síntese, vimos que, em termos de fechamento operacional, o processo arbitral bem se enquadra na ideia de sistema. Mas, para ser considerado de fato um sistema, ele deve também ser capaz de buscar em outros sistemas influências recíprocas, fazer mútuas interferências, estabelecer o que se convencionou chamar de *abertura cognitiva*. Trata-se de uma relação de simbiose.⁷⁴

O fenômeno, quanto ao direito material, nada mais é do que analisar a relação *processo-direito material* no processo arbitral à luz da teoria dos sistemas. Vemos aqui uma relação intersistêmica entre o processo arbitral e o direito material, influenciando-se mutuamente.⁷⁵

⁷² Na teoria desenvolvida no primeiro capítulo, a isso dá-se o nome de *acoplamento estrutural* (cf. item 1.2.1, nota 53).

⁷³ Como ensina VILLAS BÔAS FILHO, “um entorno complexo irrita mais o sistema que, para se adaptar, precisa alterar sua estrutura, não como uma consequência direta que funcione como resposta a uma causa externa, mas em termos de reações que se realizam a partir da sua própria rede de operações que é recursivamente fechada” (*O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 103).

⁷⁴ A inserção teórica do que seja abertura cognitiva foi feita no primeiro capítulo, de forma que não a retomaremos agora. Sobre o conceito de abertura de sistema na doutrina tradicional, cf. item 1.1 *supra*. Sobre o conceito de abertura cognitiva na teoria dos sistemas, cf. capítulo 1, item 1.2.1.

⁷⁵ Para ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, “o processo, sendo busca da verdade, nada mais é, enquanto tramita, do que um sistema de verdades provisórias, continuamente aperfeiçoadas”. E continua o mestre gaúcho, no sentido de que “autonomia não é antinomia. Os campos, ou ramos ou departamentos em que se distribui a ciência jurídica não são estanques e incomunicáveis; ao contrário, interpenetram-se e mutuamente se influenciam. Tenha-se presente, de resto, no atinente especificamente às fronteiras entre Direito Material e Direito Processual, que elas nem sempre apresentam precisas e nítidas, existindo ainda territórios disputados, como o da prova e o da *legitimatatio ad causam*, apenas para exemplificar” (Justificação teórica dos procedimentos especiais, p. 603).

Por opção metodológica, a abordagem volta-se à arbitragem de direito, não por equidade, e o direito material privado, não o público, pois este evocaria questões de arbitrabilidade objetiva fora de nossos propósitos.

Pois bem. A primeira demonstração do que estamos nos referindo, e que indica o grau de potencialidade da autonomia da vontade no processo arbitral, é o simples fato de as partes poderem eleger a lei material que deverá ser aplicada pelo árbitro (art. 2.º, § 1.º). Aqui o leque é amplíssimo, suposto que “não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. Podemos falar de lei brasileira ou mesmo estrangeira, não importa. Uma vez eleita, a ela o árbitro estará vinculado.

Com isso, evidencia-se um aspecto operacional do sistema do processo arbitral absolutamente distinto do estatal. Se estipulado na convenção, ou mesmo já no início do procedimento, no termo de arbitragem, por exemplo, esta ferramenta integra o modelo operacional do processo arbitral, trazendo grande influência em seu resultado e demonstrando que este fechamento operacional apresenta, com sua autorreferência, absoluta autonomia no tocante ao modelo do processo estatal.

Ademais, clara é a questão da abertura cognitiva do sistema processual arbitral no caso, na medida em que permitirá, com isso, o ingresso em seu microcosmo daquilo que as partes elegerem para atuar no resultado do processo arbitral. O fato de a parte poder escolher qual será o direito que deverá ser aplicado à questão substancial controvertida por si só demonstra o quão característico, sistemicamente, é o processo arbitral em relação ao estatal no tocante à relação com o direito material.⁷⁶

Entretanto, são ainda comuns situações em que as partes não elegem o direito material de forma específica, apenas consignando, genericamente na convenção, que *a arbitragem será por critério de direito*. Neste caso, haverá o árbitro de buscar no sistema do direito material vigente no País em que o processo se desenvolve o que deverá pautar

---

⁷⁶ A eleição do direito material é absolutamente fundamental na relação entre processo e direito no sistema do processo arbitral. Isso o diferencia em absoluto do modelo estatal. Sobre esta peculiaridade, ver FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 791-828. Na doutrina francesa, ver ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, p. 79-105. Na doutrina italiana, BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO defendem que a liberdade é tal que as partes “possono scegliere anche una legge diversa da quella stabilita in precedenza per l'arbitrato o per il contratto” (*La nuova disciplina dell'arbitrato*, p. 243).

seu julgamento quanto à questão de fundo, suposto que não tenha havido eleição de direito estrangeiro.⁷⁷

Trazendo um exemplo ilustrativo: se o árbitro tiver que julgar matéria de direito societário relativa a acordo de acionistas, será na Lei de Sociedades Anônimas⁷⁸ que buscará o subsídio. Na verdade, podemos dizer que o direito privado constitui um sistema pela premissa que postamos, e que, dentro dele, também existem subsistemas.⁷⁹ No caso do exemplo, o arranjo normativo que trata o direito societário é um deles. A influência que o sistema do direito societário confere ao sistema do processo arbitral acontece em harmonia com a premissa teórica que apresentamos. Não há sujeição de um pelo outro, há troca de influxos, na mesma medida em que a conclusão de um julgamento arbitral acerca de determinado dispositivo de direito material também traz, em alguma medida, uma interferência na própria forma com que será considerado na realidade jurídica. Explicamos.

O sistema do direito material influencia o sistema do processo arbitral, o que é sublimado pelo simples fato de que as partes podem eleger o direito material que será aplicável à solução do litígio (arts. 2.º, § 1.º, e 11, inc. IV).⁸⁰ Levará ao árbitro elementos que incidirão

⁷⁷ O que, todavia, não o autorizará a utilizar dispositivos do Código de Processo Civil, como dito antes, apenas princípios.

⁷⁸ Lei 6.404/1976: “Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. (Redação dada pela Lei n.º 10.303, de 2001)”.

⁷⁹ “A teoria dos sistemas de LUHMANN procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isso implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente” (LEONEL SEVERO ROCHA, *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 35).

⁸⁰ Cf. JACOB DOLINGER, A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável, p. 107 e ss. e; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, p. 289-300. Os espanhóis MEDINA e MERCHÁN fazem uma análise que bem se aproxima da ideia de tipicidade, ou de autonomia do processo arbitral em relação ao modelo estatal, bastante pertinente aqui, no sentido de que “sin embargo, al no actuar como órganos del Estado, su misión y la naturaleza de sus poderes se ven matizados por elementos que son precisamente eso que confieren *originalidad al arbitraje*. Ello se manifiesta, entre otras cosas, en relación con el derecho aplicable al fondo de la controversia, terreno este más permeable a la influencia de la autonomía de la voluntad, y a la libertad de los árbitros que es su consecuencia mediata, que el de la jurisdicción estatal. Si en algunas ocasiones el árbitro dispone de menos poderes que un Juez – por lo que precisa su colaboración –, em otros, *su peculiar estatuto le permite obrar con mayor holgura de movimientos*, su libertad para seleccionar la regla de fondo forzosamente ha de ser mayor. [...] Con todo y ser ésta premisa aceptable en sus líneas más generales, el interés práctico de la determinación del derecho aplicable en cuanto al fondo radica en la propia labor de los árbitros y la finalidad misma del arbitraje, que goza en este supuesto de una gran autonomía en relación con los sistemas jurisdiccionales” (*Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, p. 427 – destacamos).

na conclusão final, conjuntamente a outros subsídios integrativos da norma (CPC, art. 126), em demonstração de que o processo estatal contribui, com princípios, no processo arbitral.⁸¹

Mas o sistema do processo arbitral também provoca interferência no do direito material. A atuação concreta da lei pelo árbitro pode levar a diversas interpretações sobre o conteúdo da norma referida, integrando-a, ou até mesmo alterando-a. Isso ocorre de forma mais evidente no processo estatal, em que, inclusive, a interpretação da jurisprudência tem ganhado enorme força nos últimos anos e vem sendo tratada como fonte do direito.⁸² E o mesmo se dá com o julgamento arbitral. Pode-se apontar que o fato de o processo arbitral ser sigiloso não permitiria essa consequência. Como será tratado mais adiante no estudo tanto do sigilo quanto da jurisprudência arbitral, apenas lembramos que, de um lado, o sigilo não é obrigatório, mas uma faculdade das partes. De outro, a jurisprudência arbitral vem, sim, tendo cada vez mais profusão entre os meios especializados da arbitragem, protagonizada pelas revistas, que muitas vezes, embora a questão tenha sido sigilosa, expõem apenas a tese de direito, tornando concreta, pública, a produção jurisdicional arbitral, doutrinando via precedente e cumprindo outros escopos da jurisdição arbitral, em especial o pedagógico.

Em suma, da mesma maneira que a vinda de um elemento de direito material ao processo arbitral causa-lhe influência, o mesmo ocorre com o produto de sua atuação sobre tal elemento de direito, retribuindo com influência em termos integrativos à norma, utilizando aqui um princípio do processo estatal (CPC, art. 126),⁸³ e, por consequência, ao próprio sistema de direito material da qual advém.

Outros exemplos poderiam ser apresentados. Elegemos apenas mais um, emblemático para o processo arbitral, pois sempre presente em processos arbitrais no País ou no exterior. Falamos da *lex mercatoria*. Costuma-se conceituá-la como conjunto de regras, as quais, em termos práticos, superam as inseridas na realidade jurídica pelo Estado. São

---

⁸¹ LIEBMAN aponta que o estudo do direito processual civil deve sempre levar em consideração seu relacionamento com as outras disciplinas do direito material, sob pena de transformá-lo num “pouco interessante somatório de formalidades e prazos” (*Manuale di diritto processuale civile*, p. 32). Da mesma forma se manifestam ARRUDA ALVIM (*Tratado de direito processual civil*, p. 98) e ROBERTO BEDAQUE (*Direito e processo*, p. 54).

⁸² Cf. nosso *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 6 e ss.

⁸³ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

regras de praxe que concretamente regulam o comércio internacional.⁸⁴ A bem da verdade, são regras vindas de princípios gerais de direito, do senso comum decorrente da prática de determinados contratos, assim como da *doutrina* trazida por decisões arbitrais que regulam o comércio. Tudo isso reunido forma um *sistema de autorregulação comercial*.⁸⁵⁻⁸⁶ Logo, ele não é apoiado em lei, mas no fato jurídico.⁸⁷ E tal sistema rotineiramente comunica-se com o processo arbitral, até porque expressamente previsto na Lei de Arbitragem (“poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas *regras internacionais de comércio*” – art. 2.º, § 2.º).

Tornou-se comum o árbitro julgar de acordo com as regras da *lex mercatoria* quando autorizado pelas partes.⁸⁸ Logo, seus elementos influem direta e diuturnamente no resultado de demandas arbitrais. Atuam no ambiente processual arbitral, incidindo na cognição do árbitro sobre a questão material controvertida. Em contrapartida, a inserção

⁸⁴ Como aponta JOSÉ EDUARDO FARIA, na origem, a *lex mercatoria* era o conjunto de regras e princípios forjado nos séculos XI e XII por comerciantes e navegadores europeus empenhados em abrir novos mercados e, para isso, precisavam constituir uma nova ordem jurídica que servisse aos seus interesses. Esse “law merchant” apareceu muito antes do conceito de Estado atual, sendo distinto de direitos locais, feudais, reais ou eclesiais. São um conjunto de regras com nítida intenção autorreguladora, em escala transnacional, administrado não por juizes, mas pelos próprios comerciantes. Com o aparecimento do Estado moderno, seus ordenamentos incorporaram tal formato de regulação, dando origem ao direito internacional privado. Atualmente fala-se da “nova *lex mercatoria*”, que é justamente o nosso ponto, pois a complexidade social moderna e a incapacidade das legislações nacionais oferecem soluções muitas vezes inviáveis aos negócios jurídicos (*O direito na economia globalizada*, p. 160-162, notas 10 e 11). Cf. CARMONA, Arbitragem e jurisdição, p. 305; HERMES MARCELO HUCK, *Sentença estrangeira e lex mercatoria*, p. 101-116. Na doutrina estrangeira é comum dizer que o maior nome no assunto é BERTHOLD GOLDMAN (cf. *Frontières du droit et lex mercatoria*; *La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives*; *Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria*).

⁸⁵ Em estudo sobre a *lex mercatoria*, diz IRINEU STRENGER que “juizes profissionais não estatais e sanções não estatais, têm os componentes de um sistema de direito próprio, distinto e diferente do sistema nacional, mas à sua imagem enquanto *sistema*, quer dizer, do ponto de vista daquele que caracteriza todo *sistema de direito*” (A arbitragem como modo de inserção de normas da *lex mercatoria* na ordem estatal, p. 10 – grifos nossos). LUIZ OLAVO BAPTISTA também vê o instituto como um *sistema*, dizendo que “constitui um ordenamento jurídico no sentido que Norberto Bobbio dá ao termo, uma vez que é composta por várias normas, as quais constituem uma unidade, compondo um sistema, ou seja, um conjunto de normas de conduta e de estrutura, ou competência” (*Lex mercatoria*, p. 282). Também utilizando a nova *lex mercatoria* com um sistema, cf. RENATA ALVARES GASPAR, *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, p. 81. Ver ainda, apontando que as arbitragens nacionais, regionais e internacionais constituem um sistema sob o ponto de vista de complementaridade de regramentos, MARISTELA BASSO, *As leis envolvidas nas arbitragens comerciais*, p. 312.

⁸⁶ Acerca do uso das “melhores práticas da indústria” (*lex mercatoria*) em questões arbitrais que envolvem engenharia de grande porte, cf. NUNES PINTO, Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem, p. 317. Na doutrina francesa, ver ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER, *Droit et pratique de l’arbitrage commercial international*, p. 96-100. Na doutrina italiana, ver BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, p. 243. Na doutrina espanhola, em visão um tanto diversa, RUBINO-SAMMARTANO aponta o perigo da incerteza diante de interpretações pessoais do árbitro sobre o que seja *lex mercatoria* (*Il diritto dell’arbitrato*, p. 315).

⁸⁷ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 73-75.

⁸⁸ Cf. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 802-807.

da *lex mercatoria* no ambiente processual arbitral leva a outro aspecto, o do afastamento parcial ou total do critério de julgamento por direito, o que remonta, de certa maneira, a um julgamento por equidade.⁸⁹

Sendo o modelo da *lex mercatoria* um sistema próprio de direito material,⁹⁰ ele se comunica direta e muito comumente com o sistema do processo arbitral e traz a este influência em termos de subsídios jurídicos, na medida em que nele atue com elementos que influirão na sentença arbitral. Recebe do processo arbitral também influência, na medida em que o resultado da atividade jurisdicional exercida no processo arbitral, as decisões arbitrais uniformes, geram consequências sobre a própria prática/interpretação do conteúdo e amplitude até mesmo do que seja *lex mercatoria*.⁹¹⁻⁹² Não podemos negar que ao menos

⁸⁹ Cf. BRUNO OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, p. 93. No mesmo sentido se manifesta a doutrina portuguesa (cf. MÁRIO RAPOSO, Equidade, composição amigável e *lex mercatoria*, p. 16). Isso não será objeto de consideração aqui, mas quando analisarmos o julgamento por equidade no item relativo à sentença arbitral à luz do conceito de sistema.

⁹⁰ MARGARETH ANNE LEISTER trata o instituto e o próprio comércio internacional como autopoiético, no sentido da teoria dos sistemas aqui trazida (Estado de Direito e comércio internacional, p. 287.). O autor português MÁRIO RAPOSO chama-a de “uma ordem jurídica autônoma” (Equidade, composição amigável e *lex mercatoria*, p. 17).

⁹¹ A nova *lex mercatoria* “comprised of several elements, including general principles of laws recognized buy commercial nations, rules of international organizations, customs and usages, standard form contracts and reports of arbitral awards” (CHRISTOPH W. STOECKER, The *lex mercatoria*: to what extent does it exist?, p. 124-125). Embora a nova *lex mercatoria* decorra, conforme apontado por JOSÉ EDUARDO FARIA (*O direito na economia globalizada*), da insuficiência prática em termos regulatórios da atividade legislativa atual, isso não quer dizer que ela não traga institutos positivados em seu contexto. Em análise precisa, MARISTELA BASSO aponta ser necessário recorrer a decisões arbitrais para o preenchimento do conceito de boa-fé contratual na *lex mercatoria* (*Contratos internacionais do comércio*, p. 165-166). Da mesma maneira manifesta-se LUIZ OLAVO BAPTISTA, para quem a *lex mercatoria* é composta dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e da *jurisprudência arbitral*, pois para ele as decisões arbitrais “vão contribuindo a conformar os princípios e contratos a uma maneira específica e adaptada à problemática empresarial e internacional” (*Arbitragem comercial*, p. 282 – grifo nosso). Isso mostra tanto a influência do direito material na *lex mercatoria* quanto, conforme chamamos de abertura cognitiva, do sistema do processo arbitral para o sistema da *lex mercatoria*. O resultado de processos arbitrais contribui para o preenchimento do conceito de boa-fé segundo a nova *lex mercatoria*.

⁹² Para IRINEU STRENGER, “a arbitragem tem sido o ambiente mais fértil para o desenvolvimento da *lex mercatoria*. Sendo jurisdição desvinculada dos sistemas nacionais, tem ilimitada possibilidade de liberar sua criatividade e com isso contribuir para o avanço e aprimoramento das regras que conduzem o comércio internacional. A arbitragem é, sem dúvida, uma das principais fontes do direito comercial internacional. [...] Publicando e divulgando decisões, a CCI tem contribuído bastante para a explicitação das normas anacionais e aprimoramento da *lex mercatoria*, tornando possível discernir vários princípios aplicados mais pela sua conformidade com a expectativa das partes do que pelos mandamentos das leis nacionais específicas” (A arbitragem como modo de inserção de normas da *lex mercatoria* na ordem estatal, p. 8 e 10 – destacamos). No mesmo sentido, cf. MARISTELA BASSO, As leis envolvidas nas arbitragens comerciais, p. 311. Para os contratos internacionais, a própria situação concreta complica a tarefa de fixar a lei de regência, uma vez que normalmente eles se acham ligados ao direito de dois ou mais países, quer em razão do domicílio das partes em países diversos, quer pelo fato de a prestação característica do contrato ter de ser executada em lugar distinto do de sua celebração. Daí que a divisão global em diferentes sistemas jurídicos nacionais passou a ser vista como barreira a ser gradualmente superada para a construção de um mercado global. Nesse contexto se integra a *lex mercatoria* potencializada pelo trabalho das cortes arbitrais internacionais em favor da uniformização do direito contratual internacional. Podemos citar

sob esse ponto de vista um sistema influi sobre o outro, estando bem posta a questão de que o processo arbitral constitui um sistema, tendo abertura cognitiva com o direito material, aqui representado pela *lex mercatoria*.

Feita a demonstração da abertura cognitiva do processo arbitral relativamente ao direito material, passamos a demonstrar como ele se comunica, no sentido da teoria dos sistemas, com o direito processual. É o que segue.

2.1.2.2 *A relação com o direito processual*

Ao falarmos da relação de comunicação, abertura cognitiva, do processo arbitral com o direito processual, deve sê-lo de forma ampla. Basicamente em dois sentidos: *a)* o que vem do direito processual,⁹³ suas normas e princípios; *b)* o que vem do exercício da jurisdição estatal, as decisões do processo judicial. Ambos integram o sistema do processo estatal. Logo, vamos tratar da relação do processo arbitral com o *sistema* do processo estatal. Aliás, o mesmo ocorre com o *sistema* do processo arbitral no tocante à Lei de Arbitragem, em que temos o que vem de suas regras e o que vem do exercício da jurisdição arbitral, nos termos conceituais desenvolvidos no primeiro capítulo. Visando uma melhor distribuição do tema deste item, uma vez que o trato das duas hipóteses acima levaria a uma amplitude que dificultaria a compreensão, optamos por cindir os dois momentos em subitens, conforme segue.

2.1.2.2.1 *Relação com normas e princípios*

Relativamente ao primeiro momento, em que o processo arbitral se comunica com as normas de direito processual estatal, é preciso compreender que estas não são nem devem ser regras daquele universo.⁹⁴ Basicamente, em que medida o sistema do processo

---

exemplos como Uncitral, vinculada à ONU, e o Unidroit – cujos princípios sobre contratos comerciais internacionais tornaram-se referência, assim como organismos privados como a Câmara de Comércio Internacional.

⁹³ “Direito processual é o conjunto de princípios e normas destinados reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 37).

⁹⁴ Em termos comparativos, mesmo a noção de competência não se comporta exatamente da mesma forma no processo estatal e no arbitral, e em verdade neste último a distinção acaba sendo pouco relevante (“se le parti de una lite che potrebbe spettare ad un giudice italiano la sottomettono invece ad un arbitrato in

estatal influencia, em termos de comunicação, o processo arbitral? Mediante *princípios processuais*.⁹⁵⁻⁹⁶ Isso não significa que o processo arbitral seja dependente do estatal. Ele não o é. Possui, ao contrário, também seus princípios, seus institutos processuais, ainda que montados em formato bem diferente do estatal. Tem autonomia nesse tocante, exatamente como tratamos no capítulo inicial.

No entanto, se é um sistema, precisa estabelecer relações de troca com outros, no caso, com o do sistema processual estatal. Em termos práticos, isso faz com que o árbitro busque respaldo no sistema do processo estatal, quando não contraditório com o conteúdo inerente ao sistema arbitral. Fundamentalmente, quando não se chocar com os princípios do processo arbitral, sinteticamente resumidos na autonomia da vontade e na característica nata de não ser regulado por nenhum outro sistema que não pelas próprias fontes. E, mesmo quando essa migração de elementos do processo estatal para o arbitral não ocorra de forma voluntária, ainda assim, naturalmente, os sistemas se cruzam em determinados momentos. Esclareceremos com exemplos.

Itália, si può dire e si dice che, in sostanza, è stata scelta una diversa competenza – dell'arbitro invece che del giudice –; ma sono classificazioni puramente descrittive, cui non conseguono differenze di disciplina e di rimedi come quelle che si incontrano nel campo del giudiziario – si pensi solo, ad es., al ventaglio dei regolamenti. E siffatte semplificazioni conceittuali sono in piena sintonia con lo spirito del nostro istituto” – LA CHINA, *l'arbitrato*, p. 83). O mesmo ocorre com a preclusão, conforme veremos.

⁹⁵ E não, absolutamente, regras ou dispositivos legais. Lembramos que princípios, para HUMBERTO ÁVILA, são institutos finalísticos, tomados pela complementaridade. Ao contrário de regras, não se voltam a descrever, mas a dar diretrizes (*Teoria dos princípios*, p. 40). Aliás, também como o é a própria teoria dos sistemas (cf. item 1.2.1 *supra*, nota 13). No ambiente do direito processual, é verdadeiro dizer que existem princípios que regem todos os sistemas (ou *microssistemas*) processuais. Exatamente com o enfoque por nós dado, e que também demonstra a pertinência de falar em variados sistemas de direito processual, do qual o arbitral é *espécie*, CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO ensinam que, “através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas processuais; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e em outros que lhe são próprios e específicos. É do exame dos princípios gerais que informam cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os demais, do presente e do passado” (*Teoria geral do processo*, p. 50).

⁹⁶ Na doutrina do Chile, EDUARDO ALBÓNICO aponta que existem princípios básicos do processo estatal que se aplicam ao arbitral, citando o dispositivo e a bilateralidade da audiência (*Arbitraje comercial internacional*, p. 56 e ss.). O autor também traz princípios do procedimento, como oralidade, imediação e concentração de atos (Idem, p. 76 e ss.). Especificamente sobre a relação do processo arbitral com princípios do processo estatal, bem pontuou SELMA FERREIRA LEMES que “não pairam dúvidas de que os princípios informadores do processo judicial encontram guarida no procedimento arbitral” (Princípios e origens da lei de arbitragem, p. 33). CARMONA, por sua vez, leciona que “a preocupação com os princípios atinge o *processo* arbitral, e não apenas o *procedimento*, pois é claro o intuito de tutelar a relação jurídica que se instaura entre partes e árbitro, e não apenas a forma e a sequência de atos que serão praticados por uns e outro” (*Arbitragem e processo*, p. 295 – destaques do original), o que, por seu turno, ratifica a pertinência da diferenciação entre *processo* e *procedimento* já apontada (item 2.1.1.1 *supra*).

Embora seja objeto de item específico mais adiante (item 3.4.1 *infra*), quando a Lei de Arbitragem trata de sentença, o conceito a que ela se reporta é o do Código de Processo Civil. A lei arbitral, seguidora do bom caminho de não trazer conceituações em seu texto, não disciplina o *que é sentença*, simplesmente trata, por exemplo, do prazo em que será proferida (art. 23), dos requisitos formais (arts. 24 e 26) e dos encargos processuais (art. 27). O conceito de sentença, para o processo arbitral, é o estampado no processo estatal, no Código de Processo Civil.⁹⁷

O mesmo ocorre com outros institutos típicos do processo estatal. Ainda apenas a título de exemplo, a Lei de Arbitragem não rege o ato processual da audiência,⁹⁸ muito menos o conceitua. Fez ainda menos do que com a sentença. Mas *menos*, nesse aspecto, é *mais*. A lei apenas consigna que o árbitro poderá tomar depoimentos, em local e dia previamente comunicados por escrito, e qual a consequência da recusa do depoente (art. 22). O que virá no mais será dos regulamentos internos, quando se tratar de arbitragem institucional, ou do próprio procedimento construído pelas partes e pelo árbitro. A lei do processo estatal, nesse tocante, participa do arbitral com conceitos e princípios.⁹⁹ E só.

Outro exemplo bastante claro é o recurso arbitral (art. 30).¹⁰⁰ A Lei de Arbitragem, nesse sentido, fez questão de não conceituar, ou sequer nomear, o referido instrumento como recurso. Ela nada disciplina. Apenas registra que a parte interessada poderá solicitar ao árbitro que corrija erro material, esclareça obscuridade, dúvida ou contradição da sentença, ou sane ponto omissis. Embora sem o *rótulo*, na essência é o mesmo instrumento dos embargos de declaração do processo estatal (CPC, art. 535). A despeito de pouco visto na prática, podemos ainda pensar na hipótese em que as partes desenhem o procedimento arbitral de tal forma que decidam criar um mecanismo recursal (necessariamente) interno, mais elaborado,

⁹⁷ Cf. CARMONA, Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, p. 13. Ainda que este conceito, no processo estatal, esteja mais variável do que o próprio conceito de sistema para o direito, conforme exposto na primeira parte do capítulo inicial (cf. item 1.1 *supra*, especialmente nota 10). Uma visão panorâmica sobre a questão (incerteza) da sentença estatal na doutrina é encontrada no referido estudo de CARMONA, até por ser dos juristas que mais acompanhou as reformas do processo estatal. Cf. também HEITOR SICA, Algumas implicações do novo conceito de sentença, p. 188.

⁹⁸ Quanto à audiência, cf. item 3.3.6 *infra*.

⁹⁹ Podemos exemplificar com os conceitos de suspeição e impedimento de testemunhas, ou com o procedimento de contradita. Sobre os princípios do processo em todas as suas variantes de sistemas, cf. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 50 e ss.

¹⁰⁰ Quanto aos recursos, cf. item 3.4.1.13 *infra*.

copiando total ou parcialmente o que sucede na esfera estatal, embora isso não seja nada recomendável.¹⁰¹

Bem se vê, portanto, que são muitos os exemplos de mútuas influências, harmônicas, entre o direito processual estatal e o processo arbitral. Podemos ainda prosseguir. Interessante fenômeno se dá com as chamadas garantias constitucionais do processo nesse contexto, mostrando também o lado de comunicação entre os sistemas arbitral e estatal.

Sabe-se que a discussão sobre o tema teve início com a doutrina, hoje clássica, acerca do acesso à justiça.¹⁰² A literatura processual caminha em estágio avançado, não mais conceituando, mas, fundamentalmente, aplicando tais ideias, ainda com outras incursões e consequências, revelando a influência da Constituição no processo estatal.¹⁰³

Para o momento, aspecto de relevo é: dissemos no início que a influência do processo estatal no arbitral se dá primordialmente por meio de princípios. E foi justamente o que o legislador da Lei de Arbitragem fez nos arts. 13, § 6.º, e 21, § 2.º. Ali, estabeleceu que o processo arbitral deverá respeitar “*princípios*”. E quais seriam eles? Praticamente os mesmos do devido processo legal que a Constituição impõe ao processo estatal: do contraditório, da igualdade das partes, da independência, do livre convencimento do julgador e da sua imparcialidade.¹⁰⁴ Logo, o sistema do processo arbitral também se comunica com princípios processuais estampados no sistema de garantias da Constituição, que informam todo e qualquer sistema de processo.¹⁰⁵ Logo, mediante sua operação de *abertura cognitiva*, o processo arbitral recebe da Constituição influxos em forma de princípios processuais.¹⁰⁶

¹⁰¹ Para mais detalhes, cf. item 3.4.1.13 *infra*.

¹⁰² Cf. CAPPELLETTI-GARTH, Access to justice: the worldwide movement to make rights effective.

¹⁰³ São inúmeros os trabalhos que se ocuparam do tema, com variados enfoques, com ênfase para os estudos sobre a tutela coletiva. Talvez os que carreguem mais fortemente este traço e que tenham se tornado os maiores representantes do que estamos dizendo, para o momento em que foram publicados, sendo hoje seguidos pela moderna doutrina, foram os estudos de VINCENZO VIGORITTI (*Interessi collettivi e processo*) e MAURO CAPPELLETTI (*Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia*).

¹⁰⁴ A respeito de a imparcialidade integrar o devido processo legal na arbitragem, ou se inserir no âmbito da autonomia da vontade, ver RAFAEL ALVES, A imparcialidade no direito brasileiro. FAUSTINO CORDÓN MORENO aponta que “se trata de princípios ‘de carácter constitucional’, constitutivos de garantias expresa o implícitamente reconocidas en el art. 24 CE como verdaderos ‘derechos subjetivos constitucionales, cuyo contenido mínimo o esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico’. Em consecuencia, deben ser interpretados a la luz de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional sobre sus homónimos en el proceso” (*El arbitraje de derecho privado*, p. 171).

¹⁰⁵ Cf. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 50.

¹⁰⁶ Tal aspecto do processo arbitral está alinhado com o que se convencionou chamar por teoria garantista do procedimento arbitral, nascida com o jurista espanhol ANTONIO NAVARRETE, no que pontuou haver, para o

Para finalizar essa abordagem do processo arbitral à luz do direito processual estatal, faz-se necessário lembrar a própria natureza processual da Lei de Arbitragem. Embora pacificada pela jurisprudência,¹⁰⁷ essa característica fica nítida, ainda que por força de uma leitura superficial do texto. O capítulo I da Lei trata de pressupostos típicos do processo arbitral (arbitrabilidade). O capítulo II, de outro pressuposto, que é toda a variedade de questões envolvendo a convenção de arbitragem. O capítulo III versa sobre o árbitro, à semelhança do que o Código de Processo Civil faz com o juiz. Depois disso, os capítulos IV e V são puramente processuais, cuidando de procedimento e de sentença. O capítulo VI disciplina como se comportam decisões arbitrais estrangeiras no País, no *processo* de homologação. Finalmente, de forma emblemática à nossa visão acima, o capítulo VII alterou dispositivos do Código de Processo Civil, decididamente mostrando a influência do sistema arbitral no complexo normativo estatal,¹⁰⁸ a abertura cognitiva entre eles.

Logo, quer nos parecer clara a natureza processual da Lei de Arbitragem brasileira. Isso leva a concluir pela pertinência de falar em mútuas influências entre os sistemas do processo arbitral e estatal. Influência essa que deve se equilibrar sobre dois pilares, em prol da autonomia do processo arbitral: o respeito aos seus princípios e a não sujeição às sectárias formas do modelo estatal. Daí dizer que o processo arbitral é influenciado por princípios processuais do modelo estatal, mas que não está amarrado a ele.

---

processo arbitral, um sistema de *garantias processuais com projeção constitucional* (*Derecho de arbitraje interno e internacional*, p. 19). Para efeito do que estamos falando, são justamente as que apontamos no texto e que estão na lei de arbitragem brasileira. NAVARRETE retornou ao tema em recente estudo sobre a relação entre garantias processuais, garantias constitucionais e anulação do laudo arbitral, com a análise sobre a tipicidade da compleição de devido processo legal arbitral (*Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje*), aliás, de maneira afinada com o que defendemos no item específico abaixo (cf. item 2.2.3).

¹⁰⁷ Apenas como exemplo, no caso *Mitsubishi versus Evadin* (SEC 349-EX 2005/0023892-2, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.03.2007), revertendo posição anterior, o STJ reconheceu a natureza processual da Lei de Arbitragem e, por conta disso, sua aplicabilidade mesmo a contratos celebrados antes de sua vigência. O STJ voltou ao tema depois, em 03.10.2007, para reafirmar a posição no caso *Spie versus Inepar* (SEC 831/FR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

¹⁰⁸ Podemos citar um exemplo, ainda que em gestação (*rectius*, parado) no Congresso Nacional há um bom tempo, de como os sistemas podem se relacionar de forma racional e produtiva, de forma a atingir a cultura de *métodos adequados* de solução de controvérsia, chegando a um eficiente *sistema processual multiportas* (que, em verdade, já existe na jurisdição estatal, cf. FLÁVIO YARSHELL, *Tutela jurisdicional*, p. 27 e ss.) de resolução de litígios. Trata-se do anteprojeto de lei de mediação (PL 94/2002) apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, no qual foi sugerida a alteração do art. 331 do CPC, cujo parágrafo 3.º da redação original dispunha: “Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro”. É fato que tal disposição poderia estimular o juiz togado a sugerir às partes a fórmula mais adequada de solução de conflito. Infelizmente, não há previsão para que se torne lei, mormente diante das alterações legislativas intensas até o momento.

Então, a despeito da sua natureza processual, a Lei de Arbitragem não traz *regras* do modelo estatal. Quando o legislador arbitral se omitiu quanto a institutos processuais específicos, o fez de forma consciente. Procurou a boa técnica legislativa, sabedor de que, no que respeita à matéria processual, o sistema do processo arbitral busca influxos naquilo que o sistema do processo estatal deve ter de bom a oferecer: seus princípios. Isso é importante porque o lado ruim, das mazelas da esfera estatal, das regras engessadas, o legislador arbitral as quis bem longe. Escolheu impedir que discussões teóricas e intermináveis sobre conceitos e institutos processuais migrassem para o ambiente arbitral da forma como tradicionalmente ocorre na esfera estatal.¹⁰⁹ Que venha, em termos de princípios, apenas o que possa contribuir para o bom desenvolvimento de uma técnica de trabalho que ofereça efetiva/adequada *resolução* de conflitos.

É por essa razão que o legislador do sistema arbitral não se ocupou de categorizar, teorizar, conceituar o direito processual. Ele sabia que isso já foi feito, inclusive com algum exagero, pela processualística estatal. Lançou mão, assim, apenas de mecanismos racionais, nos quais há um entrelaçamento entre os sistemas, embora isso ocorra sem interferências improdutivas de um sobre o outro. Fez com que trocassem comunicação, mútuas influências, sem ingerências mais profundas, muito menos sujeição de um sistema pelo outro. E esse é justamente o conceito de *abertura cognitiva* da teoria dos sistemas exposto no primeiro capítulo.

Essa conclusão não é prejudicada pelo fato de o sistema do processo arbitral abrir possibilidades processuais para as partes. Como o processo arbitral preza pela alta liberdade de escolha, podem os envolvidos (partes e árbitros) lançar mão apenas de regras processuais do sistema estatal que melhor lhes interessem em termos de procedimento, como vimos no item anterior sobre a sua construção.

Um último aspecto da relação entre o processo arbitral e o direito processual estatal vem no bojo da intenção atual em elaborar um novo Código de Processo Civil. A ideia seria inserir no novo texto a Lei de Arbitragem, trazer para o diploma processual o

---

¹⁰⁹ Até porque, como bem diz CARMONA, existem conceitos que foram tão exaustivamente debatidos no processo estatal que passaram a ser historicamente ultrapassados e não podemos deixar que estes “dominem – e entrem – todas as tentativas de modernizar o nosso cansado e desgastado sistema jurídico-processual” (Considerações sobre a evolução conceitual do processo, p. 53).

regramento do processo arbitral.¹¹⁰ Não é desconhecido que muitos países adotam essa arquitetura processual, sendo os exemplos mais clássicos a França e a Itália. O contexto em que o tema é colocado apresenta-se como uma vontade de unificar todas as leis processuais esparsas e dar um trato sistemático¹¹¹ (e não sistêmico) às recentes reformas do processo.

No tocante ao processo arbitral, seria um retrocesso. Ele não deve, de forma nenhuma, voltar ao Código de Processo Civil. É evidente que os meios alternativos (adequados) de solução de controvérsia devem ser regulados ao largo do Código, exatamente para evitar que se recorra à lei processual para o preenchimento de lacunas. Como já dito e ora reiterado aqui, a Lei de Arbitragem deve valer-se, sempre, dos *princípios* do direito processual, mas não, jamais, dos dispositivos ou regras do Código. A Lei de Arbitragem ainda é jovem, mas, ao mesmo tempo, já adquiriu maturidade, tanto que está ao lado e representa o que há de mais moderno do mundo em termos de positivação do instituto.¹¹²

O processo arbitral tem funcionado, e muito bem, graças justamente à sua estrutura plúrima, que mistura uma lei de regência, com disposições abertas, a serem integradas por princípios consagrados na prática internacional, tudo com base na autonomia da vontade. Soma-se a isso uma influência clara do sistema arbitral internacional, que doutrina as melhores práticas arbitrais, via decisões arbitrais, ou mesmo judiciais com cultura arbitral. Tanto é verdade que é comum em variadas partes do mundo, inclusive no Brasil, a parte negligente com a decisão arbitral estar sujeita a reprimendas comerciais e econômicas muito mais duras do que o simples ajuizamento da demanda executiva da decisão pela parte contrária. Isso se deve a um amadurecimento da cultura arbitral e do reconhecimento da capacidade do seu sistema se autorregular.¹¹³

¹¹⁰ Segundo a imprensa, a comissão recém-nomeada para elaborar um projeto de novo Código, integrada por processualistas de escol, entre outros variados objetivos, teria o de que “algumas leis esparsas, como a Lei de Arbitragem e as normas que regulamentam o processo eletrônico – devem ser inseridas no CPC” (*Jornal Valor Econômico* de 16 out. 2009).

¹¹¹ Fazemos referência ao primeiro capítulo, em que tratamos da visão codicista nas primeiras publicações doutrinárias sobre o conceito de sistema para o direito (item 1.2.1 *supra*).

¹¹² Inspirada na Lei Modelo da Uncitral, nossa lei é equiparável às mais modernas do mundo, a exemplo da Ley de Arbitraje espanhola.

¹¹³ Entre nós, o Regulamento da Câmara do Mercado (Bovespa) prevê que a parte a ela sujeita que não cumpre a decisão sofrerá não apenas multa, como estará sujeita a comunicado ao mercado (arts. 13.2 e 13.5). Em termos internacionais, determinadas Câmaras de Comércio simplesmente vedam a atuação do participante que não cumpre decisão arbitral proferida por aquela Câmara. Isso é uma forma de autorregulação. De regulação do sistema arbitral por ele próprio, o que, convenhamos, não precisa de forma alguma de integração maior que a já existente (principiológica) com o processo estatal.

Sabidamente, a Lei de Arbitragem pavimentou o trajeto para que isso ocorresse. E tem funcionado justamente porque ela integra um feixe de instrumentos que conferem segurança ao instituto. Um sistema. Um mecanismo absolutamente a par do processo estatal. Logo, não deve a positivação do processo arbitral, no atual estágio de sua maturidade e reconhecimento internacional, andar para trás. A eventual migração para o Código de Processo Civil apenas traria retrocesso a instituto que está cada vez mais bem situado no contexto local e internacional. É preciso entender que o processo arbitral não é e nunca será válvula de escape para as demandas que verdadeiramente entopem o Judiciário.¹¹⁴ Se este é o objetivo na hipotética migração do processo arbitral para o Código, em nada adiantará em termos de emprestar maior agilidade ao processo estatal. Ao contrário, apenas prejudicará o processo arbitral, ferindo sua característica sistêmica, que deve, em muito, à Lei de Arbitragem.

Enfim, é importante não tentar *processualizar* o processo arbitral à guisa do estatal, pois são métodos de trabalho diferentes.¹¹⁵⁻¹¹⁶ Esse é basicamente o contexto da *abertura cognitiva* do processo arbitral no tocante ao direito processual em termos de *normas* e princípios que colocamos como item “a” no início deste item. Mas, como lá ponderamos, há outro corte da questão. Ele se relaciona com a *comunicação* estabelecida pelo processo arbitral com o sistema estatal relativamente ao seu processo judicial. É dizer, vemos na

¹¹⁴ Cf. item 2.2.4 *infra*.

¹¹⁵ JOSÉ EMILIO NUNES PINTO alerta que “é importante que se esclareça que os árbitros se valem em muitas das vezes dos princípios gerais do processo civil que servem de base para a condução do procedimento arbitral, mas não das regras processuais contidas no Código de Processo Civil. Princípios e regras são realidades distintas e a inexata compreensão dessa questão pode levar, como já tem levado, a equívocos que somente servem para desnaturar a arbitragem e militar em detrimento dela” (A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição, p. 72). No mesmo sentido, ELLEN GRACIE diz que “verifica-se por vezes uma inadequada processualização do rito, o que põe por terra as vantagens da celeridade e acrescenta custos indesejáveis” (A importância da arbitragem, p. 17). CARMONA faz o mesmo apontamento, anotando que a arbitragem não se processualizou para efeito de copiar o sistema de recursos estatais (*Arbitragem e processo*, p. 25, nota 39). Alinhado com nossa posição quanto à sistêmica relação entre o processo arbitral e o direito processual estatal, HAROLDO MALHEIROS VERÇOSA, com razão, aponta que “jogar o Código de Processo Civil no colo dos árbitros e exigir deles uma plena obediência àquele diploma legal significaria reduzir enormemente a utilidade da arbitragem, tornando-a excessivamente rígida, demorada e quase tão onerosa para os interessados quanto o recurso ao Judiciário” (Doze anos da Lei de Arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes, p. 26).

¹¹⁶ Na doutrina estrangeira, assim se manifesta LA CHINA: “però è anche buon critério ermeneutico e pratico di non voler fare del processo arbitrale una sorta di doppiopione del processo giudiziario, ché allora tutto il pregio e l'utilità del primo si perderebbero in una imitazione senza fantasia del secondo. L'arbitrato non è e non deve essere un processo ordinario davanti ad un giudicante diverso” (*L'arbitrato*, p. 89). VINCENZO VIGORITTI, ainda sob o regime anterior à reforma da lei de 1994 (sobre esta, ver RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, p. 117-120), apontava uma tendência na Itália de que o processo arbitral seguisse o modelo ordinário estatal, o que trazia um “soffocamento” para o processo arbitral, embora “per ora l'arbitrato resiste”, apontando como causas dessa resistência o fato de que “le regole del procedimento possono essere dettate dalle parti, oppure più di frequente venire elaborate dagli arbitri (art. 816 c.p.c.)”, além do fato de que “nel complesso, il procedimento è flessibile, meno formale, senza scansioni obbligatorie, e dunque incomparabilmente più accessibile di quello ordinario” (Quale fra arbitrato e processo?, p. 159).

interface entre os processos arbitral e estatal outra maneira de implemento da abertura cognitiva, como requisito para demonstrar a característica sistêmica do primeiro, tal qual posto na premissa teórica. Referimo-nos agora à letra “b” apresentada no início do item.

2.1.2.2.2 *Relação com o processo judicial*

Tem sido tratada de forma adequada pela doutrina a relação entre os processos estatal e arbitral, especificamente quanto ao relacionamento entre juiz e árbitro em suas funções.¹¹⁷ Quando o árbitro busca amparo no Judiciário, assim o faz fundado em normas do processo estatal. É dizer, a base desse expediente está na Lei de Arbitragem, mas os subsídios técnicos, em especial quanto à concretização das medidas, estão no sistema do processo estatal. A necessidade de condução coercitiva de testemunhas (art. 22, § 2.º), o *enforcement* das medidas de urgência ou de tutela específica proferidas pelo árbitro (art. 22, § 4.º), ou, ainda, a correlação entre execução de título extrajudicial e o trâmite de embargos à execução no juízo arbitral¹¹⁸ são exemplos. Juiz e árbitro em relação de comunicação integrativa em prol do resultado. Esse contexto demonstra a relação de comunicação entre os sistemas.

Em contrapartida, para manter autonomia e, com isso, seu caráter como sistema, o processo arbitral deve sofrer o mínimo possível a intervenção do Judiciário.¹¹⁹ Isso significa evitar, a todo custo, qualquer tendência à *judicialização* do sistema arbitral.¹²⁰ Temos visto que as vias estão cada vez mais restritivas a iniciativas desse jaez, fruto de árduo e sério trabalho desenvolvido pela comunidade jurídica arbitral, que, no decorrer dos últimos anos, tem *doutrinado* junto aos tribunais do País. E estes passaram a também *doutrinar* no mesmo sentido, mediante precedentes fundamentais para o fortalecimento do processo arbitral como

¹¹⁷ Cf. CARMONA, Das boas relações entre os juízes e os árbitros.

¹¹⁸ Cf. item 3.2.1.1 *infra*.

¹¹⁹ Antes de ser proferida a lei em vigor, já dizia CARMONA que isso era absolutamente necessário, ali apontando características que hoje trazem a autonomia do processo arbitral como sistema, como a emblemática dispensa de homologação judicial do laudo (*A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 126).

¹²⁰ Em estudo que demonstra o enfraquecimento da arbitragem como efeito deletério do questionamento judicial de processos arbitrais, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES aponta que “a judicialização da arbitragem acarreta uma subversão no nexo de sua instituição consensual, significando alterar-lhe o nível da prestação jurisdicional, sem qualquer benefício para o instituto célere e especializado escolhido” (*Efeitos da judicialização da arbitragem*, p. 37). Com acerto o autor, afinal, quem escolhe árbitro não quer juiz na sua causa. Quem elege o sistema do processo arbitral é porque vê nele vantagens, conforme indicamos abaixo quanto ao conceito de efetividade para o processo arbitral (item 2.2.4 *infra*). Não que este não tenha desvantagens, mas a parte simplesmente não quer cair naquelas do sistema estatal.

um sistema próprio e confiável.¹²¹ Somente com essa atuação consciente dos tribunais estatais o processo arbitral continuará seu caminho para se fortalecer em reconhecimento perante a própria sociedade civil, como um sistema autônomo e seguro. Afinal, se toda decisão arbitral vier a sofrer ataque judicial, por anos a fio, isso se tornaria a demolição do instituto no que toca à credibilidade.

Seja como for, fato é que a própria Lei de Arbitragem traz situações em que a participação do juiz togado é necessária. O exemplo eleito é a demanda prevista no art. 7.º. Em termos gerais, a situação ocorre quando a cláusula compromissória não é suficiente, entendida como quando não traz os elementos verdadeiramente mínimos para a instauração da arbitragem, a chamada cláusula vazia, que nada mais é do que aquela em que não consta a forma de indicação dos árbitros. Isso ocorrendo, não há outra alternativa, a não ser renunciar à arbitragem, o que desconsideramos aqui, para que se obtenha o compromisso arbitral, a construção do procedimento do processo arbitral, que não seja se socorrendo do processo estatal.¹²² O interessado deverá manifestar à outra parte, por qualquer meio idôneo, mediante comprovação de recebimento, a sua intenção de dar início ao processo arbitral, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso (art. 6.º, *caput*).¹²³

¹²¹ Cf. recente estudo de RODRIGO FONSECA (A arbitragem na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça), no qual o autor passa em revista os principais temas do processo arbitral já analisados pelo STJ, como a impossibilidade de reexame de mérito da sentença arbitral estrangeira homologanda, a aplicação imediata da Lei de Arbitragem nos contratos anteriores (natureza processual aqui já posta), os princípios do *kompetenz-kompetenz*, o efeito *binding* da cláusula compromissória, a possibilidade de cláusula arbitral em contratos de sociedades de economia mista, os direitos do consumidor e a convenção, o direito falimentar e a convenção, a execução de título extrajudicial e a convenção e, por fim, a convenção em contratos conexos. Para um estudo sobre a jurisprudência de outras Cortes e temas variados, cf. SELMA FERREIRA LEMES, A arbitragem no Brasil: dez anos de consolidação do instituto, p. 554-565.

¹²² Uma questão inerente à relação entre os sistemas do processo arbitral e judicial diz respeito ao sigilo. Malgrado ele não ser regra ou princípio, fato é que na prática está presente na grande maioria dos processos arbitrais, bem como em grande parte dos regulamentos das câmaras mais solicitadas. Logo, havendo a demanda do art. 7.º, é bem provável que a questão que deveria ser objeto de sigilo arbitral se descortine no juízo estatal, diante do seu caráter público, o que poderia trazer prejuízo à parte (justamente aquela que quer a arbitragem e que se vê às voltas com o recalcitrante). Neste caso, reputamos importante que o juiz, exercendo seu poder geral de cautela, determine o segredo de justiça à demanda após demonstração de necessidade pelo autor, em posição em que nos aproximamos de NUNES PINTO (Proposta para a preservação do sigilo na arbitragem na execução específica de cláusula compromissória, p. 95). Seria uma medida de cautela do próprio direito da parte, da relação substancial, não do processo, em situação que se alinha à doutrina de ROBERTO BEDAQUE (*Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 179).

¹²³ Todo e qualquer meio que demonstre a recusa nos parece válido, desde que demonstrado o recebimento da convocação (nesse sentido, BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 115). Seja como for, o autor da demanda do art. 7.º deve provar que cumpriu com a *ratio* do art. 6.º, ter convocado a contraparte, sem o que é carecedor da ação (nesse sentido, cf. ARRUDA ALVIM, Exegese dos arts. 6.º e 7.º da Lei n. 9.307, de 1996, p. 169).

Faz-se de todo recomendável que essa manifestação contenha alguns elementos: *i)* o objeto do litígio; *ii)* a proposta para indicação do(s) árbitro(s); *iii)* o lugar onde se desenvolverá o processo arbitral e será proferida a sentença, com o seu prazo; *iv)* o procedimento a ser adotado; *v)* o modo de fixar os honorários do(s) árbitro(s), além da responsabilidade pelo seu pagamento e das despesas; e, se for o caso, *vi)* o julgamento por equidade. A negativa pela parte contrária em atender à convocação, ou, comparecendo, não firmar espontaneamente o compromisso pouco importa. Poderá a outra parte promover a demanda para obter do juiz togado uma sentença que substitua o compromisso não firmado, produzindo todos os efeitos que dele se espera, como se celebrado estivesse.¹²⁴

Importante dizer, para efeito dessa análise à luz da formação do processo arbitral, que o órgão judicial não se limita a substituir a manifestação de vontade quanto à sua instituição. Estabelece propriamente as regras a serem adotadas, em especial a escolha do árbitro.¹²⁵ A sentença vale como contrato definitivo – o compromisso –, regulando as

¹²⁴ JOSÉ EMILIO NUNES PINTO defende que haveria ato ilícito na hipótese do art. 6.º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, na recusa da parte que convencionou a arbitragem. Essa posição se fundamenta na ideia de que a parte vacilante faltaria com a boa-fé objetiva, necessária em todo e qualquer contrato, do qual a convenção da arbitral não escapa (A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição, p. 73). BRUNELA VINCENZI possui obra profunda sobre a relação da cláusula geral de boa-fé como o direito processual, propondo medidas preventivas/educativas que não sejam pecuniárias (*A boa-fé no processo civil*, p. 173). Em senso semelhante, DONALDO ARMELIN aponta que a recusa da parte na instituição do processo arbitral configura a conduta do *venire contra factum proprio*, “com conseqüente violação dos deveres inerentes à boa-fé objetiva, expressamente reconhecida e respaldada no art. 422 do CC/2002” (cf. comentário ao acórdão no agravo 117.825, TRF 2.ª Região, Rel. Carreira Alvim, publicado na revista do Cbar n.º 6, p. 216). Em igual sentido caminhou o TJRS em recente julgado, apontando que “[...] cumpre trazer à baila o princípio da boa-fé que rege as relações obrigacionais entre as partes. Portanto, sendo a cláusula compromissória, de natureza contratual, o art. 422 do Código Civil se aplica integralmente. Assim, surgindo a controvérsia, as partes deverão agir de acordo com o que convencionaram e tomem todas as providências necessárias para instaurar o procedimento arbitral, destinando a solucioná-la, seja na forma do art. 5.º da lei, sendo a cláusula, do na do art. 6.º, se bem entenderem. [...] Dessa feita, a revelia ou a recusa, a que se refere o parágrafo único do art. 6.º da Lei, comportamentos da parte que se distanciam da boa-fé e do cumprimento dos respectivos deveres laterais, são fatores que afetam o equilíbrio da equação econômica, acarretando prejuízos para a parte que requereu a instauração da arbitragem e que deseja ver a controvérsia solucionada” (AI 70027385269, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva, j. 26.11.2008). Não vamos aprofundar se há ou não ato ilícito, o que fugiria do tema proposto, embora seja verdadeiro que a amplitude do conceito de boa-fé no sistema arbitral é muito largo e pode de fato gerar efeitos tanto na fase pré quanto durante e pós-processo arbitral, como anotado por LUIZ OLAVO BAPTISTA (*Lex mercatoria*, p. 286). A questão serve aqui tão somente para demonstrar a *interface* entre os sistemas, pois a busca pela reparação do dano (e apenas se houver – CC, art. 927) pelo ato ilícito na violação da boa-fé objetiva seria objeto de outra demanda estatal. E nela uma questão do processo arbitral seria tratada, ainda que sobre a quebra de seu pressuposto, que é a convenção. Isso demonstra, para efeito de *abertura cognitiva*, a intercomunicação entre os sistemas dos processos arbitral e estatal, assim como deles e o de direito material.

¹²⁵ Sobre a possibilidade de eleição do foro estatal para a demanda do art. 7.º, cf. CARMONA, Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro, p. 37.

situações necessárias para permitir a imediata instituição do processo arbitral, que terá início com a aceitação pelo árbitro.

A despeito de a Lei de Arbitragem franquear a possibilidade de construção do procedimento pelo juiz estatal, evidentemente que ele não poderá tocar o mérito da controvérsia, diante de sua incompetência para a matéria. Isso é importante justamente para demonstrar a premissa teórica: embora os sistemas se entrelacem, tenham comunicação, mantém-se a autonomia do processo arbitral, tal qual estabelecido como condição para que a relação entre ambos decorra de *abertura cognitiva*, e não de sujeição.

Não havendo consenso quanto ao procedimento da arbitragem, tampouco quanto ao árbitro a ser eleito, não vemos problema se o próprio juiz estatal fizer a indicação e deixar ao árbitro a construção do procedimento arbitral. Ou mesmo que determine que o procedimento obedeça ao modelo de algum órgão institucional.¹²⁶ Esta, aliás, parece ser a melhor opção, embora argumentos não faltarão para se impugnar este ou aquele que for eleito.

Certamente ainda muitos pontos restarão para serem definidos pelo árbitro em termos de procedimento. E, bem ou mal, embora essa relação de comunicação entre os sistemas fique muito evidente no caso, fato é que ao juiz estatal não é nada rotineira a praxe arbitral. Daí ser de bom alvitre que o procedimento siga o de algum órgão institucional, ou mesmo que ele deixe para o árbitro o estabelecimento de regras procedimentais mais detalhadas. Seja como for, tudo o que se estabelecer em termos de procedimento pelo juiz togado poderá, *a posteriori*, ser revisto pelas partes e/ou árbitros quando instituído o processo arbitral.

Ainda para efeito das mútuas influências entre os sistemas do processo arbitral e estatal, o próprio rito trazido pelo art. 7.º demonstra uma clara ingerência da Lei de Arbitragem na sistemática do processo estatal. É ela quem dita como será o procedimento que será desenvolvido na esfera estatal. Traz, de fato, verdadeiro *procedimento especial* para

---

¹²⁶ Assim pensa PEDRO BATISTA MARTINS: “é justo, seguro e menos arriscado ao juiz submeter o processo de arbitragem a algum regulamento de Centros de Arbitragem, especializados que são no tema. Ademais, harmoniza-se com a segurança jurídica e a confiança, visto que tais regulamentos são, corriqueiramente, testados e aperfeiçoados” (*Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 121).

a demanda do art. 7.º.¹²⁷ Não obstante ser um procedimento especial, parece-nos possível que o réu deduza pedido.¹²⁸ Não se mostra importante se ele vem sob o formato contraposto ou reconvenicional.¹²⁹⁻¹³⁰ Na medida em que a lei nada trate a respeito, consideramos possível qualquer das formas. Não parece razoável o réu ser obrigado a reconvir caso deseje afastar o formato arbitral solicitado pelo autor, deduzindo pedido específico para que o processo arbitral se desenvolva conforme sua conveniência, ou mesmo influenciando diretamente na eleição do árbitro. Como igualmente não parece correto dizer que o réu, ao fazê-lo, deva optar pela forma contraposta.¹³¹

¹²⁷ MARCATO leciona que a especialidade do procedimento para o legislador decorre ora de uma peculiaridade da própria relação jurídica material, ora da necessidade de obtenção de efeitos antecipados de determinada tutela, ou simplesmente de um contexto histórico (*Procedimentos especiais*, p. 37).

¹²⁸ CARMONA assim se manifesta, apontando tanto o art. 31 da Lei 9.099/1995 quanto o art. 278, § 1.º, do CPC (*Arbitragem e processo*, p. 160-161). Em termos gerais, sobre a posição do réu reconhecida constitucionalmente como igual à do autor e disso decorrendo pretensões independentemente de pedido, cf. HEITOR SICA, *Direito de defesa e tutela jurisdicional*, p. 277 e ss.

¹²⁹ CARMONA menciona que tal pedido será feito “à semelhança do pedido contraposto” da lei de juizados especiais e do próprio art. 278 do CPC (*Arbitragem e processo*, p. 160). Aliás, no próprio processo arbitral por vezes sequer é possível saber quem é o autor e quem é o réu, pois ambas as partes aduzem pedido em suas primeiras manifestações, até porque uma das partes não quer ser vista como demandada e, por isso, teoricamente enfraquecida na discussão (cf. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 660).

¹³⁰ Apenas para ilustrar, não vemos sentido na formalidade do processo estatal que reduz a pedido contraposto determinadas situações e a reconvenção outros. Para nós, trata-se de formalismo vazio e sem sentido, sendo irrelevante como o réu possa deduzir pedido (nesse sentido, cf., entre outros, DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 502; BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 112-113; BONDIOLI, *A sistematização da reconvenção*, p. 119 e ss. e; SICA, *Direito de defesa e tutela jurisdicional*, p. 214). Como diz BEDAQUE, “faz-se necessário eliminar certos dogmas, especialmente no que se refere a aspectos formais, a fim de que o processo seja realmente um instrumento de justiça” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 25, nota 14). Não desconhecemos, por outro lado, a importância da forma. Ela é fundamental até mesmo para a efetividade temporal e qualitativa da tutela. Como bem diz CARLOS ALBERTO ALVARO OLIVEIRA, o formalismo serve para limitar o poder do Estado e, bem medido, traz valores de justiça, segurança e paz social (*Do formalismo no processo civil*, p. 218).

¹³¹ Em sua obra, traduzida para o português por ALVARO OLIVEIRA, ALOIS TROLLER analisa a relação entre técnica processual e forma (*Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 105 e ss.), chamando a atenção o seguinte trecho introdutório, que diz o autor ter impulsionado sua pesquisa, já nos idos da década de 40: “a ciência processual alemã ficou exaurida por sua erudição e por isso se tornou desacreditada. Suas diligentes disputas e controvérsias foram consideradas tendo uma finalidade autônoma e rejeitadas por proeminentes juristas por não exibirem valor prático. Novamente, os puros temas de direito positivo são fortemente vinculados com os procedimentos tratados. Dessa forma, parece haver apenas uma inevitável estagnação da investigação processual. Por isso era sedutor o intento de manifestar o interesse no processo pela observação referente à situação jurídico-político e nesse sentido submeter publicamente um estudo prévio do processo civil a esse método de discussão” (Idem, p. 14 – grifo nosso). A pontuação é oportuna aqui, pois vimos falando desde o primeiro capítulo da necessária incursão sociológica do processo, como ficou patente naquela primeira parte do estudo. E é por isso que estamos estudando o processo arbitral sob o prisma de uma teoria sociológica, premissa da qual comunga CARMONA, ao apontar que “a arbitragem é um fenômeno social” (cf. prefácio ao livro de RAFAEL BICCA MACHADO, *A arbitragem empresarial no Brasil*). Embora com outro enfoque, mas igualmente sociológico, BRUNO OPPETIT aponta que “l’absence de publicité des procédures et des sentences arbitrales dresse un premier obstacle sur la route du chercheur: la jurisprudence arbitrale n’est connue que de manière latérale, incidente et non systématique, ce qui rend très difficiles non seulement une évaluation quantitative du contentieux arbitral, mais encore une exploitation scientifique des décisions rendues, à l’instar des enseignements dégagés par la doctrine de la jurisprudence des tribunaux judiciaires” (*Théorie de l’arbitrage*, p. 95).

Justamente pela forma especial do procedimento, vinda da Lei de Arbitragem e não do processo estatal, diante da necessidade de que ele transcorra com celeridade, é de suma importância que o juiz togado não se apegue a dogmas desnecessários da esfera estatal, empregando ao máximo a instrumentalidade das formas, pois o foco não é o processo estatal do art. 7.º, mas o que ainda será iniciado por decorrência dele, no juízo arbitral.

O juiz togado deve estar voltado a um procedimento bastante célere e cercado das garantias mínimas de segurança, Dea fim de que o processo que realmente importa, o arbitral, inicie-se o mais rapidamente possível, obviamente respeitadas garantias elementares até para a segurança daquele e para que sejam evitadas as sempre inconvenientes investidas judiciais contra o procedimento após o término do processo arbitral. Tudo faz parecer que a demanda o art. 7.º da Lei de Arbitragem deve ser encarada como altamente potencializada em termos de instrumentalidade das formas, de fuga de ritualismos inócuos, pois precisa ser um *processo altruísta*: servir apenas para construir o procedimento de outro processo.

Outras situações dizem respeito à questão dos poderes do juiz na demanda do art. 7.º e mostram a relação de comunicação entre as esferas arbitral e estatal. Uma delas é justamente os limites desses poderes diante do limitador à sua competência trazido pela convenção.¹³² Em outras palavras, a rigor, não pode se referir ao mérito.¹³³⁻¹³⁴ Entretanto, se

¹³² Em decisão restritiva quanto aos poderes do juiz togado, a Justiça paulista preferiu não dispor sobre o procedimento do processo arbitral, deixando ao tribunal arbitral fazê-lo quando constituído, apenas fixando os termos do art. 10 da lei (Ordinária 000.01.060969-5, 13.ª Vara Cível de São Paulo, juiz Ademir Modesto de Souza, j. 15.05.2002, publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 1, p. 234 e ss.). Não por conta de alguma restrição da lei, que não existe, como bem aponta CARMONA a respeito da amplitude dos poderes do juiz togado neste tocante (*Arbitragem e processo*, p. 18), mas talvez a boa cautela sugira que esse deva ser o melhor caminho. Não é dado ao juiz conhecer detalhes do procedimento arbitral. Ou mesmo compreender suas matrizes e necessidades, merecendo que a construção do procedimento propriamente dito seja feita pelo árbitro e partes assim que iniciado o processo arbitral.

¹³³ A doutrina portuguesa é bastante crítica no tocante à fixação do objeto do litígio pelo juiz togado, no equivalente ao que seria o inciso III do art. 10 da nossa Lei de Arbitragem, que, para nosso sistema, é de presença obrigatória no compromisso e, por isso, também na sentença da demanda do art. 7.º. Conforme apontado por lá, na medida em que a fixação do objeto do litígio pode levar a infundáveis discussões até o “Supremo Tribunal de Justiça”, isso seria um desconto nas vantagens da arbitragem (cf. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Balanço dos vinte anos de vigência da Lei de Arbitragem Voluntária*, p. 30). No Brasil essa consequência pode não ser tão grave, na medida em que o sistema do processo arbitral, em verdadeira comunicação com o do processo estatal (alteração do ordenamento do processo estatal pela Lei de Arbitragem), estabeleceu que da sentença não caberá apelação com efeito suspensivo, de modo que o processo arbitral se inicia a despeito de haver ou não apelação pendente (CPC, art. 520, inc. VI).

¹³⁴ Talvez um aspecto que traga de fato distúrbio para o sistema do processo arbitral é justamente a possibilidade, inegável, de produzir prova na demanda do art. 7.º para a própria formação do objeto da arbitragem. Sobre a possibilidade de perícia na demanda, cf., entre outros, CARMONA (*Arbitragem e processo*, p. 161, nota 98) e ELEONORA PITOMBO (*Arbitragem e o Poder Judiciário: aspectos relevantes*, p. 115). Justamente por conta de possíveis dissabores diante de uma grande extensão contenciosa de natureza judicial, em que as partes elegeram arbitral, é que EDOARDO RICCI sugere que a disciplina do art. 7.º fosse alterada para que, de

ele tenta conciliar as partes, deve fazê-lo apenas sobre o formato do procedimento arbitral, objeto da demanda, ou também sobre o mérito? O ingresso no mérito, ainda que para efeito de conciliação, estaria vedado pela convenção arbitral, uma vez que, para conciliar, o juiz tem que, em alguma medida, analisar o mérito? Ou pode apenas se as partes concordarem, havendo renúncia, ainda que parcial, ao juízo arbitral?

O tema da conciliação pode ser bem aquilatado pela própria interpretação da primeira parte do § 2.º do art. 7.º (“comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação do litígio”). O que se mostra claro é que o legislador procurou privilegiar a composição, resolver o litígio de fundo, embora, como dito, isso não coubesse em princípio ao juiz estatal. Trata-se de exceção. Nessa hipótese, é evidente que, se as partes concordam, abrem mão da competência arbitral, convencionando levar o tema ao juízo homologatório estatal.¹³⁵ Logo, a resposta positiva se impõe.¹³⁶ O juiz estatal carece de competência para o mérito, mas passa a tê-la no momento em que as partes aceitam prosseguir na discussão a título de composição. Até porque, isso não ocorrendo, a própria segunda parte do parágrafo leva à celebração de acordo apenas para efeito do compromisso (“não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, *de comum acordo*, do compromisso arbitral”).

Também à luz dessa comunicação entre os sistemas arbitral e estatal, questão que envolve os poderes do juiz na demanda do art. 7.º é a tutela antecipada.¹³⁷ Se o mérito apenas cabe ao árbitro e se antecipação é de efeitos daquele, havendo necessidade no curso da demanda, o juiz poderia concedê-la? Ou a medida estaria restrita a antecipar a instituição arbitral, apenas para efeito de nomear urgente e provisoriamente um árbitro para analisar o mérito, e, se o caso, conceder a medida? É fato que essa tutela, para antecipar tão somente

---

acordo com alguns ordenamentos estrangeiros, ao juiz togado apenas coubesse indicar o árbitro, no que ele denomina (a nosso ver impropriamente, pois ainda seria jurisdição) de “atividade administrativa” (*Lei de Arbitragem brasileira*, p. 247). Em sentido semelhante, ver o jurista português JOSÉ LEBRE DE FREITAS (Alcance da determinação do objeto do litígio arbitral, p. 75). Com razão, EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES defende uma leitura bastante restritiva da amplitude do art. 7.º (Breves considerações sobre as relações do Poder Judiciário com a arbitragem, p. 219).

¹³⁵ Talvez pelo prisma do sistema arbitral, isso seja até mais recomendável, diante do caráter exclusivamente contencioso da jurisdição arbitral (o próprio art. 1.º da lei prevê “[...] valer-se da arbitragem para dirimir litígios...”), conforme expusemos no item 2.2.2 *infra*. Conforme lá apontado, o sistema do processo arbitral não referenda a intenção das partes em levar determinada composição apenas para a homologação arbitral, pois ao árbitro não é dada essa atividade meramente homologatória.

¹³⁶ Nesse sentido, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 159.

¹³⁷ Abordaremos o instituto no capítulo seguinte (item 3.1.5.4). Em termos gerais, cf. JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A tutela antecipada no processo arbitral*.

a instituição da arbitragem, pode ser considerada uma *tutela processual*, apenas com fins de antecipar um momento do processo arbitral. Anteciparia um efeito da decisão final da demanda do art. 7.º e, gerando consequências meramente processuais, teria contornos cautelares, de tutela do processo.¹³⁸ No caso, porém, de situação de urgência, e conferindo o juiz existir prova inequívoca do fato alegado pelo autor e que há risco de dano irreparável, pensamos ser possível a concessão da tutela.¹³⁹

Evidentemente tal medida será a título provisório, *ad referendum* do árbitro, quando instaurado o processo arbitral.¹⁴⁰ Seria revestida de cunho acautelatório, mas agora do direito propriamente dito.¹⁴¹ Assim pensamos porque outro expediente que traga risco de perecimento de direito tenderia à situação intolerável para a comunicação entre os sistemas, que se pretende racional e finalista, como é a teoria dos sistemas, conforme expusemos no primeiro capítulo.¹⁴² E tal, consequentemente, ocorreria com a ideia da tutela processual, ou apenas para efeito de nomear um árbitro provisório, acima apontada, sendo por isso uma alternativa insatisfatória. A despeito, por evidente, que sua decisão também fosse *ad referendum* do tribunal arbitral posterior e definitivamente instalado.

¹³⁸ “Mesmo sem oferecer diretamente ao litigante a fruição do bem ou de algum benefício que essa fruição poderia trazer-lhe, a tutela cautelar evita que o processo se encaminhe para um resultado desfavorável” (DINAMARCO, O regime jurídico das medidas urgentes, p. 10). No sistema de *common law*, especificamente quanto às medidas conservativas do processo arbitral, cf. NEIL ANDREWS, *Injunctions in support of civil proceedings and arbitration*, p. 167.

¹³⁹ Como aponta de forma precisa CARMONA, em parecer, *tutela quer dizer ajuda* (Parecer. Contrato de *joint venture*, p. 157), Neste sentido manifestou-se DONALDO ARMELIN, em comentário a julgado do TRF 2.ª Região (AgIn 117.825, Rel. Carreira Alvim, j. 22.06.2004, CBar, n. 6, p. 226).

¹⁴⁰ É neste sentido a posição de CARMONA, para quem “a questão deve ser dirimida com a invocação de tradicional princípio do direito luso-brasileiro, segundo o qual *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*. Dito de outro modo, as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte interessada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente, o que aconteceria na hipótese de a parte não poder requerer a medida cautelar ao árbitro (como deveria) pelo simples fato de não ter sido ainda instituída a arbitragem (árbitros ainda não aceitaram o encargo, art. 19 da Lei). Diante de tal contingência, abre-se à parte interessada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado examine se é o caso de conceder a medida cautelar; concedida a medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar, ou modificar a medida concedida” (*Arbitragem e processo*, p. 326-327). No mesmo senso manifesta-se DONALDO ARMELIN (cf. comentário ao acórdão no agravo 117.825, TRF 2.ª Região, Rel. Carreira Alvim, publicado na revista do Cbar n. 6, p. 216). Na doutrina espanhola, ver ROSA LAPIEDRA ALCAMÍ, *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 221 ss.

¹⁴¹ Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 240.

¹⁴² Antes até que finalista, LUHMANN tornou sua teoria estrutural funcionalista. Na sua concepção, o sistema está orientado a partir de sua função, como aponta JUAN GARCIA AMADO: “le facteur fontamental dans la constitution d’un système se trouve dans as fonction” (*La société et le droit chez Niklas Luhmann*, p. 109). Ainda sobre seu caráter finalista, cf. item 1.2.3, nota 100, *supra*.

Outro aspecto interessante também pode ser apontado quanto à demanda do art. 7.º, relacionado com o ponto de enfoque deste item, de trocas mútuas entre o sistema arbitral e o judicial. Trata-se de situação que advém de um ingrediente do sistema do direito material. Com fundamento no art. 168 do Código Civil,¹⁴³ pode/deve o juiz estatal adentrar em determinada questão de nulidade absoluta do contrato ou da convenção, sob o fundamento de que se trata de matéria de ordem pública? Ou mesmo avançar sobre suposta questão de inexistência, no âmbito do direito civil com reflexos processuais, do contrato como um todo ou da convenção no particular? Diante da ideia de sistema que preconizamos, não reputamos como a melhor alternativa aquela apontada por autorizada doutrina, que defende ser possível que o juiz togado reconheça a nulidade da convenção nesta fase.¹⁴⁴

Parece-nos que a nulidade/inexistência do contrato, ou da cláusula arbitral, deve, prioritariamente, ser reconhecida pelo árbitro.¹⁴⁵ Ao juiz da demanda do art. 7.º cabe simplesmente desenhar o compromisso arbitral, ou o negócio jurídico processual.¹⁴⁶ A questão da nulidade será de fato examinada pelo tribunal arbitral assim que constituído. Apenas num último momento, se e quando ajuizada a demanda do art. 33, é que se nos afigura possível que o juiz togado analise a questão da nulidade/inexistência,¹⁴⁷ em exemplo de interligação parcial racional (*abertura cognitiva*) entre as esferas arbitral e judicial para o exame desse aspecto.¹⁴⁸

¹⁴³ “Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.”

¹⁴⁴ BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 122.

¹⁴⁵ Sobre a competência-competência como regra de prioridade cronológica, FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, p. 415.

¹⁴⁶ CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 189.

¹⁴⁷ Assim entende a doutrina chilena, apontando PATRÍCIO AYLWIN AZÓCAR que “el único medio de hacer efectiva esta nulidad, que es civil y no procesal, es la acción ordinaria correspondiente” (*El juicio arbitral*, item 412). Na doutrina italiana recente, GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA defendem o mesmo, em interpretação do art. 817 do atual CPC italiano (“Se la validà, il contenuto o l’ampiezza della convenzione d’arbitrato o la regolare costituzione si applica sono contestate nel corso dell’arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza”), de que tais matérias seriam de apreciação exclusiva do árbitro, embora ressalvamos que tal interpretação é ampliadora da lei, uma vez que ela prevê a questão quando já instaurado o processo arbitral, não antes dele, conforme falamos (*Il nuovo diritto dell’arbitrato*, p. 236).

¹⁴⁸ Em sentido contrário, a doutrina traz alguns exemplos de que essa competência não é tão exclusiva, com possibilidade de verdadeira confusão para o reconhecimento do vício (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 176-177). No mesmo sentido, em texto publicado há mais de 20 anos, e antes das reformas no processo arbitral italiano, cf. TARZIA, *A arbitragem comercial internacional e o direito italiano*, p. 93.

Até porque não haveria problema nenhum na espera para que o árbitro analise a questão. Uma coisa é autorizar que o juiz antecipe a tutela em situação de urgência, *ad referendum* da análise do árbitro, que ocorrerá de qualquer maneira. Outra, bem diferente, é permitir que extermine até mesmo a possibilidade de se instaurar o processo arbitral, reconhecendo como nulo/inexistente o contrato ou a convenção. Que extirpe a possibilidade de o árbitro proferir juízo sobre a questão, o que justamente ocorreria caso se chancelasse ao juiz togado da demanda do art. 7.º a possibilidade de apreciar uma alegação de inexistência ou nulidade absoluta do contrato, bloqueando a possibilidade de se instaurar o processo arbitral.¹⁴⁹ Considerando a criatividade jurídica normalmente presente no foro estatal, entendimento contrário poderia sufragar a situação, tal qual ovo apenas com casca, na qual advogado bem articulado postule com sucesso tese de inexistência de ato jurídico em que só exista na verdade intenção de barrar o juízo arbitral,¹⁵⁰ levando-se a uma disputa judicial

¹⁴⁹ Em recente caso julgado pela Justiça paulista, empresa operadora de planos de saúde ajuizou medida cautelar incidental, com pedido de liminar, visando obstar o prosseguimento de processo arbitral, sob o argumento de ineficácia superveniente da cláusula arbitral, em razão da decretação de sua liquidação extrajudicial. A liminar concedida foi posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de agravo de instrumento (n. 460.034-4/5-00, Relator Desembargador José Roberto Bedran, j. 21.11.2006). Contra o referido acórdão foi interposto recurso especial que, inadmitido na origem, deu azo a agravo de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi dado provimento para fins de determinar a subida dos autos. Ao apreciar a medida cautelar, a Ministra Nancy Andrighi indeferiu liminarmente a petição inicial, julgando extinto o processo sem exame de mérito. Em suas bem postas razões, destacou a possibilidade de a massa liquidanda participar de processo arbitral, uma vez que, “tomando por base os poderes conferidos ao liquidante e as restrições impostas à sua atuação, não se vê nenhum empecilho à subsunção de massas liquidandas ao procedimento arbitral [...]”. A decisão destacou a necessidade de ser respeitado o princípio *kompetenz-kompetenz* como um dos basilares do processo arbitral, afirmando que questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória *deverão* ser apreciadas pelo árbitro, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade (STJ, Medida Cautelar 14.295/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 13.06.2008). Na doutrina portuguesa, RAÚL VENTURA, utilizando-se de vasta literatura estrangeira, coloca-se contra a *mera alegação de inexistência* ser fundamento para se afastar a competência do árbitro, o qual será justamente quem deverá reconhecer se o contrato inteiro existe ou não juridicamente, embora o autor também questione a teoria de que há inexistência para um ato jurídico, sendo tudo para ele mais coerente com as nulidades (Convenção de arbitragem, p. 375).

¹⁵⁰ Com razão HELENA ABDO, ao dizer que “o sujeito que propõe uma demanda com objetivo único de importunar seu adversário, de lhe causar prejuízo..., certamente desvia o processo de seus fins institucionais” (*Abuso do processo*, p. 192). Existem alguns casos emblemáticos decididos pela Justiça brasileira em que houve de fato um excesso de uma das partes na tentativa de barrar o processo arbitral. Mas talvez o mais emblemático tenha sido o conhecido caso CAO A *versus* Renault, em nada menos do que *quatro* demandas judiciais antiarbitrais ajuizadas pela primeira, todas rejeitadas pela atuação firme e técnica do TJSP. Foram elas: a) demanda art. 7.º para afastar o regulamento da CCI (AgIn 124.217-4/0, 25.ª Câmara Direito Privado, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 16.09.1999); b) ação anulatória de convenção arbitral (AgIn 132.793-4/0, 5.ª Câmara Direito Privado, j. 03.03.2000); c) ação declaratória de inexistência de sentença arbitral (AgIn 285.411-4/0, 5.ª Câmara Direito Privado, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 16.06.2006); e d) ação de reparação de danos em decorrência da sentença arbitral (Ap. 1117839-0/7, 25.ª Câmara de Direito Privado, rel. Antonio Benedito Pinto, j. 26.02.2008). Cf. análise de ARNOLDO WALD, patrono da Renault, em comentário publicado em CBar n. 17, p. 197 e ss. Outro caso memorável de má postura processual foi o conhecido Copel *versus* UEG Araucária Ltda., apontado no item 3.2.1.1 adiante.

interminável sobre este ponto, e só para ganhar tempo. É preciso pensar o processo arbitral como um sistema também para impedir tais expedientes.

Ainda quanto à nulidade do contrato como um todo, bom dizer que, até pelo próprio princípio da autonomia da cláusula arbitral, a análise deve ser do árbitro, e não do juiz. Ainda que se considere nulo o contrato, essa nulidade não atinge a convenção para efeito de tirar do árbitro a análise. Ora, em nada altera a competência exclusiva do árbitro o fato de o contrato ser ou não nulo. Se for, é ele, o árbitro, que deverá assim reconhecer,¹⁵¹ não o juiz togado, ainda que em demanda judicial especificamente ajuizada para este fim, que deverá receber pronta sentença extintiva. Muito menos ainda o juiz da demanda do art. 7.º, que foi investido apenas e tão somente para construir o compromisso arbitral, ou para auxiliar minimamente para que inicie um processo arbitral até então inexistente. De forma alguma, para sequer olhar para os termos do contrato em seu conteúdo, salvo para o estreito fim do inciso III do art. 10 da Lei (estabelecer a “matéria que será objeto da arbitragem”).

Seja como for, conforme exposto em outra sede, nossa posição é a de que a nulidade de direito material deve ser sempre objeto de pedido específico, afastando-se do regime de nulidades processuais, sobre as quais o juiz deve se manifestar de ofício.¹⁵² De

¹⁵¹ Pode-se perguntar sobre a viabilidade exclusiva, neste momento, de que a análise seja dos árbitros, assim respondendo a doutrina italiana: “per quanto possa apparire illogico, la risposta è nettamente positiva: sì, essi lo possono; gli arbitri, cioè, sono giudici anche del proprio potere – quindi della validità ed efficacia della convenzione arbitrale – come della propria competenza, della propria capacità, della arbitrabilità della materia controversa. Militano in favore di tale risposta forti ragioni pratiche e giuridiche: *l’istituto dell’arbitrato sarebbe come un nato morto se fosse possibile sottrarre una qualunque procedura agli arbitri con il semplice contestare di fronte ed essi il loro potere di giudicare*; e poi tutta la disciplina della impugnazione per nullità della sentenza arbitral sta lì a dimostrare che gli arbitri possono e devono arrivare alla fine della loro procedura, e valida, come pur è che essi sono stati bene nominati, che potevano essere nominati. Il rimedio sarà, appunto, la impugnabilità del prodotto della loro attività (e quindi, se non impugnato, la sua valida permanenza), non certo l’inesistenza giuridica per difetto di potere” (LA CHINA, *L’arbitrato*, p. 54 – destacamos). Cf. também GIANNI SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, p. 120 e ss.

¹⁵² Aprofundamos a questão em estudo sobre as matérias de ordem pública no efeito devolutivo dos recursos, em que defendemos que apenas a matéria de ordem processual pode ser reconhecida de ofício. Na ocasião, demos o exemplo de caso concreto visando apenas a anulação da cláusula *x* de um contrato, mas onde o juiz, por reputar matéria cognoscível *ex officio*, decidiu anular todo o contrato, ou mesmo a cláusula *y*. Assim nos manifestamos na ocasião: “o que se pretende dizer com isto é que, ao contrário do reconhecimento de nulidade de uma cláusula por um fundamento diverso do aduzido pelo demandante, o que estaria no plano da profundidade, e, por isto, lícito, chamado a conhecer de um tema contratual, o Tribunal não poderá enveredar em outro, trazendo consequência diversa da que o próprio recorrente pleiteou e sobre a qual o recorrido sequer esperaria que houvesse julgamento. Neste caso, apesar de o tema *cláusula abusiva* ser, conhecidamente, de ordem pública, o princípio da inércia da jurisdição veda que o Tribunal ofereça, além do que faz parte do recurso, bem jurídico distinto ao recorrente. Seria, *mutatis mutandis*, o oferecimento de tutela sem pleito antecedente, o que é sabidamente vedado. Neste caso, pensamos que tal expediente viola princípios elementares da demanda e da adstrição” (cf. Os recursos e as matérias de ordem pública, p. 117-119). No mesmo sentido acerca da diferença entre matéria de ordem pública material e processual, inclusive no âmbito internacional, cf. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, p. 326-346.

qualquer sorte, esse é um enfoque da demanda de formação da arbitragem, que mostra um lado da *abertura cognitiva* entre os sistemas de processo arbitral e estatal.

Aliás, entrando um pouco nas chamadas *medidas antiarbitragem*,¹⁵³ reiteramos posição de que a demanda judicial concomitante à do art. 7.º, exclusiva para ver declarado nulo ou inexistente todo o contrato, estaria inviabilizada por ausência do pressuposto processual da competência.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵ Apenas o árbitro seria, primeiramente, competente para julgá-la.¹⁵⁶

¹⁵³ Cf. PHILIPPE FOUCHARD, *Anti-suit injunctions in international arbitration – what remedies?*, p. 153-156; JOÃO BOSCO LEE, *Parecer: eficácia da cláusula arbitral*, p. 33-36; ARNOLDO WALD, *Do descabimento da ação para impedir o funcionamento da arbitragem internacional e As anti-suit injunctions no direito brasileiro*, p. 30-31.

¹⁵⁴ Para FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, “the arbitration agreement will remain effective despite allegations that the main contract never came into existence, was avoided, was discharged or was repudiated. [...] Some authors have suggested that although an arbitration agreement would not be affected by the nullity of the main contract, it would be affected by the main contract’s non existence. This distinction, which is reminiscent of that found in English case law prior to the 1993 Harbour v. Kansa decision, appears unfounded. [...] A mere allegation that a main contract never existed should not therefore suffice for an arbitrator’s jurisdiction to be denied. *The arbitrators must examine the allegation*, and if they indeed decide that the main contract never existed – as in the case of a total absence of consent, for example – then they must apply the consequences of that finding to the merits of the dispute” (*International commercial arbitration*, p. 210-211 – destaques nossos). E continuam os juristas, no sentido de que a má interpretação da questão poderá levar insegurança nas arbitragens internacionais na medida em que houver divergência entre os diferentes sistemas jurídicos (Idem, p. 395), finalizando que a lei francesa, inclusive, estabeleceu a obrigatoriedade de o juiz estatal declinar sua competência para a análise de qualquer alegação sobre o mérito do contrato quando houver convenção arbitral, que somente poderá ser apreciada diante de um tribunal arbitral (Idem, p. 407).

¹⁵⁵ Em sentido contrário, defendendo que a cláusula compromissória é negócio jurídico e, portanto, passível dessa visão, cf. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, p. 221. Contrariando tal posição, apontam BERNARDO CREMADES e IGNACIO MADALENA que a lei espanhola (art. 22.1. da Ley de Arbitraje) vai por outro caminho, “restringiendo las facultades del juez para decidir sobre la validez o nulidad del convenio arbitral” (Procedimientos paralelos em el arbitraje internacional, p. 14), sendo no mesmo sentido o jurista de Barcelona FREDERIC MUNNÉ CATARINA, defendendo a proteção da convenção de ataques de nulidade ou inexistência, os mais graves que possam parecer, pois do contrário seria muito fácil a parte criar subterfúgios para evitar a instauração do processo arbitral (*El arbitraje en la ley 60/2003*, p. 99-100). Assim dispõe a lei espanhola (n. 60/2003): “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia. 1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o ala validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”. De fato, cremos que o texto nada trata sobre a possibilidade de que o juiz togado declare nulo, inválido ou inexistente um contrato clausulado antes ou em prejuízo da apreciação do árbitro, mas apenas faculta a este a análise de tais questões, o que, a rigor, seria de melhor técnica constar como obrigação.

¹⁵⁶ Embora o exemplo por nós dado seja um pouco diverso, pois ainda não há processo arbitral instaurado, cremos que não há alteração substancial quanto à conclusão, de modo que nos alinhamos à posição de RAFAEL ALVES acerca da competência prioritária e incondicionada do árbitro, no sentido de que, “havendo processos paralelos que envolvam a análise da convenção de arbitragem (*incidenter tantum* ou *principaliter*), deve sempre prevalecer o processo arbitral, cabendo ao juiz suspender ou extinguir o processo judicial, conforme entenda ser mais apropriado aguardar a decisão dos árbitros (por acreditar que o juízo deles sobre a própria competência será negativo) ou simplesmente remeter as partes à arbitragem” (*A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*, p. 209). No mesmo sentido aponta RUBINO-SAMMARTANO, contrariando sua posição pessoal, que “la giurisprudenza è peraltro ormai consolidata nel qualificare gli effetti dell’eccezione di compromesso come di incompetenza del giudice ordinario”, ou seja, em posição contrária a defendida por ele (*Il diritto dell’arbitrato*, p. 199). A doutrina de Portugal em

Para finalizar, comprovando que a relação de comunicação (*abertura cognitiva*) entre os processos arbitrais e judiciais é uma via de mão dupla, no sentido da teoria encampada de mútuas influências, da *abertura cognitiva* decorrente de autorreferência e autonomia, relembramos que o sistema arbitral também influi no do sistema processual estatal. Exemplo é a ausência de efeito suspensivo da apelação na demanda do art. 7.º, tendo o art. 42 alterado o art. 520 do Código de Processo, inciso VI, para esse fim. Enfim, demonstrado também o que ponderamos na letra “b” da introdução deste item, de que o sistema do processo arbitral troca mútuas influências não apenas com o sistema legal estatal (seus princípios), mas também com o sistema do processo estatal (suas decisões).

Procuramos apontar neste item que há *abertura cognitiva* do processo arbitral com o estatal. Com alguns exemplos de que maneira ela se opera, concluímos, sob esse enfoque, que o processo arbitral pode ser considerado um sistema à luz da teoria adotada. Feito isso, reputando a inserção da premissa teórica do primeiro capítulo e o que ponderamos acima na seara dos requisitos de *fechamento operacional* e *abertura cognitiva* do processo arbitral, passamos a tratar de premissas, de fundamentos do processo arbitral comuns a todo o trabalho, em especial para o terceiro e último capítulo, em que estudaremos alguns institutos que integram o devido processo legal arbitral à luz do conceito de sistema. Vejamos.

2.2 Fundamentos do processo arbitral

Quando no referimos a fundamentos em direito processual, alinhamo-nos à ideia de grandes premissas, de instituições relevantes ao objeto estudado.¹⁵⁷ Na primeira parte deste capítulo, realizamos o enquadramento do processo arbitral na premissa teórica de sistema, vale dizer, nos requisitos do fechamento operacional e da abertura cognitiva. Consideramos agora ser necessário tratar de institutos processuais fundamentais ao processo arbitral que não poderiam ser inseridos nem na primeira parte deste capítulo nem no capítulo seguinte, o qual obedece a uma estrutura de marcha do processo.

---

sua maioria também se alinha a este posicionamento, inclusive sobre a limitação/impedimento do poder do juiz togado de definir o objeto do processo arbitral (cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Alcance da determinação do objeto do litígio arbitral, p. 68-69).

¹⁵⁷ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 35 e ss.

Cuidamos então de institutos processuais importantes, mas que assim o sejam na caracterização do processo arbitral como sistema. Metodologicamente, julgamos que eles ficam melhor alocados depois da inserção do processo arbitral nos requisitos de sistema (fechamento operacional e abertura cognitiva), antes da sua tramitação, que virá no capítulo seguinte, pois influirão diretamente nas conclusões que ali chegaremos.

Por evidente, seguem apenas alguns institutos nos quais identificamos essas características, em rol exemplificativo, podendo haver outros institutos processuais que sigam o mesmo trajeto de nossa premissa, mas não aqui identificados. Reportamo-nos a institutos que se fazem presentes em todos os momentos do processo arbitral. Alguns podem ser considerados princípios, como o devido processo legal arbitral. Outros, postulados,¹⁵⁸ como o da efetividade. Outros não são nem uma coisa nem outra, como o papel dos regulamentos institucionais na atuação da forma de exercício arbitral de poder estatal, mas que possui posição lapidar na sua realidade e merece destaque no enquadramento como sistema. Como a análise é sobre o exercício de poder, já entrando no ambiente processual propriamente dito da arbitragem, convém que o primeiro item abaixo seja destinado justamente para esclarecer o motivo de se falar em *processo* arbitral. É o que segue.

2.2.1 Por que processo arbitral?

Após empregar tantas vezes a expressão processo arbitral, poderia parecer inoportuno justificar por que somente agora apresentamos um respectivo item específico. Todavia, de acordo com o corte metodológico do trabalho, este item tem razão de ser. É neste segundo capítulo que ingressamos no ambiente processual propriamente dito da arbitragem. É justamente o último momento do estudo antes da análise dos institutos integrantes do processo arbitral à luz da ideia de sistema. Tratamos então de um passo prévio, que servirá para destacar haver processo e não apenas procedimento no método de resolução de conflitos estudado.

---

¹⁵⁸ Adotamos a classificação de HUMBERTO ÁVILA, para quem postulados são *metanormas*, situando-se no sistema jurídico num segundo grau e estabelecendo a estrutura de aplicação de outras normas e princípios, sendo exemplos os da proporcionalidade, da razoabilidade e da *eficiência*, o qual, para o vocabulário processual, pode ser traduzido como *efetividade* (*Teoria dos princípios*, p. 122).

Já registramos no capítulo inicial nosso alinhamento à concepção de uma teoria geral do processo. Ali também tivemos a oportunidade de lembrar que, por essa premissa, formas diversas do processo estatal clássico podem ser consideradas processuais na medida em que existir manifestação de poder do Estado, e que essa manifestação esteja apta a expressar valores inerentes à atividade jurisdicional. Consideramos nos escopos jurídico, social e político da jurisdição.¹⁵⁹ Podemos com isso dizer que inerente à concepção de teoria geral do processo há que reconhecer jurisdição na atividade arbitral da mesma forma com que se o faz na esfera legislativa e administrativa em determinadas situações, conforme ponderamos antes (item 1.2.3).¹⁶⁰

Em outras palavras, se há processo legislativo e processo administrativo, existe processo arbitral. Se se admite haver jurisdição na arbitragem,¹⁶¹ como reconhecemos, não se pode obviamente negar haver processo arbitral pelo simples motivo de que aquela só se expressa por meio deste. Mas é fato, por outro lado, que o formato com que se implementa a jurisdição na arbitragem difere-se do modelo estatal. E isso nada mais faz do que também demonstrar uma tipicidade, um fechamento operacional próprio, inclusive no tocante a como se operacionaliza a jurisdição no seu ambiente. Revela autonomia do processo arbitral relativamente ao estatal, marca que vimos perseguindo no estudo desde o início como requisito para demonstrar a opção teórica feita.

Processo é tradicionalmente conhecido na doutrina como uma relação jurídica pública e contínua, entre os atos que lhe dão corpo e entre estes e as pessoas a eles sujeitos.

¹⁵⁹ A ideia se tornou clássica na obra de CÂNDIDO DINAMARCO (*A instrumentalidade do processo*, p. 149-219).

¹⁶⁰ DINAMARCO defende expressamente a inserção do processo arbitral na teoria geral do processo e, por isso, o uso do termo *processo* e não *procedimento* arbitral (Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional, p. 28-29).

¹⁶¹ Temos como certo que no processo arbitral há função, atividade e poder. CARMONA analisou esta questão em estudo há mais de 20 anos, assemelhando a sua função ao júri penal, abordando regimes estrangeiros que assim assimilavam, analisando a questão sob o signo da competência, imparcialidade, investidura, com a ressalva de que apenas não possui a competência funcional para fazer cumprir suas próprias decisões (Arbitragem e jurisdição, p. 298-301). No atual estágio da ciência arbitral, entre nós a questão deveria estar consolidada. Não apenas a Lei de Arbitragem trouxe para a realidade jurídica a desnecessidade de homologação judicial da decisão arbitral e sua equiparação à sentença judicial como títulos executivos. É praticamente unânime na doutrina arbitral internacional a jurisdicionalidade do processo arbitral. Apesar disso, ainda hoje existem vozes em contrário. Por exemplo, os que defendem uma denominada “teoria autonomista” da arbitragem, no sentido de que “a teoria que melhor explica a arbitragem, por conseguinte, será aquela lastreada na afirmação de que arbitragem é arbitragem, e não jurisdição, ou contrato ou ainda um misto de jurisdição e contrato. [...] Como qualquer tipo ou espécie de instituto conhecido, não se justifica retirar da arbitragem a pretensão de ser objeto de um tratamento autônomo, dela ser, ela mesma, um específico campo de estudo, sem muletas do Direito Processual ou do Direito Civil” (ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO e ANDRÉ R. FONTES, *A teoria autonomista da arbitragem*, p. 51).

Relação que depende de certos pressupostos e que se desenvolve mediante um procedimento agitado pelo contraditório.¹⁶²

Como nos referimos em item anterior acerca da abertura cognitiva entre o processo arbitral e o processo estatal, a Lei de Arbitragem não trouxe nem traria o conceito de processo. Primeiro, como já dito, ela foi redigida de forma racional e consciente de que não é dado ao legislador conceituar. Segundo, mesmo que assim não o fosse, o legislador arbitral soube reconhecer que os institutos *processo* e *procedimento* já estavam identificados e solidificados na ciência processual, na teoria geral do processo, da qual o processo arbitral faz parte. Mais uma vez, trata-se da vinda de princípios (e não normas!) do processo estatal para o arbitral. Logo, se (teoricamente) a lei não deve conter palavras inúteis, não disciplinou algo que reconhece ser um dado concreto, da existência de verdadeira relação jurídica processual na arbitragem. Aliás, tanto é assim que, no sistema da arbitragem como um todo,¹⁶³ é possível diferenciar momentos em que há procedimento daqueles em que há processo.¹⁶⁴

Falar de processo arbitral, portanto, significa equivaler às esferas estatal e arbitral como mecanismos jurisdicionais nos quais juiz e árbitro exercem as mesmas funções: serem julgadores de fato e de direito, dizerem o direito, em movimento alinhado com a própria natureza jurídica da arbitragem. Uma jurisdicionalidade que advém dos próprios desígnios da Lei de Arbitragem, elaborada justamente para trazer um mecanismo que seja apto a resolver

¹⁶² Cf. OSKAR VON BÜLOW (*La teoría de las excepciones procesales*, p. 1-9) e CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 275). Processo também poder ser lido como *método de trabalho*, como “resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 295). ROBERTO BEDAQUE aborda o processo como método de trabalho em visão de proximidade direito-processo, como “instrumento do Estado, que dele se vale para, juntamente com as partes, obter o resultado prático desejado pelo legislador material” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 35). Para FLÁVIO YARSHELL, o processo é um ente complexo, sendo formalmente procedimento e substancialmente relação jurídica, ou, com outros termos, “é um procedimento em contraditório, uma vez que, na linha de autorizada doutrina, a relação jurídica processual nada mais é do que a expressão jurídica da exigência política de participação que é o contraditório” (*Tutela jurisdicional*, p. 166). Segundo FAZZALARI, “il processo è un procedimento in cui partecipano coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività” (*Istituzioni di diritto processuale*, p. 82).

¹⁶³ Logo, aqui (e apenas aqui, pois esse não foi o corte da matéria eleito) não estamos falando apenas do seu sistema de processo, mas de a arbitragem como um todo constituir um sistema.

¹⁶⁴ Pensamos haver procedimento arbitral na formação da convenção de arbitragem, assim como em todos os atos prévios à instituição da arbitragem, antes da aceitação do encargo pelo árbitro (art. 19).

controvérsias com respaldo do Estado, pacificando situações, dizendo o direito exatamente como o processo judicial.¹⁶⁵

Outro motivo há para se referir a processo e não apenas a procedimento arbitral.¹⁶⁶ Trata-se de conclusão à luz dos princípios informativos do processo, na concepção de Cândido Dinamarco. Tais princípios são: (i) o econômico, voltado à produção do melhor resultado com menor dispêndio de recursos; (ii) o lógico, para a seleção dos meios eficazes à descoberta da verdade; (iii) o jurídico, para a igualdade no processo e fidelidade da conclusão ao direito material; e, por fim, (iv) o político, visando a garantia social.¹⁶⁷

Não se pode negar que todos eles estão presentes no processo arbitral.¹⁶⁸ Há uma preocupação com o chamado *custo de oportunidade* na utilização do processo arbitral, se comparado com o estatal, preenchendo o primeiro princípio acima (econômico). Há toda uma construção de instrumentos internos que possibilitam a adequação do procedimento à necessidade do caso concreto, cumprindo o segundo (lógico). Há no processo arbitral a manutenção da igualdade das partes, até como matéria de ordem pública pela lei (art. 21, § 2.º), existindo busca pela compleição do direito material, seja no julgamento por direito, seja por equidade, nos termos do princípio terceiro *supra* (jurídico). Por fim, a estabilização dada pela lei à decisão arbitral final transfere ao processo arbitral o último princípio informativo do processo apontado (político), com a pacificação social.

Por tais motivos talvez sejamos levados a discordar de uma posição alinhada em demasia com a conhecida doutrina italiana,¹⁶⁹ ao igualar processo a procedimento qualificado pelo contraditório e daí a defender que o foco do estudo do direito processual atual deva ser exclusivamente o procedimento, e não o processo. Ou mesmo que o processo seria mera decorrência do procedimento. Não discordamos de que haja a necessidade de valorar o processo sob o ponto de vista do procedimento, o que, aliás, será feito no próximo

¹⁶⁵ Cf. CARMONA, *Processo arbitral*, p. 22.

¹⁶⁶ “O procedimento é o elemento visível do processo”, ao contrário da “relação jurídica processual, como ente puramente jurídico que é”, não tendo existência perceptível aos sentidos, como é o exercício de faculdades ou poderes, ou em cumprimento a deveres ou ônus processuais (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 26).

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*, v. 1, p. 195-196.

¹⁶⁸ Em sentido contrário, BARBOSA MOREIRA, a despeito de reconhecer que a Lei de Arbitragem aproximou os institutos, prefere tratar a arbitragem como uma *alternativa* ao processo, e não como ele propriamente dito (Privatização do processo?, p. 11).

¹⁶⁹ Cf. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 82.

capítulo. Mas daí a dizer que hoje o que importa é o procedimento nos parece demais. Isso redundaria em abandonar não apenas os princípios acima apontados, mas os escopos do processo, passando o estudo da ciência processual a se restringir a rotinas procedimentais, além de olvidar a abordagem sociológica do processo, tão importante e com tanto destaque no primeiro capítulo desta tese, sua natureza como um sistema parcial social, conforme exposto também naquele momento.

Logo, para nós, tanto o processo quanto o procedimento devem ser objeto de estudo. O primeiro, por todos os motivos acima. O segundo, pois nele estarão, *in concreto*, os institutos do sistema processual que servem ao fechamento operacional, permitindo também que o sistema receba influxos de outros, processuais ou não, no movimento de abertura cognitiva.

Em verdade, afora deixarmos clara nossa posição sobre haver processo arbitral, o presente item serve para ratificar uma posição tomada quando da delimitação do tema proposto: a da análise do *processo arbitral* como um sistema. Não apenas do procedimento. Nem do instituto da *arbitragem* como um todo, sabidamente composto por inúmeras matrizes, especialmente de direito privado. Isso faz todo o sentido para nós, a demonstrar por que vimos falando tanto de processo, legitimando a eleição de certos aspectos na tese e a exclusão de outros que não estejam necessariamente vinculados a esse corte, à concepção de processo arbitral.

Seria até possível pensar no sistema da arbitragem como um todo, embora isso pudesse levar a uma extensão temática praticamente impossível de ser cumprida em termos de profundidade mínima. Este não é o nosso objetivo. Buscamos tão somente tratar do processo arbitral como um sistema. Ademais, tem pertinência na medida em que ratifica a premissa que guiará o estudo dos itens do capítulo seguinte, em que faremos a inserção dos fundamentos ora abordados em institutos de direito processual típicos do processo arbitral, à luz da parte conceitual exposta no primeiro capítulo, na sequência da marcha do processo.

Dito isso, a ideia de haver verdadeiro processo arbitral faz pensar em quais seriam os elementos primordiais desse instituto que o caracterizam e, em certo sentido, o diferenciam do modelo estatal, além da ausência de *executio* e *coertio*. Falamos de características que

costumam ser identificadas com as características da jurisdição arbitral.¹⁷⁰ Seguem alguns desses elementos, com a ressalva de que não se busca um rol exaustivo. Começaremos com um tema que se mostra absolutamente particular do processo arbitral relativamente ao estatal. Referimo-nos ao seu pressuposto processual convencional. Vejamos.

2.2.2 *A autonomia da vontade como pressuposto e princípio do processo arbitral*

Como decorrência do caminho eleito para abordar o processo arbitral, passamos a tratar de um elemento que pode ser considerado seu pressuposto: a autonomia da vontade, instrumentalizada pela convenção de arbitragem.¹⁷¹ Não serão objeto de análise as inúmeras questões acerca da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.¹⁷² Como o foco é o processo arbitral e não a arbitragem como instituto genérico, voltamos a nossa atenção para o conteúdo e não para a forma (se compromisso ou cláusula) com que a autonomia nele se opera.

¹⁷⁰ O árbitro é dotado das faculdades de decisão e documentação, faltando-lhe a coerção em sentido estrito (ou *coertio/executio*), pois adotamos a ideia de em sentido lato ele ter poderes executórios (cf. item 3.2.2.1 infra). No entanto, conforme assentado na melhor doutrina, isso não lhe retira o fato de ser detentor de jurisdição, na medida em que o poder coercitivo, por opção de política legislativa, é transferido para o juiz togado, mediante técnica legislativa da competência funcional. Em suma, o árbitro apenas e tão somente não possui *competência* para coagir, mas tem jurisdição para conhecer, julgar e documentar. E isso está formalmente reconhecido pelo legislador no art. 32, que determina que a decisão do árbitro produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, como título executivo judicial. Aliás, respondendo aos que insistem em afastar a existência de jurisdição no processo arbitral por não haver coerção, a doutrina portuguesa aponta que em outros sistemas bem desenvolvidos, como é o caso da Suécia, no processo estatal a execução cabe a um órgão administrativo do Estado, uma vez que a essência da jurisdição está na definição do direito e, estando definido, a execução nada mais é do que a transferência forçada de bens, sequer havendo questionamento por lá se haveria jurisdição na atividade cognitiva prévia (cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Alcance da determinação do objeto do litígio arbitral, p. 64). Não aprofundaremos mais a questão. Como bem diz CARMONA, o tema foi exaurido nos últimos anos em manuais, monografias e teses, já tendo estado esgotado no exterior desde as últimas décadas do século passado (*Arbitragem e processo*, p. 27), tanto que a doutrina espanhola, além da francesa obviamente, já falava nisso há mais de 30 anos (cf. MEDINA-MERCHÁN, *Tratado de arbitraje*, p.439). Mas vale a opinião de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E CRUZ E TUCCI, que, por ser emérito processualista estatal, e não arbitral, é muito pertinente, depois de reconhecer a “natureza publicística do juízo arbitral”, *verbis*: “a despeito de ser instituído por meio de um instrumento de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal” (*Arbitragem: garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral*, p. 1). No mesmo sentido, reconhecendo que a questão teórica tem pouca utilidade prática, BARBOSA MOREIRA anota “*l’equiparazione tra gli effetti dei due atti*”, a sentença arbitral e a estatal (*La nuova legge brasiliana sull’arbitrato*, p. 283).

¹⁷¹ Cf. LA CHINA, *L’arbitrato*, p. 55; CORDÓN MORENO (“la voluntad de las partes constituye la fuente del arbitraje y se expresa en el convenio arbitral” – *El arbitraje de derecho privado*, p. 53). Para MATTHIEU DE BOISSÉSON, a convenção é um contrato de investidura, considerada esta como ato de fundação do poder jurisdicional do árbitro (*Le droit français de l’arbitrage interne et international*, p. 94).

¹⁷² Para tanto, cf. LUIZ FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, p. 5-119.

Independentemente do caminho eleito pelas partes para operacionalizá-la, para efeito de fundamento do processo arbitral, apresentamos uma visão um pouco diversa da tradicionalmente exposta acerca dos *efeitos positivo e negativo* da convenção arbitral,¹⁷³⁻¹⁷⁴ mas que de forma alguma prejudica a concepção clássica. Nosso enfoque também é duplo, mas ambos processuais. Um, que começa *antes* do processo arbitral, com a existência da convenção, antes mesmo da situação substancial controversa. Nesse plano, a autonomia da vontade, operacionalizada pela convenção, é pressuposto para que o processo arbitral possa existir.¹⁷⁵ Outra, que se opera *durante* o processo arbitral, com a ingerência de um

¹⁷³ O que, em resumo, se desdobra em duas frentes. Uma, para a parte, de impor-lhe a obediência ao que estipulou, de seguir para o processo arbitral (efeito positivo), esculpida no art. 4.º da lei (“as partes de um contrato comprometem-se”). Outra, para o juiz togado, de proibir-lhe de julgar aquela demanda, por falta de competência (efeito negativo), traduzida no art. 267, inc. VII, do CPC (“extingue-se o processo...: VII pela convenção de arbitragem”). Na doutrina portuguesa, ver CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos*, p. 81 e ss.

¹⁷⁴ Existem entendimentos sobre a vedação da extinção do processo sem julgamento do mérito com fundamento em existência de cláusula arbitral antes de defesa do réu. Em recente causa julgada pela Justiça paulista, o processo foi extinto sem resolução do mérito antes da citação, com fundamento no art. 267, VII, do CPC, em razão da existência de cláusula compromissória. De acordo com outros precedentes, o TJSP decidiu reformar a sentença, sob o fundamento de que não cabe ao juiz determinar, de ofício, a extinção do processo sem resolução do mérito com base na existência de cláusula compromissória. Nesse caso, segundo seu entendimento, a prolação de sentença terminativa demandaria que o réu suscitasse a matéria em preliminar de contestação. O Tribunal deu interpretação extensiva ao art. 301, § 4.º, do CPC, vale dizer, de que a referência ao “compromisso arbitral”, feita no aludido dispositivo legal, deveria ser entendida tendo o significado genérico de “convenção de arbitragem”, para o fim de vedar ao juiz a extinção do processo, antes da citação, com base na existência de convenção de arbitragem (Apelação Cível 7.288.837-4, 18.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jurandir de Souza Oliveira, j. 23.06.2009). Discordamos de tal posicionamento. O legislador da Lei de Arbitragem, entre outras inovações pioneiras, procurou claramente dar maior prestígio à cláusula compromissória, tão desmerecida no sistema do processo arbitral anterior (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 485). Pode-se dizer claramente que a inovação da nova lei foi *sistêmica*, na exata medida da teoria dos sistemas que estamos defendendo. Explica-se: trouxe um *fechamento operacional* muito mais claro ao processo arbitral, com a autonomia da convenção, a desnecessidade de homologação da sentença arbitral, e uma força muito maior ao regime mais comum de convenção, a cláusula compromissória. Trouxe também uma *abertura cognitiva* bem maior ao sistema do processo arbitral, na medida em que justamente alterou a lei do processo estatal demonstrando mais força da convenção do que do compromisso no tocante aos poderes do juiz togado para extinguir o processo estatal quando existente convenção via cláusula compromissória. Para nós, foi uma opção legislativa, não cabendo ao Judiciário, portanto, identificar onde a lei diferenciou. Daí o equívoco na interpretação da Corte paulista. É imperativo que se reconheça que, havendo cláusula compromissória, não só pode como o *deve* o juiz extinguir o processo judicial sem nenhuma alegação da parte contrária, sem até mesmo sua citação. Não foi por acaso. A previsão contida no art. 267, inc. VII, da convenção de arbitragem como matéria suscetível de apreciação *ex officio*. E *ex officio* quer dizer *sem qualquer provocação* da parte contrária (cf. nosso Os recursos e as matérias de ordem pública). Também não foi por acaso que o próprio § 4.º do art. 301 do CPC trata apenas o compromisso como exceção processual, carente de alegação, enquanto as demais, incluída a convenção (ou cláusula), são disciplinadas como objeção processual. Não se pode, portanto, identificar compromisso com cláusula para efeito de dar a ambos tratamento idêntico, não permitindo que o juiz reconheça de ofício a existência da cláusula. E a jurisprudência atual do STJ, a qual precisamos sempre reconhecer em matéria arbitral, está em consonância com esse entendimento (ver, entre outros, MS 11308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Seção, j. 09.04.2008; REsp 606345/RS, Rel. Min. Otávio Noronha, 2.ª Turma, j. 17.05.2007; e REsp 653733/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 03.08.2006).

¹⁷⁵ FAZZALARI vê a convenção como uma matéria prejudicial, pois tem que ser apreciada antes do mérito, condicionando a análise deste (*L'arbitrato*, p. 67).

compromisso prévio ou do desenho do procedimento feito *a posteriori*.¹⁷⁶ Neste quadro, a autonomia da vontade, operacionalizada pela convenção, é princípio do processo arbitral.

Obedecendo à lógica temática, não podemos dizer que esse pressuposto do processo arbitral se comporte de forma igual ou tampouco semelhante ao do processo estatal.¹⁷⁷ Muito ao contrário. Deixa-se clara também, por esse lado, a tipicidade do processo arbitral em relação ao estatal, a autonomia da vontade, ao mesmo tempo em que é um pressuposto do processo arbitral, baliza seu procedimento. Logo, tal pressuposto, embora se identifique com pressuposto processual subjetivo da competência no processo estatal,¹⁷⁸ não se limita ou restringe a uma posição prefacial¹⁷⁹ no processo arbitral, ou no sentido de

¹⁷⁶ GUERRERO reconhece “efeitos processuais” na convenção, mas focaliza apenas o “elemento de organização” da convenção, dirigido à nomeação dos árbitros (*Convenção de arbitragem e processo arbitral*, p. 155), e não a questão de a autonomia da vontade ser pressuposto do processo arbitral, ou mesmo dela atuar como princípio do processo quanto à estrutura de seu procedimento. Para VIGORITTI, “a arbitragem é expressão de autonomia privada cuja expansão no campo de jurisdição é inevitavelmente destinada a chocar-se com o princípio da estabilidade da justiça e os seus corolários” (Em busca de um direito comum arbitral, p. 12). CARMONA trata da convenção como negócio jurídico processual (*A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 76 e ss.).

¹⁷⁷ Conforme apontamos em estudo publicado (cf. Os recursos e as matérias de ordem pública, p. 113), alinhamo-nos às posições de ALFREDO BUZÁID e, mais recentemente, de CÂNDIDO DINAMARCO, que identificam pressupostos processuais e condições da ação como requisitos gerais para a obtenção de uma decisão de mérito. Para o processo arbitral, porém, as palavras de SERGIO LA CHINA são precisas, no sentido de que “della complessa architettura concettuale che la dottrina processual civilistica ha creato per la comprensione ed organizzazione del processo davanti ai giudici non v’è, a ben guardare, reale necessita nello Studio del processo arbitrale. Se là si parla di presupposti processuali, condizioni per l’azione, e ancora si discute se l’azione sia un diritto verso lo Stato, un diritto astratto o concreto, al provvedimento di merito o al provvedimento favorevole e via distinguendo e complicando, qua in arbitrato giova essere più disinvolti. L’unico presupposto o condizione per l’iniziativa di deferire una lite in arbitrato è che una convenzione arbitrale vi sia” (*L’arbitrato*, p. 82).

¹⁷⁸ Conforme o art. 8.º, parágrafo único, o árbitro analisa a convenção e decide, entre outros aspectos relacionados com a convenção (v.g., arbitrabilidade e extensão de seus poderes), se tem competência para julgar o mérito (*kompetenz-kompetenz*). É por isso que não podemos concordar com recente posição de GUSTAVO TEPEDINO, em análise de caso concreto, em que concluiu ser possível a impugnação da convenção “diretamente ao Poder Judiciário com vistas a eximir-se da aplicação da cláusula inexistente, inválida ou ineficaz” (Invalidade da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal). A despeito de que no caso concreto pareça ter havido direcionamento na cláusula visando prejudicar envolvidos (forma de eleição de matérias, árbitros e foros), de maneira alguma, com a devida vênia, parece-nos possível tal postura pelo interessado. A ele cabe defender-se no processo arbitral. Arguir os vícios apontados e aguardar a decisão pelos árbitros. Inclusive e principalmente sobre a impugnação à capacidade de ir em diante na demanda (*kompetenz-kompetenz*). E, se os árbitros rejeitarem a impugnação e avançarem, ao interessado apenas caberá o recurso ao Judiciário via demanda anulatória, aliás, sob hipótese expressa do inciso I do art. 32 da Lei.

¹⁷⁹ Parte da doutrina utiliza a expressão *in statu assertiones*, procurando demonstrar, muito em suma, que ou é aferível de plano no processo ou a questão se relaciona ao mérito (a chamada *teoria da asserção*). Não entraremos na discussão sobre os pressupostos processuais estatais, ou mesmo sobre a teoria da asserção, pois ambos os assuntos são polêmicos e estão fora do objeto de nosso estudo. De qualquer sorte, poucos são os pressupostos processuais estatais que efetivamente impedem o estabelecimento da relação jurídica processual (Cf. BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 181), ou, a bem da verdade, como aponta DINAMARCO, em expresse “repúdio à teoria da asserção”, uma condição da ação será sempre uma condição da ação e a sua falta levará à extinção do processo, seja no início, seja depois (*Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 313).

apenas impedir um julgamento de mérito, como lá ocorre. Estende-se para o procedimento, influenciando diretamente no seu curso e destino.¹⁸⁰

Nessa medida, em termos procedimentais, podemos considerar que a autonomia da vontade é um princípio informativo do processo arbitral.¹⁸¹ E isso mostra, uma vez mais, que, embora ambos sejam integrantes do que se convencionou chamar por teoria geral do processo, o processo arbitral é autônomo ao estatal também neste tocante. Tem requisitos e institutos próprios. É autorreferencial na questão de seus pressupostos, na linha da teoria dos sistemas apresentada no primeiro capítulo. Reputamos necessário ainda um maior aprofundamento na questão da autonomia da vontade no processo arbitral, mais inserida no mérito do instituto, pois tem ele uma atuação absolutamente decisiva no processo arbitral, relacionando-se com o próprio formato de exercício de *jurisdição contenciosa* arbitral. Vejamos.

O incentivo à composição de litígios por iniciativa das partes, com formas alternativas à atividade jurisdicional estatal, deixou de integrar *tendência* do atual estudo do processo e se tornou *realidade*, cuja discussão hoje seria simples perda de tempo. A Lei de Arbitragem surgiu no bojo desse contexto e fornece, sob a égide da vontade sobre direitos disponíveis, instrumentos processuais adequados na medida (exata enquanto puder) da concreta necessidade (*rectius*, interesse¹⁸²) dos envolvidos.

¹⁸⁰ CARMONA aponta que a Lei de Arbitragem procurou “prestigiar em grau máximo e de modo expresse o princípio da autonomia da vontade” (A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei, p. 59). São tantas as maneiras com que a convenção pode disciplinar o procedimento que a doutrina estrangeira, especialmente nos países de *common law*, traz verdadeiros manuais para tratar, na convenção, situações de acordo com o direito material (cf. FRIEDLAND, Arbitration clauses for international contracts, p. 59 e ss).

¹⁸¹ Tal enfoque se encaixa no conceito de *princípio* trazido por HUMBERTO ÁVILA (cf. *Teoria dos princípios*, p. 167) e, conforme vimos pontuando, aproxima-se da teoria dos sistemas em termos de finalidade. Essa projeção do princípio da autonomia da vontade para o *antes* e o *durante* o processo arbitral, condicionando seu início e pautando seu procedimento, foi anotada na doutrina arbitral por SELMA FERREIRA LEMES, em conhecido estudo, ao defender que “o princípio da autonomia da vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de solução de conflitos (art. 1.º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral” (Princípios e origens da Lei de Arbitragem, p. 32). Até porque, como bem entendeu o STJ, “é preciso reconhecer que são eminentemente processuais as normas que regem os efeitos da cláusula compromissória” (REsp 712.566/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.08.2005).

¹⁸² Utilizamos a expressão porque vemos no processo arbitral o fato de que o jurisdicionado deixa o muitas vezes cômodo *status* de *necessitado* do processo estatal e passa a ser tratado com maturidade, como alguém que conscientemente optou por uma forma de resolução do seu conflito conhecedor do *pacote de ônus e bônus* que ela carrega. A parte é tratada com a altivez de um adulto que escolhe o caminho e pode cobrar resultados em termos de qualidade e tempestividade. Não como um suplicante, que *esmola* uma decisão qualquer, a qualquer dia, quem sabe, como costuma ser no sistema estatal.

Bom lembrar que a origem da ideia de autonomia da vontade sempre esteve relacionada com a de *pacta sunt servanda*, da criação de obrigações, por vontade própria, pelo titular de direitos. A concepção sabidamente remonta ao século XIX, sob influência da doutrina econômica do liberalismo então vigente,¹⁸³ cujas principais características eram a liberdade de contratar e com quem quisesse, de se autorregular,¹⁸⁴ com a determinação livre das cláusulas de um contrato, como a forma do ato e, por fim, o efeito relativo a partes e herdeiros. A autonomia da vontade adveio de uma maior *abertura cognitiva* entre os sistemas do direito e da economia, tal qual mencionado no primeiro capítulo do trabalho.¹⁸⁵

Contexto de dois polos opostos, o da liberdade de contratar e o do controle estatal da manutenção do contratado, enquanto o contratante pretende fazer valer seu contrato, baseado em leis de mercado, o Estado deseja que a negociação seja equilibrada, de forma a não prejudicar o contratante dito *frágil*. No âmbito processual ocorreu algo semelhante. O Estado assumiu a jurisdição para (teoricamente¹⁸⁶) proporcionar paz social. Incorporou a função de aplicar o direito, com a abertura do acesso à justiça.¹⁸⁷ Mas, diante de fatores econômicos, esse acesso tornou-se difícil, e a jurisdição estatal, cara e lenta.

Dai a solução privada de conflitos como alternativa à jurisdição estatal, como própria opção do Estado, ciente de suas limitações e da necessidade de literalmente delegar poder para esse fim. E, entre as novas formas de composição de conflitos, com o predomínio da autonomia da vontade, destaca-se o processo arbitral como mecanismo efetivo, rápido e definitivo. Nele as partes são tratadas como formal e materialmente iguais. Em suma,

---

¹⁸³ Segundo EROS GRAU, na legalidade e nas liberdades formais “é erigida a noção de Estado de Direito, ao qual incumbe tutelar as instituições básicas que VON IHERING chama de comércio jurídico, especialmente o contrato e a propriedade” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 70). No mesmo sentido, ver MARGARETH ANNE LEISTER, *Estado de Direito e comércio internacional*, p. 279.

¹⁸⁴ Abordando a questão da regulamentação transnacional entre organismos multipartes e globais, com a descentralização do poder regulador do Estado e com reflexos nos métodos de resolução de conflitos, cf. JOSÉ CARLOS MAGALHÃES e REGINA RIBEIRO DO VALLE, *Mundialização do direito*. Ainda sobre o tema, cf. JOSÉ EDUARDO FARIA, *O direito na economia globalizada*, p. 13 e ss. Sobre a autorregulação como fenômeno da atual sociedade policontextual e globalizada, cf. GUNTHER TEUBNER, *Direito, sistema e policontextualidade*, p. 21 e ss. Em análise precisa, aplicando as ideias ao direito internacional e seu reflexo na arbitragem, ver RENATA ALVARES GASPAR, *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, p. 111-124.

¹⁸⁵ Sobre a comunicação entre os sistemas do direito e da economia e o papel da arbitragem, cf. item 1.2.2, nota 58. Ver também EROS GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 41.

¹⁸⁶ Usamos a expressão para simbolizar a insuficiência da tutela estatal, representada em termos atuais como a *crise do direito*. Sobre esta, ver ANTONIO CARLOS MARCATO, *Crise da justiça*, p. 91-95. Cf. também aqui item 1.2.3 *supra*, nota 80.

¹⁸⁷ Cf. CAPPELLETTI-GARTH, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective*.

guardadas as garantias processuais mínimas, realizando-se perante bons árbitros,¹⁸⁸⁻¹⁸⁹ as partes sentem segurança no mecanismo, e geralmente ficam satisfeitas com o resultado.

Essa segurança, a nosso ver, decorre fundamentalmente do caráter sistêmico do processo arbitral, de um conjunto de fatores que fazem do processo arbitral um sistema. Não de resultados meramente praxistas, geralmente trazidos em certas abordagens, que, utilizando a autonomia da vontade como mote, costumam rotular os meios *alternativos* de composição de conflitos como algo que não é processo, mas mero *meio* voltado à transação no curso de procedimentos, dado que é muito grande a liberdade das partes. Como se tudo o que está fora do processo estatal não fosse processo, não tivesse nenhuma relevância. Refutamos essa visão.

Embora pautado pela autonomia da vontade, e em grau elevado sim, inclusive e principalmente no tocante à condução do seu procedimento, o processo arbitral é mecanismo contencioso por essência. A rigor, exercício de jurisdição necessariamente contenciosa,¹⁹⁰ nos termos do próprio art. 1.º da Lei (“as partes capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir *litígios*...” – destaque nosso). A transação, ou o exercício de jurisdição

¹⁸⁸ De nada adiantaria a idealização de um sistema teórico sem a sua boa operacionalização, que, ao final, é feita por pessoas. Importa esse dado. A teoria dos sistemas não tem o condão de operacionalizar milagres. ROBERTO BEDAQUE bem apontou isso no sistema do processo estatal, ao dizer que não se pode ter a ilusão de que a construção teórica de um sistema adequado de tutelas jurisdicionais seja suficiente, pois a estrutura depende de quem a opera (*Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 17). Dissemos isso porque uma das características mais marcantes do processo arbitral é ele ser *a cara do árbitro*. Em termos práticos, costuma-se dizer que *a arbitragem é boa se o árbitro é bom*. Isso faz todo o sentido em procedimento tão marcado pela autonomia da vontade, mas também pelos amplos poderes de condução do procedimento pelo árbitro, assim como por outras características que costumam ser apontadas para um bom fim da arbitragem, como a experiência do árbitro e sua expertise na matéria. Nesse sentido, cf. JOSÉ MIGUEL JÚDICE, *Árbitros: características, perfis, poderes e deveres*, p. 125.

¹⁸⁹ Em consonância com o que pontuamos no primeiro capítulo acerca da *relação direito-economia* globalizada e autorregulatória, especialmente no tocante à possibilidade de o processo arbitral servir melhor a determinados contextos por seu formato sistêmico, assim diz NUNES PINTO: “a questão da especialidade do árbitro – dita e repetida na área arbitral como uma vantagem desse mecanismo de solução de controvérsias – encontra, também, a sua justificação no campo econômico e no campo jurídico. Neste último, resta claro que, detendo o julgador conhecimento sobre o tipo de atividade desenvolvida e as práticas adotadas pela indústria em causa, poderá ele proferir decisão que represente solução mais justa e equânime para dirimir o conflito. Essa exigência vem se manifestando de forma mais contundente de alguns anos para cá, já que a sofisticação das operações, os contornos do mercado globalizado e a priorização na utilização racional de recursos de terceiros, têm feito com que se busquem estruturas que maximizem os recursos disponíveis e se atinja objetivo pretendido no prazo estabelecido” (*Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem*, p. 322).

¹⁹⁰ ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER tratam expressamente da “la nécessité d’un litige”, ou que “tout le question est de savoir s’il existe effectivement un litige entre les parties (en droit, en fait ou les deux)” (*Droit et pratique de l’arbitrage commercial international*, p. 7). Para FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, “one of the main characteristics illustrating the judicial matter of the role of arbitrator is that, in their award, they resolve a dispute between two or more parties” (*International commercial arbitration*, p. 22).

homologatória de transação, é *acidente de percurso* (arts. 21, § 4.º, e 28),¹⁹¹ embora altamente relevante em termos sociais, jurídicos e políticos, cumprindo os escopos do processo.

Logo, não tendo o árbitro jurisdição voluntária, a disposição do art. 475-N, inc. III, do Código de Processo Civil¹⁹² não se aplica ao processo arbitral. Até porque, sistematicamente, há inciso específico para a sentença arbitral, que é justamente o seguinte (inc. IV),¹⁹³ o que exclui do processo arbitral a mesma atividade homologatória do juiz togado. Daí entendermos não ser possível a homologação de acordos sem que tenham sido precedidos de controvérsia legítima (até porque o próprio art. 28 trata expressamente de “litígio”) e fora do objeto da convenção de arbitragem.¹⁹⁴ Este modo de ver a questão alinha-se à premissa teórica de sistemas que adotamos, na medida das diferenças instrumentais entre os dois modelos de processo (*fechamento operacional*), da autonomia entre eles, aliada a uma comunicação (*abertura cognitiva*) de dupla face exposta principalmente no item 2.1.2.2 *supra*.

Como vimos falando, o instrumento¹⁹⁵ é dotado de mecanismos muito próprios. E, por ser um sistema, depende de uma relação de *simbiose*, em menor ou maior grau, mas mutuamente vantajosa, com outros sistemas. Por isso, o sistema do processo arbitral busca

¹⁹¹ “Art. 21. [...] § 4.º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.” “Art. 28. Se, no curso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao *litígio*, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei” (grifo nosso). Neste sentido, ver FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, para quem, na composição, embora o árbitro atue como “*amiable compositeurs*”, ele necessariamente deve agir e deve ser considerado como “*who decides the dispute*” (Idem, p. 23).

¹⁹² “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

[...]

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo.”

¹⁹³ “IV – a sentença arbitral.”

¹⁹⁴ Tal posição é tranquila na comunidade arbitral, estando presente em seminários e palestras sobre o assunto, embora não tenhamos notícias de trabalho publicado a respeito. Isso não quer dizer que não é possível o acordo homologado no processo arbitral, com uma sentença homologatória que se revestirá da segurança de um título executivo judicial. O que não se permite é homologar pedidos irrestritos ao que estiver coberto pela convenção arbitral, ao contrário do juiz estatal, que pode fazê-lo sem restrição à causa de pedir e pedido (CPC, art. 475-N, inc. V). A homologação apenas ocorrerá se as partes, depois do litígio estabelecido, expressamente requererem, sendo que na ausência disso e notando o árbitro haver transação sem pedido, caber-lhe-á simplesmente extinguir o processo arbitral por falta de interesse de agir superveniente (nesse sentido, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 377).

¹⁹⁵ E talvez no processo arbitral a expressão ganhe ainda mais ênfase, por ser vocacionado à boa resolução da questão material, lidando com rapidez e com profundidade técnica, sem se perder em discussões que geralmente fazem com que *o processo se volte ao seu procedimento*, como sói acontecer na esfera estatal. Isso na arbitragem bem conduzida não ocorre.

ajuda alhures naquilo que lhe beneficia, mas sem abrir mão da autonomia da vontade. Pelo contrário, a abertura cognitiva do processo arbitral, que o faz receber contribuições de outros sistemas, ocorre em grande medida justamente em função do exercício da autonomia da vontade.¹⁹⁶ Tem a autonomia da vontade papel fundamental quando o processo arbitral troca influências com princípios ou normas do sistema estatal, o que se dá, por exemplo, quando as partes entendem pertinente a vinda de algum instituto do segundo para o primeiro.

Logo, em termos puramente processuais, a autonomia exerce dupla finalidade,¹⁹⁷ não apenas como pressuposto do processo arbitral. Sem ela, ou estando viciada, o próprio processo não pode transcorrer higidamente. Com ela, é forma com que o processo arbitral se autorreferencie em termos de procedimento, se autorregule. Por essa abordagem procedimental, que baliza a regulação pelo seu sistema, a autonomia da vontade é princípio do processo arbitral.¹⁹⁸ Essa maneira de ver a autonomia da vontade, aliada à natureza processual da Lei de Arbitragem, leva a conclusões absolutamente típicas ao ambiente arbitral se comparado ao estatal. Como vimos no item referente à construção do procedimento,¹⁹⁹ permite: (i) às

¹⁹⁶ Na doutrina chilena, que neste aspecto se afasta completamente da italiana, de matriz contratualista (o jurista italiano CLAUDIO CONSOLO coloca intrigantes questões acerca dessa assertiva, como se a sentença originária de país que lhe reconhece jurisdição passaria a ser título extra em cumprimento na Itália – *Dieci anni e sei riforme*, p. 399), EDUARDO PICAND ALBÓNICO anota que “he tratado de demostrar la importancia que tiene considerar al arbitraje como una institución y no simplemente como una mera construcción de carácter contractual, destinada a solucionar controversias; ya que si bien su origen siempre parte de la autonomía de la voluntad de las partes que quieren sujetarse a él, el desarrollo material del arbitraje se plasma ineludiblemente en un proceso jurisdiccional” (*Arbitraje comercial internacional*, p. 10).

¹⁹⁷ CARMONA menciona um “duplo caráter”. A despeito de um enfoque de motivação diverso do que adotamos aqui, a conclusão a que ele chega é a mesma. O jurista aponta o caráter de acordo de vontades que vincula as partes para litígios atuais ou futuros, amarrado ao juízo arbitral, e o caráter de “pacto processual” para “derrogar a jurisdição estatal” (*Arbitragem e processo*, p. 79). Não nos afastamos desse ponto de vista. A posição do jurista nesse tocante parece-nos mais voltada ao instituto da arbitragem como um todo. Aqui, como procuramos fazer em todos os momentos da tese, focalizamos o processo arbitral. Logo, embora ontologicamente semelhante ao que CARMONA aponta, abordamos a convenção como instrumento da autonomia da vontade processualmente funcionando como um pressuposto do processo arbitral. E também a vimos como forma, instrumental, de concretizar a autonomia da vontade em termos de ditar o procedimento, de construí-lo, funcionando como um princípio estrutural do processo arbitral, conforme indicamos na nota abaixo. É dizer; *sem ela, ele não ocorre. Com ela, ele se amolda*. BARBOSA MOREIRA, sem maiores detalhes, diz que a autonomia da vontade “si manifesta cioè sul terreno sostanziale e su quello processuale”, mas seu texto deixa claro que o processualista está a pensar no aspecto processual apenas quanto ao desenho do procedimento e não sobre ser pressuposto do processo arbitral (*La nuova legge brasiliana sull’arbitrato*, p. 278).

¹⁹⁸ Esta proposição está consonante com a concepção de princípio com função diretiva, conforme apontado por SELMA FERREIRA LEMES em seu estudo sobre princípios que regem a atividade do árbitro (*Árbitro*, p. 30). A autora voltou ao tema em estudo posterior, reafirmando a autonomia da vontade como “o primeiro e mais importante dos princípios estruturantes da LA” (*A arbitragem no Brasil: dez anos de consolidação do instituto*, p. 546).

¹⁹⁹ Para CARLOS ALBERTO DE SALLES, nas formas alternativas de composição de controvérsias, inserido obviamente o processo arbitral, a possibilidade de que a solução do conflito seja moldada ao interesse da parte é consequência natural da ampla liberdade envolvida (Mecanismos alternativos de solução de controvérsias, p. 779-792).

partes definirem como deve ser o modo de trabalho dos julgadores eleitos na distribuição de faculdades e ônus processuais; (ii) haver ou não representação por advogados;²⁰⁰ (iii) que o Estado, quando nele atue,²⁰¹ não tenha qualquer das prerrogativas (ou *privilégios*)²⁰² do processo estatal, como prazos diferenciados e necessárias revisões.²⁰³

Para encerrar, podemos dizer que a autonomia da vontade é um pressuposto do processo arbitral, na medida em que sem ela este simplesmente não existe,²⁰⁴ além de ser princípio informativo do processo arbitral, ao regular seu procedimento, ao incidir na forma com que regras ou mesmo outros princípios sejam aplicados.²⁰⁵ Esses dois elementos contribuem, à sua maneira, para demonstrar a feição sistêmica do processo arbitral. Mostram que nele a autonomia exerce papel absolutamente distinto do processo estatal, contribuindo, de forma muito aguda, para reforçar a tese aqui defendida de que o processo arbitral constitui

²⁰⁰ Embora, como bem diz PEDRO BATISTA MARTINS, as partes raramente se utilizem do poder postulatório pessoal (*Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 237).

²⁰¹ Eis uma peculiaridade do sistema da *arbitragem*, e não de seu *processo*. Uma vez que a questão está inserida na *arbitrabilidade objetiva*, que propositadamente não é abordada aqui, pois nosso foco é o processo arbitral, não nos aprofundaremos no tema. Apenas em síntese, o Estado em juízo arbitral pode ser visto de duas formas. O Estado em atos públicos, contratos administrativos de âmbito público. Neste caso, a discordância entre a doutrina administrativista e a arbitral é grande, a despeito do famoso *caso Lage*, em que o Supremo reconheceu a possibilidade de a União se submeter à arbitragem (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 45; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *Do Estado na arbitragem privada*). Diferentemente, quando ele atua fora de sua clássica condição pública, em princípio, mediante autarquia ou empresa pública, sob regime privado, praticando atos de natureza privada, a questão fica mais tranquila, exceto para posições dogmáticas bolorentas, sempre contrárias a ideias novas e ao instituto da arbitragem. Sobre a questão em sentido amplo, cf. CARMONA, *Idem*, p. 45-52. Como colocamos acima, pensamos que o ponto está na *arbitrabilidade objetiva*, pois a discussão não deve se pautar no mero fato de o Estado estar no juízo arbitral (pois o Estado é *pessoa capaz de contratar* – art. 1.º), mas, sim, se se trata ou não de direito disponível (“...direitos patrimoniais disponíveis...”). Neste sentido, cf. NUNES PINTO, *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, p. 15-19). JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES e LUIZ OLAVO BAPTISTA fazem abordagem precisa do tema em sua obra clássica (*Arbitragem comercial*, p. 73-84). Cf. ainda BATISTA MARTINS, *Arbitrabilidade objetiva. Interesse público, indisponibilidade de direito e normas de ordem pública*, p. 256-263. Com uma análise constitucional de proporcionalidade sobre o tema, cf. RAFAELLA FERRAZ, *Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública*, p. 46 e ss. Na doutrina portuguesa, ver. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*, p. 1233 e ss. Finalmente, não poderíamos deixar de citar obra de referência sobre o assunto, originalmente tese de doutoramento nesta Casa, em que SELMA FERREIRA LEMES, após uma profunda abordagem comparativa com o sistema chileno, também aponta que a questão está na arbitrabilidade objetiva (*Arbitragem na administração pública*, p. 82 e 274).

²⁰² Para nós são *privilégios* mesmo e não *prerrogativas*. Adotamos expressão de CÂNDIDO DINAMARCO, para quem preocupa o exagerado “desequilíbrio antiisonômico” instituído em favor do Estado (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 210).

²⁰³ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 45 e ss.

²⁰⁴ Ou, estando ela viciada, até pode existir, mas enquanto não reconhecido o vício pelo árbitro ou, em último caso, enquanto não anulado judicialmente.

²⁰⁵ GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA, comentando o art. 816 do CPC italiano (“nella convenzione d’arbitrato, o com atto scritto separato, purché anteriore all’inizio del giudizio arbitrale”), tratam da convenção como um momento prévio ao processo arbitral, mas que exerce exatamente a função de pautar, de ditar as regras de procedimento futuro (*Il nuovo diritto dell’arbitrato*, p. 216), corroborando nossa aposição de ser, ao mesmo tempo, pressuposto e princípio do processo arbitral.

um sistema absolutamente próprio e distinto do modelo estatal.²⁰⁶ Seja em termos de *fechamento operacional*, seja em termos de *abertura cognitiva*, na linha teórica encampada no primeiro capítulo da tese.

Posto isso, passamos a um integrante do que se pode chamar de fundamentos do processo arbitral e que também mostra sua característica sistêmica. Falamos do devido processo legal nos moldes do sistema arbitral. Veja-se.

2.2.3 O devido processo legal arbitral

Como consequência do aprofundamento de análises sobre a incidência cada vez maior de princípios constitucionais no processo estatal, tem sido comum o uso da expressão *devido processo legal* de forma mais genérica. E isso nos parece importante abordar, por exemplo, como o devido processo legal se comporta no processo arbitral, especialmente de que maneira ele contribui para a sua configuração como um sistema processual, tal qual posto na proposta teórica. Muitos são os aspectos do tema que podem ser analisados à luz da premissa adotada. Para facilitar a exposição, optamos por cindir a abordagem em subitens voltados a cada uma das questões que reputamos mais relevantes no campo do devido processo legal, fazendo a ressalva de que essa escolha é exemplificativa.

2.2.3.1 A integração do conceito

Consideramos que o conceito de devido processo legal não se sustenta sozinho. Não possui sentido concreto. Ao contrário, é abstrato, *enquanto não preenchido pela lei*. Em outras palavras, o princípio²⁰⁷ do devido processo legal deve ser integrado por regras e

²⁰⁶ ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER fazem um contraponto importante, e muito prático, sobre a necessária relação de equilíbrio entre a forma com que autonomia da vontade se expressa no processo arbitral na fixação do procedimento e a realidade jurídica do país no qual a respectiva sentença deverá ser juridicamente reconhecida, ou o anteparo necessário que será encontrado no país em que a sentença deverá ser reconhecida (*Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, p. 238).

²⁰⁷ Novamente com ÁVILA, “princípios são normas imediatamente finalísticas”, que “estabelecem um fim a ser atingido”, e para cuja aplicação “se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção” (*Teoria dos princípios*, p. 78-79).

princípios processuais que lhe deem sentido objetivo. Se por um lado podemos dizer que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório fazem parte de um conceito largo de devido processo legal, conforme a Constituição Federal, por outro, cremos ser na lei que o princípio do devido processo legal atinge seu alcance efetivo, o que significa que o processo é regrado por institutos que dão concretude também à própria ideia de ampla defesa e contraditório²⁰⁸ e, assim, consequentemente, de devido processo legal.

A título de exemplo, ainda que a Constituição traga tais conceitos, ela não menciona qual o meio, forma ou prazo para exercer a ampla defesa, para contraditar, para produzir a prova. Esse papel será desempenhado por elementos advindos da lei integralizadores do que seja devido processo legal para cada sistema processual. A nosso ver, portanto, não obstante autorizadas posições em sentido diverso,²⁰⁹ o devido processo legal é necessariamente construído pelas garantias que *a lei*, e não a Constituição, traz para o ambiente processual voltadas à comprovação dos fatos ligados às alegações das partes. Este é, inclusive, o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.²¹⁰

²⁰⁸ CARMEN TIBURCIO aponta que na arbitragem o contraditório e a ampla defesa são “matérias de ordem pública internacional” (A arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais, p. 90).

²⁰⁹ BEDAQUE entende que o processo é “modelado em conformidade com garantias fundamentais”. Na base de seu pensamento, é a Constituição, e não a lei, que integra o conceito de devido processo legal. Daí a chamá-lo de “devido processo constitucional” (*Tutela cautelar e tutela natecipada*, p. 71). RAFAEL ALVES situa o devido processo legal, no processo arbitral, ao lado de “imperativos de ordem pública”, e esta, por sua vez, estaria ao lado “de justiça e moral” (A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro, p. 117).

²¹⁰ No recente julgamento de agravo contra negativa de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo STJ em homologação de sentença arbitral estrangeira, no caso Têxtil União S.A. *versus* L’Aiglon S.A. (AI 650743-DF, Rel. Celso de Mello, j. 27.05.2009), o Supremo pontificou: “É que, com relação à alegada violação ao art. 5.º, inciso LV, da Constituição, a orientação jurisprudencial emanada desta Suprema Corte, firmada na análise desse particular aspecto no qual se fundamenta o recurso extraordinário em causa, tem salientado – considerado o princípio do devido processo legal (neste compreendida a cláusula inerente à plenitude de defesa) – que a suposta ofensa ao texto constitucional, caso existente, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria, para que se configurasse, a formulação de juízo prévio de legalidade, fundado na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal. [...]. Daí revelar-se inteiramente ajustável, ao caso ora em exame, o entendimento jurisprudencial desta Corte Suprema, no sentido de que ‘O devido processo legal – CF, art. 5.º, LV – exerce-se de conformidade com a lei’ (AI 192.995-AgR/PE, Rel. Min. Carlos Velloso – grifei), razão pela qual a alegação de desrespeito à cláusula do devido processo legal, por traduzir transgressão ‘indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais’ (AI 215.885-AgR/SP, Rel. Min. Moreira Alves – AI 414.167/RS, Rel. Min. Cezar Peluso – RE 257.533-AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso), não autoriza o acesso à via recursal extraordinária: ‘Due process of law e princípio da legalidade. – A garantia do devido processo legal exerce-se em conformidade com o que dispõe a lei, de tal modo que eventual desvio do ato decisório configurará, quando muito, situação tipificadora de conflito de mera legalidade, apto a desautorizar a utilização do recurso extraordinário. Precedentes’ (RTJ 189/336-337, Rel. Min. Celso de Mello); ‘Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5.º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal’ (AI 427.186-AgR/DF, Rel. Min. Carlos Velloso). ‘Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5.º da Constituição. Agravo regimental improvido (AI 447.774-AgR/CE, Rel. Min. Ellen Gracie)’”.

No entanto, nosso objetivo não é abordar o devido processo legal no processo estatal. Queremos identificar onde está a tipicidade sistêmica (se há) do processo arbitral nesse particular. Numa primeira análise, mais ampla, porém, tanto no processo estatal como no arbitral é a lei que preenche o conceito. No caso do último, primordialmente a Lei de Arbitragem.

Aspecto que torna possível, em certa medida, identificar a forma tipicamente sistêmica com que isso ocorre no processo arbitral é justamente o fato de que a lei arbitral, ao contrário do Código de Processo Civil, não contém regras procedimentais suficientes para integrar o conceito de devido processo legal. Na verdade, praticamente regra processual nenhuma ela traz. Poder-se-ia então perguntar: o processo arbitral busca essa integralização no Código de Processo Civil? A resposta é negativa. Regras ou dispositivos do Código não integram o devido processo legal arbitral, salvo se partes e árbitros assim o queiram.²¹¹ Mas ele é integrado, isso sim, por *princípios* oriundos do diploma processual. Daí uma característica absolutamente distinta do processo arbitral no tocante à integralização do que seja devido processo legal.²¹²

É bom lembrar que existem princípios do processo arbitral decorrentes da própria Lei de Arbitragem que também contribuem na identificação do que seja devido processo legal arbitral. Princípios que, por serem constitucionais, formam o núcleo do conceito tradicional de

²¹¹ O que, mais uma vez, demonstra a pertinência da visão da autonomia da vontade no regramento do procedimento, conforme feito no item anterior. JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, com razão, aponta que “o processo arbitral não é judicial e tem pressupostos distintos. Enquanto que o último é público e decorre do direito constitucional de acesso ao Judiciário, o primeiro é privado e tem seu fundamento na vontade das partes, que podem estabelecer o rito que desejarem para a composição de suas controvérsias, respeitadas as diretrizes maiores impostas pela lei, como o contraditório e a igualdade de tratamento. Se o procedimento é fixado na convenção de arbitragem – nela se incluindo o regulamento da instituição de arbitragem, quando nela corre o processo – não há que se buscar na legislação processual pública os mecanismos para a condução do processo, salvo se a isso as partes autorizam” (Soluções rápidas e objetivas, p. 45). Em artigo publicado na *Harvard Business Review*, TODD CARVER e ALBERT VONDRA apresentam dados empíricos que demonstram o fracasso do processo arbitral quando (i) as partes e seus advogados não têm a exata dimensão de *como o processo arbitral é distinto do judicial*, (ii) as partes pensam ser a total vitória contra a contraparte como a única alternativa possível e (iii) quando contratam advogados excessivamente litigiosos (Alternative dispute resolution: why it doesn’t work and why it does – destaques nossos).

²¹² Em sentido contrário, ANTONIO CARLOS MONTEIRO FILHO propõe que o Código de Processo Civil não é o “anticristo”, mas a “benção no sacramento da arbitragem”. Com uma série de premissas e conclusões com as quais não pactuamos, sugere que “o procedimento arbitral, em nosso país, deveria aproveitar em maior escala a estrutura lógica e cronológica de nosso processo civil”, disso concluindo, entre outras coisas, que a falta de tal orientação causaria “consequências seríssimas para as partes” (Processo civil: um anticristo na arbitragem). Se o remédio for, como pelo autor defendido, para afastar o conceito de sentença ao laudo, inclusive negando-lhe efeitos como os da sentença estatal, autorizando recurso extraordinário ao Supremo, a recorribilidade de interlocutórias etc., melhor que não seja aplicado, sob pena de matar o paciente, o instituto da arbitragem.

devido processo legal. Que têm o condão de trazer uma garantia mínima para um julgamento justo, informando tanto o processo arbitral quanto o estatal, embora sem equipará-los no que respeita ao que seja devido processo legal. São princípios que se refletem e se expandem em normas processuais preestabelecidas, no caso do processo estatal, ou criadas pelas partes e árbitros, no processo arbitral.²¹³ Referimo-nos ao contraditório, à igualdade de partes, ao seu livre convencimento e à imparcialidade do árbitro (art. 21, § 2.º).²¹⁴

No caso do processo arbitral, o que preencherá tais princípios, tecidos pela Lei de Arbitragem, será o seu próprio sistema. Em outros termos, quanto ao seu *fechamento operacional*, ou o conjunto de instrumentos/elementos que integram e que lhe conferem operacionalidade, será composto não apenas pela lei arbitral e sua natureza processual, conforme já ponderado (item 2.1.2.2 *supra*), mas acrescido dos regulamentos e da possibilidade ampla de que o procedimento seja formado pelas partes e árbitros.²¹⁵ Mais uma vez nota-se o quão presente é o princípio arbitral da autonomia da vontade, ao se expandir para o procedimento, ditando e integralizando o próprio conceito de devido processo legal.²¹⁶ Traduzindo em exemplo, na falta de estipulação na convenção arbitral, pode-se definir termo de arbitragem o lugar em que serão praticados os atos processuais, a língua, as provas que poderão ser produzidas (testemunhal, documental, oral) e de que forma, a mudança de regras regimentais ou mesmo daquelas já previamente acordadas, o modo de distribuição da

²¹³ “O modelo institucional do processo arbitral é representado pelo conjunto de características emergentes das garantias constitucionais, das normas gerais de processo que a ele se aplicam e, finalmente, dos preceitos aderentes às suas peculiaridades” (DINAMARCO, Limites da sentença arbitral, p. 31).

²¹⁴ Há um enfoque relevante no tocante à autonomia do processo arbitral, em termos de seu sistema, que é justamente o fato de a imparcialidade compor o núcleo do devido processo legal arbitral (art. 22, § 3.º) e, mesmo assim, estar sujeita à autonomia da vontade. É dizer, mesmo que a parte seja pessoa que esteja absolutamente impedida para ser testemunha em processo estatal, no arbitral ela pode ser árbitro, se houver anuência das partes. Isso mostra a dimensão da autonomia da vontade, corroborando sua abrangência ao procedimento, e deixa clara a peculiaridade do desenho do devido processo legal arbitral quando comparado com o estatal. Sobre a não inserção da imparcialidade no conceito de devido processo legal arbitral, mas sim na autonomia da vontade, cf. RAFAEL ALVES, A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro, p. 122.

²¹⁵ VINCENZO VIGORITTI analisou de certa forma esse aspecto da particular característica do devido processo legal na arbitragem, em texto traduzido e comentado por CARMONA, apontando na ocasião que, “em todos os países, o procedimento arbitral é caracterizado pela liberdade de formas e pelo direito das partes e dos árbitros de organizar o desenvolvimento da arbitragem com o limite do respeito das regras fundamentais dos juízos cíveis, tradicionalmente resumidas na fórmula do *procedural due process* (ou seja, o princípio do contraditório em suas variadas implicações)” (Em busca de um direito comum arbitral, p. 13).

²¹⁶ Como diz FAUSTINO CORDÓN MORENO, “la norma básica aplicable al procedimiento arbitral es el principio de autonomía de la voluntad...”, sendo ainda complementada pelas normas dos regulamentos, a lei de arbitragem espanhola e pela direção do procedimento pelo árbitro (*El arbitraje de derecho privado*, p. 168-169).

sucumbência, a possibilidade ou não da interposição de recurso, além dos esclarecimentos previstos na lei (art. 30) e de que maneira ele será apreciado etc.

Por outro lado, não podemos nos esquecer que o processo arbitral se comunica com o sistema do processo estatal, em movimento de *abertura cognitiva*, conforme posição que adotamos no item 2.1.2.2. *supra*. Evitando repetir o que ali fora escrito, lembramos que, para esse efeito, no tocante à concreção do princípio do devido processo legal, é também verdadeiro que essa comunicação entre os sistemas poderá fazer com que elementos do direito processual estatal acabem por contribuir de alguma forma para que o princípio do devido processo legal seja integrado ao ambiente arbitral. Isso, involuntariamente, mediante princípios, e, voluntariamente, com regras ou dispositivos, quando do interesse de partes e árbitros, o que bem demonstra a característica própria do sistema arbitral.

Há, outrossim, a possibilidade de que institutos de outros ordenamentos ou sistemas estrangeiros incidam para integrar o devido processo legal arbitral, de acordo com o interesse/conveniência de partes e árbitros. Podemos citar, por exemplo, a adoção de um formato de distribuição da prova nos moldes iguais ou semelhantes ao do *discovery* do *common law*.²¹⁷ Na medida em que tais contribuições, à guisa de comunicação, tragam concretude ao princípio do devido processo legal arbitral, isso se aperfeiçoa em decorrência da *abertura cognitiva* do processo arbitral. Eis outro elemento do conceito de sistema que adotamos incidindo na questão do devido processo legal do processo arbitral, de modo a demonstrar que sob esse aspecto o processo arbitral é um sistema tal qual posto em nossa hipótese teórica. Apresentaremos a seguir situações em que a questão do devido processo legal é inserida de maneira mais prática e nas quais a integração do conceito é vista de acordo com a premissa de sistema. Vejamos.

2.2.3.2 O idioma no processo arbitral

A questão da língua no processo arbitral está relacionada diretamente com a abordagem de devido processo legal inserida em nossa premissa teórica de sistema.

---

²¹⁷ Cf. HANESSIAN, *Discovery in international arbitration*; NEUMANN-HANESSIAN, *International arbitration checklists...*, p. 92-107; YARSHELL, *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*, p. 72-80.

Explicamos. Há autorizada doutrina que entende que, quando se tratar de processo arbitral no Brasil, devendo a sentença ser redigida em documento escrito (art. 24), o árbitro não pode ser estrangeiro incapaz de se expressar em português.²¹⁸ O apontamento leva em consideração, ao que parece, que tanto o árbitro deve ser fluente em português quanto os atos do processual arbitral no país devam ser no idioma.²¹⁹ Uma vez que a Lei de Arbitragem nada trata a respeito, tal conclusão supostamente decorreria do transplante de regra do Código de Processo Civil, mais precisamente o art. 156,²²⁰ para o processo arbitral.

Por coerência com tudo o que vimos defendendo, discordamos dessa posição. Nem suporte na lei há, tampouco no simples traslado de regra específica e expressa do processo estatal comum. Com efeito, é de reiterar que não se pode hermeticamente transpor regras processuais do sistema estatal para o arbitral. Não é desse modo que deve ocorrer aquilo que vimos chamando aqui de abertura cognitiva entre os referidos sistemas. A regra não se transporta para outro sistema para efeito de impor sua vontade. A integração do devido processo legal arbitral não se faz à imagem e semelhança do estatal. Muito ao contrário.

Como já mencionado, não é o Código de Processo Civil que integra o conteúdo do devido processo legal na arbitragem. No sistema do processo arbitral, o que cumpre essa função é a Lei de Arbitragem, a autonomia da vontade das partes (na qual se inserem convenção e regulamentos), a atividade diretiva do árbitro²²¹ e os *princípios* processuais do processo estatal. Não, de forma alguma, uma mera regra, de cunho eminentemente formal, como a relativa ao uso do vernáculo.

²¹⁸ Na Itália, por exemplo, antes da reforma processual de 1983, os árbitros apenas poderiam ser cidadãos italianos (cf. LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 61).

²¹⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, p. 281. O grande processualista, porém, não explicita os fundamentos dessa posição. Em sentido semelhante, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA reputa que o árbitro deve “conhecer o idioma pátrio”, sem o que a sentença seria nula (*Arbitragem*, p. 144). SERGIO LA CHINA tem posição semelhante: “cio che ci sembra di dover escludere invece è che il lodo, in tal tipo de situazione, possa essere redatto – pur nel consenso delle parti e dei difensori – in altra lingua dall’Italiano, anche se, in concreto, appaia destinato ad essere eseguito all’estero” (*L'arbitrato*, p. 99-100). Em sentido contrário, ainda na doutrina italiana, GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA reputam plenamente possível o estabelecimento de outra língua que não se seja o italiano (*Il nuovo diritto dell'arbitrato*, p. 209).

²²⁰ “Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.”

²²¹ Com razão, portanto, RUBINO-SAMMARTANO, ao apontar que a língua é a que foi escolhida pelas partes, e, não havendo concordância quanto ao ponto, a escolha cabe ao árbitro, inclusive conforme dispõe a Camera Arbitrale di Milano (*Il diritto dell'arbitrato*, p. 357). Na doutrina espanhola, ver FAUSTINO CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 186. O mesmo ocorre no Chile (cf. EDUARDO ALBÓNICO, *Arbitraje comercial internacional*, p. 18).

Portanto, é descabido o transporte aleatório de regra estatal para concluir sobre o idioma arbitral.²²² Disso resultaria uma grande limitação na autonomia da vontade das partes, que é, como visto, princípio fundamental do processo arbitral. Limitaria ainda a própria participação do País como um importante polo para processos arbitrais que contenham atores comerciais internacionais. O que seria de todo nocivo para o instituto, diante do que vimos falando sobre economia globalizada, autorregulação, *lex mercatoria* e, enfim, os próprios sistemas sociais da teoria aqui encampada, que se baseia na comunicação entre sistemas, em especial o econômico e o jurídico, representados pelos *players* do mercado e pelo processo arbitral.

Em termos práticos, não vemos problema nenhum que um processo arbitral no País conte com árbitro estrangeiro e seja parcial ou inteiramente feito em língua estrangeira, desde que as partes concordem. É, inclusive, até comum que os árbitros falem português, mas que os documentos em língua estrangeira não sejam traduzidos,²²³ justamente para primeiro reduzir o custo do processo e, segundo, para que eles tirem suas próprias conclusões do texto original, dispensando traduções, a não ser em ocasiões em que isso se fizer necessário. Tudo isso é geralmente fixado no termo de arbitragem, quando não disposto em regulamento.²²⁴

Resumindo, a questão do idioma no processo arbitral sofre os efeitos diretos do que apontamos como fontes do devido processo legal arbitral. O idioma seguirá o que for convencionado pelas partes. Não há nenhuma violação ao devido processo legal se o processo tramitar com este ou aquele idioma, desde que concordes as partes. Passamos agora a outro aspecto prático que costuma receber questionamentos sob o ponto de vista de suposta violação ao devido processo legal. Referimo-nos à disposição sobre as provas. Vejamos.

²²² Tanto que nos regulamentos das principais câmaras arbitrais há regra específica autorizando as partes a estabelecerem o idioma da arbitragem (como é o caso da Câmara Brasil-Canadá – art. 5.8).

²²³ Não por outro motivo, na Espanha, a Ley de Arbitraje de 2003, considerada exemplo mundo afora, traz a seguinte disposição: “Artículo 28. Idioma del arbitraje. 1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje. A falta de acuerdo, decidirán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión de los árbitros se haya previsto otra cosa, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones de los árbitros. 2. Los árbitros, salvo oposición de alguna de las partes, podrán ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación realizada en idioma distinto al del arbitraje”.

²²⁴ Por exemplo, no regulamento da *London Court of International Arbitration* (LCIA rules) a questão da língua é tratada especificamente (article 17-17.4) e de modo bastante flexível, com a possibilidade da adoção de mais de uma língua, mas basicamente deixando a critério da parte decidir a respeito. NEWMAN e HANESSIAN abordam de forma bastante pragmática a questão da língua nas arbitragens internacionais, mostrando que muitas vezes os problemas são variados, como nas ocasiões em que as partes precisam se utilizar de intérpretes de múltiplos tradutores de documentos (*International arbitration checklistis*, p. 79-80).

2.2.3.3 A limitação da prova

Uma questão que se coloca é se a autorreferência e, por conta dela, a autonomia do processo arbitral em relação ao estatal permitiriam algumas peculiaridades em termos de procedimento que no modelo estatal seriam inviáveis. Uma delas é justamente a limitação da prova. Ou se isso, por si só, seria suficiente para macular o conceito de devido processo legal à luz dos princípios integrativos e informativos do processo arbitral. A questão é controvertida e não parece ainda estar consolidada na doutrina atual,²²⁵ não tendo sido detectada na jurisprudência estatal e arbitral consultada. Metodologicamente, preferimos inserir o tema neste campo do trabalho, pois mais vinculado à questão do devido processo legal arbitral, e não nos itens referentes aos poderes do árbitro ou às provas, que seguirão no capítulo seguinte. Vejamos.

Podemos imaginar hipótese em que as partes, já na convenção,²²⁶ estipulem que, havendo conflito, ele será definido em determinado órgão institucional e que apenas e tão somente será possível a produção de prova documental. Decidem, expressamente, que não haverá perícia, não haverá prova oral, não haverá audiência. Só documentos. E mais. Iniciado o procedimento, reafirmam tal expediente, de forma deliberada e explícita, no termo de arbitragem.²²⁷

Se os depoimentos ou a perícia serão transformados pelas partes em documentos, tal qual as *depositions* no direito do *common law*, esse é outro aspecto, relacionado com a forma com que serão produzidas tais provas e sua aceitabilidade pelo árbitro. Não é esse o ponto. O que importa é saber se seria possível tal limitação de provas, se a simples estipulação desse formato violaria o direito ao devido processo legal, conforme o art. 21, § 2.º, da Lei de Arbitragem. Ao que nos parece, a resposta é negativa.²²⁸ Ao menos na forma com que a

²²⁵ PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO é contrário porque entende haver violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além do livre convencimento do árbitro (Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem, p. 146). Por sua vez, CARREIRA ALVIM a entende possível, desde que concorde o árbitro (*Direito arbitral*, p. 322).

²²⁶ Sobre a conveniência ou não do estabelecimento de questões procedimentais antecipadamente na convenção, ou quando do início do processo arbitral, ver FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 647.

²²⁷ CARMONA aceita a prova testemunhal escrita e registra que, quando houver consenso, “desaparece qualquer possibilidade séria de posterior alegação de violação do devido processo legal” (*Arbitragem e processo*, p. 322).

²²⁸ SIEGFRIED ELSING e JOHN TOWNSEND, por exemplo, apontam que pelo procedimento do *IBA Rules of Taking Evidence* (cf. capítulo seguinte), “interrogatories are almost never used”, e pricamente tudo se converte em documentos (*Bridging the common law civil law divide in arbitration*, p. 3).

questão se apresenta, nada disso quebraria o devido processo legal arbitral.²²⁹ Até porque, conforme vimos falando, o conceito é amplo, genérico, e deve ser integrado por princípios e regras processuais inerentes ao sistema do processo arbitral,²³⁰ e não do estatal.²³¹

Em princípio, parece-nos não ser razoável que uma parte firme expressamente o compromisso de apenas produzir um determinado tipo de prova e possa, futuramente, alegar nulidade da sentença arbitral, por violação ao devido processo legal, porque não utilizou justamente o meio de prova do qual havia disposto, do qual desistiu, sem que disso redunde em prática de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), que no processo arbitral deve ser considerado ainda mais grave, e por isso vedado, do que no estatal.²³² Ela mais do que aceitou. Construiu o procedimento nesse sentido, exercendo sua ampla autonomia da vontade.²³³ Assumiu o risco. Tudo dentro de sua disponibilidade, do amplo leque de disposição do seu direito, ou do direito de ser ouvida em razões ou contrarrazões, ou melhor, na forma com que isso ocorra.²³⁴ E mais. Não parece pertinente supor que possa alegar não ter tido condições de provar diante do modo com que foram estipuladas por ela própria as regras e das quais ela sabia de antemão. Se incorreu em erro de julgamento quanto

²²⁹ RUBINO-SAMMARTANO estuda a hipótese do “arbitrato solo su documenti”, derivado da “convenzione di arbitrato solo su documenti”, defende que não vê nenhuma nulidade e, inclusive, aponta que é processo útil no aspecto da celeridade/simplicidade, anotando que o modelo é bem aceito nos sistemas de *common law* (*Il diritto dell'arbitrato*, p. 441).

²³⁰ Acerca dos princípios que regem o processo arbitral na maioria dos países e que podem ser considerados como um direito arbitral comum, cf. VIGORITTI, Em busca de um direito comum arbitral, p. 13.

²³¹ CARMONA é favorável à produção do depoimento pessoal por escrito, nos moldes do *common law*, mas com a cautela de que seja para ambas as partes e que a parte que quiser pode ter a presença física da testemunha para que ela seja ouvida sobre o que escreveu (*Arbitragem e processo*, p. 322).

²³² Lembremos do conceito largo de boa-fé no sistema do processo arbitral, e que, inclusive, a doutrina expande para as chamadas fases *pré* e *pós-processo* arbitral, como bem pontuado por LUIZ OLAVO BAPTISTA (*Lex mercatoria*, p. 286). E nem se alegue matéria de ordem pública, que seria a violação ao devido processo legal, para justificar o expediente, pois, como bem apontou FABIANE VERÇOSA, “a ordem pública é muitas vezes utilizada como subterfúgio para justificar uma série de atitudes, inclusive a de contrariar um comportamento anterior da própria parte que a invoca. De fato, é lamentavelmente comum a arguição de ordem pública com vistas a legitimar o descumprimento de uma obrigação contratualmente estabelecida, por exemplo. Assim, a ordem pública acaba virando uma vala comum, onde se deposita todo tipo de argumento, não raro inconsistente, para se esquivar de cumprir uma obrigação ou observar certa disposição contratual” (comentários a julgado, *CBAR*, n. 9, p. 223, jan.-mar. 2006).

²³³ “Da tutto cio ben s'intende l'ampia libertà che il legislatore lascia alle parti: esse possono dettare le norme del procedimento; possono, ove lo credano, modellare il procedimento arbitrale, più o meno fedelmente, sulla falsariga delle forme prescritte per i giudizi civili ordinari; possono, se nel processo ordinario davanti a giudice le regole richiamate sono presidiate da sanzione di nullità, prescrivere l'osservanza con pari rigore, prevedendo cioè nullità per la loro violazione, oppure possono non disporre in tal senso; insomma esse sono libere e di stabilire le regole del procedere e di graduarne l'efficacia ponendo o non ponendo sanzioni di nullità” (LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 86).

²³⁴ FERNANDO BREDIA PESSOA defende que a estipulação de regras procedimentais para as provas antes da instituição da arbitragem cabe apenas às partes, e após somente ao árbitro (A produção probatória na arbitragem, p. 72). De seu raciocínio podemos extrair, portanto, que no exemplo dado não caberia ao árbitro se insurgir contra o formato reduzido ou limitado da prova, se foi estipulada antes.

ao que seria necessário para provar, é risco que escolheu. O mesmo risco, aliás, que correria se desistisse de determinada prova no curso do procedimento, antes de certa fase probatória, confiando em outros elementos de prova que reputasse suficientes.

É bom que se diga que tal expediente não causaria nenhuma estranheza no sistema de *common law*. Ora, conforme já apontamos, não há problema nenhum inclusive para um processo arbitral a tramitar no Brasil, sob o regime da Lei de Arbitragem, que o regramento procedimental se dê de acordo com uma arquitetura processual previamente existente. E o que pode muito bem ser o sistema de *common law*, em que, sabidamente, o juiz tem muito menos poder instrutório. Se se pode aplicar integralmente um sistema estrangeiro que permita tal sorte de providências, por que não apenas uma parte do seu conjunto de medidas, considerando que tal restrição da prova neste outro sistema seria até trivial?²³⁵

Este ponto de vista também pode ser considerado válido na tradição do *civil law*, como inclusive já o é por parte da doutrina.²³⁶ Se se pode o mais, pode-se o menos. Se se pode adotar integralmente o procedimento do *common law*, podem-se limitar provas, sem ferir o conceito de devido processo legal, que, no sistema do processo arbitral, é absolutamente diverso do estatal. Aliás, pode-se inclusive pensar que, no exemplo dado, a incorporação de regra de procedimento na convenção arbitral, ainda que restringindo prova, integra o próprio conceito de devido processo legal para aquele potencial processo eventualmente a ser instaurado.²³⁷ Daí não divisarmos nenhum problema na limitação da prova.

Conclusão em sentido contrário seria inclusive ao arrepio do próprio fato de que as partes podem desistir de produzir determinadas provas no curso do procedimento. Se se

---

²³⁵ “Examples of the parties taking matters into their own hands and providing of due process protections in their arbitration clause are relatively common, at least in the US. [...] Of course, parties may intentionally *sacrifice certain procedural and evidentiary safeguards in the interest of greater speed and efficiency*. For example, they may choose to limit the disclosure that will be available to them in their arbitration agreement or impose time limits on the proceedings” (LAWRENCE SCHANER e JOHN SCHLEPPENBACH, *Due process in international arbitration: anything goes? A U.S. perspective*, p. 177-178 – destacamos). Em sentido semelhante, RUBINO-SAMMARTANO aponta que “le parti possono prescrivere agli arbitri di osservare l’intera disciplina processuale, o una parte di essa, oppure dettare esse stesse le regole che dovranno disciplinare lo svolgimento della procedura” (*Il diritto dell’arbitrato*, p. 409).

²³⁶ É o que defende GIANNI SCHIZZEROTTO no tocante à limitação da prova oral no processo arbitral, podendo ela ser confeccionada via documentos, com a mesma validade, à luz do que se espera de um sistema procedimental pautado na autonomia da vontade (*Dell’arbitrato*, p. 453-454).

²³⁷ “By incorporating a set of arbitration rules into their arbitration clause, the parties achieve a measure of due process protection” (LAWRENCE SCHANER e JOHN SCHLEPPENBACH, *Due process in international arbitration: anything goes? A U.S. perspective*, p. 178).

limitou a prova, foi para ambas as partes. Com efeito, devido processo legal serve também, muito sinteticamente, para garantir a mesma participação para todos os envolvidos.²³⁸ No processo arbitral, deve reproduzir garantias reduzidas ao mínimo necessário a tanto.²³⁹ No caso, não havendo favorecimento de uma parte em relação à outra quando da fixação da regra do jogo, não encontramos uma violação ao devido processo legal que possa limitar a autonomia da vontade na fixação das provas. O que, evidentemente, será regulado pelo árbitro no curso do procedimento.²⁴⁰

Pode-se, por exemplo, simplesmente não participar da perícia. Pode-se não indicar testemunhas. Pode-se não ir à audiência. Tudo isso está dentro do poder de disponibilidade de faculdades processuais, inserido no princípio dispositivo do direito processual estatal, perfeitamente atuante no arbitral e em grau ainda muito maior.²⁴¹ É claro que a vontade das partes e árbitros encontra certos limites na fixação do procedimento arbitral.²⁴² Mas, se se pode desistir sempre da prova, por que não poderia fazê-lo antecipadamente, de idêntica forma, não havendo nenhuma regra específica em contrário? Apenas um princípio de devido processo legal que, como vimos falando, não se concretiza sozinho, mas em consonância com regras e princípios processuais inerentes ao ambiente arbitral.

²³⁸ A Ley de Arbitraje espanhola não se distancia disso, ao prever que “podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado” (art. 25.2), mas condicionado ao fato de que “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos” (art. 24.1). Sobre esta ampla liberdade pautada por critérios mínimos de contraditório, ver FAUSTINO CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 169.

²³⁹ Cf. CARMONA, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 71. Com razão, GIANNI SCHIZZEROTTO anota que “il principio fondamentale del contraddittorio, tuttavia, che vincola gli arbitri al di fuori e al di sopra di ogni manifestazione di volontà delle parti, non va interpretato con quel rigore che può desumersi dell’art. 24 della Costituzione e dall’art. 101 c.p.c., ma si riduce, come riflesso del principio di libertà che sempre caratterizza il corso del procedimento arbitrale, nella esigenza che si osservato il criterio *auditur et altera pars*” (*Dell’arbitrato*, p. 472). No mesmo sentido, CORDÓN MORENO aponta que tais garantias mínimas “integran el núcleo duro de la excepción de orden público” (*El arbitraje de derecho privado*, p. 223).

²⁴⁰ Cf. RAFAEL ALVES, O devido processo legal na arbitragem, p. 390. Veremos a posição do árbitro na questão no item 3.3.3 *infra*.

²⁴¹ Sobre a produção da prova do ponto de vista de interesse da parte, cf. FLÁVIO YARSHALL, *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*, p. 49 e ss.

²⁴² CARMONA bem anota que essa vontade se limita na “finalidade da arbitragem” e na própria lei, dando como exemplos que a sentença não pode ter forma diversa do que disciplina o art. 26 ou mesmo que ela possa ser impugnada em prazo superior ao previsto no art. 33 (*Arbitragem e processo*, p. 23). Com razão, ADRIANA BRAGHETTA aponta que “há ampla liberdade na instrução processual, mas não se pode dispor de regras imperativas, como os requisitos da sentença, os deveres do árbitro etc.” (A escolha da sede da arbitragem, p. 12). Ambas as lições estariam híidas no exemplo dado, na medida em que não há disposição da lei de arbitragem ferida com o expediente demonstrado, da mesma forma que não vimos uma finalidade da arbitragem que pudesse ser violada, assim como não há regra específica, muito menos cogente/imperativa, que o inviabilize.

Logo, o formato sugerido apenas integralizará o conceito de devido processo legal personalizado para aquele processo, ainda que de forma não usual, na medida em que seja uma característica do processo arbitral como um sistema diverso do estatal, até porque as partes fariam uma limitação da prova de modo isonômico, para ambas e sem surpresas.²⁴³ Se na integração do devido processo legal cria-se um mecanismo de contraditório sem vantagem de uma parte sobre a outra, que também se opera no processo arbitral,²⁴⁴ nada além disso ocorreria no caso apontado.²⁴⁵ Sem favorecimento. Mesma regra para todos os envolvidos.²⁴⁶

E isso seria ainda reforçado na hipótese de o árbitro concordar com tal expediente.²⁴⁷ Se assim é, devemos nos despir de determinados conceitos preconcebidos, ou gerados no bojo do processo estatal, que insiste em ver como quebra do devido processo legal praticamente toda e qualquer alteração no *iter* comumente conhecido, ainda que isso não redunde em prejuízo. Aliás, hipótese semelhante é dada por Carlos Alberto Carmona, em que ocorre a produção de prova oral sem a participação das partes, que dessa forma

²⁴³ Com a precisão que lhe é peculiar, BARBOSA MOREIRA ensina que, fundamentalmente, o contraditório deve “situar-se em plano compatível com o respeito à personalidade dos litigantes, eliminando-se as surpresas desleais, o emprego insidioso de armas secretas, os golpes desfechados no escuro” (*A garantia do contraditório na atividade de instrução*, p. 231).

²⁴⁴ Cf. NUNES PINTO, Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem, p. 315.

²⁴⁵ Dessa posição não se afastam FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, ao demonstrarem que o princípio do devido processo legal no processo arbitral, embora o conceito em si possa ser bastante genérico (tal qual apontamos no item 42.2.3 *supra*), redundaria em manter a contradição em termos iguais, ou, melhor dizendo, “the purpose of the due process is to uphold the *droits de la défense*”, ou que “due process implies that the parties should be given an equal opportunity to present their case” (*International commercial arbitration*, p. 947-948 – grifo do original).

²⁴⁶ RAFAEL ALVES aponta não ser possível a restrição de atos probatórios que levem à desigualdade (O devido processo legal na arbitragem, p. 405). A ideia é a mesma aqui. No exemplo dado, a regra é fixada para ambas as partes, ainda na convenção, o que não nos parece levar à conclusão de favorecimento.

²⁴⁷ Caso o árbitro discorde, a questão muda de enfoque e entramos em tema específico que será abordado adiante, sobre a divergência entre partes e árbitros quanto ao procedimento, notadamente sobre as provas cf. item 3.3.3 *infra*), pois “as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional” (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, 23 – grifo nosso). Ao menos quanto à possibilidade de as partes estipularem o expediente ora apontado não parece discordar a Lei de Arbitragem espanhola, que, em seu artigo 25, prevê: “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”. A redação legal, por seu turno, sugere, no trecho “a falta de acuerdo”, que mesmo em matéria probatória, estando as partes concordes, não caberia ao árbitro proceder de forma contrária, o que vai de encontro ao entendimento corrente em nossa doutrina nacional. Veremos o tema mais detidamente no capítulo seguinte (item 3.3.3).

convencionam, estando garantidos o contraditório e a igualdade no procedimento.²⁴⁸ Devemos ainda lembrar que o material probatório é disponível,²⁴⁹ o que ganha ainda mais ênfase no processo arbitral, com sua enorme disponibilidade.

De qualquer sorte, até para efeito de exercício de raciocínio, se a construção do procedimento é possível, se é pressuposto do processo arbitral a autonomia da vontade, a disponibilidade ampla, que pauta também todo o seu procedimento e que integra o devido processo legal arbitral, não se pode encontrar problema em construções do procedimento sob a *rubrica* de quebra do devido processo legal. Seria até perigoso para a segurança da arbitragem como instituto, pois sob esse *rótulo* poderíamos colocar inúmeros conteúdos genéricos com o nome de nulidade.²⁵⁰

O sistema do processo arbitral deve ser lido de forma diversa do estatal. Sem isso, em momentos práticos, o discurso de sua natureza sistêmica não passará de bonita comparação com variados ramos do direito que adotam a teoria dos sistemas. Mas não se desdobrará em consequências práticas, em prol justamente da autorreferência e autonomia do processo arbitral.

Importante salientar, todavia, que há outro enfoque para a questão e que não altera nossas considerações anteriores, pois pressuposto inserido em diverso panorama fático. É dizer, uma coisa é a parte estipular determinado procedimento, especialmente no tocante à prova, e depois impugná-lo pelo simples fato de ter sido elaborado de tal maneira. Diz-se que se aceita apenas prova documental. No curso do procedimento, percebe-se que o conjunto de provas é desfavorável, e, convenientemente, então passa-se a impugnar o simples fato de ter feito a opção, sob o argumento de que aquela convenção não seria legítima porque

---

²⁴⁸ *Arbitragem e processo*, p. 262. Até porque contraditório é a garantia da lei de que as partes, querendo, participem do processo (DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 124).

²⁴⁹ Para BARBOSA MOREIRA, o contraditório está baseado em tornar possível a atuação eficiente das partes na defesa de seus interesses, especialmente quanto ao material probatório (*A garantia do contraditório na atividade de instrução*, p. 231). GIANNI SCHIZZEROTTO aponta que “gli arbitri sono tenuti per il rispetto dovuto al principio del contraddittorio, essi non sono tenuti alla osservanza di altre formalità oltre a quella consistente nella assegnazione alle parti dei termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche” (*Dell'arbitrato*, p. 472-473).

²⁵⁰ ARNOLDO WALD defende que a arbitragem entre nós está calcada em quatro pilares fundamentais: i) a Lei 9.307/1996; ii) a decisão do STF sobre sua constitucionalidade; iii) a ratificação da Convenção de Nova Iorque; e iv) a jurisprudência da Corte Superior (A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais, p. 7-16).

em contradição com o devido processo legal. Este é o contexto com o qual trabalhamos para chegar às conclusões da impossibilidade de aceitar tal postura.

Outro quadro, diferente, ocorre se se estipula o formato acima mas, no curso do procedimento, surge fato controvertido sobre o qual simplesmente não seria possível prever, não tinha conhecimento quando se estipulou a convenção restritiva e sobre o qual só se pode demonstrar a posição por outro meio de prova que não o documental. Nesse caso concreto, pensamos que, na medida em que se demonstre cabalmente este panorama novo ao árbitro, é possível postular a produção da prova por outro meio ao que foi convencionado.

Evidentemente que ficará a cargo do árbitro decidir. Se aceitar, questão superada. Ele é destinatário da prova. Se recusar, sob o fundamento de não ver necessidade em tal expediente para a formação do seu convencimento, igualmente superado. Sendo destinatário da prova, pode perfeitamente decidir se está ou não satisfeito com este ou aquele formato de sua produção. Agora, se recusar somente sob o argumento da convenção restritiva prévia, havendo elementos que demonstrem o fato imprevisível à parte quando da sua estipulação e, mais importante, a boa-fé de quem pediu a prova, no sentido de que ele só tenha condições de exercer suas faculdades processuais plenamente se outro meio de prova lhe for conferido, faz-nos parecer que haveria violação ao contraditório.²⁵¹ E isso poderia levar à nulidade da sentença arbitral, se (e apenas se) da negativa decorrer prejuízo à parte postulante. Vale dizer, se foi ela sucumbente no mérito, pois não conseguimos enxergar a nulidade sem prejuízo

²⁵¹ Pensamos que o contraditório não está atrelado apenas a dar as mesmas condições a ambas as partes, ideia esta mais alinhada com a igualdade no processo, com a paridade de armas. Contraditório parece ser mais amplo, oferecer o mecanismo adequado para que a parte possa exercer, no campo processual, uma atuação que lhe confira condições de levar ao reconhecimento do julgador a sua situação substancial. Ou, como ensina BARBOSA MOREIRA, que o ordenamento confira à parte os meios de possibilitar que ela tenha “uma atuação eficiente na defesa de seus interesses, também – e sobretudo – uma colaboração prestativa no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los”. E conclui o emérito processualista: “nenhum litigante pode ver-se repellido em razão de prova a cujo conhecimento não tivesse possibilidade de acesso; cumpre acrescentar que ao órgão judicial, na motivação *in facto* da sentença, não é dado levar em conta senão elementos probatórios colhidos segundo procedimento em que as partes hajam tido oportunidade real (e não apenas nominal) de participar” (*A garantia do contraditório na atividade de instrução*, p. 231). GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA, embora misturem um pouco o contraditório com a igualdade de parte, caminham no mesmo sentido, de que o princípio, no processo arbitral, não se concretiza apenas para garantir iguais condições, mas, fundamentalmente, para “ed alle stesse deve concretamente garantita la facoltà, mediante la concessione di termini adeguati, di interloquire per presentare le proprie difese, per replicare alle difese avversarie e per presentare le prove” (*Il nuovo diritto dell'arbitrato*, p. 211). Em estudo que já vai com mais de 35 anos, EDOARDO RICCI apontou que “il principio del contraddittorio nell'arbitrato ha cominciato a ricevere attentati nel nostro diritto vivo, proprio quando era da poço divenuto possibile cominciare a sostenerlo con un rigoroso ragionamento giuridico, sulla base di un preciso dato normativo com la garanzia costituzionale della difesa” (*La prova nell'arbitrato rituale*, p. 116).

concreto, ou apenas por um prejuízo processual do qual não tenha havido consequência substancial.²⁵²

Seja como for, esta é uma posição que pode se restringir ao campo teórico. Isso porque, na prática, será muito difícil se apresentar uma situação concreta cuja prova possa apenas e tão somente ser produzida por outra forma que não documentos. Se a prova é oral, o depoimento vertido a documento será considerado pelo árbitro, no mesmo formato do *commow law* nos chamados *depositions*. Se a prova tiver que ser pericial, problema nenhum terá na sua elaboração via parecer técnico para ser levado ao processo arbitral em formato de documento, tal qual ocorre no processo do sistema de *commow law*, sobre a qual prova, se quiserem, os árbitros podem pedir explicações a um *expert*. Enfim, talvez este problema fique no campo teórico, podendo ser perfeitamente contornado pelo árbitro, mantendo a adstrição a documentos sem perder a qualidade de sua formação cognitiva.

Em síntese, o conceito de devido processo legal, para o processo arbitral, reduz-se à concretude quando preenchido por regras processuais que ditarão o procedimento, sejam advindas de lei, sejam de regulamentos, sejam do rito criado pelas partes e árbitros. O campo do qual integra o conceito de devido processo legal, no processo arbitral, é muito maior do que no processo estatal. Isso torna possíveis arranjos procedimentais mais sofisticados, que muitas vezes tornam o próprio processo mais efetivo diante de situações que fogem aos padrões normalmente encontrados na esfera estatal.²⁵³

Mas tudo isso, sempre, deve ocorrer, preservados os arts. 13 e 21 acima descritos, que, como princípios, são finalísticos e com projeção de complementaridade e parcialidade. Por isso, também devem ser integrados na situação concreta.²⁵⁴ Logo, percebemos que, à luz da premissa teórica adotada, não há como negar que existe uma tipicidade, um *fechamento operacional* no arcabouço do processo arbitral que integra o seu conceito de devido processo legal e que, também por esse lado, demonstra ser ele um sistema. Isso se reflete na situação

---

²⁵² Em suma, se mesmo diante da nulidade procedimental a parte que se beneficiaria com o reconhecimento do vício foi vitoriosa no mérito, se atingiu a finalidade a despeito do *error in procedendo* que possa ter havido, não há que falar em nulidade da sentença arbitral, em posição alinhada com a obra de ROBERTO BEDAQUE (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 433).

²⁵³ Como diz NAVARRETE, “esa actividad es la que corresponde con la existencia de un debido proceso substantivo arbitral a partir de la cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedimental a seguir en la substanciación de las actuaciones arbitrales” (Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje, p. 245-246).

²⁵⁴ Cf. ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 267.

descrita aqui, da formatação da sistemática das provas. Também sob este ponto de vista, contribui para demonstrar que esse sistema se diferencia em absoluto do processo estatal, sendo autorreferente, detentor de autonomia e tipicidade.

Passamos agora a um item particularmente específico para a questão da integração do conceito de devido processo legal arbitral, e que encontra um diferencial enorme relativamente ao estatal, contribuindo também para formar a ideia acerca do sistema próprio do processo na arbitragem. Referimo-nos ao instituto tradicional do processo estatal e a como ele se comporta no arbitral. É o que segue.

2.2.3.4 *A preclusão no processo arbitral*

Há outra abordagem sobre a questão do devido processo legal no processo arbitral que está ligada à forma com que se portam determinados institutos clássicos do processo estatal. Elementos que, neste último modelo, integram o conteúdo de devido processo legal, mas que no processo arbitral procedem de maneira bem diferente.

Antes de mais nada, impõe-se repetir que o processo arbitral não está nem pode estar aderido, ainda que de forma complementar *tout court*, às regras do Código de Processo Civil.²⁵⁵ Temos que repisar tal aspecto, uma vez que ele é fundamental na identificação da autorreferência de seu fechamento operacional e da consequente autonomia do processo arbitral como sistema. Este é o paradigma para a própria identificação como tal.²⁵⁶ É necessário reiterar que a existência conceitual de um sistema arbitral de processo leva a diferenças no campo prático. São elas que acabam se traduzindo em consequências no mundo dos fatos, a começar pela própria escolha pela via arbitral feita pelas partes.

A diferenciação é fundamental para equacionar no processo arbitral alguns institutos processuais típicos do processo estatal no arbitral. Se do fato de ser um sistema decorrem autonomia e segurança, é razoável supor que os potenciais consumidores desse

²⁵⁵ Nesse sentido, cf. RAFAEL ALVES, O devido processo legal na arbitragem, p. 404.

²⁵⁶ Logo, não se pode ver o procedimento do processo arbitral como o do estatal. Nesse sentido, diz GIANNI SCHIZZEROTTO que “se nel procedimento no sono state osservate le forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità in quanto compatibili con la specialità del giudizio arbitrale” (*Dell'arbitrato*, p. 452).

serviço jurisdicional se sintam mais confiantes na sua eleição. Ao reverso, se a identidade processual não está bem acabada, clara, se não há confiança nos instrumentos a serem utilizados, se são deste ou daquele organismo processual, em suma, se os campos arbitral e estatal se misturam numa falta de identidade, a visão dos interessados sobre o instituto fica turva. E a falta de identidade gera insegurança na escolha ou, fatalmente, leva à eleição conservadora da via estatal. Nada contra optar pela via judicial. Ela inclusive deve ser o mais eficiente possível até para trabalhar em conjunto com a arbitral. Mas que a escolha da parte pela ida ao Judiciário não se dê pela falta de clareza, de informação ou, muito menos, da confiança na própria existência de um sistema processual arbitral próprio.

Ainda na prática, essa conceituação é fundamental não apenas para as partes que elegem a arbitragem, mas também para a comunidade jurídica, pois ainda existem muitos profissionais do direito, não afeitos ao ambiente arbitral, mas às lides estatais, *vendo foro onde há câmara*, e, com isso, trazendo complicações práticas ao bom e rápido deslinde de feitos. Os exemplos são variados. Vão desde o excesso de litigiosidade, digno do foro estatal, passando por uma formalidade exacerbada e incompatível com o ambiente arbitral, a exemplo de linguagem rebuscada, até desaguar em manobras visando implantar nulidades ou retardar o procedimento. Tal qual sói acontecer no processo estatal.²⁵⁷ Tudo isso é ruim para a própria identidade do processo arbitral como sistema. Acaba por, falsamente, aderir mazelas típicas da justiça estatal à sua imagem perante o público consumidor.

Ora, foi-se o tempo, mais precisamente desde a desnecessidade de homologação judicial do laudo arbitral com a vanguardista Lei de Arbitragem, que abandonamos a ideia de um *procedimento* arbitral rotulado como *irmão menor* e dependente do *processo* estatal. O que se vive hoje, conforme exposto antes (item 2.2.1), é a existência de dois modelos processuais. Dois sistemas de direito processual, preenchidos por leis diversas e por

²⁵⁷ MARISTELA BASSO faz crítica pontual e certa quanto a este aspecto (Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma?, p. 10-11). MARIULZA FRANCO, por sua vez, sinaliza que, diante de uma nova cultura do litígio, decorrente da insuficiência do Estado (de legislar, de regular), “resta adaptarmo-nos, assumindo nova postura no trato do conflito. Imbuídos de boa-fé, cooperação e sociabilidade. Com ética, enfim” (Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura, p. 123). ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO faz interessante comparativo entre a postura dos advogados em processos arbitrais e a teoria do jogo de “soma zero”, onde o objetivo é derrotar o outro em todo e qualquer aspecto, não em buscar alinhar coerentemente os pontos controvertidos, na forma de uma busca pela resolução do conflito (*Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas...*, p. 84). ELEONORA PITOMBO, com razão, pede que o profissional evite excesso de litigiosidade, tenha boa-fé no procedimento, que zele pela oralidade e informalidade e que esclareça ao cliente que o processo arbitral não comporta recursos dilatórios (*Relevância do advogado para a arbitragem*, p. 50).

peculiaridades, inclusive em termos de princípios, como é exemplo o devido processo legal antes abordado. Independentes, embora com relações de complementaridade, de mútuas trocas, de comunicação, de contribuição, conforme aqui chamamos de *abertura cognitiva*. É dizer, a identidade sistêmica do processo arbitral vem a bem da sua própria confirmação como instituto.

Diante do exposto, para efeito do que falamos sobre os *institutos tradicionais* do processo estatal no arbitral, reiteramos que o procedimento, na ausência de disposição pelas partes, não adota o Código de Processo Civil, como ocorre em outros países como Itália e Argentina.²⁵⁸ Conforme já apontado, se as partes e árbitros assim desejarem, o procedimento do processo arbitral até pode se identificar com o estatal. Mas isso é absolutamente volitivo, embora não recomendável, pois o sistema arbitral não funcionará bem com essas *engrenagens*.²⁵⁹

Daí, para efeito do ponto a que pretendemos chegar, não caberem alguns institutos clássicos do processo estatal no arbitral nos moldes com que se apresentam originalmente. Inviável o transplante de alguns elementos de um modelo ao outro. Essa é uma questão conceitual que se encaixa com a premissa teórica de sistema feita.

E o exemplo mais emblemático é a preclusão.²⁶⁰ Como sabido, preclusão é a perda ou extinção do direito ou poder de realizar ato processual em virtude da falta do seu exercício no momento oportuno. Entende-se este como o prazo peremptório apropriado ou a ordem legalmente estabelecida para a sucessão das atividades processuais, ou a incompatibilidade com uma atividade já realizada no curso do processo.²⁶¹ Em resumo, a preclusão encontra

²⁵⁸ Cf. BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 239-240.

²⁵⁹ Logo, discordamos da posição de HUMBERTO THEODORO JR., que identifica o processo arbitral como um “procedimento especial” e, com isso, aplica o art. 272 do CPC, para concluir que o mesmo sistema da Itália e Argentina poderia vigor entre nós diante do silêncio da Lei de Arbitragem brasileira (Arbitragem e terceiros: litisconsórcio fora do pacto arbitral: outras intervenções de terceiros, p. 246-248). Como referido, a lei brasileira, embora de natureza processual, optou por não trazer regras procedimentais, mas também deixou claro que o procedimento não será regido pelo Código de Processo Civil, tendo expressamente consignado que ele será regido pelas partes e pelos árbitros (art. 21, § 1.º).

²⁶⁰ Embora o CPC regre o processo arbitral italiano, FAZZALARI aponta que a preclusão não se aperfeiçoa nos termos do processo estatal (*L'arbitrato*, p. 65).

²⁶¹ Cf. FERNANDO CAIS, *Preclusão e instrumentalidade do processo*, p. 23-24; HEITOR SICA, *Preclusão processual civil*, p. 91-94; MAURÍCIO GIANNICO, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, p. 39-53.

sua razão de ser justamente na procura pelo bom andamento do processo, pela manutenção de sua *marcha* rumo a um resultado.²⁶²

No entanto, o instituto, se tão importante no processo estatal, está longe de ter a mesma expressão no arbitral. Em prol da verdade, pode-se dizer que ele praticamente inexistente no processo arbitral nos termos do modelo estatal.²⁶³ O que ocorre, no mais das vezes, de fato, é o poder do árbitro de coibir condutas dolosas, no sentido de retardar o procedimento, mediante sanções processuais semelhantes à preclusão.²⁶⁴⁻²⁶⁵

Interessante notar que isso não está expresso na Lei de Arbitragem e também não consta dos regulamentos dos institutos arbitrais mais utilizados. Decorre do próprio

²⁶² Como diz BEDAQUE, “a não observância do prazo estabelecido no Código para a prática de determinado ato processual implica perda da possibilidade de fazê-lo posteriormente, tendo em vista a necessidade de assegurar o regular desenvolvimento do processo. Com o objetivo de garantir a progressão, estabelecem-se momentos e fases para que as partes desenvolvam sua atividade. O descumprimento das normas a respeito do tempo do ato acarreta a inadmissibilidade de o exercício dar-se após esgotado o prazo por uma única razão: o processo tem de seguir em sua marcha rumo à decisão final” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 130). Esta é a formalidade, ou formas benéficas para o processo, pois “elas têm a tarefa de dar ao processo a sua indispensável estabilidade” (ALOIS TROLLER, *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 107).

²⁶³ Como se manifestam FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, citando que os tribunais franceses são muito flexíveis ao tratarem a questão, apontando caso em que a Corte de Paris referendou as regras da Câmara de Arbitragem local no sentido de que são válidas as manifestações não recebidas por sua secretaria por ultrapassarem o prazo concedido (*International commercial arbitration*, p. 657).

²⁶⁴ Como ocorre no § 2.º do art. 22 da Lei, em que o árbitro tomará em consideração a postura da parte que se recuse a prestar depoimento, ou mesmo do art. 23 do regulamento da Uncitral, que permite que o tribunal arbitral impeça a prática do ato fora do prazo fixado, mesmo que concordem as partes, em razão do atraso com que é praticado. “Possono gli arbitri fissare termini perentori, imporre alle parti di compiere dati atti, come produrre documenti, chiedere prove, depositare memorie, entro un dato termine a pena di decadenza? Diciamo subito che la nostra risposta è positiva, però va argomentata per essere persuasiva. La prima considerazione è che la fissazione di un termine perentori può essere, e sovente è, quanto mai opportuna, e quindi pienamente è compatibile con il potere degli arbitri di dettare regole procedurali secondo opportunità. [...] Da un punto de vista pratico, ci par utile aggiungere che soprattutto verso la fase finale del processo arbitrale può giovare agli arbitri fissare termini perentori e così precludere alle parti il compimento di atti in extremis” (LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 88-89).

²⁶⁵ CARREIRA ALVIM aponta que um “processo em que as decisões proferidas no seu curso devam ser impugnadas por ocasião do recurso da sentença de mérito não sofre os efeitos da preclusão” (*Direito arbitral*, p. 286). Com o devido respeito, não nos parece que a causa de inexistir preclusão seja o fato de uma sistemática ou outra de impugnação (se no *iter* ou ao final do procedimento). Embora verdadeiro que a preclusão seja fenômeno naturalmente endoprocessual, fato é que sua inexistência no processo arbitral decorre de uma opção do seu sistema, inclusive de sua lei, de que assim seja. Não pelo fato de não se permitir a recorribilidade de interlocutórias. Pode-se ter um processo preclusivo sem a existência de recursos, bastando para isso que da falta do exercício de uma faculdade processual decorra a perda do direito de exercê-la, havendo ou não recurso *a posteriori*. O recurso evita a preclusão, mas não é pressuposto para sua existência. O que gera a preclusão é a simples perda de oportunidade, seja em decorrência de lapso temporal, seja como sucedâneo da prática prévia de outro que com ele seja incompatível, e não com a mera inexistência de recurso, e que desse não exercício decorra a impossibilidade de renovar o ato, suposto que uma lei, ou uma convenção, assim discipline.

sistema do processo arbitral. Volitivo pelas partes e diretivo pelo árbitro.²⁶⁶ Substancialmente integrado, em termos de princípio, pelo devido processo legal regido pela lei e pela lei processual convencionada, assim como pelos estatutos institucionais, conforme veremos no item seguinte.

A estipulação de consequências para a falta de um ato processual decorre basicamente da vontade das partes ou da condução do procedimento pelo árbitro.²⁶⁷ Nem mesmo a revelia ocorre no processo arbitral tal qual no estatal. No arbitral, apenas podemos reputar algum efeito concreto se houver a inércia absoluta, a contumácia, e não apenas a falta de defesa formal, nos moldes da contestação do processo estatal. E, mesmo no caso da contumácia, o único efeito que extraímos é o do § 3.º do art. 22 da lei, qual seja do fato de não impedir a sentença. Nada mais.²⁶⁸

Concretamente, a única consequência será que a decisão provavelmente sairá mais rápida, embora não necessariamente a favor do demandante, ao contrário do que, em condições normais, sucede na esfera estatal.²⁶⁹ A não ser, é claro, que as partes tenham previamente definido de forma diversa.²⁷⁰ A nosso ver, sem o consentimento prévio das partes, sobrevivendo o processo arbitral, não é possível apenas uma delas, ou o árbitro, definir outra consequência diversa da que está na lei para a contumácia. Salvo, também, se a arbitragem for institucional e que no respectivo regulamento haja algo em contrário, dispondo mais severamente sobre a revelia ou contumácia, à semelhança do processo estatal, embora não

²⁶⁶ A perda da oportunidade de participação no processo em decorrência de uma preclusão deve ser avaliada pelo árbitro no caso concreto (cf. RAFAEL ALVES, O devido processo legal na arbitragem, p. 404).

²⁶⁷ Por isso, salvo estipulação em contrário, não há preclusão no processo arbitral tal qual no estatal. Por exemplo, no tocante às decisões interlocutórias, não havendo recurso, à parte apenas caberá demandar em juízo estatal se e quando vencida, e nos exatos termos do art. 32 da lei (cf. CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral*, p. 286).

²⁶⁸ “Percebe-se, pois, em conclusão, que o legislador, ao referir-se – atecnicamente – a revelia no processo arbitral, quis deixar claro que tanto a situação de total alheamento de uma das partes (a começar pela falta de colaboração na constituição do tribunal arbitral) como a falta de participação ativa em qualquer um dos atos do processo, não terá a menor influência quanto aos poderes dos árbitros, e a atitude negativa da parte não será um fator impeditivo da prolação da sentença” (CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 331).

²⁶⁹ Aliás, é exatamente assim que disciplina o regulamento da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em seu art. 9.10, de que “a sentença arbitral não poderá, em hipótese alguma, fundar-se na revelia da parte”. Em idêntico senso, entre outros, vão os regulamentos da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo-Ciesp (art. 8.9) e da Amcham (art. 9.8). Igualmente é o que prevê o Regulamento da Câmara do Mercado (Bovespa), não dando nenhuma relevância para haver ou não revelia: “7.13.9. O procedimento arbitral seguirá à revelia da parte que, intimada a realizar qualquer ato, deixar de atender à ordem do Tribunal Arbitral”.

²⁷⁰ Na Espanha, a Ley de Arbitraje deixa clara a possibilidade de fixação pelas partes do estabelecimento do cômputo dos prazos e consequências (art. 5.º), assim também é previsto no regulamento da Uncitral (art. 23). O mesmo ocorre no Chile (cf. EDUARDO ALBÓNICO, *Arbitraje comercial internacional*, p. 20).

tenhamos notícia de nenhum diploma nesse sentido. Com isso, há ausência de qualquer efeito semelhante ao do processo estatal para a revelia, já tão mal interpretada pelos juízes como apenas um mecanismo para acelerar o procedimento rumo a um fim rápido, mas, por vezes, qualquer.

Essa é uma característica do processo arbitral como sistema a par do estatal. Não vemos nada de errado nisso. Ao contrário. Mesmo no processo estatal, a revelia não tem causado os efeitos desejados, já sendo mais do que conhecida a firme posição de que mesmo o revel pode perfeitamente atuar no processo, instruindo, exercendo faculdades e ônus, influenciando na cognição. E, se no sistema do processo estatal há uma razão para o instituto, não vemos o mesmo no processo arbitral. Aqui as coisas se resolvem de forma mais objetiva, mais rápida. Celeridade que é ínsita do procedimento e não em decorrência da falta de uma das partes. Se o árbitro quiser produzir a prova a despeito de o réu não comparecer, ele a irá produzir. E assim por diante.²⁷¹

Ainda no tocante à preclusão, importa relembrar o que ocorre no art. 20 da Lei de Arbitragem. Ali o legislador especificamente previu o momento certo para a arguição de questões de competência, suspeição ou impedimento do árbitro, ou a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção. Isso deverá suceder na primeira manifestação no processo. A pena é a perda da faculdade de alegar tais matérias. Trata-se inegavelmente de preclusão.²⁷²

Embora já tenhamos deixado claro, podemos apresentar alguns exemplos de preclusões tradicionais do processo estatal que não têm relevância no arbitral. É o caso do art. 282 do Código de Processo Civil, que elenca requisitos da petição inicial, ou do art. 302,

²⁷¹ É por isso que, com o devido respeito, não concordamos com a posição de CARREIRA ALVIM, ao lamentar faltar na lei atribuição de pena rigorosa à parte contumaz, ainda mais pesada que no juízo estatal, pois, segundo sua visão, uma vez que é processo consensual, a participação da parte deveria ser mais relevante (*Direito arbitral*, p. 305). De nossa parte, vamos logo dizendo que o sistema do processo arbitral não gira em torno da revelia-contumácia, como o estatal, que depende de sua existência para tomar este ou aquele rumo no que respeita a ônus processuais. Para o arbitral, o único efeito é que a sentença, talvez, saia mais rápido. É por isso que, como dito na nota acima, todos os regulamentos das instituições mais importantes não dão importância à revelia, inclusive para negar qualquer efeito na sentença arbitral. EDUARDO GREBLER fez ensaio sobre aspectos importantes do sistema do processo arbitral em estudo voltado à revelia. No entanto, o autor analisa a questão apenas e tão somente sob o ângulo da desnecessidade de instituir compromisso, havendo cláusula cheia, na hipótese de revelia, sem analisar como se opera o fenômeno no curso do processo arbitral (A revelia no processo arbitral brasileiro).

²⁷² Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 283-284. No mesmo sentido, RAFAEL ALVES, A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro, p. 121. Embora assim o seja apenas no tocante a algumas matérias, conforme expicitado no item 3.1.6.2 infra.

que trata da preclusão de matérias não impugnadas pela defesa. Antes de qualquer coisa, importante dizer que, se em determinado processo arbitral as partes elegem a lei brasileira para reger a matéria, o que elas buscam é a definição de lei para o direito material, não a processual.

Logo, é equivocado interpretar que a eleição da lei brasileira imporia ao procedimento o que a lei do processo estatal dispõe, a não ser que as partes digam expressamente que querem o procedimento nos termos do processo estatal, com a aplicação do Código de Processo Civil, o que, a despeito de não se coadunar com o sistema arbitral, é possível. Isso é importante. A eventual leitura da intenção da parte na eleição da lei brasileira, para efeito de que não apenas a lei material incida, mas também a do processo estatal, redundaria em prejuízo para a *ratio* do processo arbitral como um sistema. Traria para o seu *contingente* um *conteúdo* absolutamente incômodo, alheio às premissas e princípios do processo arbitral, que são as regras do direito processual estatal. Descaracterizaria o processo arbitral como um sistema tal qual posto em nossa premissa.

Foi por isso que o legislador arbitral dispôs que, não havendo estipulação pelas partes,²⁷³ caberá ao árbitro construir o procedimento do processo arbitral (art. 21, § 1.º).²⁷⁴ Prevendo os problemas inerentes à vinda de regras do processo estatal, optou pela atividade do árbitro na falta da escolha pelas partes quanto ao procedimento. Não sucumbiu à tentadora,

²⁷³ Ilustrando como a flexibilidade do procedimento é ampla, à luz da autonomia da vontade, inclusive para efeito de estabelecer preclusão, embora não seja recomendável nem usual, se quiserem as partes, parecem-nos plenamente possível que decidam por penalidades para o não cumprimento dos atos procedimentais nos prazos fixados. Apenas como exemplo, seria possível adotar consequências pecuniárias para o não cumprimento de prazos no curso do processo arbitral, utilizando um modelo previamente existente. Demonstrando também aqui como os sistemas possuem autorregulação, inclusive no nosso cotidiano, na linha do que apontamos no primeiro capítulo, poderia ser o modelo da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que, nos termos de sua Instrução CVM 452/2007, regula a imposição de multas cominatórias às pessoas que deixarem de prestar as informações periódicas ou eventuais exigidas em atos normativos, ou, ainda, que deixarem de cumprir ordens específicas emitidas pela CVM: “Art. 2.º Para os efeitos desta Instrução, as multas cominatórias impostas pela CVM são de duas naturezas: I – multa ordinária, assim entendida a multa cominatória pelo atraso na prestação de informações periódicas ou eventuais, cuja incidência esteja prevista em ato normativo, com fixação de seu valor diário; e II – multa extraordinária, assim entendida a multa cominatória pelo não cumprimento de ordem específica emitida pela CVM nos casos e formas legais. [...] Art. 9.º O valor diário da multa extraordinária será de até R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, se fixado pelo Superintendente da área responsável, de até R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por dia, se fixado pelo Superintendente-Geral, ou de até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia, se fixada com base em Deliberação aprovada pelo Colegiado”. É plenamente possível adotar semelhante expediente no processo arbitral, embora, como dito, não seja nem usual nem, talvez, conveniente diante da experiência atual e da forma positiva com que o sistema do processo arbitral consegue lidar com o cumprimento dos atos pelas partes, enaltecendo aí o papel diretivo do árbitro quanto ao procedimento.

²⁷⁴ Sobre a construção do procedimento arbitral, cf. item 2.1.1.2 *supra*.

porque cômoda, iniciativa de um simplório transplante da lei do processo estatal para o arbitral, inclusive para efeito de institutos clássicos ao *foro*, como a preclusão.

Consideramos que este é um enfoque prático importante no que respeita à integração do devido processo legal arbitral. Contribui para demonstrar a característica sistêmica que ele possui. Passamos agora a um outro ponto, também integrante desse formato de preenchimento do devido processo legal na arbitragem, que é justamente o papel dos regulamentos institucionais no procedimento, tão e cada vez mais importantes na prática do método processual de trabalho estudado. Vejamos.

2.2.3.5 *Os regulamentos como normas processuais*

No primeiro capítulo deste estudo, fizemos a inserção da teoria dos sistemas no direito de uma maneira mais objetiva possível. Por opção, buscamos conceituar minimamente, de forma mais direcionada a demonstrar a sua aplicabilidade. Ao longo da exposição, sempre apontamos quais seriam os dois pilares da teoria dos sistemas e que constituem a base para a configuração de um instituto como tal: o *fechamento operacional* e a *abertura cognitiva*. Pois bem. À luz de tais ideias, acreditamos que os regulamentos institucionais exercem função reveladora no enquadramento do processo arbitral como um sistema, especialmente se analisados sob o signo da integração do conceito de devido processo legal arbitral.

Em item anterior, apontamos que a autonomia da vontade, instrumentalizada pela convenção arbitral, funciona como um pressuposto do processo arbitral (item 2.2.2). No momento em que as partes escolhem resolver suas eventuais e futuras disputas, ou por fim uma já existente, por meio do processo arbitral, e elegem um órgão institucional para administrar a demanda, o regulamento respectivo passa a constituir o contrato. Integra a convenção *per relacionem*.

Mas isso não se dá apenas a título de constituir o pressuposto processual da autonomia da vontade operacionalizada pela convenção. Gera outro efeito. Potencial quando ainda não instaurado o processo arbitral, mas ontologicamente processual para o depois, para reger o seu procedimento. As regras dos regulamentos, ao passo que compõem a convenção, vão além. Ditam o procedimento arbitral, sempre de forma pautada pela vontade das partes e

pela atuação do árbitro. É por isso que os regulamentos têm papel de destaque no sistema na medida em que criam verdadeiros *direitos processuais arbitrais*.²⁷⁵ E, para efeito de compor o devido processo legal, eles serão considerados em seu sistema tal qual o Código de Processo Civil o é no processo estatal, conforme ponderado no item anterior.

Essa visão vem ao encontro justamente das ideias sobre a teoria geral do processo expostas na primeira parte da tese, com arrimo nas lições sobre escopos do processo. Em especial no tocante à processualística inerente a determinados procedimentos, não necessariamente estatais, mas efetivamente jurisdicionais.²⁷⁶ Em suma, em consonância com o que dissemos no item anterior, os regulamentos constituem importante elemento integrizador do devido processo legal arbitral.²⁷⁷ Isso pode ser mais bem visualizado em alguns exemplos vindos dos principais organismos arbitrais.

Ressalvamos que nosso foco é apenas e tão somente o processo arbitral, estando cientes de ser impossível sistematizar tais regras, pois cada órgão arbitral possui sua estrutura e seu regulamento próprios. O nosso ponto é identificar engrenagens processuais de alguns e, com isso, demonstrar seu papel no sistema do processo arbitral.

Para primeiro ilustrar, no Brasil, o regulamento da Câmara Brasil-Canadá traz regras complementares à Lei de Arbitragem no tocante a praticamente todo o procedimento. Basta analisar seus arts. 5.1 e seguintes para essa conclusão. Assim disciplina desde o momento da instituição da arbitragem (art. 5.4), passando pela renúncia/suspeição/

²⁷⁵ Daí SERGIO LA CHINA dizer que “chi voglia approfondire le sue conoscenze in materia di arbitrato no può infine non portare la massima attenzione ai regolamenti arbitrali, siano essi predisposti da organismi privati o da pubblici, nazionali od internazionali” (*L’arbitrato*, p. 17). Em sentido semelhante, FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN anotam que “institutional arbitration plays a dominant role in international arbitral practice. [...] The French courts have consistently held that if the parties refer to private arbitration rules in the arbitration agreements, those rules will apply. Further, where an arbitration agreement specifies that a dispute is to be submitted to an arbitral institution, that means the rules of that institution will apply. *The binding character of the procedural rules of the institution chosen by the parties is also recognized in all modern arbitration legislation.* The 1961 European Convention, in this Article IV, is particularly clear on this issue. Under the heading ‘Organization of the Arbitrations’, it provides that ‘the parties to an arbitration agreement shall be free to submit their disputes: (a) to a permanent arbitral institution; in this case *the arbitration proceedings shall be held in conformity with the rules of the said institution*” (*International commercial arbitration*, p. 179-180 – destaques nossos).

²⁷⁶ Conforme as lições de DINAMARCO (cf. item 1.2.3 *supra*, em especial notas 106 e seguintes).

²⁷⁷ Ensina LA CHINA que “ed ancora alla libertà delle parti, come fonte di vincolo, devono ricollegarsi le discipline procedurali dettate nei regolamenti delle istituzioni arbitrali: no sarà la stesura delle norme opera delle parti, ma piuttosto della istituzione, dei suoi organi tecnici, dei legali suoi consulenti – ed in ciò l’ipotesi si discosta dalla situazione sommaria descritta nell’art. 816, primo comma – ma sarà pur sempre loro volontà di assoggettarsi a quelle norme vincolarle” (*L’arbitrato*, p. 85).

impedimento do árbitro (arts. 6.3 e 6.4), detalhes da assinatura do termo de arbitragem (arts. 5.8 e 5.9), notificações e prazos processuais (arts. 8.1 a 8.5), o regramento das audiências preliminar e de instrução (arts. 9.1, 9.4, 9.5 e 9.19), o sigilo do procedimento (art. 9.8), a revelia (art. 9.10), as diligências do Tribunal Arbitral, (arts. 9.11 e 9.12), a prova pericial (art. 9.15), o oferecimento de alegações finais (art. 9.16), a suspensão de prazos processuais (art. 9.17), as medidas coercitivas ou cautelares via Judiciário (art. 9.18) e, por fim, todo o enquadramento procedimental da sentença (arts. 10.1 a 10.8) e de seu cumprimento (art. 11.1 a 11.3). Igualmente é o que ocorre na Câmara de Arbitragem de São Paulo (Ciesp), que possui regulamento com algum nível de detalhe no que tange ao processo arbitral, como o termo de arbitragem (arts. 3.1 e 3.2), a fase postulatória (arts. 8.2 a 8.4) e instrutória (arts. 8.5, 9.1, 10.1 a 10.4), as medidas cautelares ou coercitivas (art. 12.1 e 12.2) e a sentença e seu cumprimento (arts. 13.1 a 15.1).

Apenas para efeito de exemplos tradicionais externos, o regulamento da CCI (Câmara de Comércio Internacional) é detalhado processualmente, prevendo, por exemplo, além de todos os momentos acima já descritos, a disciplina da reconvenção (art. 5.º), do processo com múltiplas partes (art. 10), da impugnação de árbitros (art. 11), um minucioso procedimento para a ata de missão ou termo de arbitragem (art. 18), as “novas demandas” (art. 19), um considerável procedimento para a instrução (art. 20) e a aprovação da Corte para a interpretação do laudo pelo Tribunal Arbitral (arts. 27 e 29).²⁷⁸

²⁷⁸ GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA abordam o regulamento da CCI não apenas como um diploma com reconhecidos *efeitos processuais*, mas como um *modelo processual* seguido por outros do mundo, especialmente para o regramento de processos arbitrais internacionais (*Il nuovo diritto dell'arbitrato*, p. 217). Esse é realmente um fato. A CCI é reconhecida como o grande modelo de instituição arbitral mundial, sendo corolário disso o fato de seu regulamento ser o mais prestigioso guia de procedimentos para processos arbitrais por todo o mundo. É, inegavelmente, uma grande fonte processual no sistema do processo arbitral, especialmente se consideramos o mundo globalizado, as organizações multilaterais com seus mecanismos de autorregulação e necessidade de regulação heterocompositiva coerente com o seu sistema de funcionamento. Não por outro motivo, com razão, YVES DERAIS e ERIC SCHAWARTZ dizem que “within this multifaceted, private international organization, arbitration has always occupied a special place. The ICC was a pionner in developing modern, international commercial arbitration, and it played an important role in helping to bring about both relevant legislative chance and the principal multilateral arbitration treaties of the twentieth century. [...] The rules are therefore commonly said to have as one of their fundamental characteristics a ‘universal’ character, meaning that they are intended for use in any country, under any law and in accordance with any system of legal procedure. This has, in turn, influenced ther basic style and structure. Indeed, because of the diversity of the participants in the process, the Rules has been drafted so as to provide only a general framework for the arbitration without impinging upon the right of the parties or the arbitrators to fashion procedures suitable for an individual case” (*A guide to the new ICC rules of arbitraton*, p. 2-3). Cf. também CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 134, nota 74.

Já na chamada *triple A* (*American Arbitration Association*), além de regras muito próximas às mencionadas acima, em termos de processo, trata-se detalhadamente das audiências, da condução do procedimento, com especial destaque para as provas orais (R-32 a R-36).²⁷⁹ Por sua vez, além de outros momentos puramente processuais retratados anteriormente em diversos regulamentos, as regras da *London Court of International Arbitration* (LCIA rules) trazem bem caracterizada a demanda arbitral (*request for arbitration* – article 1), assim como a resposta do demandado (*the response* – article 2), a sistemática de *notices* e *periods of time* (article 4), o regramento do processo multiparte (article 8), além de uma sistemática detalhada para a submissão de provas documentais (article 15), audiências (articles 16-20), medidas cautelares (article 25) e sucumbência (article 28). Por fim, o regulamento da Uncitral também contém muitas regras processuais, basicamente todas as acima descritas, como notificações e prazos, lugar dos atos processuais, idioma, provas documentais, orais e periciais, medidas de urgência e sentença.²⁸⁰

Por óbvio, fizemos apenas uma ilustração. Muitos outros regulamentos poderiam ser utilizados. Mas o que importa aqui é demonstrar ser inegável que os regulamentos integram o sistema processual arbitral, notadamente no que respeita ao preenchimento do seu conceito de devido processo legal. Muitos dos regulamentos mais completos se mostram como verdadeiros *microcosmos* processuais. Em termos gerais, preocuparam-se com prazos, com formas de produzir a prova, com a ordem dos atos a serem praticados durante o processo, com a descrição de atos processuais e com o contraditório muito bem pontuado.²⁸¹

²⁷⁹ No tocante à produção da prova, cf. a instrução do *International Bar Association* denominado *IBA Rules on taking of evidence in international commercial arbitration*, em que a produção de provas orais, documentais e periciais é altamente detalhada. Voltaremos a ele no capítulo seguinte ao tratarmos da instrução do processo arbitral. Sobre a visão brasileira do processo arbitral nos EUA, cf. SAMPAIO COSTA, A arbitragem nos Estados Unidos da América, p. 98 e ss.

²⁸⁰ Atualmente encontra-se em estudo uma revisão do regulamento da Uncitral. VINCENZO VIGORITTI elaborou texto, ainda inédito, a respeito do tema, no qual aborda um aspecto muito caro à nossa tese, e que, em suma, corrobora grande parte dos aspectos abordados antes aqui: “in tutti i sistemi che danno spazio all’istituto, l’arbitrato è espressione legittima dell’autonomia privata in punto di scelta dell’alternativa, degli arbitri, ovunque viene garantita la libertà delle forme, la decisione è vincolante ed impugnabile di fronte di giudici dello Stato solo per alcuni vizi di rito, restando invece generalmente precluso il controllo sull’errore di diritto. Esistono insomma fondamenta comuni e su di esse si è costruita una vera e propria *common law of arbitration*. Le rules si inseriscono in questo contesto. Ci sono influenze di questo o quel sistema, e tuttavia con c’è supina adesione ad un particolare modello. Questo aspetto è assai caro alla Commissione che tiene moltissimo a sottolineare che le sue rules ‘are neither tailored for a particular country or institution nor anchored in any particular culture or tradition. They are comprehensive and, to the extent possible, stand-alone standard text, appropriate in *different legal systems* or environments” (*La revisione delle rules of arbitration dell’Uncitral*, p. 5-6 – destaques nossos).

²⁸¹ Como é o caso do regulamento da Câmara Arbitral do Mercado (Bovespa), altamente processualizado, em que, inclusive, são divididos os procedimentos em “arbitragem ordinária”, “sumária”, e “ad hoc”, conforme a eleição pelos interessados. Chega-se até o ponto de tratar da *coisa julgada*. São exemplos os seguintes

Outros, por seu turno, adotam uma grande flexibilidade, ou melhor dizendo, trazem uma formatação mais aberta e posta a serviço do preenchimento volitivo. Apostam mais no poder diretivo do árbitro e na autonomia da vontade, no bom senso das partes para a construção do procedimento. Dotam o árbitro de poder para determinar cronogramas apropriados para aquela causa e variações procedimentais. Evidentemente, antecipando às partes a informação de como é que o processo arbitral fluirá, para que não se aleguem surpresas no seu decorrer.²⁸² Nesse tipo de procedimento, pelo regulamento, é comum as partes não saberem de muitos dados no início, por exemplo, se haverá sustentação oral de razões finais ou audiência apenas para debates sobre o mérito da causa.

Mas tanto faz. Seja o modelo de regulamento mais detalhado, seja o mais flexível processualmente, ambos ocupam espaço claro em termos de *fechamento operacional* do processo arbitral. E não apenas para integrar a convenção de arbitragem. Fundamentalmente indo além, preenchendo o conceito de devido processo legal arbitral e gerando, no seu âmbito, direito processual, autorreferência, tipicidade e autonomia, ingredientes característicos do processo arbitral como um sistema.

Também relativamente à *abertura cognitiva*, os regulamentos exercem papel claro na caracterização do processo arbitral como um sistema. Neles está muito evidente uma intercomunicação do estatuto com diversas fontes de direito material e processual. Neste formato, o regulamento interage com outras fontes do sistema arbitral, a começar

---

trechos de seu regulamento: “7.3. Preliminares. Cabe à parte interessada, na primeira oportunidade de manifestação, arguir as questões preliminares, a saber: i) inexistência ou nulidade da citação; ii) inépcia da petição de requerimento de instauração da arbitragem; iii) repetição de procedimento arbitral em curso ou conexão; iv) coisa julgada; v) incapacidade da parte ou falha na forma de sua representação; vi) carência de ação; e vii) falta de caução ou outra prestação preliminar exigida. 7.13.4. O Tribunal Arbitral procederá à análise das provas requeridas pelas partes, e, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar do término do prazo previsto no item 7.13.1, deverá: i) deferir ou não o pedido, sempre de maneira fundamentada; ii) determinar de ofício a produção de outras provas que julgue necessárias à solução do litígio; iii) definir a quem caberá a produção de cada prova, bem como os custos daí decorrentes, que serão em regra assumidos pela parte que a tiver requerido; iv) fixar o procedimento e a ordem de realização de cada uma das provas; v) fixar, sempre que possível, o prazo máximo para a realização de cada uma das provas; e vi) se tiver sido requerida prova oral, marcar data e hora para sua realização”. Ou mesmo seu regimento interno, que trata detalhadamente da uniformização de jurisprudência interna daquela Câmara (itens 5.1 a 5.15 do regimento).

²⁸² É o exemplo da CCI que deve seguir este modelo porque será utilizado em variados países do mundo, de sistema de *common law*, de *civil law*, do sistema do direito muçulmano, que misturam direito com questões religiosas etc. Aliás, a CCI é a única entidade arbitral que exerce um verdadeiro controle processual sobre seus procedimentos, vigiando o cumprimento de seu regulamento e de fato supervisionando o procedimento arbitral, visando evitar que seja gerada uma sentença anulável (cf. ARNOLDO WALD, O controle do processo arbitral pela corte internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, p. 28). Ver FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN a respeito do regulamento da CCI como modelo internacional (*International commercial arbitration*, p. 541 e ss.), BRUNO OPPETIT (*Théorie de l'arbitrage*, p. 101-104) e RUBINO-SAMMARTANO (*Il diritto dell'arbitrato*, p. 111) acerca do papel da CCI na regulação internacional da arbitragem.

pela própria Lei de Arbitragem, na qual todos os regulamentos se fundamentam,²⁸³ passando pela fixação da fonte de direito que será aplicada ao julgamento de mérito,²⁸⁴ finalizando com regras regulamentares que se sintonizam com o próprio sistema do processo estatal no tocante à implementação das medidas de apoio na arbitragem, cautelares e coercitivas, citadas em praticamente todos os regulamentos.²⁸⁵

Para encerrar, não temos dúvida de que os regulamentos contribuem para a integração do conceito de devido processo legal arbitral e para a caracterização do processo arbitral como um sistema, na medida de todos os seus atributos acima. Possuem função absolutamente típica do processo arbitral. O que em nada se equipara ao que ocorre no estatal. Antes de concluir estes subitens relativos ao devido processo legal arbitral, reputamos conveniente, ainda que de forma breve, apontar qual a consequência de tudo o que estamos falando para o aspecto macro da estrutura procedimental do processo arbitral, e o que nisso também refletem as considerações anteriores sobre o devido processo legal. Falemos agora do esqueleto estrutural do processo arbitral.

2.2.3.6 A macroestrutura do processo arbitral

Tudo o que pontuamos acima sobre a sistêmica relação do processo arbitral com o conceito de devido processo legal e sua integralização não quer dizer que ele seja

²⁸³ Embora não fosse necessário, alguns regulamentos fazem expressa referência à Lei de Arbitragem. É o caso, por exemplo, do regulamento da Câmara da Bovespa, quanto à “ausência de resposta” (7.4.), “ii) o juiz decidirá observando o procedimento previsto neste Regulamento e a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Na recusa em firmar o termo de arbitragem (7.12.8), “o juiz decidirá mediante o procedimento previsto neste Regulamento e na Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Quanto à falta de regra do regulamento sobre a fase de produção de provas (7.13.13), “observar-se-á o disposto na Lei n.º 9.307/96 e no Código de Processo Civil”. Quanto à nulidade da sentença, copia-se o art. 32 da Lei de Arbitragem (9.12). Por fim, quanto a outras normas influenciando no procedimento (16.7), aponta a “Lei n.º 9.307/96”, além do Código de Processo Civil, o estatuto social da Bovespa, o Regulamento de Listagem do Novo Mercado e o Regulamento de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa.

²⁸⁴ Como é o caso dos regulamentos da CCI (art. 17) e da Câmara de São Paulo-Ciesp (art. 17.1).

²⁸⁵ Entre outros, Amcham (arts. 10.1 a 10.3), CCI (art. 23), Ciesp (art. 12), Brasil-Canadá (art. 9.18) e Bovespa (art. 11.1). Destaca-se o regulamento da CCI, que possui previsão (cf. ICC Rules for a pre-trial procedure, ICC pub. n. 482, art. 2.1.), em que se seleciona um árbitro provisório (“terceiro ordenador”) para apreciar medidas de urgência, evitando que a parte tenha que se dirigir ao Judiciário em medida pré-arbitral (cf. LEANDRO RENNÓ LIMA, *O procedimento cautelar pré-arbitral da CCI...*), sendo tal expediente conhecido nos países de *common law* como “immediate relief by arbitral institutions in advance of appointment of a tribunal”, na medida em que o árbitro provisório nomeado “is granted the authority to ‘order any conservatory measures or any measures of restoration that are urgently necessary to prevent either immediate damage or irreparable loss and so to safeguard any of the rights or property of one of the parties’” (cf. NEWMANN-HANESSIAN, *International arbitration checklists*, p.60).

absolutamente desestruturado. Totalmente amorfo, se comparado com a marcha do processo estatal. A despeito de as regras do processo estatal não serem a ele pertinentes, o processo arbitral possui uma *macroestrutura* muito próxima do estatal. Ela é representada pelas fases postulatória, instrutória e decisória.²⁸⁶

Mas, enquanto o Código de Processo dita as regras no modelo estatal, consagradas pela doutrina, que revelam um *mecanismo* apto a levar ao conhecimento do juiz todos os motivos pelos quais se está alegando, ou pelos quais se está defendendo, no processo arbitral os *inputs* para o mesmo caminho são diferentes, malgrado haja as mesmas fases, com os mesmos propósitos do processo estatal. É dizer, no processo arbitral incorporam-se as macroestruturas típicas de um conceito *lato* de devido processo legal estatal, e deixam-se de lado as normas e dispositivos de procedimento. Essa dinâmica de influência do modelo estatal ocorre justamente por conta da *abertura cognitiva* do sistema do processo arbitral. Há, genericamente, um conceito macro, enraigado em praticamente todas as culturas, em especial a ocidental, de como um processo deve evoluir. Isso em nada altera o fato de que o conceito de devido processo legal seja preenchido por ferramental próprio do sistema arbitral, até porque este integra o seu *fechamento operacional*. Em verdade, este fato de não ter o ferramental estatal, mas possuir a sua estrutura, retrata exatamente o *falso paradoxo* já mencionado (item 2.1.2 *supra*), que reflete as duas bases da teoria dos sistemas, um fechamento de instrumentos e uma abertura comunicativa que lhe permita adaptações e evolução. Mais uma mostra da natureza do processo arbitral como um sistema.

Finalizando e resumindo, consideramos haver um conceito próprio de devido processo legal para o processo arbitral, diferente do que se opera no processo estatal. Ele se aperfeiçoa justamente na forma com que é integrado. Isso traz algumas alterações naturais para o seu ambiente. Exemplo está na não transfusão de institutos clássicos do processo estatal, os quais fazem, por sua vez, a integração do conceito de devido processo legal estatal, sendo a melhor demonstração disso a preclusão. No processo arbitral há o preenchimento do conceito de devido processo legal de outra maneira, seja com a Lei de Arbitragem, seja também, principalmente, com a forma volitiva das partes e ao mesmo tempo diretiva do árbitro com que o processo é construído.

---

²⁸⁶ Segundo DONALDO ARMELIN, “a arbitragem apresenta, em seu conjunto, estrutura semelhante a do processo civil, até porque ambos são instrumentos heterônimos de solução de conflitos, nos quais emerge a existência de terceiro desinteressado ao qual se atribui a autoridade suficiente para o deslinde do litígio” (Prescrição e arbitragem, p. 69).

Agrega-se a isso o papel dos regulamentos institucionais como fonte primária de regras para a integração do devido processo legal arbitral, com consequência direta no processo arbitral e na sua caracterização como um sistema. Por fim, a despeito de tudo isso, o processo arbitral possui uma macroestrutura que segue, em linhas muito gerais, o modelo do processo estatal. Terminada nossa análise da questão do devido processo legal, passamos a analisar como se implementa um postulado conhecido de direito processual no ambiente do sistema do processo arbitral, antes de entrarmos no último capítulo, no qual estará sempre presente também. Falamos da efetividade. Vejamos.

2.3.4 A efetividade do processo arbitral

Consideramos uma decorrência lógica de tudo o que vimos falando sobre processo arbitral abordá-lo, ainda que sucintamente, à luz de aspecto relevante na cadeira de direito processual desta Casa. A nosso ver, o processo arbitral representa bem o ideal buscado pela boa doutrina que há anos trabalha em prol de um processo melhor, mais eficiente em termos de celeridade e qualidade. Entretanto, este item não se destina apenas a tratar da efetividade do processo arbitral. O foco é qual a característica da efetividade do processo arbitral que se alinha à premissa teórica. É o que segue.

Como já registramos em estudo publicado sobre a esfera estatal,²⁸⁷ efetividade do processo não pode simplesmente ser sinônimo de agilidade. Deve traduzir algo maior. Resgatar conceitos *chiovendianos* (mesmo que por vezes possam soar um tanto repetitivos na doutrina, ou utópicos na prática), pois o processo é inútil se não for para, na medida do possível, consideradas as *patologias* da realidade jurídica,²⁸⁸ entregar o que redundaria do cumprimento voluntário da obrigação.

²⁸⁷ Cf. Jurisdição e poder, p. 186. Para DINAMARCO, efetividade do processo representa sua “capacidade de exaurir os objetivos” que legitimam o processo. Para o jurista, “o empenho em se operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica ou oficialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade” (*A instrumentalidade do processo*, 12. ed., p. 326). No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA (Efetividade do processo e técnica processual, p. 17-18).

²⁸⁸ Bem abordadas por ROBERTO BEDAQUE em visão chamada prospectiva (*prospettazione*) do processo estatal (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 90 e ss.), assim como por BARBOSA MOREIRA, ao chamá-las de “teratologia forense” (Efetividade do processo e técnica processual, p. 585). Como diz este último, “às vezes as soluções são simples. Evitam-se a decretação de nulidades e a extinção do processo mediante a adoção de medidas saneadoras, destinadas a afastar os vícios e restabelecer a regularidade do instrumento” (Idem, p. 106).

Esse foco nos leva justamente a concluir não ser correto identificar efetividade apenas e tão somente com respostas rápidas. Deve ser o vértice entre dois vetores: presteza na entrega de tutela, mas qualidade nesta tutela, de modo que traga alteração virtuosa no campo substancial.²⁸⁹ Até porque, fazendo analogia com qualquer prestação de serviços, entregar rapidamente, mas não exatamente o produto que o comprador espera, ou que não funcione, por óbvio não é suficiente.

Ademais, identificando-se o valor agregado ao conteúdo da tutela entregue (sua qualidade), não é errado também reconhecer que o acondicionamento de situações materiais iguais, de forma isonômica, também é maneira de implementar a qualidade da tutela, formato de equacionar a própria efetividade do processo,²⁹⁰ sendo válido também para a efetividade da tutela do processo arbitral.²⁹¹ E, se efetividade, na jurisdição civil, redundava em qualidade e eficácia temporal, sob o signo da concepção de que existe uma teoria geral do processo, isso pode ser aplicado ao processo arbitral.

Em contrapartida, é certo que o estudo do processo confinado à técnica, mas *asséptico* ao mundo que o cerca, acaba por traduzir-se em mero *ritualismo*. É necessário o dado social,²⁹² conforme enfatizamos na primeira parte deste

²⁸⁹ Para BEDAQUE, “a eficiência da tutela jurisdicional do Estado está intimamente relacionada não só com o desenvolvimento em concreto do instrumento pelo qual ela opera, mas principalmente pelos resultados obtidos. São necessários, portanto, mecanismos adequados às exigências das relações materiais” (*Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 15). Em obra posterior, o jurista consignou que “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49).

²⁹⁰ Conforme já expusemos em trabalho para a esfera estatal, toda técnica processual voltada a implementar isonomia processual, como recursos julgados com base na jurisprudência pacificada, o processo coletivo, os efeitos vinculativos de determinadas decisões ou súmulas, traz em si também a contribuição para a própria efetividade do processo. Não só no aspecto da celeridade, mas também da qualidade (isonômica) da entrega da prestação jurisdicional (Jurisdição e poder, p. 186, nota 11). Sobre dados gerais acerca do objetivo de uniformizar para incrementar a própria qualidade (e efetividade) do processo, cf. nossa monografia (*Jurisprudência*, p. 52-54).

²⁹¹ Sobre a formação e conveniência, para o sistema do processo arbitral, de uma *jurisprudência arbitral*, cf. item 3.4.3 *infra*.

²⁹² Reiteramos nossa ponderação do primeiro capítulo, de que o processo visto sem conteúdo sociológico é vazio e sem sentido. Esse é um desafio do processualista moderno. Ele deve estar ciente de que não precisa mais apenas da técnica como mote para justificar a independência de sua ciência. Ela já conquistou seu lugar. Pode dar um passo adiante, para tratar o processo não apenas como fenômeno que se fecha em si, mas exógeno, sensível aos acontecimentos da vida. E isso não prejudica a visão sistêmica do processo, visto que o conceito de sistema adotado (LUHMANN) é o de que ele, para funcionar, deve ter canais abertos com os demais sistemas sociais, que o influenciam e deixam aprimorar. Um senso funcional, de atender às expectativas legitimamente existentes da sociedade. Nesse sentido, assim se manifesta BARBOSA MOREIRA: “na evolução histórica do direito processual brasileiro, as gerações que imediatamente nos antecederam distinguiram-se pelo empenho na construção de uma dogmática sólida; em sua reflexão prevaleceram as especulações técnicas, que deixaram pouco espaço para preocupações de outra ordem, relacionadas com as dimensões políticas e sociais do fenômeno processual. Nada há disso,

estudo.²⁹³ Essa constatação, coerente com a teoria geral do processo, leva à necessidade de que o processo arbitral tenha como norte uma eficiência que sirva à carência jurídica, e que também satisfaça os escopos político (pedagógico) e social (pacificador) da sua jurisdição.

Pois bem. No processo arbitral isso ocorrerá com a entrega de uma decisão de qualidade *diferenciada* da do processo estatal. Decisão essa que deverá ser, obviamente falando em termos ideais, impossível de ser anulada judicialmente. Mas vamos além. A tutela arbitral deve ser tão autorizada, proferida por árbitros senhores do assunto, escolhidos pelas partes e com tamanho grau de esgotamento em termos de profundidade da cognição²⁹⁴ (nos pontos principais, bem que se diga), que deve inibir o perdedor de até mesmo cogitar questioná-la no juízo estatal. Aqui se tem a primeira peculiaridade da efetividade na tutela arbitral, em que sentido isso se coaduna com a ideia de sistema apresentada.

Vemos na tutela arbitral uma ligação com a efetividade do processo mais próxima da questão da qualidade do que da celeridade.²⁹⁵ Embora evidentemente satisfeita por ser mais rápido, a parte que elege o processo arbitral assim o faz porque procura solucionar seu problema de forma mais adequada sob o ponto de vista de conteúdo. Como se fosse um negócio jurídico, aqui evidentemente processual, *build to suit*.²⁹⁶

O processo arbitral é naturalmente destinado a oferecer a melhor decisão possível justamente por conta da especialidade do julgador, seja na questão de direito material, seja no *modus operandi* processual. Isso traz segurança jurídica para a parte. Estamos convictos de que essa relação próxima entre o processo arbitral e a efetividade decorre do seu caráter sistêmico, notadamente pelas características do seu *fechamento operacional*, do conjunto de princípios e mecanismos que lhe autorizam entregar a tutela

---

a rigor, que surpreenda. Era preciso, e foi útil, que se superassem as fronteiras do procedimentalismo antes dominante, em cujo quadro se refletia uma visão do processo restrita à contemplação de ritos e formalidades” (Efetividade do processo e técnica processual, p. 22).

²⁹³ Cf. item 1.2.3 *supra*, especificamente a nota 74.

²⁹⁴ Sobre o plano vertical da cognição, cf. KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 111.

²⁹⁵ Dessa ideia não destoam nem CÂNDIDO DINAMARCO (*A instrumentalidade do processo*, p. 224) nem ROBERTO BEDAQUE, que relaciona efetividade com qualidade da tutela estatal, o que nada mais é do que a aproximação tanto quanto possível de direito-processo (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49).

²⁹⁶ “Há necessidade de uma justiça sob medida, que conheça o passado e o presente dos negócios e possa prever razoavelmente o futuro, ou seja, as consequências da decisão proferida” (WALD, *A arbitragem e os contratos empresariais complexos*, p. 17).

de forma bem personalizada, feita sob medida. Do modo com que peculiarmente integra o conceito de devido processo legal.

Daí não ser apropriado dizer que o processo arbitral seria uma alternativa à jurisdição estatal no sentido de desafogá-la. Não podemos ter tal expectativa, sob pena de uma enorme frustração. O perfil daquele que procura o processo arbitral não é nem será o de quem afoga o Judiciário.²⁹⁷ Reconhecendo uma realidade, não nos parece que chegará o dia em que serão comuns processos arbitrais nos moldes dos que de fato abarrotam o Judiciário, sabidamente envolvendo relações massificadas ou o Estado litigante.²⁹⁸⁻²⁹⁹ E nisso há uma característica da efetividade do processo arbitral: não será ele quem atrairá multidões, ou será a válvula de salvação do processo estatal diante de sua eficiência.³⁰⁰ Ele atrairá, isso

²⁹⁷ De fato, é uma ironia, mas justamente depois de todo o movimento mundial de abertura do acesso à Justiça, das ondas renovatórias do direito processual, do tratamento do processo à luz do direito material, da molecularização da tutela, enfim, depois de tudo isso, vemo-nos hoje praticamente *pedindo* para que a grande massa de jurisdicionados não procure o Judiciário, que deixe de recorrer, que desafogue os juizados especiais e aí por diante.

²⁹⁸ Por isso que não nos parece acertada, ou ao menos condizente com a realidade atual, a posição de CAPPELLETTI, que defende ser o processo arbitral válvula para ajudar o congestionamento do Judiciário (Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, p. 570). No mesmo sentido, em texto publicado quando a publicação da lei, manifestou-se MARISTELA BASSO (Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses, p. 13). Em artigo mais recente, a jurista retornou ao tema, mas demonstrando a especificidade de matéria atual (nomes de domínio) e a adequação do sistema do processo arbitral para tratá-la, vale dizer, a peculiaridade da tutela (A arbitragem como método de solução de controvérsias na internet: as atualidades do sistema de nome de domínio).

²⁹⁹ Ao que nos parece, a ideia deve ser de um sistema multiportas, no qual deva haver espaço para demandas massificadas e para questões artesanais, específicas, que devem ser tratadas adequadamente, o que o processo arbitral pode fazer. Logo, estamos de acordo com CARMONA quando diz que a crise do processo estatal ou do Judiciário não leva ao desenvolvimento do processo arbitral, tanto que existem países com excelente rede judiciária e nos quais a arbitragem se desenvolveu muito bem (cf. entrevista a ANDRÉ BICCA MACHADO, *A arbitragem empresarial no Brasil*, p. 138). Traz, sim, um acultramento gradual e consistente, calçado na segurança de uma boa lei como a nossa, na autonomia com responsabilidade, gerando respeito e prestígio, inclusive pelo próprio Judiciário quanto ao processo arbitral.

³⁰⁰ Em estudo de mais de 20 anos atrás, antes da lei da qual é coautor, portanto no regime anterior de homologação judicial de laudos arbitrais, CARMONA já apontava tais características do processo arbitral, afastando a ideia de plena celeridade e economia, focalizando justamente a *qualidade técnica* da decisão. Talvez hoje sua visão tenha se alterado quanto ao leque de questões arbitráveis, justamente por conta da nova realidade arbitral brasileira, da qual é um dos principais protagonistas, mas a vinculação da arbitragem com a efetividade no tocante à qualidade da tutela continua válida e vem ao encontro do que defendemos aqui. Assim se manifestou o jurista: “a arbitragem não tem o condão de aliviar o acúmulo de trabalho de nosso Poder Judiciário. Não é verdade que a arbitragem seja um meio rápido, secreto e barato de resolver qualquer controvérsia: a arbitragem pode ser bastante demorada em causas complexas e que exijam produção de prova pericial; deixa de garantir segredo em todos os países que exigem a homologação do laudo arbitral ou em todas as hipóteses em que o laudo, condenatório, não é voluntariamente cumprido e tem de ser levado ao juiz togado para execução forçada; e por fim, o custo deste meio de solução de controvérsias pode ser igual ou superior ao do processo estatal (consulte-se, por exemplo, a tabela de tarifas da *Chambre de Commerce Internationale*). A arbitragem tende a uma finalidade bastante específica: resolver problemas decorrentes de comércio, especialmente do comércio internacional, onde há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio. O custo, nestas hipóteses, é bem mais suportável, e

sim, o público adequado a litigar em seu ambiente, com seus instrumentos próprios. Um público cômico das características próprias de tal sistema. Maduro para enfrentar os ônus decorrentes da ampla disponibilidade. Que compreende que o tom processual é autonomia com responsabilidade. Apto a entender que *processo arbitral* não significa *briga judicial*.

Em linhas gerais, podemos pontuar algumas dessas características que marcam a efetividade da tutela arbitral de uma maneira diferenciada em relação à estatal, genericamente, que integram o *fechamento operacional* do sistema arbitral e que contribuem, com suas engrenagens, com uma diferente efetividade se comparada com a da tutela estatal.

Considerando que os instrumentos serão especificamente tratados no capítulo seguinte, pode-se elencar primeiramente a ampla autonomia da vontade, cujas características no ambiente processual já foram suficientemente abordadas, seja quando tratamos da construção do procedimento arbitral, seja quando falamos especificamente do seu papel como pressuposto processual. Para os fins deste trabalho, a autonomia da vontade destaca-se quanto à efetividade do processo arbitral na medida em que chancela às partes a adaptação do procedimento aos seus melhores interesses, sempre visando otimizar a obtenção de um melhor resultado.

Ora, no exemplo dado antes (item 2.2.3.3 *supra*), se as partes decidem que apenas prova documental será produzida é porque acreditam que dessa forma terão um processo mais célere sem prejuízo qualitativo. De outra sorte, se preferem que ocorram debates em audiência apenas sobre determinado ponto do mérito, ou sobre ele inteiro, com a utilização de *expert witness*,³⁰¹ é porque creem que isso contribuirá para a boa resolução da demanda. Se as partes

---

as vantagens decorrentes da solução arbitral são mais visíveis” (Arbitragem e jurisdição, p. 305). Mais recentemente CARMONA reiterou a posição: “que ninguém se iluda: trata-se apenas e tão-somente de mais um meio alternativo de solução de controvérsias, que não pretende concorrer e muito menos substituir o mecanismo estatal predestinado à resolução dos litígios e muito menos transformar-se em panacéia para todos os males de que sofre a Justiça em nosso país” (cf. apresentação à obra de CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral*). Em sentido semelhante, BOTELHO DE MESQUITA diz que, “para determinadas espécies de conflito de interesse, que escapam às características normais das causas, seja por demandarem conhecimentos que, por definição, dada sua extrema especificidade, os juízes não têm nem é de se esperar que tenham, ou quando os interesses em conflito, dada a sua natureza ou a qualidade das partes litigantes, demandarem tratamento que a publicidade do processo ou a nacionalidade dos órgãos judicantes não permitam que seja dispensado” (Processo arbitral, p. 34).

³⁰¹ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 319. Veremos adiante o seu papel, quanto tratarmos especificamente da instrução do processo arbitral. Para o momento, basta lembrar ser comum no processo arbitral, especialmente em demandas internacionais, a convocação de um especialista na questão controvertida, ou na matéria em voga, para prestar sua contribuição em audiência apenas para efeito teórico, tratando do assunto em tese.

pretendem a inversão da ordem das provas, primeiro ouvindo testemunhas e/ou *experts* para apenas depois resolverem sobre a necessidade de perícia, é porque para elas contribuirá para a efetividade do *seu processo*, que será mais rápido, mas sem a perda de qualidade. E, mesmo que houver, foi algo considerado como um risco da opção, ou da disposição. Disposição com responsabilidade. Inúmeros outros exemplos poderiam ser dados.

Outra grande característica que marca o processo arbitral como um sistema absolutamente próprio, e que influi diretamente na sua efetividade, está justamente no árbitro. Passou a ser lugar-comum dizer que a arbitragem *vale pelo que vale o árbitro*.³⁰² Mas é a pura verdade. São a qualidade técnica e a disponibilidade³⁰³ dos árbitros que trarão a bom termo a tutela arbitral. Isso, se por um lado também se liga à autonomia da vontade na escolha do profissional que julgará, deixa claro que a principal preocupação das partes, antes mesmo do início do processo arbitral, é com quem julgará.

Se o árbitro é especialista na matéria, se tem reputação ilibada, se é experiente, se é respeitado no meio etc. Se ele é de uma escola alinhada com a forma com que as partes conduzirão o procedimento, por exemplo, se é de uma cultura de *civil law* ou *commom law*. Ou mesmo se as partes pretendem que haja julgamento por princípios gerais de direito, de comércio, ou por equidade, assim como pelo direito estrangeiro. Ainda, se o julgamento será pelo direito brasileiro, se ele está acostumado a ele e à cultura local. Se o processo arbitral correrá por uma determinada língua, se o árbitro a domina etc. O árbitro deverá ser adequado para os fins, sob pena de problemas no curso e, principalmente, na conclusão do processo.

³⁰² Cf. SELMA FERREIRA LEMES, *Árbitro*, p. 57-72; JACOB DOLINGER, O árbitro da parte: considerações éticas e práticas, p. 32-33; JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, Recusa e impugnação de árbitro, p. 81.

³⁰³ Temos que não apenas a qualidade técnica do árbitro contribui para a efetividade do processo arbitral. É essencial também sua disponibilidade para atuar, especialmente quando se tratar de demanda mais complexa. Esta característica deve ser somada às que normalmente surgem no tocante às vantagens do processo arbitral, como a confidencialidade, a especialidade do julgador da matéria e a celeridade do procedimento. O tema foi recentemente tratado pela CCI, que determinou, a partir de 17 de agosto de 2009, que os árbitros indicados devam preencher e assinar formulário denominado *ICC Arbitrator Statement of Acceptance, Availability and Independence*. Por ela, o árbitro, além de indicar a aceitação do encargo e a existência/inexistência de matérias a serem declaradas (questões relacionadas a impedimento ou a suspeição para a atuação na arbitragem), deverá declarar o número de arbitragens na CCI ou em outras instituições em que atua como árbitro presidente, árbitro indicado ou advogado. O formulário engloba, também, a indicação do número de casos judiciais em que o árbitro atua como advogado. Ainda deverá declarar a existência de qualquer compromisso profissional ou atividade que possa tomar período de tempo substancial nos próximos 12 a 18 meses, período considerado padrão de duração dos procedimentos arbitrais perante a CCI. Também nessa linha, o relatório *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* preparado e publicado pela Corte. Para a CCI, o novo formulário tem como objetivo fazer com que o árbitro reflita sobre sua disponibilidade antes de aceitar o encargo. A respeito de outras especificidades das regras da CCI, ver DERAIS-SCHWARTZ, *A guide to the new ICC rules of arbitraton*, p. 196-197.

Outra característica do processo arbitral que contribui com sua efetividade é o sigilo.³⁰⁴ Não obstante todos saberem não ser uma regra, na prática é comum que ele ocorra.³⁰⁵ Afora outras questões sobre o sigilo que serão abordadas mais adiante,³⁰⁶ fato é que para determinados interessados, em especial aqueles que precisam manter dados em segredo, o sigilo do processo arbitral é fundamental, aspecto que pode até contar para a própria escolha da via arbitral. Para os interessados, portanto, o fato de o processo correr em sigilo e, também, a decisão que vier a ser dada assim permanecer, é ingrediente diferencial que lhe traz segurança e um qualitativo não encontrado na esfera estatal.

A decisão que venha a ser proferida, se sigilosa, sendo positiva ou negativa, a determinadas partes pode ser o grande atrativo em termos de qualidade do processo arbitral. A eles talvez nem importe tanto se o árbitro é o maior especialista na matéria. Ou se o processo terá fôlego atlético para terminar em curtíssimo espaço de tempo. De acordo com seus interesses, o que conta é o sigilo. Assim, temos que o sigilo do processo arbitral, para determinadas situações, contribui para a própria efetividade da tutela que será prestada, que no caso será célere, boa e, especialmente, sigilosa. Integra seu fechamento operacional volitivo e traz distinção em termos qualitativos quando comparado com o processo estatal.

Logo, o processo arbitral, integrante da teoria geral do processo,³⁰⁷ deve ser apto a proporcionar o que dele se espera em termos de qualidade. Para isso, precisa de um instrumental moderno e sofisticado, que não se amarre a dogmas ultrapassados da jurisdição estatal. Isso é o que de pior poderia ocorrer ao processo arbitral. Esses elementos fazem com que o conceito de efetividade do processo arbitral se diferencie do que se costuma ver no estatal. E tudo como decorrência de institutos e características inatas do sistema do processo arbitral. No capítulo que segue entraremos nesse universo. Analisaremos os variados institutos processuais do processo arbitral em sua marcha, os principais institutos do processo arbitral que o moldam como um sistema de direito processual, as engrenagens que contribuem para o seu fechamento operacional e para a sua abertura cognitiva. É o que faremos no capítulo 3 a seguir.

³⁰⁴ Cf. JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, A confidencialidade na arbitragem; JOÃO BOSCO LEE, *Estudos de arbitragem*, p. 285-293.

³⁰⁵ Tanto que alguns regulamentos o trazem como regra, como é caso da Câmara Brasil-Canadá (art. 9.8).

³⁰⁶ Cf. item 3.2.2.3 *infra*.

³⁰⁷ Neste sentido, Cf. DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, p. 31.

CAPÍTULO 3

O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO ARBITRAL COMO UM SISTEMA

Tendo sido feita a inserção da hipótese teórica no capítulo 1 e a conceituação do processo arbitral nas linhas gerais dessa premissa no capítulo 2, passemos agora a testar alguns mecanismos da engrenagem processual arbitral à luz daqueles dois momentos antecedentes. A tentativa será a de aplicar a hipótese de que o processo arbitral constitui-se num sistema próprio, com regras particulares, fechadas, formando um todo único. E que esse todo faz e precisa fazer um constante exercício de comunicação com outros sistemas jurídicos, conforme a concepção adotada. Neste capítulo analisaremos como isso tudo influencia nos momentos processuais da evolução do processo arbitral. Na sua marcha natural dentro da estrutura macro já descrita,¹ à luz do conceito de devido processo legal que ele possui. É dessa forma que abordaremos as várias situações processuais que seguem. Começamos com o momento de instauração e postulação do processo. É o que segue.

3.1 A instauração e a fase postulatória do processo arbitral

Embora o corte metodológico feito nos leve a focalizar o processo arbitral propriamente dito, e não, conforme já apontamos, os momentos anteriores e posteriores a ele, reputamos conveniente, ainda que de forma breve, fazer considerações sobre alguns dos atos exatamente anteriores ao início do processo arbitral, que ocorre com a aceitação do encargo pelo árbitro. Isso porque, em termos práticos, também antes deste momento julgamos estarem presentes determinadas características que servem, ainda que sucintamente, para demonstrar o quão especial é o modelo arbitral e o quanto afastado ele está do estatal. Daí incluirmos aqui alguns dos passos do procedimento de formação do processo. Seremos sintéticos em tais considerações, por opção, pois não são o foco central do estudo, servindo para ilustrar nosso pensamento e para demonstrar, também, que existe uma lógica sistêmica nos momentos justamente anteriores ao do processo arbitral. Feito isso, nos subitemos que seguem, trataremos do início do processo com a aceitação pelo árbitro e da fase que se

---

¹ Como apontam FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, o processo arbitral deve ser analisado sob a ótica do seu “contexte chronologique” (*Traité de l’arbitrage commercial international*, p. 465).

pode considerar como postulatória do processo arbitral. E esta foi pensada justamente de forma alinhada ao que apontamos no capítulo anterior (item 2.2.3.6 *supra*), sobre haver uma macroestrutura no conjunto do processo arbitral que se aproxima (e só nisso) do modelo estatal. Veja-se.

A Lei de Arbitragem disciplina o processo arbitral a partir da aceitação da nomeação pelo árbitro (art. 19, *caput*). Pouco dispõe, propositadamente, sobre o procedimento anterior. Salvo estabelecer que as partes seguirão o rito da instituição eleita, ou o formato por eles escolhido (art. 5.º), no caso de cláusula compromissória, ou via o procedimento do art. 6.º, que se destina à subscrição do compromisso arbitral. Esta postura da lei é coerente com o que falamos antes sobre a integralização do devido processo legal arbitral.² Nesse panorama, a tarefa de desenhar o procedimento fica para os demais ingredientes da composição desse conceito. Especificamente, a vontade das partes, sendo o caminho eleito o mais comum entre nós. Quer dizer, havendo a eleição de uma arbitragem institucional, essa tarefa caberá principalmente ao seu regulamento, que, como já dissemos, integra a convenção *per relacionem*.

Logo, tal qual posto antes, o regulamento exercerá papel importante nesta fase procedimental. No caso de arbitragem *ad hoc*, também o elemento volitivo será o diferencial. O ritual de início do procedimento será estipulado pelas partes, que, no mais das vezes, copiam parcial ou integralmente o modelo de uma câmara. Falamos ainda aqui de procedimento, tal qual exposto no capítulo 2. A relevância de tratar-se deste momento processual ocorre porque os atos do início são bastante diferentes daqueles exercitados no ingresso de uma demanda judicial. Mostram um *modus operandi* absolutamente próprio do sistema processual arbitral.

Em geral, o procedimento segue mais ou menos um padrão, com nuances específicas de acordo com cada regulamento. Tomamos aqui como exemplo o procedimento da Câmara Brasil-Canadá (arts. 5.4 a 5.8 do seu regulamento): *i*) a parte interessada em iniciar o processo arbitral notifica a instituição, indicando sua intenção e a matéria que será objeto da arbitragem, com seu valor e os dados da parte contrária, juntando cópia do

---

² Para SELMA FERREIRA LEMES, “nesta fase, a lei não atua como no início da arbitragem, deixando totalmente ao alvedrio das partes a forma de operacionalizá-la...” (A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem, p. 414).

contrato; *ii*) a instituição arbitral encaminha cópia de tal notificação à parte contrária, com uma relação dos árbitros de seu quadro, convidando-a a, em determinado prazo, indicar seu árbitro e suplente, sendo remetido igual convite à parte que iniciou a arbitragem; *iii*) a câmara informa cada parte sobre a escolha de árbitro feita pela contraparte; *iv*) os árbitros eleitos escolhem o terceiro árbitro, entre os membros da câmara,³ que será o presidente do tribunal arbitral; *v*) o presidente da câmara aprova ou não os nomes dos árbitros indicados; *vi*) uma vez aprovados, serão convidados a manifestar sua aceitação, firmando o termo de independência, quando se considera iniciado o processo arbitral (art. 19).

Pode ser ainda que as partes elejam árbitro único, a ser indicado de comum acordo, assim como seu suplente. Se no prazo fixado isso não ocorrer, ou se houver controvérsia sobre este ponto, caberá à instituição indicar o árbitro único.⁴ Podem ainda acontecer alguns incidentes, como a falta de indicação por alguma das partes, hipótese que em nada prejudicará o procedimento, pois o presidente da câmara suprirá a falta. O mesmo se dará na ausência de indicação, pelos indicados pelas partes, do terceiro árbitro, que presidirá o procedimento.

O ato seguinte a tudo isso geralmente é a aceitação da nomeação via qualquer forma apta a demonstrar o ato e a assinatura do termo de arbitragem, que não é obrigatório, mas usual. Apenas depois disso ocorre a fase postulatória propriamente dita, com razões das partes em prazo comum. Analisaremos este ato do processo logo adiante (item 3.1.5.1 *infra*). Para o momento, importa apenas que os atos iniciais do processo arbitral são absolutamente distintos do estatal.

Como podemos observar, não há nada em comum com o processo estatal. Não ocorre um simples envio de razões, com causa de pedir e pedido, reforçado por provas documentais preexistentes, dirigidas a um órgão administrativo estatal que distribuirá esse requerimento a um julgador sorteado (CPC, arts. 262, 263, 264 e 282), o qual analisará *prima facie* aquele conjunto documental. Se estiverem presentes certas condições, mandará

---

³ Embora na Câmara Brasil-Canadá seja assim (art. 5.4), nem todos os institutos adotam essa postura. Por exemplo, na Câmara de Medição e Arbitragem de São Paulo o presidente não precisa compor o quadro de árbitros da Câmara, embora isso seja preferencial, cabendo uma avaliação de aprovação sobre todos os árbitros ao Presidente da Câmara (art. 2.4).

⁴ Art. 5.6 do Regulamento. Entre outros, igualmente na CCI (art. 8.º, n. 3).

citar o demandado para responder em prazo preclusivo, esgotando, em sua manifestação, toda a matéria de defesa possível (CPC, arts. 297, 299, 300, 301 e 302).

O que ocorre no modelo arbitral é um formato absolutamente diverso, no qual primeiro incita-se a instituição do processo arbitral. Em seguida, monta-se o tribunal de árbitros, ou árbitro único. Juntam-se as considerações iniciais de cada parte. Somente depois se estabelece um procedimento, geralmente (mas não necessariamente) no termo de arbitragem. Feito isso, abre-se prazo para as alegações propriamente ditas, que serão, ato contínuo, enviadas a cada uma das contrapartes, para resposta em prazo determinado.

Embora existam determinadas câmaras que adotam procedimentos postulatórios logo de início, com posições entre contendores muito próximas às de autor e réu do modelo estatal, com razões que se assemelham à petição inicial e contestação desde o princípio,⁵ fato é que em muitas delas as partes apresentam suas alegações iniciais concomitantemente. É até difícil de aferir quem é *autor* e quem é *réu*, e o que nos parece é que o modelo é feito justamente com esse intento. Evidente, portanto, que estamos diante de uma arquitetura absolutamente própria. Nada ou pouco há de semelhante com o processo estatal.

O conjunto ferramental do processo arbitral já na sua própria instituição não segue o modelo do processo estatal. Muito ao contrário. E quando segue, assim o faz apenas de forma exemplificativa, cabendo à câmara alterar seu regulamento quando e como bem entender. Ou mesmo às partes convencionarem um procedimento de início absolutamente distinto, seja da câmara que irão utilizar,⁶ seja, quando esta assim o adotar, do modelo estatal (art. 5.º).⁷

⁵ Como é o caso da CCI, em que a parte requer a instituição da arbitragem, mas já apresenta suas razões, como se petição inicial judicial (art. 4.º), inclusive com a indicação do árbitro, sendo a contraparte intimada do início do procedimento para apresentar sua resposta e “reconvenção” (art. 5.º), assim como a indicação do seu árbitro (art. 8.º, n. 4).

⁶ CARMONA aponta a flexibilidade do procedimento de instituição da arbitragem perante a Câmara Brasil-Canadá, concluindo em igual sentido, e, no geral, ensina que “importa deixar claro que o regulamento – e isto vale, de modo geral, para as câmaras arbitrais – pode ser (*rectius*, deve ser!) adaptado às necessidades do caso tratado pelos árbitros” (*Arbitragem e processo*, p. 131). No mesmo sentido, apontando a alta discricionariedade da parte nesta fase procedimental da arbitragem, cf. SELMA FERREIRA LEMES, A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem, p. 413.

⁷ “Art. 5.º 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*” – destaques nossos.

Isso demonstra que antes do início do processo arbitral, sucedendo o acima referido, já estamos diante de um feixe procedimental típico. Com nuances próprias, em cujo conceito de procedimento, à luz de devido processo legal, é integrado por seus princípios. Basicamente, o da autonomia da vontade das partes (arts. 5.º e 21), ao elegerem esta ou aquela instituição arbitral e a desenharem o procedimento inicial como bem entenderem, seja utilizando instituição, seja realizando processo *ad hoc*. Tudo o que dissemos se alinha, diretamente, com a premissa teórica posta. Mostra que já no procedimento prévio ao início do processo arbitral temos um sistema, regido pelo conjunto de fontes que integram o próprio conceito de devido processo legal arbitral.

Conforme apresentamos na divisão do trabalho, inserimos na rubrica instauração e fase postulatória do processo arbitral uma série de atos específicos, já agora dentro do que consideramos como processo, a partir da aceitação da nomeação pelo árbitro. Logo, para um melhor enquadramento dos passos processuais a seguir, dividimos este item em subitens relativos a todos estes momentos, começando com o início do processo e terminando com o que se pode considerar como fase postulatória. Parece-nos que cada um desses itens reflete características que demonstram, na prática, a premissa teórica de que o processo arbitral, como um todo, constitui um sistema à luz da ideia concebida nos capítulos anteriores.

Antes, porém, de chegarmos à aceitação do encargo pelo árbitro, fato é que todo este aparato específico de constituição do processo arbitral leva a consequências práticas que precisam ser alinhadas de modo a adequar problemas concretos. E isso só nos parece ser possível com uma leitura em que os sistemas arbitral, material e processual estatal se equilibrem em movimento de *abertura cognitiva* entre eles. De dizer, também neste momento do processo arbitral, que podemos enxergar uma característica da hipótese colocada sobre a sua natureza como um sistema. O ponto que analisamos a seguir reflete bem esse enfoque.

3.1.1 A interrupção da prescrição e a fraude de execução

Questão que se coloca, ainda no tocante a esta fase do procedimento, é se a sua mera instauração, antes da aceitação do encargo pelo árbitro, pode ser considerada para

efeito de tornar litigiosa a coisa e induzir litispendência.⁸ Consequências práticas podem decorrer disso, como a interrupção da prescrição e o termo *a quo* para se considerar a fraude de execução. A dúvida é saber se há litispendência (pendência de demanda) antes da instituição do processo arbitral, antes da aceitação da nomeação do encargo pelo árbitro. A resposta é negativa. A litispendência só ocorre com a aceitação da nomeação pelo árbitro.⁹ Mas tal resposta não induz a outras respostas negativas, ou mesmo simples. Tudo isso deve se adequar à premissa teórica do trabalho, das características do processo arbitral como um sistema. É que o que mostramos a seguir.

Quanto à *prescrição*, um momento determinante no fechamento operacional do sistema do processo arbitral é a aceitação do encargo pelos árbitros. A rigor, é a partir daí que pode ser considerada interrompida a prescrição. Mas como ficaria até esse momento? Uma forma de ver o problema seria simplesmente aplicar regra do processo estatal. Os efeitos decorrentes da aceitação do encargo retroagiriam até o momento do requerimento da instituição da arbitragem. Ou mesmo negar a relação entre a aceitação do encargo e o efeito interruptivo, para aceitar que ela seria interrompida com o simples ato da parte requerida em receber a notificação de início do procedimento arbitral, retroagindo tais efeitos para o momento do requerimento da instituição do processo arbitral, em aplicação de regra do processo estatal (CPC, art. 219, § 1.º).¹⁰ Todavia, coerentemente com o que defendemos reiteradamente neste estudo, não consideramos possível o traslado de *regra*, e não *princípio*, do direito processual estatal ao arbitral. Isso seria contraditório a tudo o que apontamos no capítulo anterior. Logo, ambas as opções são descartadas. Outra solução há que existir.

Pois bem. Evidentemente suposto que o direito material aplicável para a prescrição seja o brasileiro, parece-nos que o caminho está em adequar o sistema do processo arbitral ao sistema do direito material, analisar o problema à luz do que apontamos antes, da chamada abertura cognitiva. É necessário inserir na questão o que estipula o art. 202, inc. I, do Código Civil (interrompe-se a prescrição “por *despacho do juiz*, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”).

⁸ É o que ocorre na Itália, onde se considera iniciado o processo arbitral com a *domanda d'arbitrato* (cf. SERGIO LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 100-101; BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, p. 108).

⁹ Nesse sentido, CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 278-279.

¹⁰ Esta é a posição de DONALDO ARMELIN (Prescrição e arbitragem, p. 79). Conforme apontamos no capítulo 2, SELMA FERREIRA LEMES considera que já existe relação jurídica processual antes da aceitação pelo árbitro (cf. A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem, p. 421), o que nos leva a crer que tal posição tomaria em conta a produção de efeitos já neste momento, atingindo a interrupção da prescrição antes mesmo da aceitação do encargo.

De pronto, concluímos ser incompatível com a segunda solução proposta, da interrupção pelo simples recebimento pelo requerido da notificação. É pressuposto da interrupção o exercício de jurisdição. *Juízo* instituído.¹¹ A expressão *juiz* do texto quer dizer *juízo*, e não há distinção entre o juiz togado e o árbitro nesse sentido (art. 18). Não havendo juízo arbitral quando da notificação para início do processo por uma instituição, mero órgão que administra o processo arbitral, tal solução está descartada.¹²

A primeira opção acima apontada também não se mostra convincente. Isso porque, pela lei material, não é o ato de aceitação do encargo, ou ajuizamento da demanda, que interrompe a prescrição, mas o ato do julgador mandar citar a contraparte. Logo, a alternativa de que a interrupção se daria na aceitação do encargo, retroagindo seus efeitos ao requerimento, além de não se coadunar com o direito material aplicável à prescrição, errando no direito aplicável, traria ainda o equívoco de transferir regra de direito processual não aplicável ao processo arbitral, errar também na premissa sistêmica que traçamos.

Entretanto, não parece razoável impor à parte que procura exercer o seu direito da forma como celebrado o contrato o transcurso da prescrição, se a instituição arbitral se atrasa ou se a parte contrária protela o procedimento para a aceitação do encargo pelos árbitros, ciente de que o ato é fundamental para a interrupção da prescrição.¹³ Assim, pensamos que a interpretação que se adapta à arquitetura processual sistêmica do processo arbitral é a de que, considerando o árbitro juiz de fato e de direito (art. 18), após sua aceitação no encargo, se o procedimento estabelecido, institucional ou volitivamente, não prever o ato do árbitro em *mandar citar*, que a parte deva assim requerer, para efeito de interromper a prescrição.¹⁴

Não acreditamos, porém, que tal fato fará com que os efeitos retroajam para o momento da aceitação do encargo pelo árbitro. Novamente, isso seria uma aplicação do

¹¹ Em sentido contrário, CARREIRA ALVIM defende que qualquer ato de comunicação à parte contrária que “importe em diligência no sentido de submeter a controvérsia à arbitragem” interrompe a prescrição (*Direito arbitral*, p. 101).

¹² Não é o que ocorre na Itália, onde o efeito se dá com o mero requerimento. SERGIO LA CHINA considera que “la domanda” é “il momento iniziale ed ottenere così certezza di avere rispettato eventuali termini perentori, processuali o sostanziali” (*L'arbitrato*, p. 101). Na doutrina portuguesa há uma interpretação um pouco diferente, mas que serve para demonstrar a tipicidade arbitral: tratando-se de compromisso, reputa-se interrompida a prescrição no momento da sua assinatura, uma vez que o instrumento processual revela um litígio e a vontade inequívoca do titular do direito sujeito à prescrição em exercê-lo; tratando-se de cláusula, interrompe-se com a notificação para início do procedimento arbitral, tal qual no modelo italiano (cf. RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem*, p. 391-392).

¹³ Cf. RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem*, p. 392.

¹⁴ Nesse sentido, JOÃO BOSCO LEE, *Estudos de arbitragem*, p. 372.

ordenamento estatal ao processo arbitral. Não é por aí. Mas, então, pode permanecer o risco de incidir a prescrição. Assim, havendo perigo de dano, situação de urgência na interrupção da prescrição, notando a parte requerente que não poderá aguardar certos atos do procedimento arbitral, seja a aceitação, seja a ordenação para citar, seja esta propriamente dita, deve se valer do sistema do processo estatal.

Há que ajuizar demanda cautelar para interromper a prescrição.¹⁵ O chamado protesto interruptivo da prescrição,¹⁶ a ser ajuizado perante o juiz estatal (CPC, arts. 867 a 873), que encerrará sua jurisdição assim que houver a citação. Aí sim, com os convenientes efeitos retroativos do parágrafo 1.º do art. 219 do Código de Processo Civil, que voltarão até o ajuizamento de tal demanda. Eis mais uma demonstração de como um sistema produz influência no outro e de que maneira ambos precisam trabalhar sem interferências abruptas/assistêmicas. No exemplo, temos a *abertura cognitiva* do sistema arbitral com o de direito material (prescrição) e processual estatal (medida de urgência).

Passemos agora a analisar a *fraude de execução* ocorrida no período do procedimento em foco, o que, convenhamos, pode ser bem mais comum do que no curso propriamente dito do processo arbitral, depois da aceitação do encargo. No momento em questão, se a leitura do fenômeno for excessivamente dogmática, postura inadequada ao processo arbitral, o véu da incerteza trabalhará em favor do fraudador e em detrimento da jurisdição arbitral e estatal, além do credor. É preciso combater isso. É o que demonstramos a seguir.

Com o aumento dos conflitos arbitrais, parece ser natural que também cresçam os casos em que um dos litigantes, a rigor, mas não exclusivamente, o devedor no plano material,¹⁷ achando-se frágil em sua posição no processo que enfrentará, busque frustrar o cumprimento da sentença arbitral, dissipando ou onerando bens de seu patrimônio.

¹⁵ Com razão, JOÃO BOSCO LEE, *Estudos de arbitragem*, p. 372. DONALDO ARMELIN questiona se tal demanda, que ele considera de jurisdição voluntária, não estaria também no leque da competência do árbitro, inviabilizando a alternativa sugerida (Prescrição e arbitragem, p. 77), posição com a qual não compactuamos, pois contrária ao que já manifestamos acerca da exclusividade da jurisdição contenciosa no processo arbitral (cf. capítulo 2, item 2.2.2).

¹⁶ Ver, por todos, MIRNA CIANCI, Do interesse na ação de protesto interruptivo da prescrição.

¹⁷ Não só ele, pois o credor vencido será devedor de sucumbência, também lhe incidindo os efeitos da fraude de execução.

Em primeiro lugar, sendo nossa premissa que o processo arbitral é exercício de jurisdição, temos como certo que é possível falar em fraude de execução no seu universo. A afirmação poderia soar algo óbvia, não fosse uma objeção possível, traduzida no seguinte ponto: se ao instituto incide apenas *regra* de direito processual estatal (CPC, art. 593), não haveria que falar em fraude de execução no processo arbitral, pois, como dito, não é possível o transplante raso de dispositivos de um sistema para o outro.¹⁸

Essa ponderação traz uma falsa coerência, estando equivocada. Por alguns motivos. Primeiro porque o ordenamento vigente distribui, em variados diplomas, normas heterotópicas¹⁹ criando um sistema próprio de proteção contra a fraude processual, entre as quais a executiva é espécie.²⁰ Dispositivos materiais e processuais convertem para criar um conjunto, até certo ponto coerente,²¹ para proteger não apenas o credor contra a fraude, mas o *exercício da jurisdição*.²²

Daí ser possível dizer que o principal bem jurídico que se busca proteger com a fraude de execução é o comando estatal contido na sentença. Tal se dá porque o que acaba sendo atingida é a sua capacidade de transformar um preceito abstrato em uma realidade concreta, na máxima relação direito-processo. No plano dos envolvidos no processo, tanto é verdade que a fraude executiva não é mero dispositivo ou regra, que a proteção a que ela se volta não é apenas ao credor, como tipificada no direito material, mas também ao terceiro

¹⁸ Com a mesma conclusão, mas divergindo da premissa, pois imputa a causa em não haver jurisdição no processo arbitral, TEORI ZAVASCKI diz que “a instalação do juízo arbitral não pode ser considerada para efeito de fraude de execução, porque é procedimento sem natureza jurisdicional. [...] Os negócios de disposição dos bens penhoráveis, celebrados antes da citação do devedor na ação executiva da sentença arbitral, não configuram, portanto, fraude de execução e sim, se for o caso, fraude contra credores” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 271).

¹⁹ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR estudou a relação entre os sistemas do direito processual e do direito material, especialmente sobre as normas heterotópicas de ambos, dizendo que “[...] sem embargo da autonomia científica do estudo do direito processual, a moderna doutrina do processo não se cansa de ressaltar seu caráter instrumental, o que o coloca em irrecusável simbiose junto ao direito material. Na verdade, é hoje mais relevante destacar os pontos de contato entre os dois grandes segmentos da ordem jurídica do que isolá-los em compartimentos estanques, de bela configuração acadêmica, mas de escassa repercussão para a função prática ou de resultado que do direito processual se espera na pacificação social e na realização efetiva do direito material” (O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual).

²⁰ Ou o que chamamos em estudo publicado de “*microssistema da fraude executiva*” (cf. A eficácia cautelar na averbação da demanda executiva, p. 172). Sobre as variadas fraudes do devedor no processo, cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 371 e ss.

²¹ CPC, art. 593, e CC, arts. 158 a 165.

²² Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 391. CARMONA aponta que “o legislador preocupou-se com a fraude perpetrada pelo devedor em dois níveis distintos: no grau mais alto, preservar-se a função estatal de distribuir justiça; num segundo patamar, protege-se o credor contra os embustes praticados pelo devedor para não cumprir suas obrigações” (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 1950).

de boa-fé.²³ Demonstra esse aspecto também o fato de que o guarda-chuva de proteção se inicia no processo de conhecimento, não no de execução (atualmente cumprimento de sentença).²⁴

Assim, quanto à fraude de execução, não temos uma mera série de regras processuais, cujo trânsito simples e raso ao processo arbitral seria facilmente objetado à luz da premissa sistêmica que traçamos nos momentos antecedentes deste estudo. O que há é um conjunto de regras e *princípios*, tanto de direito material quanto processual, assentados inclusive em firme construção jurisprudencial superior²⁵ e voltados a evitar um ato da parte que tente burlar o Estado no exercício da jurisdição.

Uma vez que a Lei de Arbitragem equiparou a sentença arbitral à judicial, na medida em que a primeira, tendo efeito condenatório, constituirá automaticamente título executivo judicial, alterando o art. 584, III,²⁶ do Código de Processo Civil (art. 41), não se pode negar que qualquer ato do devedor que incorra na hipótese do art. 593 do Código de Processo Civil, alienação ou oneração de bens no curso do processo arbitral, desde que considerado como “demanda capaz de reduzi-lo à insolvência”, poderá ser considerado como em fraude de execução (CPC, art. 593, inc. II).

Entendimento contrário premiaria a má-fé, a fraude à jurisdição. O devedor poderia celebrar convenção arbitral, ciente de que no processo arbitral posterior não será possível o reconhecimento da fraude de execução, apenas para poder tranquilamente dilapidar patrimônio no seu curso. Convenciona a arbitragem apenas para fugir desse efeito do processo estatal. Escolhe o tipo de exercício de jurisdição que lhe acoberte a perfídia. Nesse caso, o processo arbitral prestaria um desserviço à função pública da jurisdição. Seria utilizado como mecanismo voltado a referendar a escaramuça, o crime. E processo nenhum, muito menos o arbitral, tolera tais manobras.

²³ Súmula 375 do STJ: “o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

²⁴ Cf. CARMONA, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1950.

²⁵ Abordamos a jurisprudência como fonte do direito no geral e a jurisprudência dos Tribunais Superiores como a máxima expressão disso na monografia *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 6 e ss.

²⁶ Tal dispositivo corresponde hoje ao art. 475-N, IV, do Código de Processo Civil, mantendo intacto seu conteúdo.

Portanto, não sendo preciso aprofundar a possibilidade de a fraude de execução ocorrer no processo de conhecimento, posteriormente reconhecida quando do cumprimento da sentença, o mesmo se dá com o processo arbitral.²⁷ O ato será fraudulento à jurisdição exercida pelo árbitro. Será uma fraude à eficácia de sua sentença. Logo, não podemos considerar adequada uma interpretação que afaste esse efeito do processo arbitral. Ainda que tal reconhecimento aconteça posteriormente, no processo judicial de cumprimento da sentença arbitral (CPC, arts. 475-J e 475-N, inc. IV), pelo juiz togado, em mais uma demonstração de *abertura cognitiva* entre os sistemas.

A questão é saber se o fenômeno pode se dar antes da aceitação do encargo pelo árbitro. E, nesse ponto, a conclusão deve ser diversa da prescrição. Acreditamos que deixar o reconhecimento da fraude para apenas depois de tal momento seria frontalmente contrário à higidez da jurisdição exercida pelo árbitro. Seria temerário à sentença arbitral e, fundamentalmente, à efetividade do processo arbitral, nos termos do que apontamos antes (item 2.2.4 *supra*). E seria também violador da jurisdição exercida pelo juiz togado, quando do cumprimento de tal sentença arbitral, na medida em que o processo satisfativo será frustrado. Enfim, tal interpretação levaria a situações intoleráveis tanto pelo sistema do processo arbitral quanto do processo estatal. Outra solução deve ser encontrada.

Fazendo um comparativo com o que foi dito antes, não estamos falando de proteger o credor, ou o requerente, dos efeitos da prescrição, entendida como fenômeno material contra o qual o interessado tem a seu cargo instrumentos judiciais de cautela (como o protesto interruptivo mencionado). O enfoque deixa de ser privado e adquire um enquadramento publicístico de exercício e de eficácia da jurisdição. O ato de fraude é praticado contra ela. Não podemos negar que a aceitação do árbitro pode acontecer em momento tardio do procedimento arbitral. Bem depois da notificação do requerido para a instauração da arbitragem, ou ainda mais tarde no caso de cláusula aberta, em que se notifica para os termos do art. 6.º. Ora, desde que notificado do início da arbitragem, ou mesmo ciente de que terá início um processo arbitral, ele pode se desfazer de todo o seu patrimônio, frustrando a eficácia da sentença arbitral. Subvertendo os objetivos do processo. Afrontando a jurisdição que será exercida.

---

²⁷ Nesse sentido, cf. JOEL FIGUEIRA DIAS JÚNIOR, *Arbitragem: jurisdição e execução*, p. 275; e SIDNEI AMENDOEIRA JR., *Execução e impugnação da sentença arbitral*, p. 708.

Podemos até imaginar uma situação ainda mais lastimável, a do devedor que deseje ludibriar justamente mediante o uso do processo arbitral porque enxerga no instituto um mecanismo mais adequado a tanto. Para ele, a arbitragem será apenas para esse fim: instaurado um determinado conflito contratual, celebra compromisso, sendo até mesmo ele quem toma a iniciativa (art. 6.º). Depois cria os mais variados embaraços para a aceitação dos árbitros, só para, nesse interregno, implementar a fraude. Isso se já não o fez antes, no curso da demanda do art. 7.º, em situação de conflito criada quanto aos termos do compromisso justamente para esse fim. Não se pode premiar a fraude. O processo arbitral não deve servir para isso.²⁸

Justamente considerando todo o amplo quadro de proteção da jurisdição arbitral e do próprio credor, assim como o panorama de fraude que se revela se adotarmos uma posição rígida quanto à aceitação do encargo pelo árbitro, pensamos que o termo *a quo* para ser considerado como em fraude executiva deve ser a partir do momento em que o devedor tem ciência da situação litigiosa. Isso poderá ocorrer antes mesmo do início do procedimento arbitral, com a celebração de um compromisso. Ou, em exemplo ainda mais emblemático, com a demanda do art. 7.º. Ou ainda, em caso de cláusula compromissória, com a notificação recebida para início do procedimento. Basta que o devedor tenha ciência do objeto do processo arbitral que será iniciado quando da prática do ato de alienação.²⁹

Por tudo o que colocamos, considera-se aqui a disposição do Código de Processo Civil (art. 593), que busca proteger a jurisdição contra a fraude, como de conteúdo *principiológico*.³⁰ Por isso, é equivocado o entendimento de que a fraude de execução não

²⁸ BRUNELA VINCENZI aponta o exercício de posições jurídicas inadmissíveis no processo relacionando-as à solução pela via da aplicação da cláusula da boa-fé objetiva no processo (*A boa-fé no processo civil*, p. 172 e ss.). Poderíamos transpor tais ideias para o processo arbitral, com o fim de que o formato apresentado não redunde em dano nem à jurisdição nem a qualquer envolvido no seu exercício, incluído o credor requerente, que deve ser protegido por um sistema de contra-ataque à fraude executiva existente tanto no ordenamento processual quanto no material.

²⁹ Aliás, essa relação com a notificação e não com a aceitação do encargo é a mesma que ocorre para efeito da análise do art. 806 do Código de Processo Civil para as cautelares prévias à instituição do juízo arbitral. Não se pode imaginar que a demora, não imputável à parte requerente, na aceitação do encargo pelo árbitro, possa levar ao fim dos efeitos da medida concedida, sendo considerado, portanto, que tomou as providências cabíveis ao requerer a instituição da arbitragem. SELMA LEMES utiliza por analogia o art. 219 do CPC (cf. A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem, p. 422). Com igual conclusão, mas sem se valer do mesmo dispositivo estatal, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 327; e BATISTA MARTINS, *Apostamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 247.

³⁰ Firmes novamente em ensinamento de HUMBERTO ÁVILA, princípios são “normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização” (*Teoria dos princípios*, p. 91). É exatamente o caso. O que pretende o art. 593 do CPC é um estado ideal de coisas, de manter a jurisdição incólume de fraudes, descrevendo os comportamentos

incide no processo arbitral, pois há erro de premissa nesse ponto, de entender a questão como uma mera transferência de regra de um sistema para o outro. A norma aludida pode sim influir no sistema do processo arbitral, pois seu conteúdo é de *princípio*. E isso se adequa à ideia de relação entre sistemas (*abertura cognitiva*) que inserimos nos primeiros capítulos. Logo, pode ser trazida para o campo do processo arbitral, voltada a resguardar a jurisdição arbitral e o próprio processo arbitral como instrumento desta. E poderemos, com isso, aplicar semelhantes soluções do processo estatal ao arbitral visando combater a fraude.³¹

As características próprias do procedimento arbitral impõem certas adaptações à disciplina da fraude de execução. Em específico, no que diz respeito ao seu marco inicial, que deve corresponder ao momento em que o requerido tenha conhecimento da pretensão que está sendo veiculada naquele procedimento. E não a partir do momento em que o árbitro aceita o encargo, quando o requerido já sabe, *quantum satis*, dos termos do litígio.³²

Entendimento contrário geraria situação intolerável. Levaria à necessidade de uma demanda judicial própria (a chamada ação pauliana) para demonstrar a fraude a credores incorrida, com o pesado ônus da prova a cargo do autor da arbitragem e credor, quando, em verdade, não apenas o credor que se quer proteger, mas o próprio exercício jurisdicional arbitral.

Antes de concluir, precisamos fazer breves comentários sobre o *terceiro* ao *processo arbitral* no que tange à *fraude de execução*. Como sabido, no processo judicial

---

respectivos reprováveis. Logo, a regra, para nós, tem conteúdo de princípio, podendo ser empregada ao processo arbitral, na linha do que defendemos no capítulo 2 da tese. Como bem registrou DINAMARCO em lição trazida acima, o trato de situações de fraude de execução não escapa de uma análise *in concreto*, para que a ideia central de amparo à jurisdição não se esvaia (*Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 391).

³¹ Tanto é possível a interpretação ora sugerida que, em comentários à norma, que para nós tem conteúdo de princípio, do art. 593 do Código de Processo Civil, enfrentando a questão de a partir de quando no processo estatal há que considerar o ato em fraude de execução, após ter apontado o entendimento sobre a citação válida, diz CARMONA que “tal interpretação – de cunho genérico e sistematicamente adequada – não pode ter caráter absoluto, e comporta mitigação. Com efeito, se o credor puder provar que antes mesmo da citação o devedor teve conhecimento da existência da demanda, alienando bens para impedir a excussão patrimonial, não parece despropositado abrir exceção à regra para abarcar o ato na fraude de execução” (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 1951 – destacou-se). É justamente uma posição como essa, adaptada ao processo arbitral, que estamos propondo.

³² Sendo assim, podemos aplicar o mesmo raciocínio do processo estatal, que considera que o devedor deve ser citado, ou deve ter ciência inequívoca do litígio, ou que “para que se considere a alienação em fraude de execução não é suficiente o ajuizamento da ação. Há, para tanto, necessidade da citação válida do executado para demanda com possibilidade de convertê-lo à insolvência” (STJ, 4.^a T., REsp 2.573/RS, Rel. Min. Fontes de Alencar, RT 659/196).

vigora o princípio da publicidade (art. 5.º, LX, CF e art. 155 do CPC). No arbitral, embora não seja regra, na prática é comum os processos serem sigilosos.³³

No processo estatal, a despeito de não ser absoluta, uma vez feito o registro a que se refere a Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça,³⁴ a presunção milita contra o terceiro adquirente e em favor do credor, impondo ao primeiro o ônus de provar que não tinha como saber da existência do processo. No processo arbitral o sigilo inverte as coisas. Afora questões técnicas quanto ao conteúdo do verbete, a presunção criada passa a ser contrária ao credor requerente do processo arbitral, beneficiando o terceiro adquirente. Ou mesmo o devedor que utiliza o processo sigiloso para se beneficiar de uma transmissão fraudulenta. A presunção, nesse caso, inverte-se. Se o procedimento for confidencial, até mesmo o próprio credor, que é parte no processo, encontra óbice na cláusula de confidencialidade para alertar eventuais terceiros interessados na compra de bens de seu devedor da existência do processo arbitral.³⁵

Logo, por conta da fraude de execução, para que o processo arbitral não gere ao credor o efeito danoso quanto a um terceiro de boa-fé, ou mesmo contra a criação pelo devedor de uma série de transmissões a falsos terceiros de boa-fé, pensamos que é preciso uma alternativa. E ela surge buscando inspiração no sistema do direito processual estatal e no sistema de leis materiais que visa conferir eficácia à publicidade dos atos. Falamos do art. 615-A do Código de Processo Civil,³⁶ que, embora não aplicável, por não se tratar de execução, pode ser usado por analogia (CPC, art. 126),³⁷ uma vez que também inserido no microssistema de combate à fraude, em concomitância com o art. 167, item 21, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).³⁸ O autor do processo arbitral pode averbar na matrícula do bem, se imóvel, simplesmente o fato de que sobre ele há demanda que poderá fazer com

³³ Tanto que o sigilo é obrigatório no regulamento da Câmara Brasil-Canadá, salvo se as partes não o quiserem, obviamente – art. 9.8.

³⁴ “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

³⁵ Segundo BARBOSA MOREIRA, “a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de demonstrar o contrário, independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu” (As presunções e a prova, p. 60).

³⁶ Sobre o art. 615-A, cf. nosso A eficácia cautelar na averbação da demanda executiva.

³⁷ Dispositivo que, por ser princípio do processo estatal, é plenamente passível de uso no arbitral.

³⁸ “Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: [...] 21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis.”

que a sua eventual alienação/onerção seja considerada em fraude executiva.³⁹ Nesse caso, vemos abertura cognitiva entre o sistema do processo arbitral com o do direito processual e direito material.

Outra alternativa seria o autor do processo arbitral também utilizar *abertura cognitiva* entre os sistemas dos processos arbitral e estatal. Falamos de ajuizar demanda cautelar judicial de protesto contra alienação de bens buscando apenas uma publicidade para terceiros, que não poderão alegar desconhecimento futuro. Para equilibrar a questão do sigilo, bastaria mencionar, genericamente, que há processo arbitral em curso envolvendo o devedor e que eventuais negociações dele com terceiros poderão, se implementados os requisitos do art. 593 do Código de Processo Civil, gerar fraude à execução da sentença arbitral, com a consequência de ineficácia.

Reputamos que uma interpretação sectária das regras no caso pode levar a prejuízo do credor que eleja o processo arbitral.⁴⁰ Ou, o que é pior, em prejuízo do próprio instrumento jurisdicional arbitral, beneficiando o devedor de má-fé, que, como já ponderado, poderá usar o processo arbitral sigiloso apenas para montar transferências com terceiros que posteriormente alegarão boa-fé, contra os quais o credor praticamente não terá defesa.

Por fim, ainda podemos pensar na alienação da coisa litigiosa (CPC, art. 42) durante este mesmo momento do procedimento arbitral. Acreditamos que igual raciocínio da fraude de execução possa ser utilizado, pois a alienação do bem pode gerar igual consequência da fraude.⁴¹ Ao que tudo indica, se a situação for de fraude ao processo, devemos considerar que os efeitos de tornar a coisa litigiosa acontecem também a partir do momento em que o requerido passa a ter conhecimento da contenda arbitral sobre o bem, o que pode ocorrer

³⁹ Ainda sobre o art. 615-A do CPC, MARCELO BONÍCIO defende ser aplicável ao processo de conhecimento (Apontamento sobre a aparente necessidade de averbação para configuração da fraude de execução segundo as novas regras do artigo 615-A do CPC, p. 373), o que facilitaria a incidência para o processo arbitral, evitando fraudes mediante alegações falsas de boa-fé de terceiros, ou mesmo situações de reais terceiros de boa-fé, mas em detrimento do credor arbitral.

⁴⁰ DINAMARCO analisou a fraude no processo arbitral com terceiro adquirente, concluindo que o mesmo tratamento do processo estatal deve a ele ser dado, embora quanto aos terceiros, por conta do sigilo, seja necessário um tratamento caso a caso (*Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 391), o que se alinha com nossa posição de uma ponderação de valores e de tentar emprestar o máximo possível de efetividade ao processo arbitral, para que não fique sujeito a manobras de fraude a que a interpretação cartesiana de regras pode levar, como nos exemplos aqui dados.

⁴¹ O efeito de tornar ao ato ineficaz, não ilegal (nesse sentido, *RSTJ* 19/429). Nesse sentido, cf. ROBERTO BEDAQUE, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 112.

nas mesmas hipóteses acima apontadas para a fraude executiva no procedimento arbitral, englobando os eventuais atos materiais praticados nesse interregno.⁴²

Para concluir, há que considerar premissas mínimas de proporcionalidade entre o bem protegido e o ato descrito como elemento norteador da interpretação de regras sobre as fraudes no/ao processo.⁴³ Não se pode permitir que uma parte eleja o processo arbitral como meio para a implementação de fraude. Não se pode concordar que uma característica do processo arbitral, o sigilo, mentalizado para proteção das partes, possa reverter em desfavor do credor e da jurisdição. E tudo isso poderia perfeitamente acontecer. Seja com a posição de que não incide o instituto da fraude de execução no processo arbitral, seja, até mesmo, naquela em que se entenda somente se aperfeiçoar depois de aceito o encargo pelo árbitro, ou ainda em função do sigilo no processo perante terceiros. Todas essas hipóteses poderiam servir como mote para a eleição do processo arbitral como mecanismo de ardil, o que é contrário a toda a filosofia desta tese. Daí as propostas acima.

Feitas as considerações que reputamos mais pertinentes àquela fase do procedimento arbitral, em especial diante de situações concretas que demandam soluções sistêmicas, passemos agora a analisar o ato que se considera, pela Lei de Arbitragem, como o início formal do processo arbitral. Falamos da aceitação do encargo pelo árbitro.

3.1.2 A aceitação do encargo e o início do processo arbitral

Tratemos agora do momento a partir do qual há efetivamente processo arbitral. Por opção metodológica, não abordaremos as inúmeras questões que gravitam em torno da nomeação, impugnação e recusa do árbitro, ou mesmo do dever de revelação.⁴⁴ Nosso marco inicial é a aceitação propriamente dita.

⁴² Para os termos da lei, conforme aponta o próprio regulamento da CCI, provavelmente prevendo as consequências dos atos praticados entre o pedido de início da arbitragem e a efetiva aceitação pelos árbitros: “Art. 4.º, n. 2. A data de recebimento do Requerimento pela Secretaria deverá ser considerada, *para todos os efeitos*, como a data da instauração do procedimento de arbitragem”.

⁴³ Sobre a relação entre este e o devido processo legal, cf. MARCELO BONÍCIO, *Proporcionalidade e processo*, p. 28 e ss.

⁴⁴ Ver NUNES PINTO, Recusa e impugnação de árbitro.

Quando se fala que o processo arbitral tem início com a aceitação do encargo pelo árbitro, é preciso fazer um paralelo inevitável com o meio judicial de exercício de jurisdição: estamos a analisar o momento da investidura de jurisdição pelo árbitro, nos termos do art. 19, *caput*. Inaugura-se o *juízo arbitral*.⁴⁵ O que isso significa nos termos do sistema do processo arbitral? Algumas coisas relevantes.

A primeira delas é que passa a haver efetivo *processo* e não mais *procedimento* arbitral. O árbitro é a partir de então considerado, para os termos e consequências da lei, como juiz de fato e de direito da demanda arbitral (art.18), inclusive com a equiparação ao funcionário público para efeito de responsabilização criminal (art. 17). Decorre disso que, instaurada a jurisdição arbitral, por exemplo, todos os provimentos judiciais prévios eventualmente concedidos a título de tutela de urgência serão atraídos para a jurisdição arbitral. Passa esta a ter o caráter extintivo da competência do juiz togado até então oficiante, quando então os árbitros referendarão ou revogarão as medidas concedidas.⁴⁶ Eis mais um exemplo de comunicação integrativa entre os sistemas processuais, a chamada abertura cognitiva.

Peculiaridade sistêmica do processo arbitral nesse tocante é justamente o fato de que o mesmo não ocorre na esfera judicial. Praticamente não há exemplo em que uma medida concedida na jurisdição arbitral passe a ser referendada ou cassada na judicial, salvo em duas hipóteses previstas pelo próprio sistema arbitral como método de implementação desse tipo de abertura cognitiva: *a)* quando as partes assim o queiram, abrindo mão da jurisdição arbitral e indo para o processo estatal; e *b)* na hipótese da demanda de anulação do art. 33, em que, sendo anulada a sentença, também o serão as eventuais medidas de urgência concedidas pelo árbitro no seu curso.

A segunda, em termos diferenciais entre o processo arbitral e o judicial à luz do que importa na nossa premissa, é o próprio fato de *aceitar* a investidura. Isso, como sabido, não ocorre com o juiz togado, cuja investidura é prévia à constituição do processo estatal que lhe chega à mão. O juiz togado já está investido antes do início do processo, ao passo que no processo arbitral só há processo se o árbitro aceita sua nomeação. Uma investidura volitiva.

⁴⁵ Como ensina DINAMARCO em seu clássico “vocabulário de direito processual”, “juízo tem sentido de órgão judiciário” (*Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 184).

⁴⁶ Cf. BATISTA MARTINS, Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 226.

Da parte que o escolheu, ainda que se considere o presidente de tribunal arbitral designado pelo órgão, pois a indicação ainda é da parte que elegeu a instituição,⁴⁷ e também do próprio árbitro.⁴⁸ Logo, ao contrário do juiz togado, ele não está obrigado a julgar, apenas se aceitar a nomeação.

E aqui torna-se muito evidente o papel que a autonomia da vontade exerce no processo, e não só no procedimento arbitral, à luz do que apontamos no capítulo anterior (item 2.2.2), característica absolutamente própria do processo arbitral, integrando seu fechamento operacional de constituição do fenômeno processual arbitral. Podemos ainda ponderar, embora pareça um tanto óbvio, que o ato de aceitar condiciona a formação do processo.⁴⁹ Nada disso ocorre no processo estatal, como é por todos sabido.

Ainda no tocante à aceitação, diferentemente do que acontece no processo estatal, desde seu nascedouro o processo arbitral pode contar com mais de um árbitro, mais de um julgador. O que é inclusive o mais comum na prática, o chamado tribunal arbitral. Vemos aqui um diferencial também em termos de fechamento operacional do sistema do processo arbitral, na medida em que julgamento colegiado no processo estatal só ocorre, como é cediço, em grau de recurso, em que o colegiado é o juiz natural da causa. Na hipótese, considera-se instituído o processo arbitral apenas depois que o último árbitro indicado aceitar o encargo. Disso podem decorrer algumas complicações práticas na formação do tribunal arbitral, é verdade, como nos processos multipartes,⁵⁰ em que cada uma delas deve indicar um árbitro,

⁴⁷ Praticamente todos os regulamentos das principais câmaras arbitrais adotam uma ampla liberdade às partes na indicação do árbitro, como são exemplos a CCI (art.9.2) e a AAA (art. 6.º).

⁴⁸ Nesse sentido, cf. SELMA LEMES, A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem, p. 413-417. Após mencionar que na Itália é diferente, diante da necessidade de aceite formal escrito pelo ordenamento processual de lá (lembramos que o processo arbitral é regido também pelo Código de Processo Civil italiano), CARMONA aponta que não há necessidade formal para tal aceitação, valendo qualquer meio de prova dela, inclusive de ocorrer tacitamente (*Arbitragem e processo*, p. 279). No mesmo sentido, BATISTA MARTINS, Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 227.

⁴⁹ Como diz BATISTA MARTINS, “a aceitação pelos árbitros é *conditio sine qua non* para a existência e validade do juízo arbitral” (Ibidem, p. 225).

⁵⁰ Inclusive para efeito de gerar uma repartição da competência entre a jurisdição estatal e a arbitral, dependente de cada parte (cf. CARMONA, Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro, p. 43). OLIVIER CAPRASSE conceitua o processo arbitral multiparte não apenas como aquele em que existe mais de uma pessoa envolvida, que, por exemplo, poderiam ser divididos em dois lados bem definidos, o que se assemelharia ao processo normal entre dois contendores, mas sim aquele em que há mais de dois litigantes com interesses conflitantes, ligados pelo mesmo arranjo contratual, único ou múltiplo, que deve ser objeto de uma decisão única (A constituição do tribunal arbitral em arbitragem multiparte, p. 83). O regulamento da CCI, por exemplo, disciplina a formação do tribunal arbitral em processos multiparte de forma sintética, apenas regulando quando as partes podem ser divididas em dois grupos distintos. Logo, nada dispondo sobre o contexto apresentado por CAPRASSE, em caso de divergência sobre a indicação no processo com “múltiplas partes”, caberá à instituição fazer a de todos (art. 10, n. 2). Ainda sobre outros

o que sabidamente não acontece no processo estatal. Logo, mais um diferencial em termos de fechamento operacional no processo arbitral em relação ao estatal.

Uma terceira consequência do ato de aceitar é que, a partir de então, embora haja *juízo* arbitral, ao contrário do juiz togado, o árbitro não tem *foro*.⁵¹ Este fato resulta da própria opção da Lei de Arbitragem de não diferenciar processos arbitrais nacionais ou internacionais. Para a lei, não faz diferença a sede do processo arbitral.⁵² Não existe esse conceito na lei. Ela apenas distingue as sentenças nacionais das estrangeiras no que tange à homologação das últimas (arts. 34 a 40),⁵³ como aquelas que forem proferidas fora do território nacional (art. 34, parágrafo único). Essa concepção decorre de uma visão alinhada com a atual internacionalização dos atos jurisdicionais.⁵⁴

Mostramos sinteticamente que o modelo pelo qual o processo arbitral se instaura é bastante distinto do estatal. Existem, inclusive, consequências práticas desse formato que levam a situações claras relativamente à nossa premissa teórica. Seja no tocante ao fechamento operacional, seja na abertura cognitiva, demonstrando, com isso, que também nesse especial estamos diante de um sistema à luz do conceito adotado. Prosseguindo na marcha do processo arbitral, ocorrida a aceitação, ao árbitro cabe agora um dever de ofício, a análise dos pressupostos do processo arbitral. Veja-se.

---

aspectos práticos da formação do tribunal multiparte, cf. BERNARD HANOTIAU, *Complex arbitrations*, p. 197 e ss.

⁵¹ “Foro significa território” (DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 184). Na sua produção, *a prova não tem foro*, segundo entende FERNANDO BREDAS PESSOA, na medida em que na arbitragem comercial internacional “toda a sua delimitação procedimental e material será determinada segundo a vontade das partes e também segundo o entendimento do árbitro” (A produção probatória na arbitragem, p. 73).

⁵² Cf. ADRIANA BRAGHETTA, A escolha da sede da arbitragem; e A importância da sede da arbitragem.

⁵³ Consideramos haver efetivo processo de homologação de sentença arbitral estrangeira (nesse sentido, ANDRÉ ABBUD, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 90; e RENATA ÁLVARES GASPAR, *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, p. 124), havendo também nele uma *abertura cognitiva* clara entre o sistema do processo arbitral com o judicial, tanto pelo fato de a sentença arbitral ser objeto de apreciação, ainda que limitada aos exatos termos do art. 38 (não podendo analisar o mérito da sentença), pelo Judiciário, seja pelo próprio fato de a Lei de Arbitragem trazer, expressamente, que a “petição inicial” deverá conter os requisitos da petição inicial do processo de rito ordinário da jurisdição estatal comum, nos moldes do “art. 282 do Código de Processo Civil” (art. 37). Tanto é que o processo de homologação poderá ser extinto sem julgamento de mérito diante de um indeferimento da inicial, ou pelo reconhecimento da ausência de um pressuposto processual ou condição da ação (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 481).

⁵⁴ Cf. CARMONA, *ibidem*, p. 436.

3.1.3 Os pressupostos do processo arbitral

Não é comum a doutrina arbitral analisar o objeto deste item.⁵⁵ Uma vez que estamos numa evolução do procedimento do processo arbitral, com uma visão sob o ponto de vista da característica como sistema, são necessárias algumas palavras sobre os pressupostos do processo arbitral, que também é marcado justamente pela tipicidade posta desde as primeiras linhas da tese. Embora se diferenciem em certa forma do modelo judicial,⁵⁶ e algumas vezes, inclusive, no próprio modo com que produzem efeitos, ou mesmo se relacionam com a autonomia da vontade, existem pressupostos processuais arbitrais sem os quais o processo não poderá chegar a bom termo. Vejamos.

Após a aceitação do encargo pelos árbitros, iniciando o exercício da jurisdição, passam a poder (*rectius*, dever), tal qual no modelo do processo estatal, a qualquer momento, apreciar matérias que são inerentes ao seu próprio *munus* público. São aspectos que se relacionam com a capacidade que aquele processo terá para prosseguir até um fim verdadeiro, com o julgamento que estabilize a questão substancial.⁵⁷

Essa atividade inerente à função pode ocorrer assim que o árbitro é investido. Ou no momento previsto no parágrafo único do art. 19, no termo de arbitragem. Ou ainda o árbitro tomará contato com a matéria quando suscitada por uma das partes, no mais das vezes aquela que é chamada como requerida no processo arbitral, a qual poderá fazê-lo justamente no momento de arguir as matérias do art. 20.⁵⁸ Não importa realmente o momento em que esse reconhecimento aconteça.⁵⁹ O que vale é ser um encargo que decorre da sua obrigação,

⁵⁵ Tanto que MARTIM DELLA VALLE, em estudo específico, apontou que muitas vezes teve que seguir sem o amparo de doutrina (Considerações sobre os pressupostos processuais na arbitragem, p. 29).

⁵⁶ “Quase todos os pressupostos processuais reconhecidos tradicionalmente pela doutrina processual civil podem ser encontrados em alguma medida na arbitragem. Entretanto, há especificidades no âmbito da arbitragem, e boa parte de seus efeitos pode ser mitigada pelo comportamento das partes” (MARTIM DELLA VALLE, *Ibidem*, p. 30).

⁵⁷ Relembramos nossa posição de identificar pressupostos processuais e condições da ação como requisitos para a obtenção de uma decisão de mérito (cf. Os recursos e as matérias de ordem pública, p. 113).

⁵⁸ Misturando as matérias do art. 20 com a falta de um ou mais pressupostos processuais, embora sejam coisas absolutamente diferentes. Conforme veremos adiante, as matérias do art. 20 não são pressupostos processuais na medida em que passíveis de preclusão (algumas delas), sendo, portanto, estabilizáveis pelo simples fato de sua não alegação pela parte.

⁵⁹ Salvo para as partes alegarem as matérias do art. 20, pois, para elas, nesse tocante, há preclusão, salvo quanto à nulidade da convenção, conforme veremos mais adiante (cf. item 3.1.6.2 *infra*).

uma vez aceita a investidura, de verificar se o processo reúne as condições mínimas para prosseguir.

Posto isso, relevante para nosso ponto é como tais pressupostos são vistos no esquadro típico do processo arbitral. Se se assemelham ou se se equivalem aos institutos do processo estatal. Podemos desde já dizer que não se equivalem. Talvez se assemelhem, mas não integralmente.

Como dito, tratamos como pressupostos todos os requisitos que o processo arbitral deve reunir para chegar à decisão de mérito. Pode-se dizer, é verdade, que existem alguns desses requisitos comuns tanto ao processo arbitral como ao estatal. Quando ausentes, têm o efeito de impedir que uma sentença, arbitral ou judicial, seja proferida. Caso o seja, geram-lhe anulabilidade.⁶⁰⁻⁶¹ Assemelham-se, mas não se identificam, justamente por conta da tipicidade sistêmica de cada um. A não identificação disso, sempre é bom salientar, pode levar a equívocos de premissas com conclusões negativas para a própria prática do processo arbitral. Uma vez presente vício típico do processo estatal, é preciso que se veja se o tratamento da questão deve se comportar de forma igual ao que lá é feito, ou se podemos trilhar um caminho mais alinhado com as características inerentes à jurisdição arbitral, especialmente à luz dos princípios da autonomia da vontade e do poder diretivo do árbitro.

⁶⁰ A despeito da expressão da lei, que trata de nulidade da sentença arbitral, trata-se de anulabilidade, pois, até que seja cassada ou anulada, a decisão arbitral produzirá seus efeitos, circunstância própria dos atos anuláveis, e não dos atos nulos, como bem ensina CARMONA: “de fato, enquanto não manejada, com sucesso, a demanda de que trata o artigo 33, permanece íntegra a decisão arbitral, sendo certo que, decorrido o estreito prazo decadencial de 90 dias para o ataque ao laudo defeituoso, não há mais como impugná-lo (exceção feita aos laudos condenatórios, eis que reservada ao executado a possibilidade de oposição de defesa de que trata o art. 475-L do Código de Processo Civil)” (*Arbitragem e processo*, p. 398-399).

⁶¹ EDOARDO RICCI diz que a anulabilidade da sentença arbitral assegura o respeito aos pressupostos processuais arbitrais, pois, para ele, há que manter a “legalidade processual” na arbitragem, não podendo o árbitro emitir decisão de mérito em tais casos (*Lei de arbitragem brasileira*, p. 80-81). Por evidente, proferida a sentença viciada por nulidade processual da falta de pressuposto e não impugnada via demanda do art. 33, estabilizada a questão. Não consideramos possível que o vício seja apontado em impugnação ao cumprimento da sentença, pois ele nasceu no curso do processo arbitral e, no prazo legal, deveria ser apontado pela via própria da ação do art. 33. Mesmo na hipótese de “ilegitimidade de parte” (CPC, art. 475-L, inc. IV), consideramos que ela somente pode ser arguida na via impugnativa do cumprimento se também superveniente à sentença arbitral. Em termos práticos, se, por exemplo, quem cumpre não é o titular do direito reconhecido na sentença arbitral em cumprimento. A ilegitimidade de parte havida no processo arbitral, por ser matéria diretamente prevista pelo art. 32 (sentença proferida fora dos limites da convenção – a quem ou contra quem a ela não sujeito), há que ser impugnada via demanda anulatória, pois, afinal, “as hipóteses do art. 32 não se misturam e não se confundem com as do art. 475-J do Código de Processo Civil”, sob pena de pode estimular “a inércia da parte vencida na arbitragem quando a decisão dependesse de execução civil” (CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 430).

É fato que a falta de interesse processual insanável levará à extinção do processo, tanto o arbitral quanto o judicial. E o insanável, no processo arbitral, é bastante difícil de ocorrer na hipótese de consenso das partes em sanar o vício. Havendo comunhão de interesses quanto a solucionar o impasse criado pela ausência de um pressuposto processual, será muito difícil, para não dizer impossível, que não se possa prosseguir com o feito e decidir no mérito.

Isso pode soar utópico diante da natureza de interesses conflitantes da arbitragem? Não, se pensarmos que mesmo o beneficiado com o reconhecimento do vício pode ter mais interesse em ganhar no mérito do que ter uma decisão terminativa, que, para ele, não será satisfativa. Ou, ainda, que saia perdedor, assume o risco, pois prefere discutir o mérito e estabilizar a questão do que não ter a situação substancial resolvida.⁶²

Em exemplo simples, basta pensar em obrigação condicionada a termo que não se realizou nem se realizará, levando à falta de interesse processual. Esse efeito irá de fato ocorrer se a parte beneficiada com o vício dele não dispor, o que, nesse caso, poderá ser feito com a alteração do termo, com a mudança do contratado, mesmo que no curso do processo arbitral, para fins de que ele continue rumo a um fim de mérito.

O mesmo pode acontecer com a impossibilidade jurídica do pedido, sabidamente vinculada ao que o direito material disciplina, uma vez que as partes podem alterar o critério de direito a ser aplicado, ainda que no curso do processo, visando justamente sanar o vício do processo.⁶³ As partes podem, perfeitamente, ser alertadas pelo árbitro do fim processual (e frustrante!), da extinção à sua frente, simplesmente alterar o critério de julgamento de direito, elegendo outro regime jurídico que permita que o processo avance à solução substancial. Ou mesmo, já instaurado o processo, alterar o critério para julgamento por equidade. Elas possuem esse poder de livremente dispor do direito material que deverá ser aplicado, guardadas garantias mínimas de bons costumes e ordem pública (art. 2.º, § 1.º). É

---

⁶² Essa realidade é até comum no ambiente empresarial, em que determinadas empresas de capital aberto, por sua própria natureza de transparência perante terceiros dos mais variados tipos (especialmente seu órgão regulador, a CVM), por questões de governança corporativa, precisam ter a análise sobre o mérito de determinado contrato ou prática comercial.

⁶³ Suposto que se trate, obviamente, de processo arbitral para julgamento por critério de direito (material), embora haja considerável doutrina que reputa ser um julgamento de mérito, pois a análise da ausência de previsão positiva, ou a contrariedade a esta, não deixa de ser um julgamento que toca nele. Não aprofundaremos o ponto, pois exaurido na doutrina processual estatal, não integrando nosso enfoque.

sempre bom dizer, quem elege processo arbitral espera decisão efetiva em termos materiais, o que pressupõe decisão de mérito.⁶⁴

Quanto à ilegitimidade de parte, entendemos que a questão é um pouco diferente. Embora seja certo que tanto no processo estatal quanto no arbitral o vício levará à extinção do feito, no âmbito arbitral ele sempre terá relação com a convenção. Surgirá como consequência da ausência de convenção arbitral relativamente a quem não deveria ser parte. Quem é parte ilegítima em processo arbitral assim o é porque não convencionou,⁶⁵⁻⁶⁶ o que não ocorre no processo estatal.⁶⁷

Vê-se, portanto, que podemos ter vícios do processo que atuem de forma semelhante no processo arbitral e no estatal. Mas, ainda assim, há diferenças, sendo possível temperar a drástica solução da extinção mediante a atuação sanatória pelas partes e árbitros. Tanto à luz da autonomia da vontade quanto do enorme poder diretivo do árbitro, características que não existem no processo judicial com esse formato.

⁶⁴ Na doutrina do processo estatal, essa visão é conhecida como a ideal relação entre direito e processo, ou que “il processo (*rectius*: i molti procedimenti in cui si articola la tutela giurisdizionale) pertanto, attraverso l’attività delle parti (esercizio dell’azione) e del giudice (esercizio della giurisdizione), mira a far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo è impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea da parte dei consociati” (cf. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 34-35).

⁶⁵ Embora no arbitral seja ainda mais patológica. Dissemos isso porque nesse aspecto talvez haja uma certa diferenciação com o processo estatal. É possível concluir que o processo arbitral é ainda mais voltado ao julgamento da crise material em si do que o estatal, uma vez que praticamente tudo nele é eleito pelas partes que o escolhem porque supostamente melhor dotado do aparato necessário a julgar a questão de *mérito*, entregar efetividade no quesito qualidade da *tutela material*. Daí o julgamento meramente processual ser uma frustração enorme para o processo arbitral.

⁶⁶ As questões atinentes aos vícios da convenção a determinada parte, a nosso ver, não se circunscrevem à legitimidade ou não, mas estão no plano da eficácia e validade da convenção. Podemos apontar o exemplo de determinado acionista que, chamado a integrar o processo arbitral, aponta que a ele a convenção não gera efeitos porque votou contra sua estipulação depois de ter ingressado na sociedade. Tenha ou não razão o tal acionista, e nisso à doutrina o direito material não se alinhou atualmente, fato é que sua impugnação não está no plano do pressuposto processual da legitimidade passiva, mas sim das matérias do art. 20, especificamente a ineficácia da convenção quanto a ele.

⁶⁷ CARREIRA ALVIM defende haver apenas duas condições da ação que se assemelham no processo estatal e arbitral, a legitimidade de parte e o interesse de agir, além de uma condição “específica”, a convenção arbitral (*Direito arbitral*, p. 94). Discordamos em parte do jurista, pois nos parece que a legitimidade se diferencia no processo arbitral justamente por se misturar com a existência ou não de convenção para a parte à qual aproveita o vício, sendo esta uma das peculiaridades das condições da ação arbitral que justamente caracteriza sua base sistêmica, para efeito da premissa teórica que colocamos. Em contrapartida, com razão MARTIM DELLA VALLE ao apontar que os pressupostos do processo arbitral não devem ser uma mera aplicação automática dos do processo estatal e que poucas são as situações obrigatórias, as quais “têm seu fundamento de aplicação na legislação específica, e não no fato de existirem no âmbito do processo civil”, e que “a arbitragem tem particularidades que não encontram equivalentes na legislação processual e requerem soluções distintas” (Considerações sobre os pressupostos processuais na arbitragem, p. 9).

Dito isso, não pretendemos categorizar as diferentes formas com que os vícios do processo arbitral podem levar ao seu fim, muito menos naquelas hipóteses próximas às do modelo estatal. O estudo do processo não deve mais se direcionar às categorizações e às nomenclaturas. Apesar da interminável discussão classificatória da doutrina sobre quais seriam, que diferença faz chamar de condição da ação ou pressuposto processual determinado vício que levará exatamente à mesma conclusão, a extinção do processo?⁶⁸

Não nos propusemos a estudar os pressupostos do processo arbitral por si mesmos,⁶⁹ inclusive porque, talvez em menor grau do que na doutrina processual estatal, há considerável divergência entre os autores sobre o que seja efetivamente pressuposto do processo arbitral.⁷⁰ O que nos interessa é saber em que medida eles se encaixam na ideia de tipicidade sistêmica aqui posta.

Além do interesse, da legitimidade e da possibilidade jurídica, já tratados acima e que geralmente são considerados como condições da ação, podemos citar o formato sintético e clássico de pressupostos processuais composto pela (i) demanda, (ii) investidura e a (iii) capacidade da parte.⁷¹

Os aspectos gerais da demanda arbitral serão vistos no item 3.1.5 abaixo. Para efeito de seu enquadramento como pressuposto do processo arbitral, podemos dizer que haver pedido é de fato um passo essencial para o processo arbitral, embora se diferencie do estatal na forma com que se apresenta. Não há necessidade de que o pedido principie o processo arbitral. Ao contrário, muitas vezes ele será posterior até mesmo à própria instituição da

⁶⁸ DINAMARCO aponta que “não é tão importante fazer essa separação”, pois, segundo ensina, “todos eles situam-se em um só patamar operacional, sendo objeto de um dos dois juízos a serem feitos pelo juiz” (*Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 617).

⁶⁹ Na sua visão mais atual, DINAMARCO divide os pressupostos de admissibilidade do provimento final do processo em legitimidade, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido, investidura, capacidade de parte, personalidade jurídica do demandado, não ocorrência de fatos obstativos, como litispendência, coisa julgada etc. (Ibidem). Na doutrina italiana, PROTO PISANI divide os requisitos relativos ao juiz (jurisdição e competência) dos relativos às partes (legitimidade e interesse – *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 274-344).

⁷⁰ Apenas como exemplo, em estudo voltado ao método arbitral em organismos com Mercado Comum Centro-americano, Comunidade do Caribe, Mercosul e Nafta, JORGE FONTOURA qualifica a obrigatoriedade do cumprimento dos laudos como um pressuposto da arbitragem (Os pressupostos da arbitragem e a solução de controvérsias em blocos econômicos, p. 128). Talvez a intenção do autor tenha sido a de vincular tal necessidade ao fato de as partes utilizarem o processo arbitral utilizando-o como premissa, ou pressuposto. De qualquer sorte, no sentido técnico aqui empregado não podemos considerá-lo como pressuposto processual, cuja falta age necessariamente impedindo ou tornando anulável a decisão de mérito.

⁷¹ Cf. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 287.

jurisdição, a depender da arquitetura procedimental adotada, por exemplo, pelo regulamento da instituição arbitral eleita ou mesmo pelos passos predeterminados pelas partes.⁷²

Para deixar mais claro, no mais das vezes o pedido não inaugura o processo arbitral tal qual ocorre no estatal, em que o pedido é veiculado via petição inicial. O que sucede é que uma das partes simplesmente requer a instauração da arbitragem. E o pedido propriamente dito somente aparecerá depois de instituído o juízo arbitral, mediante ato conjunto de ambas as partes. Esse é um diferencial sistêmico justamente do aparato instrumental, do *fechamento operacional* do processo arbitral quanto ao pressuposto processual da demanda em seu universo. Mas, embora se diferencie do modo com que surge no processo estatal, sem pedido, seja de qual parte for, não há como prosseguir com o processo arbitral. Afora ser útil para demonstrar o aspecto sistêmico do processo arbitral na forma com que nele incide, é também um pressuposto do processo tal qual ocorre no estatal. Sua ausência impede um julgamento de mérito.⁷³

A investidura foi abordada no item imediatamente anterior a este, quando tratamos da instituição do processo arbitral.⁷⁴ O que podemos adicionar ao que ali pontuamos é justamente o fato de que, em termos diferenciais de fechamento operacional do sistema do processo arbitral, a investidura no processo arbitral surge exclusivamente como ato volitivo, da parte⁷⁵ e, principalmente, do árbitro, em modelo absolutamente diferente do *modus* do processo estatal, como referimos antes. É um diferencial em termos de seu fechamento operacional. Contribui na sua formatação como um sistema, não há dúvida. Mas tal qual o processo estatal, a falta de investidura impede uma decisão de mérito, sendo, portanto, um pressuposto do processo.

⁷² MARTIM DELLA VALLE aponta como consequência da estrutura particular da arbitragem o fato de certos regulamentos bipartirem o pedido (Considerações sobre os pressupostos processuais na arbitragem, p. 21).

⁷³ Cf. ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 478.

⁷⁴ Também tendo sido abordada em item específico no segundo capítulo (item 2.2.2 *supra*) como decorrente da convenção, sendo esta um instrumento da autonomia da vontade, que, por sua vez, é pressuposto e princípio informativo do processo arbitral. Tanto é verdade que para SERGIO LA CHINA o processo arbitral deve se destacar tanto do judicial que, pare ele, em termos de pressupostos, somente há que falar na presença de convenção (*L'arbitrato*, p. 82). Não chegamos a esse ponto de isolamento do processo arbitral do estatal, pois, quanto aos pressupostos, ainda entendemos haver alguns que são comuns a ambos, embora, é verdade, possam atuar de maneira particularizada no ambiente arbitral por conta do seu fechamento operacional.

⁷⁵ Cf. DELLA VALLE, Considerações sobre os pressupostos processuais na arbitragem, p. 15.

Já a capacidade de parte, como sabido, alia-se a conceitos oriundos do direito material.⁷⁶ Sua presença no processo arbitral se dá, também, por força justamente da *abertura cognitiva* entre os dois sistemas que permite esse movimento (CC, arts. 2.º, 4.º e 10º), atrelado ao fato de a própria Lei de Arbitragem utilizar a expressão “parte interessada” (art. 6.º), que é a relação substancial retratada pelo contrato. O que temos para observar quanto à capacidade de ser parte na relação jurídica processual arbitral é justamente o fato de que ela decorre do critério de direito material, o que, no caso do processo arbitral, é substancialmente atrelado ao direito eleito pelas partes. Logo, o *fechamento operacional* do processo arbitral, que confere às partes escolher o direito material que incidirá no processo, além de provocar efeitos no momento da decisão, também condiciona o próprio desenrolar do processo. É dizer, não poderá haver decisão de mérito quando o direito material escolhido não conferir aos envolvidos no processo arbitral a capacidade para ser parte. E isso não ocorre no processo estatal, visto que ele sempre estará vinculado ao direito material do País nesse tocante.

É ainda possível apontar outros pressupostos do processo arbitral que a doutrina reputa como negativos, como a inexistência de coisa julgada ou litispendência.⁷⁷ Ambos serão apreciados especificamente abaixo (itens 3.2.1 e 3.4.2 *infra*). Apenas para o enfoque como pressuposto, é evidente que um processo arbitral não poderá encontrar seu termo de mérito se houver *coisa julgada* sobre o ponto em questão. Indiferente decorra de decisão arbitral ou judicial. O efeito preclusivo da coisa julgada, de tornar imutável a decisão, proíbe que outro *juízo* aprecie o que foi decidido.

Não fosse assim, seria possível utilizar o processo arbitral para rediscutir, para rescindir a coisa julgada estatal, fazendo as vezes de ação rescisória, o que, em princípio, não nos parece possível. A não ser para efeito exclusivo de discutir as consequências patrimoniais da decisão. É dizer, a coisa julgada proíbe que outro julgamento, arbitral ou judicial, ocorra sobre o mérito da causa, salvo no processo estatal a ação rescisória e a cassação via demanda do art. 33 no arbitral, com a volta ao juízo arbitral para novo julgamento. No entanto, podemos conceber que os efeitos patrimoniais de uma demanda julgada possam ser objeto de convenção e posterior processo arbitral entre as partes.⁷⁸ Por exemplo, em cumprimento de sentença arbitral

⁷⁶ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 280; DELLA VALLE, *Ibidem*, p. 19-20.

⁷⁷ Cf. ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 487-488.

⁷⁸ Nesse sentido, DELLA VALLE, *Considerações sobre os pressupostos processuais na arbitragem*, p. 29.

ou estatal, tanto faz as partes resolvam deslocar a competência do juiz togado, estipulando que a impugnação será julgada via processo arbitral. Aliás, de forma semelhante ao que ocorre com os embargos no atual regime da execução de título extrajudicial clausulado,⁷⁹ salvo nas questões processuais objeto dos embargos, que continuam perante o juiz togado.⁸⁰

No tocante à litispendência, o mesmo ocorre. Se há demanda judicial prévia com identidade de causa de pedir, pedido e partes, é porque estas simplesmente rejeitaram, ainda que tacitamente, a jurisdição arbitral. O processo arbitral deve ser extinto. Salvo movimento sanatório, estando ambas as partes concordes, de migrarem a discussão do âmbito judicial para o arbitral, o que está na margem de sua autonomia da vontade. O que é impossível é a tramitação conjunta. Se a litispendência for arbitral, o mesmo sucede. Extingue-se a segunda e migra-se para o primeiro processo, mas também a depender da vontade das partes.⁸¹

Em suma, em explanação exemplificativa, diante da dificuldade (impossibilidade) de encontrar consenso sobre o que sejam uns e outras, procuramos abordar alguns dos pressupostos processuais e condições da ação, ambos postos juntos como requisitos para a obtenção de um julgamento de mérito. Não buscando tratar especificamente de todos eles, apenas os mais relevantes, porém vimos que também neste tocante estão presentes as características típicas que nos autorizaram concluir que o processo arbitral é um sistema. Os requisitos gerais para a obtenção de uma sentença de mérito trabalham de forma bastante particular no processo arbitral, integrando seu fechamento operacional sem dependência do processo estatal. Salvo em determinados momentos, vistos acima, em que a solução mais adequada se dá mediante abertura cognitiva com o sistema estatal. Prosseguindo na evolução do processo arbitral, passemos a tratar de instituto técnico que também integra o fechamento operacional do seu sistema, agora de forma absolutamente típica sem nenhuma semelhança ou proximidade com o sistema do processo judicial. Falamos do termo de arbitragem. É o que segue.

---

⁷⁹ “Deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. [...]” (STJ, REsp 944917/SP, Rel. Nancy Andrigli, j. 18.09.2008).

⁸⁰ Cf. CARMONA, Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro, p. 43.

⁸¹ Cf. DELLA VALLE, Considerações sobre os pressupostos processuais na arbitragem, p. 26-29.

3.1.4 O termo de arbitragem

Estamos ingressando na parte final da fase de instituição e postulação no processo arbitral. Passada a instituição da arbitragem com a aceitação, o árbitro, de ofício ou provocado, caso entenda necessário explicitar ou esclarecer aspectos da convenção, convoca as partes para firmarem um termo de arbitragem,⁸² que passará a fazer parte da convenção (art. 19, parágrafo único). Trata-se de um ato processual integrativo das intenções de vontade anteriormente materializadas pela convenção. O instituto é amplamente conhecido como termo de arbitragem, *terms of reference* ou *ata de missão*.⁸³ Se quisermos comparar com o processo estatal, assemelha-se à hipótese de aditamento da petição inicial (CPC, art. 284), embora exista mais distância do que proximidade entre os institutos.⁸⁴

Um primeiro aspecto, relacionado com a demanda arbitral, diz respeito à possibilidade de adequação, ou mesmo alteração do objeto do processo no termo arbitragem. Sendo um meio de aprimorar a convenção para que o árbitro possa exercer sua função da melhor maneira possível, imaginamos se as partes podem alterar seus pedidos no momento de firmar o termo de arbitragem. A questão possui diferentes enfoques e cabe para demonstrar como o instituto pode servir para equilibrar o processo arbitral por meio de um mecanismo próprio, integrante do *fechamento operacional* de seu sistema.

Em exemplo prático, existem procedimentos arbitrais nos quais o termo de arbitragem é assinado somente depois que as partes apresentam seus pedidos, como ocorre na CCI (art. 18).⁸⁵ E, bem que se diga, só tem algum sentido mesmo comparar o termo de

⁸² Logo, o termo de arbitragem não é obrigatório, mas facultativo (nesse sentido, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 281).

⁸³ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 280. O jurista uruguaio RUBÉN SANTOS BELANDRO define o termo de arbitragem como um documento “suscrito por las partes y por los árbitros – en suma, por los sujetos involucrados en el proceso – y tiene por finalidad dejar plasmado en un escrito cuáles son las pretensiones de las partes, cuáles son los puntos litigiosos sobre los que habrán de pronunciarse los árbitros, y decidir las principales líneas que regularán el procedimiento, la determinación del lugar del arbitraje y algunas otras reglas que se habrán de respetar. Su importante función – de precisión y claridad – contribuye a que disminuyan los ataques contra el arbitraje” (*Seis lecciones sobre arbitraje privado*, p. 133).

⁸⁴ A mais notória diferença está no fato de que no processo arbitral a relação jurídica está estabelecida quando do termo de arbitragem, ao passo que no aditamento do processo estatal o réu ainda não integra o polo passivo. Logo, não há que falar de termo de arbitragem se houver revelia – leia-se, ausência do requerido e não efeitos dela, conforme já apontamos antes (capítulo 2, item 2.2.3.4).

⁸⁵ “Tão logo recebe os autos da Secretaria, o Tribunal Arbitral elaborará, fundamentado em documentos ou na presença das partes e à luz das suas mais recentes alegações, um documento que defina a sua missão. Este documento deverá conter, entre outros, os seguintes pormenores: [...] c) um resumo das pretensões das partes e dos seus pedidos...”

arbitragem com o aditamento da petição inicial judicial nesses casos, pois se o termo de arbitragem ocorrer antes dos pedidos não há que falar nisso.⁸⁶ A questão que se coloca é se o árbitro, no termo de arbitragem, pode alterar o objeto do processo. O requerente pede “a”, o requerido impugna “a” e ainda pede “b”. O árbitro, no termo de arbitragem, define que, à luz da convenção arbitral, o objeto do processo não pode ser nem “a” nem “b”, mas “c”.

Se as partes não concordam, uma forma de ver o problema seria entender que, sendo da essência do procedimento arbitral uma elasticidade e um enorme poder diretivo do árbitro, não existente no processo judicial, a questão da *mutatio libelli* não deveria reagir justamente conforme os modelos travados do processo civil estatal. Por essa ideia, a mudança poderia ocorrer sem a concordância das partes, ou contra aquele a quem seria alterado o próprio objeto da convenção arbitral. Concordamos com a premissa, da maior flexibilidade e poder diretivo no processo arbitral, mas não com a conclusão. Se as partes não quiserem, não se pode alterar a convenção via termo de arbitragem ou qualquer outro expediente. Logo, o procedimento do árbitro apontado acima viciaria sua sentença.⁸⁷

A inteligência trazida pela lei conduz claramente a essa conclusão. O dispositivo legal (art. 19, parágrafo único) é literal em prever que o adendo será elaborado *juntamente com as partes* e que será *firmado por todos*. Tratando-se de alteração *substancial* da própria convenção de arbitragem, há que existir, portanto, intenção das partes.⁸⁸ Na hipótese de recusa por uma delas, não é possível atribuir ao árbitro o poder de simplesmente dispor e determinar a alteração.⁸⁹ Naturalmente, pois, afinal, ao menos no nosso regime vigente, o termo de arbitragem é ato importante, mas não necessário, de consenso e cuja ausência somente trará o efeito de cancelar ao árbitro o poder de decidir as lacunas procedimentais conforme elas forem se apresentando no curso do procedimento.⁹⁰ Ou mesmo as dúvidas de

⁸⁶ Como é o caso do procedimento trazido pelo regulamento da Câmara Brasil-Canadá, em que, depois de instituída a arbitragem, as partes são convocadas para uma “audiência preliminar” na qual serão fixados aspectos do procedimento (art. 9.1), sendo o termo propriamente dito assinado ainda antes, logo depois de aceito o encargo e antes mesmo de tal audiência (arts. 5.8 e 5.9), bem antes, portanto, das alegações iniciais escritas das partes, que ocorrerão dez dias depois da audiência preliminar apontada (art. 9.2).

⁸⁷ Como ensina FAUSTINO CORDÓN MORENO, “hay que decir que esta delimitación, obviamente, compete a las partes, porque también en el arbitraje rige el principio dispositivo” (*El arbitraje de derecho privado*, p. 198).

⁸⁸ Em sentido contrário, de que pode ser assinado “by the arbitrators alone or by the arbitral institution”, cf. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 665-666.

⁸⁹ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 281; PEDRO BATISTA MARTINS, Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 227.

⁹⁰ Cf. CARMONA, *Ibidem*, p. 282.

interpretação acerca da convenção e do que é objeto desta. Como dissemos antes, o termo de arbitragem serve para delinear, para esclarecer, para preencher a lacuna deixada pela vontade das partes na convenção.⁹¹ Para trabalhar sobre algo que já existe e não para criar convenção onde não haja, a menos que as partes queiram aumentar o objeto do processo arbitral. Mas não é instrumento que autoriza a disposição, pelo árbitro, da vontade das partes sobre o conteúdo da futura sentença arbitral. Não pode o árbitro *pedir* onde não se pediu. Ou *convencionar* onde não se convencionou. Se a lacuna não é sanada, o processo arbitral terá que com ela conviver, continuando da forma originalmente prevista, mesmo que o lapso seja tal que leve à sua extinção.

Logo, se o requerente pediu “a”, o requerido “b” e o árbitro entende que o pedido deve ser “c” diante da convenção, não havendo concordância, a conclusão será a extinção do processo sem julgamento de mérito. Estando o árbitro convencido de que não há pedido sobre o que ele tem jurisdição (“c”), à luz da convenção, falta um pressuposto do processo, a demanda. A sanatória, nesse caso, pressuporia concordância das partes, ainda que parcialmente. No caso, uma das partes deve alterar o pedido “a” ou “b” para “c”.

E nem mesmo o instrumento da instituição judicial da arbitragem poderia ajudar. Não é possível ajuizar a demanda do art. 7.º, requerendo que o juiz institua o termo de arbitragem regulando a questão. Não pode o Judiciário forçar qualquer a um celebrar convenção não existente. Pode, apenas, fazer cumprir aquela já compromissada, ainda que de forma tão genérica que não se possa saber como nomear o árbitro. Aliás, esta é a finalidade única a que se destina a ação judicial em comento e, justamente em prol de uma série de consectários arbitrais, deve receber leitura restritiva.

Seria possível ainda pensar em outra hipótese, em que não se trata de convencionar onde não se convencionou, mas apenas esclarecer o que se contratou. Nesse caso, não havendo concordância, poder-se-ia imaginar que a hipótese se assemelha a uma *cláusula vazia*, que precisa ser preenchida via compromisso arbitral que uma das partes se recusa a assinar. Neste caso, há posicionamentos favoráveis à utilização da demanda do art. 7.º, cabendo ao juiz desenhar a parte controvertida da convenção, estipulando o respectivo conteúdo (controvérsia), para, em seguida, possibilitar o desenvolvimento do processo. Isso

---

⁹¹ Cf. RUBÉN BELANDRO, *Seis lecciones sobre arbitraje privado*, p. 133.

seria obter, via Judiciário, sentença que preencha o objeto por inteiro do compromisso, nos moldes do que tratamos antes sobre a forma judicial de construir o procedimento arbitral (item 2.1.2.2.2 supra). Para esse modo de ver a questão, a ação do art. 7.º é possível porque quem pode o mais pode o menos.⁹²

Temos posição diversa. Primeiro porque não nos parece o caso de cláusula vazia, que, reiterando, deve ser lida como aquela em que não se pode saber minimamente sobre como nomear o árbitro. Logo, não nos parece cabível a demanda do art. 7.º, que a nosso ver deve acontecer apenas e tão somente em casos extremos em que, como dito, não há como nomear o árbitro. No caso, se a convenção é obscura, lacunosa, e sobre esse vício as partes ou uma delas não quer trabalhar, no sentido de ajustar via termo de arbitragem, isso em nada poderá afetar o curso normal do processo. Ao contrário do que causaria uma ação do art. 7.º nesse caso, o atraso e o tumulto processual, o processo arbitral já está plenamente instaurado, árbitros nomeados e em pleno exercício de função. O que eles terão a fazer é seguir com o procedimento, interpretando os eventuais vícios da convenção do modo como entenderem adequado. Se o vício for procedimental, ditando o procedimento. Se o vício for substancial, julgando da forma que tiverem condições condições (poderes) para tanto, ainda que interpretando e integrando a manifestação de vontade, nos moldes do que faz o juiz togado em caso de lacunas (CPC, art. 126), princípio esse aplicável ao processo arbitral. Aliás, tal expediente reforça o conceito de sistema aqui preconizado, pois se trata da utilização da *abertura cognitiva* entre os sistemas do processo arbitral e estatal.

Há ainda possibilidades contrárias: no momento da assinatura do termo de arbitragem, as partes, ou mesmo apenas uma delas, requer a alteração do seu pedido. Se a parte contrária estiver de acordo, ainda que seja pedido não abrangido pela convenção arbitral, que nesse momento se altera, resta saber se o árbitro é obrigado a aceitar. A negativa se impõe. Ele foi investido para atuar nos limites da convenção, da qual teve conhecimento antes do termo de arbitragem. Como dito, o conteúdo volitivo, em especial do árbitro, é um ingrediente que caracteriza o momento de aceitação do encargo. Ao contrário do juiz togado, ele não é obrigado a aceitar julgar esta ou aquela demanda arbitral. Passa a ser somente se aceitou a nomeação e recebeu a investidura. E, se aceitou baseado em determinada convenção, fica adstrito a tudo o que estiver abrangido por aquela convenção, não por outra.

---

⁹² Nesse sentido, cf. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos processuais da nova lei de arbitragem.

Se as partes alteram seus pedidos, com concordância entre elas, e se tais pedidos estão abrangidos pela convenção à qual o árbitro está ungido pela nomeação aceita, ele sequer terá que opinar a respeito. Mas, em contrário, passa a ser essencial sua concordância se as partes querem alterar o pedido no termo de arbitragem e se essa alteração pressupõe *alterar a convenção* em termos substanciais. Abranger parte do contrato que até então não poderia ser objeto de processo arbitral, pois fora dos limites da convenção. Se o árbitro não concordar, as partes podem submeter aquele novo pedido a processo arbitral. Mas a outro, não àquele.⁹³

Questão de interesse, mais simples, é a ausência de concordância entre as partes quanto ao conteúdo do termo de arbitragem no tocante ao procedimento. Se o tema a ser explicitado está entre os quais a lei permite a atuação do árbitro independentemente da vontade das partes, no caso de falta de convenção a respeito, como, no geral, ocorre com o procedimento (§ 1.º do art. 21),⁹⁴ não vemos problema para que o árbitro assim discipline. A providência está inserida no seu poder normativo procedimental, que, nesse tocante, é absolutamente diferente do que há no processo estatal. Simplesmente disporá sobre a questão do procedimento.⁹⁵ Não estamos querendo dizer que o árbitro assinará sozinho o termo de arbitragem em tal hipótese. O que sucederá é que, não havendo consenso, não existirá termo de arbitragem. Mas as questões procedimentais e as definições de resolução quanto a elas continuarão em poder do árbitro, que as tratará conforme forem surgindo no processo.

Para finalizar, um aspecto importante relativamente ao termo de arbitragem e ao estabelecimento de regras procedimentais é o momento de sua assinatura. Como já mencionado, embora seja previsto em alguns regulamentos um formato diferenciado, em

⁹³ O que, convenhamos, é de lamentar, pois, como bem apontado por DINAMARCO em estudo acerca da sentença arbitral, a lide parcial “empobrece a jurisdição como elemento de pacificação social”, sendo, por isso, essa a razão pela qual a doutrina combate “interpretações restritivas do compromisso e do encargo conferido aos árbitros” (*Nova era do processo civil*, p. 44-45).

⁹⁴ CARMONA exemplifica da seguinte forma: “pode ocorrer que o pacto arbitral não seja suficientemente explícito acerca da extensão dos poderes conferidos ao árbitro, pode haver dúvida sobre a escolha da língua a ser empregada, pode não estar clara a disposição que estabelece a sede da arbitragem. A prudência recomenda que o árbitro desde logo procure o consenso das partes para completar disposições da convenção...” (*Arbitragem e processo*, p. 241).

⁹⁵ Diferente da questão do foro de eleição. É plenamente possível e tem sido bastante comum que as partes estabeleçam, no termo de arbitragem, foro de eleição tanto para o cumprimento de medidas coercitivas no curso do processo arbitral quanto, especialmente, para o ajuizamento da eventual demanda do art. 33 ou mesmo para o cumprimento da sentença arbitral (nesse sentido, cf. CARMONA, Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro, p. 40). Mas esta disposição procedimental é exclusiva das partes, podendo o árbitro no máximo sugerir que isso ocorra no termo de arbitragem, se não estipulado antes.

que é assinado antes, é bem melhor que o termo seja elaborado depois das alegações iniciais das partes, justamente para que nele fiquem definidos os pontos do litígio, delimitados onde estão os principais aspectos da demanda, estabilizando-a (CPC, art. 294).⁹⁶ Isso para que o árbitro tenha melhores condições de visualizar qual será a sua missão. Como poderá exercê-la da melhor maneira possível.⁹⁷ Quais os pontos controvertidos e, diante dele, qual o melhor procedimento, especialmente na produção de provas. Se será preciso perícia, se é o caso de inverter a ordem das provas, onde serão produzidas, se haverá necessidade de oitiva de *experts* etc. Ou mesmo alterar as regras relativas aos prazos de acordo com a especificidade daquele processo, o que costuma ser bastante comum, estabelecer onde serão praticados determinados atos, esclarecer a lei material aplicável, autorizar o julgamento por equidade, definir o idioma, estabelecer como será tratada a sucumbência etc. Justamente por essa capacidade que o termo de arbitragem tem de conferir ao árbitro e partes a oportunidade de um saneamento prévio, se comparado com o modelo estatal, é que se pode considerá-lo equiparado a um compromisso arbitral construído judicialmente.⁹⁸ Por isso, pode ampliar, restringir ou alterar a convenção de arbitragem no que respeita ao procedimento.⁹⁹

Em suma, vimos que o termo de arbitragem é ato processual bastante típico do processo arbitral. Embora ato processual, passa a integrar o negócio jurídico processual, a convenção como um todo. Integra seu fechamento operacional de forma bem evidenciada, podendo ser útil ao seu funcionamento, especialmente para sanar problemas decorrentes da convenção. Uma vez implementado, serve como um *princípio* daquele processo específico, pois será a partir das suas definições que problemas, dúvidas e impasses futuros serão resolvidos. Essa posição alinha-se com o que defendemos antes, acerca de a autonomia da vontade, instrumentalizada pela convenção, ser um princípio informativo do processo arbitral, pautando seu procedimento (item 2.2.2 *supra*). E com o termo de arbitragem não é diferente.

⁹⁶ Cf. SELMA FERREIRA LEMES, *Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções*, p. 99. Para FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, “the purpose of the terms of reference is to set out the parties claims” (*International commercial arbitration*, p. 666).

⁹⁷ Como ensinam FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, “it is of course possible to insert language in the terms of reference giving the arbitral tribunal considerable freedom in its conduct of the proceedings, but it may also be useful to determine a number of procedural rules in advance” (Ibidem, p. 668).

⁹⁸ Assim entende o autor chileno EDUARDO PICAND ALBÓNICO (*Arbitraje comercial internacional*, p. 106). Tanto é que se recomenda ao procurador ou mandatário que detenha poderes específicos para assiná-lo, eis que comparado ao compromisso, nos termos do art. 661, § 2.º, do CC (cf. SELMA LEMES, *Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções*, p. 99).

⁹⁹ Ou, como diz SELMA FERREIRA LEMES, o termo de arbitragem tem importante “função ordenadora da arbitragem”, por meio do qual “as partes podem efetuar adaptações nas regras do regulamento que julgarem necessárias às suas especificidades e que sejam possíveis” (Ibidem, p. 97).

Prosseguindo em nosso trajeto processual, passemos a analisar como se posiciona um instituto clássico da teoria geral do processo no processo arbitral. Ao contrário do termo de arbitragem, que é peculiar ao processo arbitral, a demanda é instituto típico do processo estatal. Resta saber como ela se comporta no ambiente arbitral e, em especial, à luz do conceito de sistema trazido. Vejamos.

3.1.5 A demanda no processo arbitral

Estamos trabalhando sobre a ideia de processo arbitral, de exercício de jurisdição com matriz contratual e desempenho estatal de poder delegado. Este é um conceito tradicional da teoria geral do processo que se aplica ao processo arbitral. O implemento de jurisdição via processo arbitral autoriza dizer que ele integra a teoria geral do processo, como já foi dito aqui. E na grande gama de macroestruturas e princípios da teoria geral do processo que se aplicam ao processo arbitral está o princípio da demanda. Demanda é iniciativa da parte para a formação do processo. É ato pelo qual se pede providência jurisdicional. É meio que traz pretensão como conteúdo.¹⁰⁰ A demanda é o primeiro ato do exercício do poder de ação¹⁰¹ no processo estatal, instrumentalizada pela petição inicial. Tendo posição lapidar na teoria do processo, é um dos seus pressupostos, conforme apontamos em item anterior.

3.1.5.1 A forma do pedido

Dito isso, não se pode negar que no processo arbitral há demanda. Há pretensão, a qual, inclusive, é bifronte.¹⁰² O pedido do bem mediato, o bem da vida de direito material. E a aspiração a um provimento em relação a este bem da vida.¹⁰³ Mas isso não quer dizer que a pretensão seja deduzida da mesma forma como ocorre no modelo estatal. Falamos de diferenças que caracterizam o fechamento operacional do processo arbitral no tocante a este

¹⁰⁰ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 102.

¹⁰¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 45.

¹⁰² Cf. DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, p. 39.

¹⁰³ Ainda que contrário ao interesse de quem demanda, ou mesmo que *patologicamente* extintivo do processo. Usa-se a expressão porque consideramos ser mais *doente* um processo arbitral que receba provimento sem mérito do mesmo quadro na esfera estatal. Por conta de sua alta flexibilidade procedimental e enorme gama de poderes diretivos pelo árbitro, alinhado ao conceito de efetividade do processo que apontamos antes (item 2.2.4 *supra*), a extinção sem mérito é fim que nenhum processo arbitral poderia/deveria ter. Embora, obviamente, possa ter, conforme vimos no item antecedente quanto ao termo de arbitragem e o processo sem convenção acerca do pedido.

pressuposto processual, o qual, topologicamente, agora vem inserido como ato elementar do início do processo arbitral. Podemos identificar algumas características que autorizam defender esse ponto de vista, de a demanda compor o seu conjunto de instrumentos sistêmicos, conforme veremos a seguir.

O primeiro aspecto que chama a atenção no tocante à demanda no processo arbitral é justamente o pedido. Ao contrário do modelo estatal, não há um formato fixo, vinculado a um imperativo formal legal a ser seguido sob pena de extinção do processo por inépcia da inicial (CPC, arts. 282 e 295, parágrafo único). Como vimos antes, a própria formação do processo arbitral é totalmente diversa do estatal. E isso traz também consequências na forma mais flexível com que a demanda é posta.¹⁰⁴

A começar pelo fato de a Lei de Arbitragem nada regular a respeito dela. Seja em termos de forma, seja em termos de momento, seja no tocante ao conteúdo. A lei disciplina apenas que se considera instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro. O que no mais advier disso será pautado justamente pelos ingredientes que compõem o conceito de devido processo legal arbitral, conforme abordamos antes (item 2.2.3 *supra*). Especialmente a autonomia da vontade, o poder diretivo do árbitro, o papel dos regulamentos e os princípios do processo estatal.¹⁰⁵

De pronto já notamos uma grande diferença entre o formato com que a demanda é operacionalizada no processo estatal e no arbitral. A rigor, ao contrário do modelo estatal, ela não se apresenta quando se pede o início do processo, ou a instauração do processo arbitral. O que no mais das vezes ocorre, especialmente nas câmaras arbitrais do País, é um simples requerimento endereçado a quem a convenção estipula para que se inicie o processo. Até esse ponto, em tal formato, não há demanda. A pretensão não foi deduzida, mas o será nos termos da regra de oportunidade estabelecida pelas partes via convenção, ou regulamento da instituição eleita, que, como sabido, integra a convenção.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Segundo SERGIO LA CHINA sobre os atos da parte, inclusive na demanda, “questo è il campo in cui meglio si può esprimere lo spirito anti-formalistico, o quanto meno a-formalistico, dell’arbitrato. Non esistono atti con un preciso *nomen juris*, atti *tipici*, atti *nominati*” (*L’arbitrato*, p. 98 – destaques originais).

¹⁰⁵ Como ensina LA CHINA, “arbitri e parti possono così, liberamente, o creare nuove figure di atti...” (Ibidem). Para o jurista espanhol FAUSTINO CORDÓN MORENO, “esta escueta retulación debe completarse con el principio de libertad procedimental, conforme al cual las partes podrán acordar ‘otra cosa respecto del contenido de la demanda y la contestación’” (*El arbitraje de derecho privado*, p. 195).

¹⁰⁶ Nos regulamentos das Câmaras Brasil-Canadá (art. 9.2), Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo-Ciesp (art. 8.2), somente depois da aceitação pelo árbitro as partes têm dez dias comuns para suas alegações escritas, suas *demandas*, que serão apresentadas conjuntamente (art. 9.2).

É importante deixar claro que não é o simples fato de não haver demanda no requerimento de arbitragem que diferencia o processo arbitral do estatal. O que tem relevância é, primeiro, que não há regra rígida para a demanda no processo arbitral tal qual no estatal. Nisso está um importante elemento do seu fechamento operacional para efeito deste momento da marcha processual. É verdade, todavia, que pode haver. As partes podem assim convencionar, seja diretamente, no compromisso arbitral, seja mediante regra *per relacionem* de normas dos regulamentos das câmaras arbitrais. No entanto, isso também é um aspecto voluntário e não obrigatório, no que se destaca completamente do modelo estatal.

Sabe-se que os regulamentos, embora na sua grande maioria apontem para um formato que diferencia *requerer* a instituição do processo e *pedir* o bem da vida, podem também ser formatados em moldes semelhantes ou mesmo iguais aos do sistema postulatório estatal. Com pedidos e contrapedidos¹⁰⁷ claramente postos já na primeira manifestação das partes, no momento de instituir o processo arbitral. Claro que nesse formato a parte que requer a instituição da arbitragem já expõe sua causa de pedir e pedido na mesma manifestação, concentrando suas alegações. Esse formato é feito para que o requerido tenha plena ciência de tudo o que terá que responder, pois também precisará concentrar em sua resposta todas as matérias que reputar necessárias, tanto processuais quanto substanciais.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

¹⁰⁷ Usamos a expressão propositalmente, porque no processo arbitral reputamos possível o requerido não apenas *impedir* (defender) o pedido aduzido, mas na mesma manifestação *pedir* (atacar) outra consequência substancial que deverá constar da sentença, embora também necessite *pedir*.

¹⁰⁸ Como já dito, na CCI a parte requerente apresenta sua demanda com o pedido de instauração da arbitragem (art. 4.º), enquanto a requerida terá 30 dias, a contar do recebimento daquela manifestação, para apresentar sua resposta (art. 5.º). No Brasil, a Câmara de Arbitragem da Amcham também adota procedimento semelhante, embora com a diferença de que será depois da aceitação do encargo pelo árbitro. A parte que requereu a arbitragem tem o prazo de 15 dias, a partir da assinatura do termo de arbitragem, para apresentar suas alegações iniciais, cabendo à parte requerida 30 dias para responder, e ainda outros 15 dias, sucessivamente, para réplica e tréplica (arts. 9.1 a 9.4). O mesmo faz a Câmara do Mercado-Bovespa, em que a parte apresenta requerimento de instauração com sua demanda, assim como a requerida responde, em cinco dias úteis, com toda a matéria concentrada, em formato de efetiva contestação (arts. 7.1 e 7.2). Ou seja, embora diferentes quanto ao termo inicial para apresentar as primeiras alegações, os sistemas desses regulamentos é postulatório e com inspiração no modelo do processo estatal. Também é assim na AAA, conforme segue: “R-4. Initiation under an Arbitration Provision in a Contract: (a) Arbitration under an arbitration provision in a contract shall be initiated in the following manner: (i) The initiating party (the ‘claimant’) shall, within the time period, if any, specified in the contract(s), give to the other party (the ‘respondent’) written notice of its intention to arbitrate (*the ‘demand’*), which demand shall contain a *statement setting forth the nature of the dispute, the names and addresses of all other parties, the amount involved, if any, the remedy sought*, and the hearing locale requested. (ii) The claimant shall file at any office of the AAA two copies of the demand and two copies of the arbitration provisions of the contract, together with the appropriate filing fee as provided in the schedule included with these rules. (iii) The AAA shall confirm notice of such filing to the parties. (b) A respondent may file an *answering statement* in duplicate with the AAA *within 15 days* after confirmation of notice of filing of the demand is sent by the AAA. The respondent shall, at the time of any such filing, send a copy of the answering statement to the claimant. If a *counterclaim* is asserted, it shall contain a statement setting forth the nature of the counterclaim, the amount involved, if any, and the remedy sought. If a counterclaim is made, the party making the counterclaim shall forward to the AAA with the answering statement the appropriate fee provided in the schedule included with these rules. (c) If no answering statement is filed within the stated time, respondent will be deemed to deny the claim. Failure to file an answering statement shall not operate

Tudo isso mostra que, embora haja demanda em ambos os processos, estatal e arbitral, seus formatos se distinguem por conta justamente do que compõe o conceito de devido processo legal arbitral, conforme apontamos no capítulo anterior. Ausentes normas rígidas para a instrumentalização da demanda, não se quer dizer com isso que inexistente demanda. Apenas que ela se implementa no processo arbitral de acordo com outros princípios e regras, criadas ou eleitas pelas partes para este momento do processo. É um dado que compõe o *fechamento operacional* do processo arbitral e o diferencia do estatal em termos instrumentais, embora ambos estejam equiparados, ontologicamente, no que respeita ao conteúdo. A demanda continua sendo demanda também no processo arbitral. Trata-se de um princípio processual comum a todos os ramos da teoria geral do processo. Diferencia-se apenas na técnica escolhida pelo legislador para que se implemente, ainda que esse formato dependa fundamentalmente da vontade da partes.

3.1.5.2 O aumento/alteração do pedido

Quanto ao conteúdo, o princípio da demanda no processo arbitral é o mesmo que disciplina o processo estatal. A demanda é, também na arbitragem, um roteiro que balizará a sentença. Como dito, aqui se faz presente uma característica do princípio adstrição no processo (CPC, arts. 128 e 460), inclusive para eventualmente macular a sentença arbitral. A diferença é que a Lei de Arbitragem, nesse caso, disciplina expressamente essa anulabilidade no seu art. 32, incs. IV e V, estando a sentença apenas sujeita à demanda do art. 33 e não, ao contrário do processo estatal, a recurso, a menos que as partes assim tenham convencionado.

---

to delay the arbitration. (d) When filing any statement pursuant to this section, the parties are encouraged to provide *descriptions of their claims in sufficient detail to make the circumstances of the dispute clear to the arbitrator*” (destaques nossos).

¹⁰⁹ ANTONIO CARLOS MONTEIRO FILHO defende que este seria o melhor modelo, pois, nos demais, as partes não aduzem os pedidos logo de pronto, o que as levaria a ingressar no processo sem saber exatamente do que se trata o objeto do processo. Para ele, o melhor caminho seria a aplicação simples do CPC para o processo arbitral no que tange à fase postulatória, pois isso traria mais segurança às partes no que respeita ao procedimento (Processo civil: um anticristo na arbitragem). Discordamos desta posição. Tal qual repisado antes, não cremos que a aplicação das regras do CPC traga benefício ao processo arbitral, justamente por conta de sua característica como um sistema, o qual deve possuir ferramental próprio, ser autorreferente e ter autonomia quanto aos demais sistemas, em especial o do processo estatal. Ademais, não cremos que um formato seja correto e os demais incorretos. São opções das partes. Se elas desejam ter um procedimento igual ou parecido ao CPC, que assim estipulem. Se preferem que a fase de formação e postulação do processo siga os moldes da CCI, com postulação e resposta logo de início, que litiguem por lá ou que adotem seu regulamento se forem conflitar em outra câmara. São escolhas. Tudo dentro do poder procedimental decorrente da autonomia da vontade, desse princípio que pauta o procedimento estatal e que não deveria, por sua natureza sistêmica, provocar espécie.

A questão dos vícios da sentença à luz do conceito de sistema será apreciada em item específico adiante (item 3.4.1.3 *infra*). Por ora, cumpre ressaltar um aspecto que interessa para nossa premissa teórica, de que nos institutos processuais do processo arbitral analisados há, em maior ou menor grau, características que demonstram a sua natureza como um sistema. Nesse prisma, também as alterações do pedido no curso do processo não obedecem ao esquema rígido do processo estatal, e sim aos preceitos inerentes ao sistema do processo arbitral, conforme vimos falando desde o início. Ainda que de forma breve, tratamos do tema no item anterior, quando abordamos o termo de arbitragem. Basicamente, está longe de ser absoluto dizer que toda e qualquer alteração do objeto do processo está vedada no processo arbitral. Muito ao contrário.

A compleição do processo arbitral, com seus influxos e princípios, não permite uma posição sectária no tocante à alteração do objeto do processo, suposto que pautado no contraditório.¹¹⁰ Evidentemente que deve haver limites, justamente para que o processo não se prolongue indefinidamente, assim como, ainda mais relevante, para que parte e árbitro não sejam surpreendidos por *novas demandas*. Mas em absoluto podemos dizer que a alteração do objeto do processo é vedada no processo arbitral. Tudo dependerá da postura das partes e, principalmente, dos árbitros perante a alteração dos limites objetivos da demanda.

Pode-se pensar em algumas situações hipotéticas: o requerente pede “x”, o requerido impugna. No curso da produção da prova oral os árbitros percebem que a discussão não é mais sobre “x”, mas sobre “y”. Há um novo pedido do requerente. A primeira indagação a ser feita por eles é se “y” está englobado pela convenção. Em caso positivo, havendo exercício pleno de contraditório sobre este novo pedido, estando claro para o requerente que o que ele está fazendo é demandando “y”, assim como ao requerido de que está sendo demandado em “y”, com clara ciência e exercício do contraditório acerca deste novo pedido, não nos parece causar qualquer problema essa nova feição que a demanda arbitral tenha tomado, com o julgamento de ambos os pedidos.

¹¹⁰ É oportuna a lição de GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA: “per ciò che attiene al principio del contraddittorio, esso nel giudizio arbitrale si deve misurare con la informalità, o secondo taluni ‘elasticità’ che pervade questo procedimento, da cui consegue la mancanza di preclusioni e decadenze. Laddove pertanto le parti, nella loro discrezionalità, no abbiano introdotto nel procedimento limiti alla proposizione di domande nuove, la stessa sarà in genere sempre possibile, purché la domanda sia ricollegabile all’oggetto della convenzione d’arbitrato e la sua proposizione no sia tale, appunto, da ledere il contraddittorio. In questo senso l’elaborazione di regole generali rischia di mostrarsi inadeguata dovendosi evidentemente misurare caso per caso se, in concreto, sai o meno prospettabile una siffatta lesione” (*Il nuovo diritto dell’arbitrato*, p. 194-195).

Inclusive, não haveria nulidade na futura sentença arbitral que dispuser sobre o pedido “y”.¹¹¹ Embora o vício da sentença considerado como *infra petita* seja analisado mais adiante (item 3.4.1.3 *infra*), podemos até antecipar que nesse caso se os pedidos não forem dependentes é até possível que a sentença considere apenas o pedido “y”, e não mais o “x”, em situação de mudança do pedido. Se forem pedidos dependentes, o pedido “x” terá que ser apreciado, ainda que o objeto do processo no curso da demanda tenha se alterado para “y”. Sempre é bom lembrar que toda e qualquer alteração da demanda deve ser feita com a preocupação de manter o devido processo legal, que possui uma conotação bastante típica no processo arbitral (item 2.2.3 *supra*), com maior elasticidade no princípio da demanda.¹¹²

Seria conveniente no exemplo dado, embora não obrigatório, até para evitar que o futuro vencido não alegue nulidade da sentença,¹¹³ que os árbitros alertem as partes sobre essa alteração do objeto do processo, as quais passarão a estar inequivocamente cientes desse *pêndulo* na demanda.

A questão parece adquirir outro sentido se o novo pedido, objeto de discussão, não estiver abrangido pela convenção.¹¹⁴ Assim, a pergunta que os árbitros devem se fazer é: “vamos exercer jurisdição sobre este pedido?”. O motivo é simples: quando aceitaram a nomeação, foi para atuar no que estava circunscrito àquela convenção. Este é um juízo preliminar que o árbitro faz antes de aceitar o encargo. E, no contexto apresentado, o que está em pauta é a mudança do objeto da convenção. É colocar para julgamento algo para o

¹¹¹ Nesse sentido defende FAUSTINO CORDÓN MORENO, para quem a estabilização na demanda no processo arbitral ocorre de forma bem diferente do estatal, pois “la misma puede realizarse progresivamente en el curso del procedimiento, sin que resulte aplicable la prohibición del cambio de demanda propia del proceso civil” (*El arbitraje de derecho privado*, p. 198).

¹¹² Assim se posiciona MARTIM DELLA VALLE, para quem “a regularidade formal será efetuada exclusivamente conforme as regras dispostas pelas partes, respeitando-se o devido processo legal e o contraditório. Desse modo, a liberdade do pedido deve estar condicionada ao respeito ao devido processo” (Considerações sobre os pressupostos processuais em arbitragens, p. 21).

¹¹³ Evitar mas não impedir, pois sabemos que a parte que deseja encontrar problemas na sentença arbitral costumeiramente já adotou postura antiprocessual no curso do procedimento. O bom litigante arbitral (e principalmente seu advogado) saberá muito bem adequar novos pedidos no curso do procedimento à conduta necessária e esperada no ambiente do processo arbitral, não transformando a eventual mudança de rota em subterfúgio para não cumprir a sentença. De qualquer forma, dificilmente teria sucesso na demanda anulatória, pois, como sabido, não há nulidade onde não há prejuízo, sendo esse entendido, no caso, como a perda de oportunidade para alegar e contradizer tudo o que se disse a respeito desse novo pedido desenvolvido no curso do processo. O contraditório, nesse caso, legítima o procedimento e impede a nulidade, caso não tenha havido indevida surpresa à parte (cf. BEDAQUE, Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, p. 35). A lição tem ainda mais pertinência num procedimento marcado pela ausência de preclusão, nos moldes conhecidos no processo estatal (cf. item 2.2.3.4 *supra*).

¹¹⁴ Até porque, como diz CORDÓN MORENO, os árbitros “siempre deberán mantenerse dentro de los límites del convenio arbitral” (*El arbitraje de derecho privado*, p. 198).

qual os árbitros não tinham competência inicialmente. E, como a competência é volitiva para o árbitro, ele aceita se quiser. Logo, para que se possa alterar, tal qual posto no exemplo, ele precisa aceitar, pois na nova demanda haverá também alteração/aumento do objeto da convenção arbitral, com a prorrogação/alteração de sua competência para além ou para outro pedido ao que havia sido antes traçado.¹¹⁵

O ideal é que, aceitando, a pergunta que os árbitros devem fazer para as partes é: “você está discutindo sobre um aspecto fora da convenção de arbitragem, sobre isso nós não tínhamos competência, mas aceitamos a prorrogação, caso esta seja a intenção de ambos. Você está de acordo em prosseguir com esta nova demanda?”. Parece-nos que a afirmativa convalidará o procedimento, uma vez instaurado o contraditório pleno acerca do novo pedido, evitando futuras alegações de surpresa da parte sucumbente.¹¹⁶ O melhor, embora não necessário, é que as partes firmem sobre este aumento do objeto da convenção, à luz do modelo da cláusula compromissória, que deve ser firmada por escrito (art. 4.º, § 1.º), para evitar alegação futura de que houve aumento do objeto do compromisso sem os requisitos do art. 10. Ou ao menos que fique de alguma forma formalizado, por partes e árbitros, no processo arbitral.¹¹⁷

¹¹⁵ Como bem apontado por CARMONA, pode-se muito bem restringir o que será objeto da convenção e o que será objeto de eventual discussão judicial, “sendo certo que a cláusula arbitral deve ser interpretada restritivamente” (Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro, p. 42). Na CCI a possibilidade é expressa no art. 19 de seu regulamento, com o título “novas demandas”, ao disciplinar que, “após a assinatura da Ata de Missão ou a sua aprovação pela Corte, nenhuma das partes poderá formular novas demandas ou reconvenções, fora dos limites da Ata de Missão, *a não ser que seja autorizada a fazê-lo pelo Tribunal Arbitral*, o qual deverá considerar a natureza de tais demandas ou reconvenções, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes” (destaques nossos). Ainda no tocante à regra da CCI, cf. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 659. O mesmo ocorre na AAA: “R-6. Changes of Claim. After filing of a claim, if either party desires to make any new or different claim or counterclaim, it shall be made in writing and filed with the AAA. The party asserting such a claim or counterclaim shall provide a copy to the other party, who shall have 15 days from the date of such transmission within which to file an answering statement with the AAA. After the arbitrator is appointed, however, *no new or different claim may be submitted except with the arbitrator’s consent*” (destacamos).

¹¹⁶ Assim entendem GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA, para quem “inutile quindi ricercare nella tipizzazione della domanda d’arbitrato limiti alla proposizione di nuove domande in corso di processo, l’esistenza dei quali continua a fondarsi, come in passato, voui sul principio del contraddittorio” (*Il nuovo diritto dell’arbitrato*, p. 192). Também como ensina CARMONA, “pode o árbitro sentir a necessidade de esclarecer alguns pontos dúbios da convenção de arbitragem: pode ocorrer que o pacto arbitral não seja suficientemente explícito acerca da extensão dos poderes conferidos ao árbitro, pode haver dúvida sobre a escolha da língua a ser empregada, pode não estar clara a disposição que estabelece a sede da arbitragem. A prudência recomenda que o árbitro desde logo procure o consenso das partes para completar disposições da convenção de arbitragem [...], evitando futura alegação de nulidade” (*Arbitragem e processo*, p. 280).

¹¹⁷ Importante deixarmos evidente que nada disso está muito claro na literatura e na jurisprudência. De qualquer sorte, são questões da prática do instituto ora estudado que nos pareceram relevantes para efeito de reflexão.

Seja como for, também não nos parece impossível que este aumento do objeto do processo possa ocorrer sem a aceitação expressa, firmada pelo árbitro. Tudo dependerá do contexto com que se desenvolveu, naquele processo, o novo pedido. Claro, repetindo, há que se pautar sempre pelo contraditório e pela manifestação de vontade *evidente* de partes e árbitros. Se todos praticarem atos de clara concordância, havendo decisão quanto ao novo pedido, não há razão para imputar anulabilidade da respectiva sentença arbitral. A não ser por espírito emulativo do sucumbente, que encontrará o óbice por ter praticado no curso do processo atos incompatíveis com a postura de tentar anular a decisão *a posteriori* sob esse pretexto.¹¹⁸

Em suma, está claro que não apenas na forma com que se apresenta ao processo, mas também no tocante às regras que disciplinam o conteúdo do pedido, ou a alteração do objeto do processo, distinguem-se sobremaneira os processos estatal e arbitral. Este possui um fechamento operacional por conta de seus instrumentos próprios bem diferente da arquitetura estatal, marcada por nulidades quanto à estabilização da demanda que, no processo arbitral, são perfeitamente evitáveis, ou mesmo inexistentes, suposto que esteja sempre mantido o contraditório pleno. Este é mais um aspecto sistêmico do processo arbitral no tocante à maneira com que o princípio da demanda nele atua.

3.1.5.3 Os pedidos do requerido

Outro aspecto relativo ao aumento do objeto do processo diz respeito à possibilidade de o requerido aduzir pedido. Embora a Lei de Arbitragem nada disponha

¹¹⁸ A questão pode ser comum no chamado direito societário. Em determinado processo arbitral as partes litigantes possuem um arranjo contratual complexo, com variados instrumentos, como estatutos e um acordo de acionistas. A convenção abrange apenas este último. No curso do processo arbitral, nota-se que não apenas o acordo de acionistas está sendo discutido. Questões relativas aos estatutos começam a ocorrer, com razões e contrarrazões. E dessas postulações decorrem verdadeiros pedidos. Os estatutos, inicialmente não abrangidos pela convenção, tornam-se objeto de discussão, objeto da demanda arbitral. Importante anotar que são as mesmas partes envolvidas em todos os instrumentos jurídicos. A questão é de competência. Se inicialmente o árbitro não era competente para determinados pedidos, mas se, diante de seus atos no curso do processo, fica claro que aceitou neles prosseguir, ainda que não expressamente, aceita o encargo quanto aos novos pedidos. E se as partes nada apontaram contra isso, tendo praticado atos incompatíveis com a intenção de afastar uma nulidade relativa (competência), de afastar o árbitro daqueles pedidos, quer nos parecer que fica prorrogada a competência do árbitro, pois prorrogada a convenção para as novas questões e demandas relativas a elas. Podemos fazer um raciocínio paralelo com o processo estatal: a parte ré discute o mérito e depois tenta impugnar a competência relativa do juiz, no que encontrará o impedimento diante da prorrogação da competência (CPC, art. 114). Ora, se as partes querem e o árbitro aceita, não há vício nenhum no procedimento apontado. Aditou-se tacitamente a convenção no curso do processo, o que, inclusive, não poderá ser mais objeto de impugnação, diante dos atos prévios incompatíveis com a intenção de impugnar (art. 20, *caput*). Prorroga-se a competência do árbitro.

sobre o tema, como nem seria necessário, a viabilidade é clara e não nos parece o caso de aprofundar o assunto. O aspecto que merece alguma atenção é que, ao contrário do modelo estatal, o requerido não está vinculado às sectárias formas do Código de Processo Civil de distinção entre pedido contraposto e reconvenicional.¹¹⁹ No processo arbitral não faz sentido nenhum chamar o pedido feito pelo requerido de contraposto ou reconvenicional. Inclusive porque em muitas câmaras, conforme referiu-se aqui, sequer é possível distinguir quem seja o equivalente o *autor* e a *réu*, uma vez que as partes aduzem seus pedidos concomitantemente.¹²⁰

E isso ainda ganha relevo na medida justamente do item anterior. Conforme as partes avancem no curso do processo com novos pedidos, pautados pelos requisitos antes vistos, não há nenhuma exigência de que advenham do requerente original ou do requerido, o qual, para efeito do que estamos propondo em termos de demanda arbitral, equipara-se ao primeiro no que respeita aos polos de ataques e contra-ataques processuais. Temos nisso uma evidente diferença com o modelo do processo estatal. O que também demonstra a peculiaridade do processo arbitral como sistema na forma com que o requerido assume posição ativa na demanda, equiparado ao requerente.¹²¹

3.1.5.4 *A tutela antecipada*

Para finalizar o que nos parece mais relevante em termos de demanda, à luz da ideia de sistema processual, ou os aspectos que mais chamam a atenção sobre a demanda arbitral especificamente em seu papel de enquadrar o processo arbitral como um sistema, agora não relativo ao aumento ou mudança do pedido, mas aos seus efeitos, é a possibilidade de antecipação de tutela. Igualmente à reconvenção, a Lei de Arbitragem nada disciplina a

¹¹⁹ Já nos manifestamos contrários à diferença nesta técnica processual estatal, que nos parece absolutamente desnecessária, sendo formalismo inútil (cf. item 2.1.2.2.2, nota 130 *supra*).

¹²⁰ Ao contrário, na CCI, que, como dito, apresenta sistema postulatório que se assemelha ao modelo estatal, é prevista expressamente a possibilidade da “reconvenção” pelo requerido (art. 5.º, n. 5). Sobre a reconvenção no procedimento da CCI, cf. BARBIERI e BELLA, *Il nuovo diritto dell’arbitrato*, p. 194. Em outros regulamentos não existe sequer previsão sobre a reconvenção, como é o caso da Amcham e da Câmara Brasil-Canadá, o que não quer dizer, obviamente, que o requerido não possa aduzir pedido.

¹²¹ No âmbito do processo estatal, HEITOR SICA defendeu perante esta Casa profunda tese acerca da posição constitucional do réu no processo, advogando que ele deve ser equiparado ao autor para efeitos da *demand*a, ou, melhor dizendo, que sua defesa possui, ontologicamente, a mesma posição de uma demanda, mesmo quando não expresso um *pedido*, inclusive para efeitos de estabilização do julgado (*Direito de defesa e tutela jurisdicional*).

respeito. Até porque é coerente com o que apontamos no capítulo anterior sobre não estipular regras processuais que integrarão o seu devido processo legal, deixando essa tarefa a cargo das partes e árbitros.¹²²

A tutela antecipada nada mais é do que uma parte do exame de mérito que é trazido para outro momento do processo, visando produzir determinados efeitos que a situação *in concreto* requer, seja para resguardar a parte, seja para resguardar o processo.¹²³ E isso o árbitro pode fazer. Se é juiz de fato e de direito para julgar todo o mérito (art. 18) e se a tutela antecipada é uma prévia apreciação do pedido todo, também é o árbitro (e só ele) que será competente para apreciar parte dele. Quem pode o mais pode o menos.¹²⁴ Soma-se a isso o fato de que, como sabido, o procedimento é ditado pelas partes e, na ausência delas, pelo árbitro (art. 21, § 1.º). Podemos também pensar que as partes podem muito bem decidir que naquele determinado processo será possível a antecipação de tutela. Caso assim não estipulem, por conta justamente do poder integrativo do procedimento pelo árbitro, ele poderá decidir ser cabível ou não antecipar efeitos de *sua decisão*.¹²⁵

Um ponto que chama a atenção é que a tutela antecipada geralmente surgirá no processo arbitral por conta de situação de urgência, ao contrário do estatal, em que pode ser concedida em caso de intenção protelatória do réu ou de incontrovérsia (CPC, art. 273, inc. II e § 6.º). No processo arbitral não nos parece seja o caso de antecipar tutela quando houver incontrovérsia, embora não pareça haver impedimento. É que no seu ambiente já está praticamente consolidada a prática da sentença parcial para tais situações, conforme será analisado a seguir (item 3.4.1.4 *infra*), sendo esta a melhor solução. Quanto à postura protelatória, não se mostra adequado combatê-la antecipando tutela, embora também não pareça haver óbice ao árbitro a tanto – pois, como dito, em termos de procedimento, se as partes não convencionam cabe a ele fixar. A antecipação de parte do pedido como forma punitiva seria de fato a aplicação de regra expressa do processo estatal. E o árbitro tem

¹²² Os regulamentos no geral dispõem sobre a tutela antecipada, embora não com a mesma nomenclatura do processo estatal e em geral deixando clara a *natureza cautelar* da medida. É o que faz o art. 9.18 do regulamento da Câmara Brasil-Canadá, ao dispor que o Tribunal Arbitral adotará as medidas cautelares e coercitivas que entender adequadas para o correto desenvolvimento do processo. Por opção, não entraremos na discussão sobre a diferença entre tutela antecipada e medida cautelar, pois reputamos esgotada, além de ser fora de propósito aqui (cf., por todos, BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*).

¹²³ Cf. DINAMARCO, O regime jurídico das medidas urgentes, p. 10.

¹²⁴ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 330.

¹²⁵ Nesse sentido, com razão, MAGALHÃES, A tutela antecipada no processo arbitral, p. 18.

em mãos outros mecanismos, que não conceder *tutela punitiva*, inclusive com bem mais maleabilidade do que o juiz estatal, como penalizar com litigância de má-fé e direcionar o procedimento em sentido contrário ao propósito protelatório, negando as providências que reputar voltadas a atrasar o procedimento, sem os enormes inconvenientes dos recursos durante o processo, com sói acontecer no processo estatal.

É evidente, de outro plano, que, na falta de disciplina volitiva no tocante à tutela antecipada, o árbitro poderá buscar inspiração no instituto do processo estatal.¹²⁶ Não por usar uma regra, ou por migrar um conjunto de regras do esquema estatal para o arbitral. Mas sim porque ele utilizará um instituto do processo estatal como forma de influenciar seu modo de disciplinar o procedimento, de decidir determinada questão do processo, para cujo mérito só ele tem competência. Trata-se de prestigiar o próprio princípio da efetividade do processo arbitral,¹²⁷ aliado à competência do árbitro quanto ao mérito. E o fará mediante o mecanismo interno de *abertura cognitiva* do sistema arbitral.¹²⁸

Um exemplo é o árbitro conceder a tutela antecipada sem a oitiva do requerido, o que, dependendo do regulamento, poderá ser de difícil realização diante da forma conjunta com que as partes ingressam no processo. Mas não nos parece seja vedado, diante de situação de urgência, como pode ocorrer no caso de o requerido não se apresentar ao processo, sendo revel. Não vemos nesse expediente violação à regra de manutenção do contraditório no processo arbitral (art. 21, § 2.º), pois é apenas o uso de uma técnica processual em que ele é diferido diante de uma necessidade concreta.¹²⁹

---

¹²⁶ Defendendo a possibilidade de antecipar a tutela no processo arbitral, CARMONA justamente aponta essa característica, que para nós decorre do fenômeno sistêmico no processo arbitral, na qual as partes e árbitros utilizam a regra que fixaram, podendo ou não buscar influência no art. 273 do CPC, que tem “importância apenas relativa para o árbitro” (*Arbitragem e processo*, p. 319).

¹²⁷ Nesse sentido, PETRÔNIO MUNIZ, *A tutela antecipatória no procedimento pré-arbitral*, p. 302.

¹²⁸ Como ensina GERMANO SCHWARTZ, “a diferenciação funcional de cada sistema segue um esquema binário próprio, mediante um processamento de informações que lhe é próprio. A opção pela binariedade do código de um sistema funcionalmente diferenciado exclui valores terceiros, conferindo uma manipulação lógica e de alta tecnicidade que permite um (re)processamento entre ambos os pólos que, ao final, vão, mediante diferença, formar uma unidade. [...] O código é o que facilita as operações recursivas do sistema, a função ou o próprio cumprimento de sua função. A função diferencia funcional e clausalmente o subsistema. Ainda, é o código que diferencia o sistema do entorno. O código binário relativo à função de um subsistema é de sua exclusividade e opera a partir de seus próprios elementos” (*Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 75-76).

¹²⁹ Em sentido contrário, MAGALHÃES entende que a tutela antecipada liminar somente pode ser concedida se prevista na convenção (*A tutela antecipada no processo arbitral*, p. 20).

Encerrando este item, procuramos analisar algumas características da demanda arbitral sob o ponto de vista da premissa de sistema, buscando demonstrar a autonomia também do processo arbitral em relação ao estatal neste tocante. Desde o formato com que a demanda é posta, passando pelos seus limites objetivos de acordo com as posturas tomadas no procedimento e terminando com a antecipação de feitos da decisão sobre o pedido. Passemos agora a tratar de como se comporta a defesa na arbitragem, sob a mesma premissa.

3.1.6 A defesa no processo arbitral

A todo direito de ação (CF, art. 5.º, inc. XXXV) está contraposto o direito de se defender amplamente (CF, art. 5.º, inc. LV),¹³⁰ em movimento agitado pelo contraditório.¹³¹ Para que se garantam em qualquer processo o contraditório e a ampla defesa,¹³² as mesmas oportunidades devem ser conferidas às partes. E, da mesma forma com que a pretensão se desdobra ao ser bifronte,¹³³ também a defesa pode ter dupla abrangência: (i) voltada a impedir que um julgamento de mérito seja proferido e (ii) voltada a impedir que o julgamento de mérito seja conforme a pretensão deduzida na demanda. Em outros termos, classicamente a defesa se divide em termos processuais e substanciais, nas objeções e exceções. Para a teoria geral do processo, da qual o processo arbitral faz parte, não há distinção quanto a isso nos diversos microssistemas processuais existentes.¹³⁴

No que interessa aqui, feita a inserção do exercício da demanda nesse contexto, o importante é identificar em que medida o formato do exercício do direito de defesa integra o conceito de sistema para o processo arbitral tal qual vimos apontando. Consideramos que também a defesa arbitral tem esse corolário, a começar pela forma como ela se instaura no processo. Vejamos.

¹³⁰ Sobre a analogia entre ação e defesa, ver ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 283.

¹³¹ Cf. NELSON NERY JR., *Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal*, p. 135.

¹³² Para efeito até do que defendemos no item 2.2.3 *supra* sobre a composição do que seja devido processo legal arbitral, lembramos que não existe consenso na doutrina sobre a diferença entre contraditório e ampla defesa, havendo posições que os identificam (cf., entre outros, BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 46).

¹³³ Cf. DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, p. 39.

¹³⁴ Sobre os modelos de sistemas processuais, cf. capítulo 1, item 1.2.3 *supra*.

O desenho que se instala na fase de postulação do processo arbitral demonstra uma característica própria relativamente ao fechamento operacional. Já abordamos esse momento do processo arbitral tanto no item que tratamos do termo de arbitragem quanto no anterior ao presente, sobre a demanda arbitral. Ali, em suma, ficou claro que o procedimento é absolutamente diferente daquele que encontramos no processo estatal. O requerido pode ou apresentar sua contradição ou mesmo sua ação na mesma oportunidade do requerente, ou mesmo fazê-lo em momento posterior, seguindo ritual semelhante ao do processo judicial. Tudo vai depender do que as partes escolheram para esse trecho do procedimento.

No que concerne a procedimento, podemos até dizer que o modelo do processo arbitral é mais evoluído do que o estatal. Isso porque são as partes que estabelecem a regra do jogo, sabendo, ou devendo saber, de antemão como virá a postura do requerido em determinado processo. E ele, como dito, poderá não apenas *impedir*, mas também *pedir*, sem nenhuma limitação formalista acerca do meio com que deve fazer isso, a menos, é claro, que as partes tenham assim decidido antes. O pedido do requerido não será objeto aqui, eis que foi analisado no momento da demanda no item anterior, em que as partes se igualam nesse sentido.

Antes de tratarmos de algumas questões acerca da defesa propriamente dita, pertinente registrar que o momento em que o requerido se apresenta no processo costuma ser também aquele em que surge a figura de terceiros. Seja por uma equivocada convocação para o processo, seja por conta da ciência do início de processo no qual voluntariamente queira participar por se ver detentor de interesse jurídico, seja para efeito de auxiliar a parte inicialmente requerida. De qualquer sorte, a convenção arbitral apenas vincula os participantes diretos do negócio jurídico processual. Logo, se pensarmos em terceiros ao processo, e não a parte equivocadamente chamada de terceiro, em que a discussão é se ela está ou não vinculada pela convenção, concluímos que o terceiro só poderá participar se as partes e os árbitros aceitarem, diante da alteração dos limites subjetivos da demanda causada pela mudança da convenção.¹³⁵

---

¹³⁵ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 308 e 310. Sobre as diversas maneiras de se dar a intervenção de terceiro, sejam as provocadas ou voluntárias, cf. Idem, ibidem, p. 303-311, embora isso vá depender do sistema de cada jurisdição. Por exemplo, para BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO a explicação de que o terceiro não pode participar do processo porque não está vinculado pela convenção é insuficiente. Para eles, se a sentença arbitral se equipara à estatal em termos de eficácia e se existem terceiros que podem sofrer efeitos dessa decisão, por uma questão até de contraditório, eles devem ser aceitos no processo independentemente da aceitação dos litigantes originários (*La nuova disciplina dell'arbitrato*, p. 110-

O terceiro, aceito no processo arbitral, passa a ser parte.¹³⁶ E isso tem influência na medida do que estamos aqui abordando, pois ele também pode tentar impedir a pretensão de alguma das partes ou mesmo pedir. A menos que se aceite o ingresso de terceiro na condição de *amicus curiae*,¹³⁷ o que, nesse caso, não tem o condão de lhe transformar em parte, mas em amigo do tribunal arbitral, sujeito processual¹³⁸ auxiliar do juízo arbitral para efeito do que se está tratando, em posição semelhante, *mutatis mutandis*, à do *expert witness*. Seja como for, fato é que a partir do ingresso de terceiro no processo passamos a ter um aumento subjetivo do processo arbitral por uma questão superveniente e volitiva, na qual também os novos integrantes da relação processual poderão aduzir defesas processuais e materiais.

3.1.6.1 A defesa processual

Na doutrina processual tradicional, defesa processual quer dizer a arguição de matérias cognoscíveis de ofício. O art. 301 do Código de Processo Civil é bom referencial nesse aspecto, trazendo questões como incompetência absoluta, litispendência, coisa julgada, conexão, incapacidade de parte e carência da ação. O dispositivo se alinha à nossa posição anterior (item 3.1.3 *supra*) de aglutinar condições da ação e pressupostos processuais como requisitos gerais para obtenção de um provimento de mérito.¹³⁹ O próprio ordenamento estatal traz a necessidade de que tais matérias sejam reconhecidas de ofício (CPC, arts. 267, § 3.º, e 301, § 4.º).

---

112). Na Inglaterra, The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 permite que o terceiro implemente o *enforcement* do contrato quando é beneficiário, o que leva à conclusão de que também poderá participar do processo arbitral no qual o contrato seja objeto, o mesmo ocorrendo na Bélgica, onde o “article 1696 bis of the Belgian Judicial Code which provides that any affected party may request the arbitral tribunal to intervene in the proceedings” (cf. BERNARD HANNOTIAU, *Complex arbitrations*, p. 16, 17 e 165). Ainda na Inglaterra, de maneira até certo ponto inusitada, a London Court of International Arbitration (LCIA) prevê um dispositivo em seu regulamento autorizando o ingresso do terceiro no processo, independentemente da vontade das partes, bastando que o tribunal aceite o pedido de ingresso (art. 22.1, *h*).

¹³⁶ Cf. DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, p. 18.

¹³⁷ Cf. CESAR GUIMARÃES PEREIRA, A participação das câmaras de arbitragem como *amicus curiae* em processos do Tribunal de Contas da União relativos a processos arbitrais, p. 44 e ss.

¹³⁸ Expressão utilizada por SCARPINELLA BUENO, embora continue a ser terceiro no processo (*Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 422).

¹³⁹ A Ley de Arbitraje 60/2003 espanhola, com razão, traz rol exemplificativo no seu art. 22 ao dispor que “cualesquier otras (excepciones) cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.

Pois bem. Todos esses vícios podem ser apontados no processo arbitral pela parte requerida. É a chamada defesa processual, ou arguição de objeções. O fato de poderem ser objeto de veiculação pela parte não altera substancialmente sua dinâmica no processo,¹⁴⁰ salvo tornar o apontamento uma questão prejudicial ao mérito da qual nenhum participante do processo poderá desconhecer. Isso se dá por serem regras direcionadas ao juízo, não às partes, que impõem a apreciação por este, independentemente de ser *juízo* arbitral ou estatal. São matérias de ordem pública processual à luz da teoria geral do processo, sendo, por isso, aplicáveis ao processo arbitral. Por serem direcionadas ao *juízo*, não precluem, e trazem comando ao julgador, no sentido que, estando presentes, não é possível avançar ao julgamento de mérito.¹⁴¹

A inserção desses preceitos no processo arbitral se dá justamente por conta de sua *abertura cognitiva*, que, nesse caso, receberá, peremptoriamente, um aviso de que qualquer decisão de mérito que viole tais imperativos será passível de anulação. E aqui há, por outro lado, um dado específico do *fechamento operacional* do sistema arbitral. Embora tais matérias sejam chamadas de ordem pública, ficarão suscetíveis de impugnação judicial nos limites da demanda do art. 33. Vale dizer, havendo o vício e não ajuizada a demanda, não nos parece possível que a parte que seria beneficiada pelo respectivo reconhecimento obtenha a retirada da sentença arbitral do mundo jurídico.

Por questão de corte metodológico, trouxeamos esse momento da defesa processual antes das matérias do art. 20, considerando a possibilidade de que sejam alegadas previamente à própria instituição da arbitragem. É o que ocorre, por exemplo, nas câmaras em que a parte requerida apresenta toda a sua manifestação já na resposta ao pedido de instituição da arbitragem, antes da aceitação pelo árbitro, como é o caso da CCI (art. 5.º do regulamento).

Também justifica a inserção de tais matérias antes das do art. 20 na medida em que aqui estamos diante de questões não suscetíveis à preclusão do referido dispositivo. Com efeito, ao contrário do que disciplina o referido dispositivo, na falta de condições da

---

¹⁴⁰ Como diz o jurista espanhol FREDERIC MUNNÉ CATARINA, “en el proceso arbitral las partes pueden oponerse al arbitraje por considerar que concurren circunstancias obstativas del propio cauce arbitral para resolver la controversia. Esas circunstancias impeditivas constituyen verdaderas excepciones, que pueden oponerse en el proceso arbitral” (*El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 102).

¹⁴¹ Cf. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, p. 359.

ação ou pressupostos processuais não incide em nenhuma preclusão a omissão da parte em momento específico do procedimento. Ela assim poderá agir até a sentença arbitral, a partir da qual a questão passará a ser passível de impugnação via Judiciário nos termos do art. 33, o que, no geral, girará em torno da hipótese da sentença proferida fora dos limites da convenção (art. 32, inc. IV).

Há inegavelmente um lado ruim nesse formato, na medida em que aquele que se beneficiaria do reconhecimento do vício pode omitir-se justamente para apontá-lo futuramente, em demanda anulatória, se sucumbente for. Essa postura é contrária à segurança do sistema arbitral, é bem verdade, pois cancelam-se as chamadas *bombas de efeito retardado*, em que a parte intencionalmente as detona no futuro, na seara judicial, como medida antiarbitragem se for do seu interesse. Mas não podemos concordar que, por exemplo, uma ilegitimidade de parte fique superada se não alegada no momento do art. 20, se a matéria é pressuposto do processo e prescinde da postura da parte.¹⁴²

Entre as matérias gerais que se costumam apontar no tocante a pressupostos processuais e condições da ação, parece-nos que apenas a incompetência se identifica com o art. 20. Mas é uma pseudoidentidade, pois a competência como objeção ora trazida relaciona-se com a incompetência absoluta, ao passo que o art. 20 trata da relativa, tanto que se prorroga caso não haja a impugnação no momento estipulado pela regra. As demais também serão passíveis de apontamento pelas partes, ou mesmo por reconhecimento de ofício pelo árbitro. No sistema do processo arbitral, tais matérias diferem-se de algumas do art. 20, que são passíveis de estabilização pela preclusão. O que pode ocorrer, no mais das vezes, em termos práticos, é a parte consolidar, na mesma manifestação, tanto as matérias não sujeitas à preclusão como as do art. 20.

De qualquer maneira, uma diferenciação mais clara, com consequências ao processo, entre as matérias ora trazidas como defesa processual e aquelas constantes do artigo 20, está no fato de que, enquanto as do artigo 20 geram a mudança do árbitro, ou a extinção do processo para que as partes se encaminhem ao Judiciário (§ 1.º), na falta dos pressupostos do processo dificilmente isso acontecerá. A parte ilegítima assim o será tanto no processo arbitral quanto no estatal. O mesmo ocorre com os demais requisitos para se

---

¹⁴² *Mutatis mutandis* do que ocorre no processo estatal (cf. HEITOR SICA, *Direito de defesa e tutela jurisdicional*, p. 74).

obter decisão de mérito. Em suma, se há impedimento para que o árbitro avance à análise de mérito por força de matérias como condições da ação e pressupostos processuais, o mesmo se dará com o juiz togado.¹⁴³

Para resumir, acreditamos que, embora as matérias suscetíveis de defesa de mérito se aproximem em muito no processo arbitral da forma com que atuam no estatal, ainda assim existem diferenças decorrentes da natureza sistêmica deste último, como o momento de apresentação ao juízo arbitral, a relação com as matérias do art. 20 e, finalmente, os efeitos diante da demanda do art. 33. Passemos nesse instante a tratar especificamente das matérias do art. 20, agora sim em momento muito próprio do processo arbitral e que contribui para formar seu fechamento operacional, diferenciando-se totalmente dos demais modelos de sistemas processuais. É o que segue.

3.1.6.2 As matérias do art. 20, caput, da Lei de Arbitragem

Falamos anteriormente que as matérias do art. 20 são suscetíveis de preclusão. Isso não é absoluto. A bem da verdade, também porque o dispositivo não traz nenhuma descrição de consequência, apenas trata de matérias que geram preclusão e outras que não. É uma norma híbrida quanto à preclusão,¹⁴⁴ em clara característica que contribui para o *fechamento operacional* do processo arbitral.

Em geral, as questões de suspeição e impedimento do árbitro são suscetíveis de preclusão, enquanto as relativas à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção são meramente ordinatórias. A parte que tiver conhecimento dos motivos para imputar tais vícios ao árbitro deve fazê-lo na primeira oportunidade a partir de quando tenha tomado conhecimento, munida das provas que já possuir. Sem essa postura o vício ficará superado pela preclusão.¹⁴⁵ É o que ocorrerá se a parte sabe do problema, silencia-se, confiando ganhar a causa e, quando sucumbe, tenta ajuizar demanda anulatória. Nesse caso, sua ação anulatória não terá cabimento por força da preclusão havida no curso do processo arbitral. Trata-se, também, de aplicação de regra da proibição do comportamento contraditório, em

¹⁴³ Cf. FREDERIC CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 102.

¹⁴⁴ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 284.

¹⁴⁵ Cf. BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 231.

consonância com a boa-fé que deve pautar o processo arbitral, conforme já abordamos no capítulo anterior (item 2.1.2.2.2 *supra*).¹⁴⁶

Em contrapartida, as matérias relativas à convenção não estão sujeitas à preclusão, podendo não ser alegadas no curso do procedimento, mas apenas na demanda do art. 33.¹⁴⁷ Esta não parece ser a melhor alternativa num primeiro momento, pois poderia justamente premiar a parte que guarda determinadas matérias para serem utilizadas apenas se e quando sucumbente. Acredita-se que a convenção é nula, mas não se alega, porque mesmo assim pensa-se que vencerá a causa. Sendo perdedor, utiliza-se desse material para demandar a anulabilidade da sentença por vício na convenção. De fato, a solução apresenta-se como uma porta aberta para armadilhas processuais,¹⁴⁸ mas não parece haver outra alternativa. Seja porque, como dito, a regra não disciplina consequência objetiva, seja porque temos na convenção a fonte da jurisdição arbitral.¹⁴⁹ É um pressuposto processual do processo arbitral, conforme já abordamos (item 2.2.2 *supra*), e, nessa qualidade, é insuscetível de preclusão.

Finalmente, uma questão que bem demonstra a contribuição do art. 20 no plano de *fechamento operacional* do sistema do processo arbitral está no fato de que a decisão de acolhimento da impugnação à convenção, com a extinção do processo sem julgamento de mérito, além de ser inatacável via recurso ou qualquer outra medida, impedirá o juiz togado de proferir juízo de valor sobre a questão. Vale dizer, ele somente poderá julgar a causa, a questão de fundo, não podendo apreciar se o árbitro tinha ou não competência, ou se a convenção era ou não inválida. Poderá, é verdade, extinguir o processo estatal sob outro fundamento, outra matéria processual, como a falta de um pressuposto processual que não a convenção. Entretanto, não poderá revisar a decisão do árbitro que decidiu não ser competente.¹⁵⁰ Eis uma clara ocorrência de *abertura cognitiva* entre os sistemas. Além de demonstrar uma característica emblemática do fechamento operacional do processo

¹⁴⁶ Sobre o conceito amplo de boa-fé na arbitragem, cf. LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Lex mercatoria*, p. 286.

¹⁴⁷ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 285.

¹⁴⁸ Como bem anotou FOUCHARD sobre a tentativa de a Uncitral de impedir medidas protelatórias, “se uma das partes, conhecendo a existência de irregularidades no processo arbitral, não apresenta reação imediata, presume-se que tenha renunciado ao direito de invocá-las, posteriormente, contra a sentença que não for do seu agrado. Manifestação do princípio da boa-fé em relação aos atos praticados no processo arbitral é, hoje, consagrada por inúmeros sistemas jurídicos e pela totalidade dos modernos regulamentos de arbitragem” (Sugestões para aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais, p. 333).

¹⁴⁹ BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 232.

¹⁵⁰ Nesse sentido, CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 286-287.

arbitral, a questão quanto à competência do árbitro para julgar sobre a própria competência (*kompetenz-kompetenz*),¹⁵¹ nesse caso, é exclusiva.

3.1.6.3 A defesa de mérito

É conhecida a dificuldade em diferenciar matérias de defesa referentes ao processo daquelas ligadas apenas ao mérito.¹⁵² Não é o nosso objetivo entrar nessa discussão. Sintetizando, parece-nos adequada para o intento a definição de que defesa de mérito é aquela em que o demandado formula resposta que de alguma forma interfira na decisão sobre a pretensão deduzida.¹⁵³

Ao contrário do que se costuma ver no processo estatal, principalmente de alguns anos para cá, com o chamado *processo do autor*, o processo arbitral não possui uma estrutura de predisposição de atos voltados a satisfazer uma das partes. Uma que tudo pede e outra que nada pede. A própria maneira com que a instauração do processo arbitral se dá, como falamos antes, mostra que em muitas câmaras as partes exercem faculdades e posições de igualdade, sequer podendo ser identificadas como autora e ré. Exercem pedidos e contrapedidos, muitas vezes concomitantemente, em igualdade de condições sobre o mesmo objeto contratual. Sobre este elo comum, forma-se por vezes um conjunto de *demandas*, que se pode chamar de objeto do processo arbitral. Em suma, no processo arbitral não se trata um autor carente nem um réu delinquente. As partes são vistas como aptas a exercer as mesmas faculdades e ônus processuais, em igualdade de posições. Isso traz algumas consequências no tocante à defesa de mérito. Vejamos.

Imaginemos uma situação em que não haja pedido contraposto. Apenas uma parte quer a condenação e a outra, a absolvição. O compromisso arbitral em pauta determina que os árbitros devem julgar se o contrato foi cumprido. O demandado apresenta uma exceção

¹⁵¹ Cf. CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 199. Como assentado na jurisprudência atual do STJ, “está o juízo arbitral autorizado a decidir acerca de sua própria competência” (MS 11.308/DF).

¹⁵² E, por conta disso, toda uma interminável discussão envolvendo pressupostos processuais e condições da ação à luz do mérito (cf. capítulo 2, item 2.2.2, nota 179). Especificamente quanto à relação das condições da ação com o mérito, cf. SUZANA HENRIQUES DA COSTA, *Condições da ação*, p. 76-105.

¹⁵³ Cf. HEITOR SICA, *Direito de defesa e tutela jurisdicional*, p. 86.

substancial de compensação (CC, art. 368).¹⁵⁴ E traz ao processo arbitral *questões*¹⁵⁵ que em nada se relacionam com o contrato objeto do compromisso arbitral. Não há pedido novo. Há apenas uma questão de mérito, que em nada se relaciona com o que os árbitros estão examinando, mas decorrente de um outro contrato do qual surgiria o direito à compensação. Seria possível aos árbitros examinar essa defesa de mérito? O ponto que foi trazido é um fato extintivo do direito do demandante. Para o reconhecimento do direito à compensação os árbitros não teriam que realizar um passo prévio e reconhecer, declarar o direito de crédito do demandado acerca de contrato para o qual não têm competência?

Embora para reconhecer o direito à compensação os árbitros tenham que analisar o direito de crédito fora do objeto da convenção, esse reconhecimento é feito *incidenter tantum* e não *principaliter*. Não há pedido para declarar se o demandado tem ou não direito. O que se pede é o reconhecimento, em sede de defesa e não de demanda, de algo que gera a improcedência do pedido de acordo com o fato da compensação.¹⁵⁶ O que seria vedado aos árbitros é julgar um pedido com base neste outro contrato não abrangido pela convenção, mas não reconhecer uma questão, um fato extintivo do direito do demandante, ainda que decorrente de um negócio jurídico não alcançado pela convenção.¹⁵⁷ O que está dito no compromisso é que o *objeto* do processo arbitral está adstrito a determinado contrato. Não questões passíveis de conhecimento para fim de afetar a decisão de mérito em favor do demandado.¹⁵⁸

Na medida em que a questão trazida não altera o objeto do processo arbitral, pois não aduzido pedido, não haveria nenhum impedimento para que os árbitros reconhecessem o direito, decorrente de um contrato fora dos limites da convenção, como fato contrário ao pedido. O dever dos árbitros é julgar se aquele determinado contrato foi cumprido. Mas em nenhum momento foi estabelecido, nem poderia, que o demandado não terá a possibilidade de se defender plenamente, apresentando fatos e *questões*, pontos controvertidos que possam

¹⁵⁴ Cf. FREDIE DIDIER JR., *Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 65.

¹⁵⁵ Como ensina DINAMARCO, com apoio em CARNELUTTI, questão é “ponto controvertido de fato ou de direito” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 36).

¹⁵⁶ PONTES DE MIRANDA reconhece o efeito extintivo da compensação (*Tratado de direito privado*, t. 24, p. 324).

¹⁵⁷ Tanto que LIEBMAN trata de determinadas matérias de direito material cognoscíveis mediante apenas provocação, entre as quais compensação (Intorno ai rapporti tra azione e eccezione, p. 449-452).

¹⁵⁸ HEITOR SICA, embora assumindo posição minoritária, defende que a compensação é matéria que pode ser apreciada inclusive de ofício quando recair sobre o mesmo núcleo jurídico da causa de pedir do autor, o que não seria bem o caso aqui (*Direito de defesa e tutela jurisdicional*, p. 167).

levar a um resultado favorável contra a demanda que lhe foi posta. Entendimento contrário levaria à anulabilidade do procedimento, por vício ao contraditório e ao direito do demandado em influir diretamente no convencimento dos árbitros, nos termos do art. 21, § 2.º.

O mesmo poderia ocorrer com outros fatos alegados em defesa para impedir o direito do demandante, como novação, dação em pagamento, compensação, confusão etc. O objeto de um processo arbitral pode ser limitado no tocante aos pedidos. Mas não se pode, de forma alguma, limitar *questões* que o demandado possa trazer no exercício de sua defesa.¹⁵⁹ Impedir a utilização de tais matérias de defesa sob o argumento da limitação pela convenção arbitral seria passar ao jurisdicionado a mensagem de que o sistema do processo arbitral não traz a mesma segurança jurídica do processo estatal. Pois neste, sabidamente, não há limitação de matéria de defesa em decorrência dos limites da convenção. E isso seria desastroso para o instituto.

Um aspecto final quanto à compensação, apontada em nosso exemplo, também se refere à comunicação, à *abertura cognitiva* entre os sistemas arbitral e judicial. Suponha-se que o crédito apresentado para ser compensado fosse maior que o cobrado no processo arbitral. A sentença arbitral, passando pelo reconhecimento do direito à compensação e julgando em favor do demandado, não poderia ser passível de cumprimento judicial nos termos do art. 475-J do Código de Processo Civil.¹⁶⁰ Primeiro porque, como já dito, ainda que houvesse pedido declaratório sobre esse direito, ele não estava abrangido pela convenção. Por consequência, não poderia ser objeto do processo. Segundo, conforme veremos com mais detalhes no item sobre a sentença, a lei processual distinguiu a sentença arbitral da estatal no que respeita ao caráter executivo da declaração. Tanto que a arbitral é descrita no inciso IV do art. 475-N do Código de Processo Civil, enquanto a sentença estatal é trazida no

¹⁵⁹ Fazemos referência ao conceito de devido processo legal que desenvolvemos no capítulo anterior, especialmente o papel do contraditório nesse contexto (cf. item 2.2.3.1 *supra*). Como bem ensina CARMONA, “caberá então às partes e ao árbitro estabelecer (ou adotar) um procedimento que possa garantir plenamente a recíproca manifestação dos contendentes a respeito das provas e das razões do adversário”, e acrescente que “a feição moderna do princípio do contraditório exige que o julgador – seja ele juiz togado, seja ele árbitro – não tome decisões acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada às partes a *efetiva possibilidade de influir no resultado o julgamento*” (*Arbitragem e processo*, p. 295 – destaques nossos).

¹⁶⁰ No processo estatal, HEITOR SICA dá exemplo em que o autor busca 100, o réu invoca a compensação de 80, sem manejar reconvenção e sem pedir expressamente a condenação. O juiz se convence de que o réu é credor de 80 e o autor, de 50. Defende SICA que não haveria motivo para negar que se forme em favor do réu título executivo contra o autor no tocante ao saldo de 30 apenas porque ele não reconveio, chegando a essa conclusão sem precisar da mudança do atual art. 475-N, I, do CPC (*Direito de defesa e tutela jurisdicional*, p. 226-227).

inciso I. Terceiro, para a sentença arbitral, não há a menção expressa da sentença que *reconheça a existência da obrigação* a ser cumprida, como consta para a hipótese do inciso I da sentença estatal. Por fim, mesmo que assim não fosse, o reconhecimento da compensação estaria na motivação da sentença arbitral, o que também não permitiria o seu cumprimento judicial.

Procuramos demonstrar que, embora tenha pontos de contato com o modelo estatal, o que para nós é apenas a confirmação da abertura cognitiva entre os sistemas, a defesa no processo arbitral também contribui na constituição do fechamento operacional do processo arbitral. É o que notamos na sua evolução. Em praticamente todos os momentos existem características que indicam essa feição, em maior ou menor grau, como ocorre em certa medida quanto à defesa. De qualquer sorte, o formato da defesa ajuda também a melhor compreender o processo arbitral como um sistema, tal qual posto na premissa teórica.

Passemos agora a tratar de outro enfoque da marcha do processo, que sob o ponto de vista de metodologia nos parece ficar mais bem enquadrado antes de abordarmos a instrução, apenas por uma questão de linha de raciocínio, visto que tais questões podem surgir mais comumente antes da fase de provas. São as questões incidentais ao processo em que também notamos haver contribuição para a análise da premissa teórica em cheque. Veja-se.

3.2 Aspectos incidentais do processo arbitral

Pensamos neste item voltado a tratar especificamente dois temas que não possuem regra de momento para ocorrerem no processo arbitral. Por uma mera opção de método, parece-nos que ficam mais bem alocados após a fase de postulação acima e antes da instrutória, que virá em seguida. Falamos da prejudicialidade ao processo arbitral, representada ou por outro processo arbitral ou por um estatal, ou mesmo pela superveniência de direito indisponível no curso do primeiro. E também referimos a aspectos relativos aos poderes do árbitro.

É verdade que ambos os temas poderiam ser inseridos em qualquer posição do estudo, pois podem se dar em todos os momentos do processo arbitral. Elegemos a inserção aqui porque os institutos, com diferentes nuances, acabam de alguma forma trazendo

aspectos incidentais¹⁶¹ do processo arbitral que contribuem na sua caracterização como um sistema. Para uma compreensão mais didática do que se pretende, dividimos a sessão em dois momentos distintos, sendo um para cada tema, os quais, por sua vez, serão seccionados em subitens. É o que o segue.

3.2.1 *A prejudicialidade no curso do procedimento*

Em termos bastante sintéticos, na teoria geral do processo a prejudicialidade é tratada como um evento, interno ou externo ao processo, capaz de trazer uma questão, de fato ou de direito, que precisa ser resolvida antes do julgamento da demanda, nela influenciando.¹⁶² Um bloqueio ao julgamento da causa enquanto não resolvida a questão prejudicial. Obviamente sem a pretensão de esgotar o tema, pródigo em questões que podem render monografias, veremos apenas como se comporta a prejudicialidade no processo arbitral quanto à ideia de sistema.

Podemos identificar três grandes contextos em que a questão pode se fazer presente no processo arbitral. A sua relação com outra demanda arbitral e a relação com outra demanda judicial. Ambos se inserem na ideia de prejudicialidade externa.¹⁶³ Em terceiro plano, a consequência específica do sistema do processo arbitral contida no art. 25, a superveniência de direito indisponível, que pode ser vista como uma prejudicialidade interna.¹⁶⁴ Passemos a tratar abaixo de cada um deles.

3.2.1.1 *A relação entre demanda arbitral e judicial*

Uma demanda estatal pode ser prejudicial a uma arbitral.¹⁶⁵ Embora o contrário também possa ocorrer, o maior enfoque é a influência operada dentro do ambiente do processo

¹⁶¹ Como ensina DINAMARCO, os incidentes do processo “recaem sobre este, causando alguma alteração no procedimento e ao fim produzindo algum efeito sobre ele” (*Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 462).

¹⁶² Em profundo estudo sobre o tema, CLARISSE LARA LEITE aponta que “prejudicialidade jurídica é, assim, a revelação que existe entre um *juízo judicial* (do âmbito imperativo ou lógico) e uma *decisão judicial*, em que o primeiro se mostra apto a condicionar o teor da segunda, decorrendo esse condicionamento tanto (a) da vinculação abstratamente previsto no sistema jurídico entre as situações objeto desses juízos como (b) dos efeitos atribuídos pelo sistema processual ao primeiro provimento, que alcançaram o prolator da segunda decisão” (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 91-92 – destaques do original).

¹⁶³ Cf. Idem, ibidem, p. 226-298.

¹⁶⁴ Cf. Idem, p. 171-221.

¹⁶⁵ “Há relação de prejudicialidade entre duas causas quando o julgamento de uma delas é apto a influir no de outra” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 155).

arbitral. De pronto notamos que o tema já demonstra uma característica que nos interessa, a relação de *abertura cognitiva* entre os processos arbitral e estatal. De fato. A prejudicialidade entre as demandas traz em si uma clara demonstração desse movimento comunicativo, de troca de mútuas influências entre as jurisdições, entre os diferentes sistemas processuais.

Uma primeira ideia elementar, agora consequência do fechamento operacional do sistema arbitral, é que a questão prejudicial ao processo arbitral deverá ser sempre analisada *in concreto* pelos árbitros, que, dependendo do caso, suspenderão ou não o processo, cuja decisão será irrecorrível. E tal nem precisa se dar necessariamente por conta de exercício de jurisdição civil. É possível aceitar hipótese, que nos parece absolutamente excepcional, em que um processo penal possa ser prejudicial ao arbitral. Afinal, a jurisdição é una,¹⁶⁶ embora devamos esperar uma postura restritiva dos árbitros nesse aspecto.¹⁶⁷

Mas pensemos na concomitância no exercício de jurisdição civil. Imagine-se um arranjo contratual que envolva as mesmas partes em mais de um contrato, todos relacionados. Em um grupo deles há convenção arbitral. Noutro eleição de foro. “A” institui demanda arbitral em face de “B” atinente ao grupo de contratos com convenção. “B”, por sua vez, ajuíza demanda judicial em face de “A”, relativa aos contratos com eleição de foro. Noticiados da demanda judicial em curso por “B”, os árbitros concluem que a decisão dependerá da conclusão a que chegará o juiz togado na ação judicial. Noticiado por “A”, o

¹⁶⁶ Assim já nos manifestamos em estudo sobre o exercício de poder na jurisdição e sua relação com a efetividade do processo: “essa forma de expressão de poder do Estado, todavia, não se esgota apenas na mera aplicação coercitiva do direito ao caso concreto. É também, como corolário do próprio sentido tripartido da jurisdição (jurídico, político e, fundamentalmente, social), forma de pacificação da sociedade, exercida legítima e independentemente de qualquer moção de *referendum* dos demais poderes do Estado (salvo o financeiro, dada infelizmente a dependência de recursos do Judiciário relativamente ao Executivo). Portanto, a jurisdição, nesse aspecto de exercício, de forma de expressão do poder estatal, é inegavelmente universal, indivisível, não havendo razão ontológica para qualquer tentativa de divisão entre os ambientes processuais em que ela se expressa, vale dizer, entre o processo civil e o penal” (Jurisdição e poder, p. 185).

¹⁶⁷ No direito espanhol, MUNNÉ CATARINA aceita a possibilidade de relação de prejudicialidade entre um processo penal e um arbitral, embora com soluções diferentes da suspensão do processo, pois, para ele, “no puede dársele en el proceso arbitral el mismo tratamiento procesal que el art. 40 LEC prevé para el proceso judicial, dado que el arbitraje no puede suspenderse sine die por el árbitro”. Exemplifica com um documento ou testemunho que sejam absolutamente essenciais para o julgamento da demanda arbitral sendo objeto de um processo-crime de falsidade. Na hipótese aventada pelo autor, não haveria outra forma de fundamentar a decisão arbitral sem tais elementos de prova. Nesse contexto, defende que os árbitros devem proferir “absolutorio en la instancia”, ou seja, sentença extintiva. Não sendo fundamental o elemento de prova objeto do processo penal, propõe o jurista que a execução da sentença arbitral seja suspensa, embora reconheça que “falta una regulación expresa” para a matéria. Defende que os demais processos eventualmente prejudiciais ao arbitral não podem trazer a suspensão deste, mas apenas da execução do laudo (*El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 100-111).

juiz togado conclui da mesma forma, que sua decisão não poderá ser contraditória ao que decidirem os árbitros no processo arbitral.

Uma vez que o direito pátrio não regula especificamente a matéria, é necessário encontrar uma saída no sistema sem que se tenha um entrave intransponível para o próprio exercício da jurisdição arbitral. Impasse pode haver se não ficarem claras algumas premissas, que justamente demonstram a *abertura cognitiva* entre o processo arbitral e o estatal, além de características muito próprias do processo arbitral no tocante ao tema da prejudicialidade, ou seja, seu *fechamento operacional*: (i) primeiro, não é possível aplicar regra de conexão,¹⁶⁸ a menos que as partes assim queiram, hipótese excluída, pois os contratos perante o juízo estatal não possuem convenção e os contratos com os árbitros têm competência exclusiva destes; (ii) não é o caso de aplicação do art. 25, pois a prejudicialidade externa não se confunde com o surgimento de questão sobre arbitrabilidade objetiva; (iii) não havendo migração entre *juízos*, há que estipular quem aguardará a decisão de quem; (iv) o árbitro deve interpretar restritivamente pedidos de suspensão do processo arbitral, justamente para evitar *litispendências criadas* para impedir seu *munus*; (v) aliado a isso, a decisão do árbitro de suspender ou não o processo está dentro do seu poder discricionário, sendo soberana e inatacável; (vi) se entender por bem suspender o processo arbitral, que essa suspensão seja limitada no tempo, podendo ser adotado como parâmetro o prazo que os árbitros tiverem

¹⁶⁸ Este é um dado, aliás, que apenas ratifica como o processo arbitral é um sistema próprio, não sujeito à jurisdição estatal. Como dizem BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, o princípio de matriz jurisprudencial de absorção da jurisdição arbitral pela judicial era “formite di espedienti volti a sfuggire agli arbitri ed a lucrare i tempi lunghi (eterni?) della giustizia statale: ancorchè venisse ventilato il correttivo della non applicazione del principio quando la natura pretestuosa dell’aggancio al giudice statale fosse constatabile *ictu oculi*. È, perciò, di grande rilievo, teorico e pratico, il ripudio di quella mitica vis da parte della ‘novella’. Oggi, la connessione fra la controversia deferita ad arbitri ed altra dedotta nel giudizio civile non produce alcuna conseguenza: il che conferma, se ve ne fosse bisogno, la differenza di ‘natura’ fra l’arbitrato e la giurisdizione, differenza che esclude, appunto, riunioni o assorbimenti” (*La nuova disciplina dell’arbitrato*, p. 143-144 – destaques nossos). LIEBMAN havia analisado essa questão da competência prioritária do juiz togado, no regime anterior do direito italiano, apontando que o princípio devia ser visto de maneira restritiva (*Giudizio arbitrale e connessione di cause*, p. 469). RUBINO-SAMMARTANO aponta que essa antiga visão foi ultrapassada, na medida em que “la competenza degli arbitri no è esclusa dalla connessione con controversie per le quali sia competente il giudice ordinario” (*Il diritto dell’arbitrato*, p. 367). Atualmente esta é a disciplina da matéria no CPC italiano: “Art. 819 ter (Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria) La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice. La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d’arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43. L’eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell’eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia dedotta in giudizio. Nei rapporti tra arbitrato e processo giudiziario non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295. In pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l’invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato”. Sobre a interpretação de tal dispositivo, cf. FILIPO DANOVI, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, p. 32 e ss.

para proferir a sentença (art. 23); (vii) a decisão de suspensão é precária, de modo que, assim que sobrevier fato novo que altere a relação de prejudicialidade, o processo arbitral pode retomar seu curso¹⁶⁹ e; (viii) por fim, a suspensão não se condiciona com a coisa julgada do processo judicial.

Embora não obrigatório, por conta do regime próprio do procedimento arbitral que não adota regras do processo estatal, quer nos parecer possível no caso concreto aplicar interpretação sobre a anterioridade de juízo.¹⁷⁰ Se o processo arbitral foi instituído antes (art. 19), e se os árbitros entenderem que podem continuar no processo sem a decisão do juiz togado, o processo estatal deverá ser suspenso (CPC, art. 265, inc. VI, “a”). Se na demanda judicial ocorreu a citação antes (CPC, art. 219), o mesmo poderá suceder com o arbitral, mediante aplicação pelos árbitros justamente do instituto da prejudicialidade externa, podendo-se buscar, por analogia, se quiserem e acharem o caso, inspiração na mesma regra processual estatal. Anotamos, mais uma vez, que os árbitros não estão e nunca estarão obrigados a suspender o processo arbitral. Nem mesmo se as partes quiserem. Uma vez que a prejudicialidade é um fato que atinge a formação cognitiva do árbitro, se ele entende que não precisa da decisão judicial para julgar, ninguém, nem as partes, pode lhe obrigar a esperar.

Veja-se como estamos diante de dois sistemas de processo próprios para a questão:¹⁷¹ enquanto ao processo estatal a regra é clara no sentido da anterioridade, em que o juiz deverá suspendê-lo, no arbitral os árbitros podem ou não. E o farão apenas e tão somente em casos excepcionais, em que realmente não vejam como possível a continuidade

¹⁶⁹ Por exemplo, uma antecipação de tutela concedida no processo estatal que redunde em prévia cognição do juízo estatal sobre o vínculo que une os processos em prejudicialidade, no sentido favorável a uma das partes no processo arbitral. No exemplo, que o juiz togado profira decisão antecipada sobre o conteúdo dos contratos que não possam ser objeto do processo arbitral, de modo que os árbitros possam balizar seu posicionamento prevenindo decisões conflitantes. Até porque, como ensina FAZZALARI, “soltano la pronuncia – di giudice o di arbitro – che diventi definitiva per prima può farsi valere e dev’essere osservata nel processo ancora pendente” (*L’arbitrato*, p. 43.).

¹⁷⁰ “A chamada prejudicialidade externa, prevista na letra ‘a’ do n. IV do art. 265 do CPC, condicionante da decisão de mérito, há de referir-se a processo em curso quando surge o processo que deverá ser suspenso. Assim sendo, se posterior à ação das partes, é impertinente a questão prejudicial de mérito, não existindo fundamento para a suspensão” (*JTJ* 238/229). No mesmo sentido, *RT* 500/96, 611/84, 613/127 (cf. THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, p. 387).

¹⁷¹ Diz FILIPPO DANOVÍ que “la disciplina dell’istituto presenti numerosi caratteristiche ad essa soltanto pecualiri, che, ove esaminare in una prospettiva di interazione dinamica con ulteriori controversie estranee all’ambito della convenzione arbitrale (e pertanto interamente regolamentare dalla disciplina ordinaria della tutela giurisdizionale) impediscono una completa equiparazione alla realtà dell’organizzazione interna di questa, e ai rapporti normalmente correnti tra giudici ordinari del’ordinamento. Si deve pertanto escludere la pretesa sussunzione dell’istituto arbitrale, operata dalla giurisprudenza, nel tradizionale e tecnico concetto di competenza” (*La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, p. 477).

do processo sem a medida. Evidentemente que tudo isso dependerá das regras que também forem escolhidas pelas partes. Se elas elegeram outro modelo, tudo isso poderá mudar. Na omissão, decidirão os árbitros, pois trata-se de questão de procedimento (art. 21, § 2.º).¹⁷² Tudo também poderá ser visto de outra maneira caso se esteja diante de processos arbitral e/ou judicial situados em outros países, pois existem diferenças entre o regramento da matéria em cada país.¹⁷³

No tocante à prejudicialidade ao processo arbitral, o instituto deve ser visto com cuidado. Como a criatividade advocatícia é ilimitada, não se pode descuidar de certas armadilhas que o devedor pode criar, por meio de patrono hábil, no sentido de ajuizar ação judicial apenas e tão somente para criar questão prejudicial à demanda arbitral que será iniciada. Não se pode referendar medida antiarbitragem disfarçada de prejudicial externa ao pedido arbitral.¹⁷⁴ Se a postura da parte é clara nesse sentido, na medida do poder dos árbitros quanto ao procedimento, e considerando que regra processual estatal de suspensão do processo é-lhes meramente indicativa, pensamos que toda e qualquer situação como a descrita acima, em que a suspensão seja postulada contra o processo arbitral, deve ser vista com muito critério pelos árbitros, de forma verdadeiramente restritiva.¹⁷⁵ Inclusive, e principalmente, para rejeitar a suspensão do processo.¹⁷⁶

¹⁷² Cf. FILIPPO DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, p. 480.

¹⁷³ FILIPPO DANOVI aponta que “tanto più che nel caso di arbitrato Internazionale è necessario individuare la legge regolatrice del fenomeno, che potrebbe essere non necessariamente unica qualora la situazione fosse esaminata dal punto di vista di diversi ordinamenti, e simultaneamente affermata sulla base delle singole leggi ritenute applicabili da ciascun ordinamento” (Ibidem, p. 481).

¹⁷⁴ Cf. RAFAEL ALVES, *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*, p. 205 e ss. Cf. também JEAN KALICKI, citando o conhecido caso Copel – Copel versus UEG Araucária Ltda. – (*Lis pendens* in international arbitration, p. 201-202). Para mais detalhes sobre o caso Copel, cf. RAFAEL ALVES (Ibidem, p. 229-233) e JULIA DINAMARCO (Algumas considerações sobre o caso judicial Copel v. UEG).

¹⁷⁵ Nesse sentido, cf. LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 56.

¹⁷⁶ Os juristas espanhóis BERNARDO CREMADES e IGNACIO MADALENA, em estudo publicado na revista peruana de arbitragem sobre procedimentos paralelos, apontam o caso envolvendo Fomento de Construcciones y Contratas S.A. versus Colon Container Terminal S.A., no qual o Tribunal Federal suíço (sentença de 15.05.2001, ATF 127, III), muito criticado pela doutrina internacional, em questão que não envolvia exatamente demandas prejudiciais, como aqui, mas litispendência entre um processo judicial e um arbitral, misturando conceitos processuais, “el Tribunal consideró íntimamente ligado al de cosa juzgada – en virtud del cual un tribunal debe suspender el procedimiento si existe otro ante el que se ha planteado el mismo litigio, entre las mismas partes”. O Tribunal considerou que os árbitros deviam ter suspenso o procedimento diante da existência de um processo estatal prévio, anulando o laudo. Por conta desse precedente foi alterado o Código Federal de Direito Internacional Privado (CFDIP) suíço em 2007, para incluir o art. 186, dispondo expressamente sobre a faculdade do árbitro de decidir sobre sua própria competência, não obstante a existência de outro processo judicial com mesmas partes e objeto, “a menos que existan razones serias para aplazar el procedimiento” (Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional, p. 20-22). A mesma mistura de conceitos processuais entre litispendência e coisa julgada é trazida por CORDÓN MORENO (*El arbitraje de derecho privado*, p. 186 e ss).

Por outro lado, pode-se pensar na solução reversa, principalmente considerando o alerta acima. De certa forma é o que aconteceu em caso concreto recentemente julgado pela Justiça carioca. Em mais uma demonstração de que, tal qual posto no capítulo 2 (item 2.1.2 *supra*), a *abertura cognitiva* é uma via de mão dupla entre sistemas, ali a prejudicialidade foi do processo arbitral para o judicial, levando à suspensão deste: (i) em agravo de instrumento interposto em execução por título extrajudicial, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro rejeitou pedido de suspensão do processo diante do transcurso de processo arbitral, afastado em primeiro grau; (ii) a questão substancial tratou de compra e venda de ações, com divergência quanto ao preço final; (iii) houve objeção de pré-executividade, rejeitada diante de necessária dilação probatória; (iv) no acórdão, o Tribunal aventou a possibilidade de uma ação declaratória para afastar a exigibilidade do débito; (v) no julgamento do agravo, posteriormente o Tribunal voltou atrás e reconheceu que tal não se conciliaria com cláusula compromissória do contrato; (vi) houve instauração de processo arbitral; (vii) no agravo, pediu-se a suspensão do processo de execução enquanto não julgado o processo arbitral, que lhe seria prejudicial; (viii) instalado o juízo arbitral, a agravada intentou rejeitá-lo, mas a Câmara arbitral determinou o prosseguimento do feito.

Em suma, a questão se restringiu em saber se no curso de execução, opostos embargos no formato de demanda arbitral, se a execução deve ou não ser suspensa, ou mesmo extinta. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acabou decidindo, corretamente, entre outros fundamentos, que: (a) a cláusula compromissória tem força vinculante, sendo vedado que uma das partes unilateralmente renuncie à escolha feita no contrato pela via arbitral; (b) o contrato constitui título executivo extrajudicial apto à propositura da execução, sendo normal que convenções de arbitragem estejam inseridas em tais instrumentos, bastando que uma das partes desse início à execução para que a escolha pela arbitragem virasse *letra morta*; e (c) a convenção das partes é causa legal de suspensão do processo judicial em geral e da execução em especial (CPC, arts. 265, inc. II, e 791, inc. II). Assim, determinou-se que a execução fosse suspensa até a decisão da câmara arbitral sobre o valor das ações objeto do título extrajudicial.¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

¹⁷⁷ TJRJ, 2.^a Câmara Cível, AI 2009.002.17343, Agravante Acom Comunicações S.A., Agravada Energisa S.A., Rel. Des. Jessé Torres, j. 10.06.2009.

¹⁷⁸ Questão idêntica quanto ao objeto da execução (contrato de compra e venda de ações de sociedade anônima) chegou ao Superior Tribunal de Justiça na Medida Cautelar 13.274/SP, recebendo, em 13.09.2007, a seguinte decisão da relatora Ministra Nancy Andrighi, *verbis*: “[...] não há dúvidas de que o título que dá fundamento à execução, notadamente na parcela em que define a obrigação de pagamento, está sendo discutido perante uma câmara de arbitragem. Isso pode ser facilmente verificado no Termo de Arbitragem..., no qual se lê:

É importante anotar que não é sempre que a tramitação de um processo arbitral causará suspensão ao processo judicial de execução. Tudo dependerá da matéria deduzida pelo executado. Se ela se restringe, por exemplo, a pressupostos processuais e condições da ação *executiva*, matéria atinente ao processo estatal, não há que falar de competência arbitral. A parte que deseje alegar tais questões terá a via da mera arguição, via objeção de pré-executividade, ou mesmo os embargos à execução apenas para tais matérias, cuja competência será do juiz estatal da execução. Do contrário, se a matéria refere-se à relação substancial, ao contrato gravado com cláusula compromissória, não poderá o executado opor embargos perante o juiz togado com esse conteúdo, pois a competência para apreciar o pedido é do árbitro, devendo aduzir sua matéria de defesa via pretensão, via ação autônoma, que será instrumentalizada pela demanda arbitral, podendo ou não suspender o processo estatal, a depender sempre das condições *in concreto*.¹⁷⁹

[...]. Em que pese a recusa das credoras a se submeterem à arbitragem, a competência da Câmara Arbitral foi objeto de deliberação e decisão no sentido positivo. Não há, ao menos em princípio, qualquer irregularidade nesse procedimento: é cediço que, uma vez incluída cláusula arbitral em um contrato, está a câmara de arbitragem autorizada a decidir acerca de sua própria competência. Nesse sentido, pode-se citar o acórdão exarado por ocasião do julgamento do AgRg no MS 11.308/DF (STJ, 1.^a Seção, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 14.08.2006), cuja ementa se transcreve, na parte que interessa: ‘Administrativo. Mandado de segurança. Permissão de área portuária. Celebração de cláusula compromissória. Juízo arbitral. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Atentado [...]. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o ‘risco’ de serem derrotadas na arbitragem. Deveras, uma vez convencionada pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, segundo dispõe o art. 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. Outrossim, vige na jurisdição privada o princípio do *kompetenz-kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência’. Assim, ao menos *prima facie*..., não há qualquer vício na submissão da matéria ora discutida à Câmara Arbitral, assim como é regular o estabelecimento, por ela, de sua própria competência para a matéria. A pendência da discussão perante a Câmara Arbitral equivale, portanto, nos efeitos, à discussão, em juízo, de uma causa comum, na qual não se estipulou a arbitragem. Sendo assim, é inegável que há prejudicialidade externa entre a ação de execução e o procedimento que se desenvolve perante a Câmara Arbitral. A decisão que será proferida pelos árbitros diz respeito exatamente ao débito que é perseguido na execução. Assim, ao menos em princípio, o resultado do procedimento arbitral produzirá efeitos diretos sobre o prosseguimento da ação de execução. Além disso, também não pode ser esquecido que a executada, diante da cláusula arbitral, não tem a faculdade de submeter a questão ao juízo togado, mediante embargos do devedor. Não é dele a competência para decidir sobre o mérito da questão. A única opção que tinha, portanto, mesmo após o ajuizamento da execução, seria submeter sua irrisignação à Câmara de Arbitragem, como de resto fez. A discussão a respeito do assunto, destarte, deve implicar a suspensão da execução. A hipótese é de todo equivalente àquelas em que há uma ação declaratória em trâmite e a posterior propositura de ação de execução para cobrança do débito discutido. É firme a jurisprudência no sentido de ser possível, nesses casos, atribuir à prévia ação declaratória eficácia de embargos do devedor, com a consequente suspensão da execução, após a penhora. Nesse sentido, citem-se, por todos, os seguintes precedentes do STJ: 4.^a T., AgRg no REsp 697753/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 09.05.2005; 1.^a Seção, CC 38045/MA, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 09.12.2003; e 3.^a T., REsp 260042-SP, e/rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 23.10.2000. Forte em tais razões, defiro a medida liminar para o fim de determinar que, após promovida a penhora, seja suspensa a ação de execução em trâmite perante a 14.^a Vara Cível do Foro Central de São Paulo, Capital. Tal suspensão deverá permanecer até o julgamento definitivo da causa pelos árbitros indicados”.

¹⁷⁹ Desta maneira já decidiu também o STJ no REsp 944.917/SP (Rel. Min. Nancy Andriighi). Fazemos questão de transcrever tal julgado, assim como feito acima, justamente para corroborar os vários trechos desta tese em que enalteecemos o magnífico trabalho da comunidade arbitral para desenvolver a cultura

3.2.1.2 A relação entre demandas arbitrais

O tema entre demandas arbitrais pode dar a falsa impressão de ser mais simples, o que é incorreto. O processo arbitral também pode ser prejudicial a outro¹⁸⁰ e muitas indagações podem surgir disso, inclusive algumas de difícil solução.

A questão não tem muita relevância se as duas demandas estiverem perante o mesmo juízo arbitral, ou mesmo órgão arbitral, diante de seu poder de reuni-las.¹⁸¹ Feitas as

---

da matéria perante o Poder Judiciário, que tem correspondido a tais esforços. Trata-se do que ARNOLDO WALD apontou como o *quarto pilar de sustentação do instituto da arbitral*, “a jurisprudência da Corte Superior” (A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais, p. 7-16). Nota-se claramente a qualidade da fundamentação em tais julgados, o que demonstra também um esforço judicial para *aculturar sociedade via doutrina pelo precedente*. Assim decidiu o STJ no referido acórdão, inclusive com citação de doutrina de escol, *verbis*: “em documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas pode suscitar dúvidas sobre a permanência do caráter executivo do título. A solução não aponta, no entanto, para o caráter mutuamente excludente destes institutos. Ao contrário, deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título [...] não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. O que equivale a admitir que algumas questões se sujeitem à arbitragem e outras não. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. A efetividade dos direitos, princípio que sustenta o Estado Democrático, exige simplificação das formas, bastando realmente iniciar a execução forçada. Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. Essa é a interpretação que se extrai dos arts. 22, § 4.º, e 31 da Lei 9.307/96, bem como do art. 475-N, IV, do CPC (correspondente ao antigo art. 584, VI, CPC), que exigem procedimento judicial para a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral e para a efetivação de outras medidas semelhantes. O entendimento da doutrina caminha nesse sentido. Confira-se: ‘A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII...), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada’ (Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, v. IV, São Paulo. Malheiros, 2004, p. 83). ‘Não há, porém, incongruência alguma entre a existência de um título executivo e a possibilidade de arbitragem, mas a correlação entre os temas deve ser bem compreendida: se houver alguma dúvida sobre o título (ou sobre as obrigações ali consignadas), tal crise de certeza deve ser dirimida pela via arbitral; mas se houver inadimplemento, o credor socorrer-se-á desde logo da via judicial, propondo demanda de execução, sem que haja espaço para a arbitragem’ (Carlos Alberto Carmona. Considerações sobre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro. In Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. Coord. CARLOS ALBERTO CARMONA, SELMA FERREIRA LEMES E PEDRO BATISTA MARTINS. São Paulo, Atlas, 2007, p. 33-46). Como se não bastassem tais argumentos, vale mencionar que o art. 267, VII, do CPC, não se aplica à hipótese, pois rege a extinção do processo de conhecimento. À execução, como se sabe, aplicam-se as causas de extinção previstas no art. 794, CPC”.

¹⁸⁰ “Los efectos positivos y negativos del convenio arbitral no impiden que, en determinadas circunstancias, una misma controversia desencadene dos o más procedimientos, con el riesgo que las decisiones que se pronuncien sean contradictorias” (BERNARDO CREMADES e IGNACIO MADALENA, Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional, p. 5).

¹⁸¹ Em exemplo dado por GIANNI SCHIZZEROTTO (*Dell'arbitrato*, p. 482). Na CCI, por exemplo, a reunião de demandas arbitrais é possível somente até a assinatura do termo de arbitragem (art. 4, n. 6) e após isso apenas com a autorização do tribunal arbitral (art. 19). Na International Center for Settlement of Investments Disputes (ICSID), embora não tenha regra específica, tem estabelecido a junção de demandas nos mesmos árbitros para evitar desinteligências (cf. HANOTIAU, *Complex arbitrations*, p. 188).

considerações teóricas gerais sobre a prejudicialidade no ambiente do processo arbitral no item anterior, passemos diretamente ao ponto concreto. Vemos como possível dois contextos: *a)* no primeiro, nota-se claramente que uma demanda arbitral é prejudicial à outra. Nesse caso, simples, em que não há controvérsia, não há dúvida, a prejudicada será suspensa até que seja proferida sentença arbitral na prejudicial; *b)* no segundo, mais complexo, temos dois juízos arbitrais que entendem serem, concomitantemente, prejudiciais ou prejudicados entre si. Trata-se de situação semelhante ao exemplo dado no item anterior, mas agora envolvendo dois juízos arbitrais.

Sequer cogitamos a hipótese de apenas as partes reputarem esta ou aquela demanda prejudicial. Para nós, trata-se de uma aferição primordialmente do árbitro, na medida em que se relaciona com a capacidade que outra demanda, trazida como *questão* para o processo arbitral, tem para influir ou não no seu convencimento, impedindo-o de avançar no julgamento do mérito. Ou ao menos levando-o a crer que ir adiante sem ter sido resolvida a prejudicial pode induzir a um julgamento ruim.

É sempre bom relembrar que a prejudicial é à formação cognitiva do julgador. Ele, árbitro, é quem deverá decidir se sua convicção está ou não prejudicada. Se precisa ou não da solução da prejudicial para formar seu convencimento. Logo, quer nos parecer que não terá muito efeito a posição da parte. Salvo se ambas desistirem da jurisdição arbitral em um dos processos, para passarem a litigar apenas no outro, aumentando-se/alterando-se o objeto deste processo,¹⁸² o que também dependerá de aceitação do árbitro do processo prejudicial, conforme vimos antes (itens 3.1.4 e 3.1.5.2 *supra*).

Nesse último caso, do impasse entre dois juízos arbitrais que reputam, ambos ao mesmo tempo, que a outra demanda é a prejudicada/prejudicial, temos o seguinte quadro: *i)* se cada qual entender que sua demanda é prejudicada, ambos os processos serão suspensos,

¹⁸² Em posição de certa forma alinhada com o art. II da Convenção de Nova Iorque (tradução livre): “Artigo II 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por ‘acordo escrito’ uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas. 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

o que redundaria em inaceitável *non liquet*; ii) se cada qual entender que sua demanda é prejudicial, ambos os processos continuarão, com possíveis decisões contraditórias, assumindo os árbitros os riscos inerentes desta escolha. Aceitando prosseguir, podem não cumprir satisfatoriamente sua missão, mas o resultado ficará preservado de revisão via demanda do art. 33, pois se trata do conteúdo da decisão.¹⁸³ Este segundo quadro não é tão grave quanto o primeiro. Ao menos decisões haveria, sejam ou não contraditórias. E isso acaba sendo sempre melhor do que decisão nenhuma. Tudo leva a crer que esse deve ser o modo de tratar o impasse.

Ao contrário do processo estatal,¹⁸⁴ no arbitral não há regra e não nos parece haver forma hermética para resolver a questão. Uma alternativa, como já dito, seria as partes desistirem de uma das demandas, da que entenderem prejudicada, e passarem a apenas litigar na outra. Mas isso dependeria de consenso, o que, no geral, pode não ser muito fácil, pois sempre a parte que se sentir fragilizada, seja na relação substancial, seja no momento do processo, terá motivos de sobra para não concordar.

A solução parece ser mesmo voltar o foco para os árbitros. Não obstante no processo arbitral, como sempre dito aqui, não se aplicarem as regras do processo estatal, uma alternativa razoável para resolver o impasse seria incidir a ideia da anterioridade do juízo antes relembrada. O processo arbitral anteriormente instituído teria seu curso, enquanto o outro aguardaria decisão para ser retomado. Mais uma vez, trata-se apenas de uma alternativa. E também limitada. Podemos ter justamente a demanda anterior como prejudicada e não prejudicial, levando a uma decisão insatisfatória do ponto de vista qualitativo.

¹⁸³ Todavia não nos parece impossível que a demanda do art. 33 seja ajuizada, apontando vício de procedimento, na medida em que, se a prejudicial tivesse sido levada em conta, a convicção do juízo poderia ser outra. O fundamento seria o vício no procedimento no que toca ao cerceamento da ampla defesa e contraditório. Na possibilidade de poder influir irrestritamente no convencimento do árbitro (arts. 21, § 2.º, e 32, inc. VIII). Embora possível, a probabilidade de êxito de uma demanda como essa não nos convence. Seria mais ou menos a hipótese de uma prova não aceita pelo árbitro, embora aqui não falamos sobre o árbitro estar convencido e achar a prova desnecessária, mas sim da incapacidade de ele poder julgar com a questão prejudicial já resolvida, o que está fora do seu controle.

¹⁸⁴ Basicamente, regras de conexão e competência, sendo tudo resolvido, em situações extremas como a relatada, pela instância superior, que não existe no processo arbitral. A despeito de também no processo estatal a questão poder ficar sem resposta satisfatória. Imaginemos a hipótese de dois juízos estatais não se entenderem sobre qual demanda é a prejudicial. Indo ao tribunal, este também pode não resolver a questão, inclusive concluindo que sequer prejudicialidade há, determinando a continuidade de ambos os processos. É mais ou menos a solução que apontamos acima, de os árbitros assumirem o risco e, se o caso, manterem os processos em curso, pois nada legitima o *non liquet*.

Ademais disso, ainda com o foco nos árbitros, pensamos que a possibilidade de ambos os juízos arbitrais verem suas respectivas demandas como prejudicadas e suspenderem ambos os processos, afora possível na teoria, na prática será muito difícil. O que então se mostra como melhor solução, e mais condizente com a realidade, como já dito, é de fato os árbitros seguirem com o(s) processo(s) da forma como bem entenderem. Suspendendo-se ou não a outra demanda, resolverão a questão no instante de decidir, assumindo a possibilidade de, com esse formato, não proferir a melhor decisão possível, ou não condizente com a outra.

Não encontramos sugestões concretas na literatura pesquisada.¹⁸⁵ Os autores, no geral, especialmente na doutrina estrangeira, tentam acomodar a situação com conceitos de litispendência não aplicáveis aqui, uma vez que falamos de prejudicialidade. E sem nenhuma intenção de exaurir o tema, que está longe de ser equacionado, diante da verdadeira mistura de conceitos processuais e arbitrais. Seja como for, isso não nos causa espécie. É natural dentro da premissa desta tese. Trata-se de claro acomodamento decorrente da *abertura cognitiva* entre os sistemas processuais. De acordo com os *fechamentos operacionais* do processo arbitral e do processo estatal, mantendo-se cada um sua autorreferência e autonomia, embora com dificuldades na equação de certas questões.¹⁸⁶ Aliás, a resolução pode até se complicar se

¹⁸⁵ Ao menos para aplicação no Brasil. Não concordamos, por exemplo, com a proposta de que “the consolidation of parallel arbitration proceedings can be a court initiative” (BERNARD HANOTIAU, *Complex arbitrations*, p. 185). Embora, como diz o jurista, “this has long been the case in the United States”, citando inúmeros precedentes (Idem, ibidem), a depender da vontade das partes (Idem, p. 187), no nosso país não é possível a saída, na medida em que o juiz togado não poderá adentrar na questão neste momento do processo arbitral, mas apenas se e quando ajuizada a demanda do art. 33. E o fará apenas para analisar se há nulidade no procedimento decorrente de não se ter aguardado resolução de questão prejudicial no curso do processo. O que, convenhamos, parece-nos pouco provável, pois tal estaria adstrito ao conteúdo da decisão arbitral, que deve, sempre, estar inatingível pela jurisdição estatal. Uma alternativa para isso, voltando para a autonomia da vontade, seria as partes estipularem que o procedimento obedecerá integralmente o sistema dos EUA, inclusive para autorizar a jurisdição estatal a resolver questões incidentais, como a apontada, o que poderia ser desastroso na prática em nosso país, diante dos conhecidos expedientes *antiprocisso* comuns ao foro.

¹⁸⁶ Podemos citar o exemplo dado pelos espanhóis CREMADES e MADALENA, na “arbitraje de protección de inversiones”, em que são comuns procedimentos paralelos envolvendo tratados bilaterais de investimentos (TBI), nos quais os investidores podem alegar violação a vários deles e reclamar indenizações contra os Estados internacionais envolvidos mediante diferentes processos arbitrais, cada um relativo a um TBI distinto, mas por conta de um só investimento e medida de determinado Estado. Apontam os juristas que a doutrina tem procurado uma solução de consenso perante os problemas gerados, mediante conceitos como litispendência e coisa julgada, apontando inclusive que a International Law Association publicou recomendação sobre a necessidade de uma eficaz coordenação dos procedimentos. Em suma, apontam a mistura entre conceitos processuais como o acima com os tipicamente arbitrais, como a *kompetenz-kompetenz*, dizendo ainda que as partes têm procurado alternativas contratuais para fugir do problema processual em questões de investimentos, como cláusulas “fork-in-the-road”, ou cláusulas de “bifurcación en el camino”, ou ainda convenções que já incluem a renúncia e a possibilidade de cumulação de uma demanda em outra, o que nos parece possível aplicando o critério de anterioridade (Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional, p. 6-7). No mesmo sentido, sobre as recomendações da International

envolver juízos arbitrais de diferentes países. Nesse caso, como dito, tudo dependerá da forma com que seja regrado o instituto da prejudicial nos respectivos países. No entanto, parece-nos difícil que a questão possa ser definida de maneira diferente do exposto acima.¹⁸⁷

3.2.1.3 O direito indisponível superveniente (art. 25)

Segundo a Lei de Arbitragem, o árbitro deve suspender o procedimento quando surgir questão prejudicial relativa a direito indisponível (art. 25, *caput*). Eis a única figura de prejudicialidade tratada na lei, e decorre de questão de direito levada do processo. A suspensão vigora até que seja decidida definitivamente a prejudicial (art. 25, parágrafo único). A sistemática é a da chamada prejudicialidade interna.¹⁸⁸

Pela *ratio* da lei, somente o órgão competente para decidir tal *questão* como principal pode, *incidenter tantum*, resolvê-la como prejudicial. Nessa linha de ideias, o juízo arbitral não pode decidir questões que tenham por base direitos indisponíveis, ainda que *incidenter tantum*. Segundo o raciocínio da lei, isso se dá pelo fato de que elas não podem ficar sujeitas a regras estabelecidas pelas partes ou pelo órgão institucional escolhido, por exemplo, julgamento por equidade.

Essa foi a escolha da lei, que deve ser obedecida. Mas com ela não concordamos, absolutamente. Muito melhor se fosse diferente. A questão prejudicial deveria estar atrelada à *arbitrabilidade do pedido* e não da *questão*. Estaria associada a uma demanda sobre direito indisponível que necessitasse de julgamento próprio, via *principaliter*, não incidental, como

---

Law Association e também da International Arbitration Institute de Paris, anotando que “the problem is that the theory of exclusive jurisdiction does not always hold in practice”, cf. JEAN KALICKI, *Lis pendens* in international arbitration, p. 198 e ss.

¹⁸⁷ Também no Brasil, pois consideramos que a *regra* do art. 90 do CPC (“art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”) vincula o juiz e não o árbitro, a não ser que se aceite o ordenamento processual pautando o processo arbitral sem que as partes queiram, que não é nossa posição. Em países onde a autonomia da parte supera o poder do árbitro quanto ao procedimento, inclusive para definir a própria formatação do procedimento sobre regras de formação da cognição do árbitro, como nos EUA, defende-se que as partes decidem se querem ou não suspender o processo por conta da prejudicial (cf. JEAN KALICKI, *Lis pendens* in international arbitration, p. 198), ou mesmo se, como dito, quem deve resolver a prejudicial é o Tribunal estatal (HANOTIAU, *Complex arbitrations*, p. 185). Segundo HANOTIAU, “the consent of all parties is not required as a condition for any such joinder. However, in recent years, the Court has generally been reluctant to order the joinder of two arbitrations over the objection of one of the parties” (Ibidem, p.182).

¹⁸⁸ Cf. CLARISSE LARA LEITE, *Prejudicialidade no processo civil*, p. 171 e ss.

previsto no texto. Quando se apresentasse sob a roupagem incidental, de tal modo que sobre ela não fosse necessária a produção da estabilidade típica do julgamento próprio e final, da coisa julgada arbitral, ao árbitro seria possível exercer juízo sobre ela em sua fundamentação, para, ato contínuo, decidir o pedido objeto da demanda arbitral, que seria certamente outro.

Se sobre a questão fosse necessária a produção de decisão com os ingredientes da imutabilidade, típicos da coisa julgada estatal, à parte não haveria de fato outra alternativa senão se valer da jurisdição estatal, transformando a questão em demanda, mediante o ajuizamento da ação declaratória incidental (CPC, art. 325). Essa seria uma visão mais prospectiva da norma, visando não prejudicar a tramitação do processo arbitral, aliás como já trata a doutrina.¹⁸⁹ Seria muito mais condizente inclusive com a necessidade de se manter harmônica a abertura cognitiva entre os sistemas processuais neste tocante.

Mas é uma visão do que não está escrito na lei.¹⁹⁰ O fechamento operacional do processo arbitral não permite essa investida, pois, entre as pouquíssimas regras processuais da Lei de Arbitragem, essa é muito clara e expressa. A interpretação prospectiva, ou mais alinhada com os conceitos de questão e demanda, autorizando a continuidade do processo arbitral, fatalmente levaria à inquinação de anulabilidade da respectiva sentença arbitral, com insegurança incompatível com a ideia de sistema processual que se busca e se pretende ver demonstrada neste trabalho.

¹⁸⁹ BATISTA MARTINS, Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 283.

¹⁹⁰ CARMONA se manifesta nesse sentido, com todas as ressalvas de que o caminho escolhido pelo legislador não foi o mais feliz, mas conclui, lamentando, no sentido da necessidade de suspensão e remessa ao juiz estatal mesmo que a questão prejudicial que verse direito indisponível esteja no plano da análise incidental (*Arbitragem e processo*, p. 291). Em sentido contrário, BATISTA MARTINS e BARBOSA MOREIRA reputam possível a continuidade e análise da questão de direito indisponível pelo árbitro quando não se tratar de matéria que careça de julgamento com forma de definitividade, que seja algo a constar da motivação de decidir, e não do decidido propriamente dito (cf., respectivamente, Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 282, e *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, p. 280). No direito espanhol, da mesma forma pensa o jurista espanhol MUNNÉ CATARINA (*El arbitraje em la Ley 60/2003*, p. 111). Igualmente no direito italiano (cf. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, p. 483, e BARBIERI-BELLA, *Il nuovo diritto sull'arbitrato*, p. 240), especialmente depois da reforma de 2006 (art. 819 do CPC italiano), que autoriza o árbitro a decidir qualquer questão prejudicial *incidenter tantum*: “Art. 819. (Questioni pregiudiziali di merito). Gli arbitri risolvono senza autorita' di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge. Su domanda di parte, le questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato. Se tali questioni non sono comprese nella convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato e' subordinata alla richiesta di tutte le parti”.

Seria também razoável questionar se é possível haver um prazo máximo para a suspensão de que trata a lei, *mutatis mutandis* do que propusemos no item anterior (item 3.2.1.1 *supra*), quando falamos da suspensão do processo por prejudicialidade externa relativamente à demanda judicial, quando sugerimos o mesmo prazo máximo do proferimento da sentença. Ou se a falta de iniciativa de qualquer das partes junto à justiça comum poderia determinar a continuação do processo. Infelizmente aqui a resposta é negativa. A expressa opção do legislador foi da obrigatória suspensão até o trânsito em julgado (art. 25, parágrafo único).

Apenas um aspecto nos parece que deva ficar claro quanto à abrangência do referido dispositivo. É importante ressaltar que o objeto de tutela pelo legislador é a *questão incidental* da qual *dependa*¹⁹¹ o julgamento do litígio. Justamente por ser expressa e específica a norma, não podemos concordar com parte da doutrina que reputa possível a continuidade do processo arbitral justamente na hipótese prevista na lei.¹⁹² Logo, se a parte aduz *pedido* que abranja direito indisponível, matéria inarbitrável, não é nem poderá ser o art. 25 que regerá o contexto. O árbitro não poderá suspender o processo e remetê-lo ao juiz togado. O que regerá a matéria serão os arts. 1.º e 8.º, parágrafo único. Logo, caberá ao árbitro, e apenas a ele, decidir se a matéria *objeto do processo* é arbitrável ou não, cabendo à parte insatisfeita a ação do art. 33 contra a futura sentença.¹⁹³ Disso resulta certa incoerência do dispositivo, pois uma questão causa efeito mais grave ao processo do que uma demanda de mesmo conteúdo. Enquanto no primeiro caso o processo é suspenso e as partes remetidas ao Judiciário, no segundo o tema apenas poderá se resolver quando da sentença arbitral, com a tramitação do processo até então.

De fato, o art. 25 necessitaria de adaptação para melhor se adequar ao sistema de processo arbitral que se espera. Da forma como está constitui uma trava desnecessária, pois repete o vetusto e revogado art. 1.094 do diploma processual estatal, e contraditória com conceitos elementares de direito processual, totalmente aplicáveis ao processo arbitral,

¹⁹¹ Sobre esta condicionante, CARMONA é taxativo (*Arbitragem e processo*, p. 365).

¹⁹² Conforme apontado na nota 187 *supra*, pois justamente o dispositivo disciplina *questão*, e não *pedido*, portanto certamente matéria a ser apreciada *incidenter tantum*. E ela que será a apta a suspender o processo. Mesmo porque, se pedido fosse, o enfoque e a consequência seriam totalmente diferentes, também previsto na lei, conforme abordamos acima no texto.

¹⁹³ Não foi assim que entendeu o TRF da 2.ª Região em julgamento de 17.09.2003, cujo acórdão foi publicado na *Revista do CBar* n. 4, p. 175 e ss., no qual, em situação de pedido a respeito de matéria de arbitrabilidade discutível, em medida claramente antiarbitragem, após a rejeição do pedido em primeiro grau, o Tribunal determinou a suspensão do processo arbitral e a remessa ao juiz togado, em interpretação errática do antiquado art. 25.

como questão e demanda, entre situações apreciadas incidentalmente, sobre as quais não se produzem efeitos definitivos, daquelas julgadas direta e especificamente, a produzir tais efeitos de estabilidade. Aliás, tal adaptação poderia se dar até mesmo pela simples retirada do referido artigo do mundo jurídico, pois desnecessário, apenas prejudicando o instituto do processo arbitral.

Em termos de sistema, poderíamos até mesmo utilizar uma tentativa de trazer alguns conceitos do processo estatal, como os acima, para tentar defender a possibilidade de que o processo arbitral continue a despeito da questão incidental apontada. Mas, infelizmente, não parece que o texto da lei autoriza tal iniciativa. Cabe-nos lamentar, reconhecer no dispositivo um dado que compõe o *fechamento operacional* do sistema do processo arbitral, mas consignar que, embora contribua para demonstrar esse ferramental próprio, impossibilita uma comunicação melhor entre os sistemas do processo arbitral e estatal no trato da prejudicial, como seria a alternativa apontada da concomitância entre o processo arbitral e a demanda declaratória judicial sobre a matéria.¹⁹⁴

Pensamos que toda a abordagem feita sobre a prejudicialidade no processo arbitral acima teve a contribuição, em diferentes níveis, na discussão posta sobre a formatação do processo arbitral com um sistema. Mesmo a prejudicialidade do art. 25, embora criticável, não deixa de ser um dado absolutamente próprio do modelo arbitral, não equiparável a qualquer outro instituto do processo estatal. Julgamos, portanto, que as matérias prejudiciais na arbitragem também integram um conjunto próprio de elementos que contribuem para se chamar de sistema o processo arbitral. Passemos agora a tratar de outras questões que também apresentam esta característica, mas agora inseridas no âmbito do exercício de poder pelo árbitro. Vejamos.

3.2.2 Os poderes do árbitro

Em termos gerais, exercício de poder redundará em falar na sua delegação pelo Estado. No processo arbitral, o passo prévio está no exercício da jurisdição. Não entraremos em profundidade no conceito de jurisdição, que sabidamente varia de acordo com as

---

¹⁹⁴ Defendida por BATISTA MARTINS já no regime atual (Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 283).

concepções políticas sobre a relação de poder Estado-jurisditionado,¹⁹⁵ havendo vasta e disforme doutrina a respeito. Também não é nosso objetivo discutir se na arbitragem há ou não jurisdição. Já nos posicionamos nesse sentido, e consideramos que o assunto está esgotado.

Conforme apontamos em estudo publicado,¹⁹⁶ preferimos adotar a visão de que jurisdição é atividade estatal exercitada *super partes* e transformadora da realidade, impondo a esta que passe a se portar de acordo com uma ordem preestabelecida, *jurídica* e não necessariamente *legal*.¹⁹⁷ O Estado impede que os interessados possam impor seus interesses e promete que situações conflitantes serão resolvidas por um representante, que atuará de forma imparcial na busca da composição mediante a aplicação do direito ao caso concreto. Há, portanto, uma premissa para o exercício da jurisdição: a preexistência de uma vontade geral, abstrata e impessoal que direcione o caminho do julgador. Ao mesmo tempo em que é um caminho, também é uma limitação ao julgador. Uma restrição ao próprio exercício de poder do Estado, aspecto importante no estudo sobre o exercício de jurisdição desde sua origem.¹⁹⁸

Além de balizar a atuação do Estado, a jurisdição também é atuação de poder. Mas essa feição não traduz a totalidade das maneiras com que o Estado exerce poder. É apenas uma das vias.¹⁹⁹ E fato, parece um pseudoparadoxo: ao passo que a jurisdição é forma de controle dos atos do Estado, também é uma das maneiras com que ele expressa poder, de fazer com que a situação concreta se adapte à moldura elaborada pelo sistema de direito material. Eis, novamente, uma demonstração de que os sistemas de processo e de direito material exercem *abertura cognitiva*.

¹⁹⁵ Como diz CARMONA, “não é possível conceber um conceito estático e imune de jurisdição ao longo da História” (*A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 37).

¹⁹⁶ Cf. nosso *Jurisdição e poder*, p. 184-185.

¹⁹⁷ Ver CAPPELLETTI sobre as *virtudes passivas do processo* no tocante à jurisdição distinguir-se das demais formas de exercício do poder estatal (*Juízes legisladores?*, p. 79). Para o que estamos estudando sobre a teoria dos sistemas, essa *virtude*, do ponto de vista político, serve como forma de legitimação do ato de poder considerado como resposta da autoridade à postulação (LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 29 e ss.).

¹⁹⁸ Cf. CRUZ E TUCCI sobre a jurisdição como forma de controle do poder do soberano (*Jurisdição e poder*).

¹⁹⁹ Reputamos como o aspecto mais destacado da obra magna de DINAMARCO seu profundo estudo, sob o ponto de vista de pensamento jurídico, filosófico e político, no tocante à relação entre jurisdição e poder (*A instrumentalidade do processo*, p. 76-146). O jurista demonstra impressionante análise humanista do tema, com reflexos sociológicos quanto à relação entre processo e poder estatal.

Essa forma de expressão de poder do Estado, todavia, não se restringe, muito menos se esgota, na aplicação coercitiva das expectativas sociais traduzidas em normas.²⁰⁰ É também corolário do próprio sentido tripartido da jurisdição: jurídico, político e, fundamentalmente, social.²⁰¹ É forma de pacificação da sociedade, exercida legítima e independentemente de qualquer moção de *referendum* dos demais poderes do Estado. Sendo expressão do poder estatal, é universal, não havendo razão para divisões de acordo com os ambientes processuais em que ela se expressa. Neste cenário é que se insere a forma de exercício de poder realizada mediante o processo arbitral.

Enquanto artífice da atuação jurisdicional, na medida em que jurisdição é função, poder e atividade,²⁰² o árbitro exerce poderes a ele delegados para cumprir sua missão. O principal deles é o de dizer o direito.²⁰³ E nem se diga que o fato de não poder executar propriamente suas decisões lhe retiraria o exercício de poder. Não é o poder de executar pressuposto para a jurisdição. Tanto que em outras esferas da jurisdição não se tem também o mesmo desdobramento do poder estatal. Também não é o fato de executar que se lhe confere jurisdição, ou poder. Como vimos antes, é possível haver execução como procedimento administrativo e não jurisdicional, de acordo com as opções políticas de cada Estado.²⁰⁴

Pretendemos estudar algumas das formas de como o poder jurisdicional delegado ao árbitro se expressa no processo à luz da ideia de sistema proposta, sem, obviamente, pretender esgotar o tema, apto a monografias por si mesmo. Embora haja outras situações em que o poder do árbitro se expresse,²⁰⁵ optamos, por razões de método, em dividir a análise

²⁰⁰ Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI, A jurisdição no Estado contemporâneo.

²⁰¹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 76 e ss.

²⁰² Como poder, é a manifestação do poder do Estado. Como função, expressa o encargo de promover a pacificação de conflitos. Como atividade, é o complexo de atos do julgador no processo (CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 129).

²⁰³ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA demonstra que no direito medieval, inspirado no romano, entendia-se a jurisdição como o “dizer” o direito, e não como o “fazer”. Aponta também que Buzaid defendia que o “fazer” era apenas o *posterius* do ato jurisdicional (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 31).

²⁰⁴ Conforme apontamos no capítulo 2 (item 2.2.1), a Suécia é apontada pela doutrina portuguesa como um dos países com sistema judicial bem desenvolvido em que a execução cabe a um órgão administrativo do Estado. Lá se considera que a essência da jurisdição está na definição do direito e não na sua execução (cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Alcance da determinação pelo tribunal judicial do objeto do litígio a submeter a arbitragem, p. 64).

²⁰⁵ Poderíamos dar o exemplo do poder de reconhecer a prescrição. Estaria o árbitro autorizado a fazê-lo de ofício, a teor da atual redação do art. 219, § 5.º, do CPC? Como abordamos em estudo publicado (Reconhecimento de ofício da prescrição), o sistema brasileiro estatal tem se alterado quanto ao assunto. No direito anterior, dispunha o Código Civil de 1916 (art. 166) que “o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes”, tendo igual ilação, por reflexo da lei material, o diploma processual (“não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício,

em quatro momentos. Nos dois primeiros, trataremos dos chamados poderes executórios *lato sensu* e instrutórios do árbitro. Nos dois últimos, abordaremos aspectos incidentais que podem surgir no curso do procedimento e que se relacionam diretamente com a forma com que o árbitro exercita poder. Falamos do árbitro perante o objeto ilícito. É o que segue.

3.2.2.1 Poderes executórios *lato sensu*

Quando falamos de poderes executórios em sentido *lato*, queremos dizer que, embora o árbitro sabidamente não tenha poderes de *aplicar* a alguém a submissão aos consectários da expropriação, tem à sua disposição poderes de decisão com carga satisfativa plena, com potencialidade executória que levam a esse efeito. Embora não disponha do aparelhamento do Estado para compelir, ele próprio, a satisfação, tem o *poder* do Estado para ordená-la. Se essa decisão será qualificada como tutela executiva, executiva *lato sensu*, autoexecutiva, mandamental, entre outras tantas na infindável classificação da doutrina processual,²⁰⁶ dependerá do tipo de relação substancial reclamada.²⁰⁷

No entanto, aqui pouco importa o rótulo. Até porque, ao que nos parece, referida classificação não tem trazido muita contribuição prática ao processo. O que tem relevância para o momento é que a decisão do árbitro, a tutela jurisdicional por ele conferida, terá carga satisfativa em determinados casos. E será apenas materialmente posta em prática por outro

---

conhecer da prescrição e decretá-la de imediato” – CPC, art. 219, § 5.º). Diante da evidente incoerência e inaplicabilidade da primeira parte desta última disposição (pois simplesmente não existe prescrição de direitos não patrimoniais), o legislador alterou o sistema em 2002, com o art. 194 do atual Código Civil, dispondo que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. Recentemente o legislador alterou de novo o instituto, com o atual parágrafo 5.º do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei 11.280/2006: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Existem muitas questões sobre a nova disposição, mas nos parece que ela não considera outras do CC e a própria natureza do instituto. Seja como for, pensamos que a nova regra do CPC não é aplicável ao processo arbitral. O árbitro não pode reconhecer a prescrição de ofício. Não lhe é dado este poder, a menos que o seja pelas partes, em eleição da regras do CPC, por exemplo (o que, repetimos, não se recomenda). E não está primeiro porque regra do CPC não é regra de processo arbitral. Logo, salvo estipulação pela parte, no caso de eleição de arbitragem por direito brasileiro, que é o direito material, o árbitro estará ainda vinculado ao que dispõe o CC, que mantém o instituto da prescrição como um direito do devedor, oponível ou não como barreira à pretensão do credor, sendo disponível e não suscetível de reconhecimento de ofício, a teor do art. 194 do CC. Logo, a questão da prescrição, neste item sobre o poder do árbitro, vem a propósito de dizer que ele não possui essa prerrogativa.

²⁰⁶ Cf., por exemplo, o dissenso entre OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA e CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA sobre a existência de ações de direito material e a qualificação das tutelas jurisdicionais (respectivamente, Direito material e processo e Efetividade e tutela jurisdicional).

²⁰⁷ Tanto é verdade que todos estes *tipos* de comandos satisfativos hoje são reunidos no chamado processo sincrético, no conjunto do art. 475-N do CPC, como títulos executivos judiciais.

ente também detentor do poder estatal. Este órgão jurisdicional aplicará o poder do árbitro em termos práticos, cumprindo papel de órgão executor do comando proferido por aquele.

Trata-se de mera opção legislativa. O árbitro tem o poder de determinar o pagamento, condenando o vencido. Quando o faz, seja mediante tutela antecipada, seja na própria sentença, parcial ou final, seu ato tem força satisfativa imediata. Apenas a técnica escolhida pelo legislador, por questão eminentemente de política legislativa, foi a de que, após essa ordem, o processo arbitral se comunique, via *abertura cognitiva*, com o estatal para efeito de transferir o ato de poder do plano da linguagem para a concretude. E o fará mediante atos expropriatórios, que o legislador achou por bem manter sob a administração do aparato judiciário. Tanto é verdade que pela própria dicção da lei, proferida a sentença arbitral, o árbitro cumpre sua missão, findo o poder a ele conferido (art. 29). Exerce, então, poder executório. O poder de proferir decisão que será completa, satisfativa, mas que será levada a efeito, para fim de transpor patrimônio do devedor ao credor, por meios técnicos a serem administrados na missão espoliativa do juiz. Trata-se de opção de competência.

Vemos nesse mecanismo, que envolve campos de competência, um perfeito exemplo de dois sistemas processuais que precisam de mútuas trocas, entre os momentos da decisão e do seu cumprimento, para tornar realidade a abstração do direito material. Isso nada mais é do que exercício de *abertura cognitiva* entre sistemas.²⁰⁸ Com efeito, esse formato de técnica eleito pelo legislador, de compor decisão/aplicação, longe de negar, confirma a autonomia do sistema do processo arbitral.²⁰⁹ Mostra a premissa teórica proposta desde o início do estudo. Exercício concreto de *abertura cognitiva* na satisfação do exercício de poder executório realizado pelo árbitro. O poder de decisão é dele. A realização do que será necessário do juiz togado, sem qualquer ingerência no conteúdo do decidido.

O mesmo ocorre com outros provimentos que trazem tutela igualmente satisfativa, embora voltados a diferentes situações substanciais. Podemos citar, por exemplo, o que acontece quando o árbitro profere decisão antecipatória de efeitos da sua sentença,

---

²⁰⁸ A relação entre os sistemas não é nem pode ser um todo perpetuamente enclausurado, mas, ao contrário, pressupõe uma contínua evolução via comunicação intersistêmica (cf. TEUBNER, *O direito como sistema autopoético*, p. 165-172).

²⁰⁹ Como ensina TEUBNER, em lição que se aplica à perfeição ao processo arbitral, “autonomia jurídica abrange, assim, não apenas a capacidade do direito para criar os seus próprios princípios, mas também a sua capacidade de auto-constituição de acções jurídicas, a juridificação dos processos e a ‘invenção’ de institutos jurídico-doutriniais” (Ibidem, p. 72).

no curso do processo, com conteúdo coercitivo. Estamos aí diante também de uma decisão que será executória. Precisarás reunir a mesma técnica entre a tutela satisfativa dada pelo árbitro e a forma de sua execução, cujo ritual operacional processual apenas se implementa de maneira diferente da condenação ao pagamento. Ontologicamente, seja na condenação ao pagamento, seja na ordem para fazer ou não fazer, ambas se dirigem a fazer frente a uma crise jurídica de adimplemento obrigacional (de pagar, de fazer, não fazer etc.) que reclama o gênero tutela condenatória.²¹⁰ Logo, torna-se pouco importante, na essência, se a espécie de mecanismo, se a técnica será revertida em expropriação de bens, em ordem, ou providência autoexecutiva. O que importa é que a tutela satisfaça a crise de acordo com a situação de direito material.²¹¹

Voltemos às medidas coercitivas no curso do processo arbitral, que, embora não previstas na Lei de Arbitragem, são bastante comuns e advêm do *fechamento operacional* próprio sistema do processo arbitral.²¹²⁻²¹³ Tais decisões geralmente carregam conteúdos

²¹⁰ CALAMANDREI, por exemplo, há mais de setenta anos já apontava o ato automático de “execução forçada” contido na decisão de obrigação de fazer (*Opere Giuridiche*, v. 9, p. 344 e ss.). LIEBMAN ensina que o efeito principal de tal decisão era condenatório e executório, sendo a declaração secundário (*Processo de execução*, p. 238).

²¹¹ Como defende ALVARO DE OLIVEIRA, a concepção de tutela jurisdicional “não permite mais referência à ação como tal – nem à demanda ou à exceção em si, ‘instrumentos’ tecnicamente neutros – mas, sim, aos tipos de pronunciamento e de tutela, que com o exercício de seus poderes as partes podem obter do processo. Perdeu o sentido, portanto, falar *ex ante* de tipicidade ou de atipicidade da ação, ou recorrer à tradicional tipologia das ações, visto que a tipicidade e a classificação tipológica constituem atributos ou prerrogativas sistemáticas do ‘resultado’ de mérito (e não do meio processual garantido pela norma constitucional). Põem-se assim em destaque os efeitos jurídicos e os conteúdos variáveis das diversas formas de tutela jurisdicional, que dão resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional” (Efetividade e tutela jurisdicional, p. 439).

²¹² Tanto que previstas em praticamente todos os regulamentos das principais câmaras arbitrais. Podemos citar, entre outras, CCBC (art. 9.18), CCI (art. 23), Amcham (art. 10.1), Ciesp (art. 12.1.) e AAA (art. R-34). Na doutrina, entre nós, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 324; ELEONORA PITOMBO, *Arbitragem e o Poder Judiciário: aspectos relevantes*, p. 110-112; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium*, p. 54-59; SIDNEI BENETI, *Arbitragem e tutelas de urgência*, p. 104; NILTON CÉSAR ANTUNES COSTA, *Poderes do árbitro*, p. 111. Na doutrina espanhola, cf. MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 131; CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 216; e NAVARRETE, comentário a julgado, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, n. 1, t. XXI, p. 152-153, 2009. Na doutrina portuguesa, cf. PAULA COSTA E SILVA, *A arbitralidade de medidas cautelares*, p. 233. Na doutrina italiana, cf. BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENTO, *La nuova disciplina sull'arbitrato*, p. 136-138; em sentido contrário, BARBIERI-BELLA, *Il nuovo diritto sull'arbitrato*, p. 245.

²¹³ O outro lado da moeda acaba sendo a aceitação, a não ser de forma excepcionalíssima, do uso de mandado de segurança contra ato arbitral restritivo de direitos proferidos no curso do processo arbitral (cf. ARNOLDO WALD e RODRIGO FONSECA, *O mandado de segurança e a arbitragem*, p. 12-15), conforme inclusive aceito em precedentes do TJSP (10.^a Câmara de Direito Privado, MS 381.782-4/2-00, Rel. Octavio Helene, j. 09.05.2006 – publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 11, p. 246 e ss., out.-dez. 2006), o que, de certa forma, acaba também demonstrando a *abertura cognitiva* entre os sistemas processuais na questão. Sobre os requisitos gerais do mandado de segurança, cf., por todos, ANA DE LOURDES COUTINHO, *Mandado de segurança e coisa julgada*, p. 44 e ss.

de obrigações de fazer e não fazer, chamadas autoexecutáveis,²¹⁴ mandamentais ou as executivas *lato sensu*, como busca e apreensão de documentos.²¹⁵ Em todos esses momentos a cognição sobre o pedido de providência é sempre do árbitro, que emanará o comando jurisdicional de império, completo, satisfativo,²¹⁶⁻²¹⁷ fruto de poder estatal delegado, e cujos atos materiais, os meios²¹⁸ apenas, serão concretizados em outro órgão competente, o Judiciário.²¹⁹ O que importa em verdade não são estes meios, pois, do contrário, voltaríamos às superadas discussões sobre a tipicidade da demanda. O que é pertinente é o conteúdo satisfativo da *tutela* proferida pelo árbitro diante de situação de crise de adimplemento.²²⁰ A sua decisão é apta a resolvê-la. Logo, o que tem relevância é a *decisão* e seu conteúdo, não o *instrumento* que a leva a efeito, se o juiz togado adotará esse ou aquele mecanismo técnico para implementar o comando jurisdicional executório proferido pelo árbitro. Temos em todos esses momentos atos de poder voltados a resolver a crise de adimplemento de

²¹⁴ No conceito de BARBOSA MOREIRA (Aspectos da execução em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade, p. 237). BEDAQUE a denomina de “autoexecutória” em estudo de mais de 15 anos, chamando a atenção para a conveniência de expandir tais provimentos para outras técnicas de decisões que enfrentam necessidade de satisfação (*Direito e processo*, p. 102). Como se sabe, o estudo mais clássico a respeito do tema da decisão de emitir declaração de vontade e sua relação com o direito material, especificamente o tipo de tutela jurisdicional prestada, foi de CHIOVENDA, inclusive do qual se extraiu o bordão de tantas gerações sobre o processo de garantir tudo aquilo que o direito material preconiza, como se o devedor cumprisse a obrigação (Dell’azione nascente dal contratto preliminare, in *Saggi di diritto processuale civile*, p. 101 e ss.).

²¹⁵ Cf. AYOUB, *Arbitragem*, p. 80. Como diz SÉRGIO BERMUDEZ, “falta ao árbitro apenas a competência para a efetivação da medida”, embora “o juízo arbitral as decrete” (Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral, p. 279).

²¹⁶ Sobre o conteúdo satisfativo da tutela específica antecipada, cf. MARCELO BONÍCIO, Estudo sobre a antecipação de tutela específica, p. 536. Na doutrina, chama-se tal tutela de *diferenciada*, justamente por essa característica satisfativa antes da cognição exauriente (cf. PAULO LUCON, Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada, p. 648).

²¹⁷ Em sentido contrário, em coerência com sua posição sobre a natureza privada da arbitragem, VIGORITI defende que o árbitro não possui poder de império e que não pode sequer proferir decisões cautelares (Quale fra arbitrato e processo?, p. 159). A posição de VIGORITI, com a qual não concordamos, é coerente com sua premissa privatística. O que, com o devido respeito, parece-nos pouco compreensível, e obviamente com o que não concordamos, é a defesa de JOSÉ AUGUSTO DELGADO sobre a impossibilidade de o árbitro agir com plena independência perante “a justiça estatal”. Assim, profere “enunciados”, nos quais defende a vedação ao seu poder de conceder qualquer tipo de medida cautelar, por “estarem reservadas ao Poder Judiciário”, embora não tenhamos localizado nenhum fundamento para tanto no texto, sendo, inclusive, contraditório com trecho no qual aponta a arbitragem como “direito processual de quarta geração, sem a presença obrigatória do Poder Judiciário” (Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual, p. 237 e 244).

²¹⁸ Cf. SIDNEI AMENDOEIRA JR., Temas atuais das tutelas diferenciadas, p. 871, e *Fungibilidade de meios*, p. 134 e ss.

²¹⁹ Como ensina LEONARDO GRECO, “é preciso ressaltar que a atividade jurisdicional na execução é inteiramente diversa daquela que o juiz exerce no processo de conhecimento: *pouco tem de intelectual; é atividade preponderantemente prática*, que atua e modifica o mundo exterior, lidando com pessoas e bens do mundo real, no qual os valores e interesses se apresentam em constante mutação. No exercício dessa atividade, as decisões que o juiz deve adotar não são ditadas por critérios de estrita legalidade, muito menos pela simples subsunção dos fatos à lei, mas por *juízos de conveniência e oportunidade*, que mais se assemelham aos de um operador do mercado do que aos de um jurista” (A crise no processo de execução, p. 213 – destacamos).

²²⁰ Cf., por todos, FLÁVIO YARSELL, *Tutela jurisdicional*, p. 188 e ss.

obrigações, que, em sentido amplo, podem ser considerados como atos executórios, a serem implementados via trabalho em conjunto árbitro-juiz.²²¹ A cognição e decisão executória vem do árbitro.²²² O cumprimento da tarefa, em sentido estrito, é do juiz (art. 22, § 4.º).

Concluimos dizendo que certas decisões do árbitro, em especial no curso do processo, sendo considerados como aspectos incidentais ao processo, geram uma consequência de conferir à decisão um conteúdo executório. O que permite ao árbitro proceder desta maneira é justamente o *fechamento operacional* do sistema do processo arbitral. E esse provimento, essa tutela satisfativa, deverá ser levada a cabo por intermédio de uma concreta operação de *abertura cognitiva* entre os sistemas do processo arbitral e estatal, conforme apontamos acima.

Procuramos ver o fenômeno sob o prisma justamente da premissa teórica que propomos. Sabemos que a posição acima está longe de ser pacífica na doutrina, muito ao contrário. No entanto, consideramos que ela se coaduna com todos os conceitos e proposições que temos apresentado neste trabalho. Simplesmente dizer que o árbitro não tem nenhum poder executório não parece se adequar ao que defendemos no conjunto do estudo. Obviamente que a visão de execução feita não foi em sentido estrito, material, concreto, o que julgamos ter deixado claro. Por isso usamos a expressão poderes executórios, que significa o que é passível de ser executado. E concluimos que esse dado específico do processo arbitral também contribui na sua formatação como um sistema. Passemos agora a analisar como se comportam os poderes instrutórios do árbitro sob a mesma premissa.

3.2.2.2 Poderes instrutórios

Chegamos a um ponto do estudo que traz um elo muito claro com os itens 2.1.1.1 e 2.2.2 *supra*, quando cuidamos da flexibilidade do procedimento como elemento fundamental na integração do conceito de *fechamento operacional* do processo arbitral como sistema e da autonomia da vontade como princípio processual. Também está afinado com o item 3.3 a seguir, quando trataremos da instrução no processo arbitral. Por questão

²²¹ Cf. CARMONA, Das boas relações entre os juízes e os árbitros.

²²² Nesse sentido, cf. NILTON CÉSAR ANTUNES DA COSTA, *Poderes do árbitro*, p. 94.

metodológica, porém, preferimos inserir o tema neste ponto, dentro das questões macro que envolvem os poderes do árbitro.

Como dissemos antes, a concepção de jurisdição varia. No item anterior a este apontamos que a forma de poder não se esgota no uso da coerção. É meio de pacificação da sociedade. E o poder jurisdicional, antes de se traduzir nas próprias medidas concretas, como indicamos sucintamente com exemplos no item anterior, traduz-se em método de trabalho, em mecanismo endoprocessual para resolver aspectos incidentais do processo da melhor maneira possível, para que, feito isso, seja ele apto a atuar de forma exógena, transformando a realidade. Ou, no conceito desta tese, exercendo *abertura cognitiva* com o meio que o cerca, com o entorno, a sociedade.

Posto isso, tendência conhecida e que teve raízes no repúdio à figura do juiz *inanimado* (ou, o pior deles, o *pilatos*) foi o aumento dos poderes do juiz.²²³ Embora na origem das primeiras publicações a respeito conste a obra de professor titular desta Casa,²²⁴ mesmo na doutrina processual estatal, por incrível que pareça, ainda existem discrepâncias quanto à adoção de uma postura mais proativa do juiz togado no tocante à instrução do processo. A constatação é que poucos aceitam a ideia exatamente no sentido de que o juiz teria uma maior liberdade instrutória independentemente da iniciativa da parte. Há maior aceitação quando se fala da atuação do juiz como forma de complementar a atividade da parte, embora ainda tímida,²²⁵ como se ele desse um *empurrão* ao princípio dispositivo.

Na prática do processo estatal de fato não é comum presenciar uma atividade realmente impulsiva da instrução pelo juiz togado. O máximo que se vê é a oitiva de uma testemunha não arrolada, ou indicada intempestivamente, a insistência do juiz togado em ouvir alguém como testemunha do juízo quando impedida ou suspeita, a determinação de ofício ao perito para complementações e/ou esclarecimentos em laudos etc. Resumindo, no exercício de poderes instrutórios, o juiz togado tem hesitado. Trata-se de um fato verificável por quem quer que esteja no foro judicial, não obstante a base doutrinária e legal que autoriza,

²²³ Com abordagem à luz das reformas processuais estatais, cf. PUOLI, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*.

²²⁴ BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*.

²²⁵ Cf. AMENDOEIRA JR., *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, p. 106 e ss.

senão a ampla liberdade de iniciativa probatória, a atuação ativa partindo da iniciativa da parte.

Esse é o contexto do processo estatal. No processo arbitral, por outro lado, embora teoricamente equiparado ao estatal, pensamos que a flexibilidade e a autonomia volitiva, que é inerente ao procedimento, permitem uma amplitude muito maior no leque de possibilidades instrutórias do árbitro, suposto que sempre dentro da baliza mestra do contraditório (art. 21, § 2.º), chancelando-lhe uma postura mais ativa. Pode, enfim, exprimir o ideal de instrumento jurisdicional para a solução de crises materiais com celeridade e segurança.²²⁶

Tudo isso tem reflexos diretos no modo com que a prova é produzida e valorada no processo arbitral, conforme veremos no item 3.3 a seguir. Para o que interessa aqui, em termos teóricos quanto aos poderes do árbitro, o primeiro aspecto que se deve lembrar é que, no tocante à sua posição perante a prova, ele não está vinculado ao Código de Processo Civil. O que integra o devido processo legal relativamente à instrução são basicamente a autonomia da vontade e o poder diretivo do árbitro. A flexibilidade causada no procedimento por tais influxos é tal que as partes, desde que de comum acordo e respeitada a premissa de igualdade e contraditório, poderão estabelecer procedimento totalmente diferente e até contrário ao chamado devido processo legal estatal (art. 22). Nesse aspecto, podem, perfeitamente, em exemplo muito feliz, proceder de uma forma *adversarial*²²⁷ como no *discovery* do sistema processual norte-americano.²²⁸ Ou mesmo desenhar um procedimento extremamente célere no que tange à oportunidade de oferecimento da prova, ou mesmo limitá-la, como sugerimos no item 2.2.3.3 *supra*. Tudo dependerá da vontade dos envolvidos, partes e árbitros.

²²⁶ Nesse sentido, diz PEDRO BATISTA MARTINS que “encontramos na arbitragem o trinômio ação, processo e jurisdição. O instituto se presta a solucionar conflitos. O árbitro exerce *iudicium* e deve suprir as partes com a justa tutela para cuja missão foi encarregado. Com celeridade e efetividade. Dessa forma, ele cumpre sua obrigação e presta assistência ao Estado na realização da justiça” (Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 243).

²²⁷ BARBOSA MOREIRA aponta que nenhum sistema processual é “quimicamente puro” para definir o modelo adversarial, sendo aquele em que as partes que definem os passos da produção da prova, tomando a iniciativa, fixando o objeto e determinando suas etapas (respectivamente, Notas sobre alguns aspectos do processo – civil e penal – nos países anglo-saxônicos, p. 159, e O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, p. 41-42).

²²⁸ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 314. Sobre a flexibilidade do árbitro na produção no modelo do *discovery* nos EUA, cf. GOMM-SANTOS e QUINN SMITH, The extent of the tribunal’s power to manage discovery in the United States of America, p. 156 e ss.

Veremos situações concretas no item da instrução mais adiante. Em termos conceituais, todavia, releva dizer ainda que no processo arbitral a imediação do julgador com a prova é muito maior.²²⁹ Por exemplo, podem as partes e os árbitros estabelecer expedientes em que, em vez da produção dos laudos técnicos periciais, seja o *expert* simplesmente ouvido por todos, que a ele poderão dirigir perguntas de forma livre e direta, em formato realmente próximo do *discovery*. Ou mesmo estabelecer a não aplicação de regras fixas de distribuição da prova após as providências do termo de audiência e da resolução de questões preliminares (arts. 19 e 20). Nesse aspecto, como é rotineiro ocorrer, pode o árbitro determinar a inversão da prova, com a produção imediata de depoimentos para, apenas depois, se o caso, partir-se para a prova técnica.²³⁰ Ou mesmo a cisão da prova oral, entre outros exemplos. Tudo sempre balanceado pelo contraditório,²³¹ pois a prova técnica, *a posteriori*, poderá ensejar nova abertura para prova oral. Por fim, caso não tenha o árbitro formação jurídica, poderá ele se valer de especialista em direito para dirimir dúvidas técnicas,²³² por exemplo, a interpretação de determinado instrumento jurídico, a aplicação de normas de direito material estrangeiras, incidência de eventual princípio processual estatal para a colheita ou análise de certa prova etc.

Outro aspecto digno de nota no tocante à valoração da prova, e que igualmente demonstra a flexibilidade do processo cunhado pela autonomia da vontade, é que a ausência da parte no depoimento pessoal não gera a consequência do processo estatal de tornar verdadeiros os fatos narrados (art. 22, § 2.º). No processo arbitral essa falta será reputada pelo árbitro no momento de julgar, o qual, considerando a mais moderna visão sobre os elementos valorativos da prova, tomará o fato como um dado a compor o conjunto probatório existente. Na hipótese de ele ser contrário à presunção gerada pela confissão ficta, a ausência da parte terá reduzido - ou praticamente nenhum - efeito no julgamento.²³³

Todo o acima exposto demonstra que existe um fechamento operacional no tocante ao exercício de poderes instrutórios pelo árbitro que se diferencia do que encontramos no

²²⁹ Cf. LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 87.

²³⁰ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 315.

²³¹ Cf. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, p. 470.

²³² Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 314.

²³³ Conforme, aliás, prevê expressamente o regulamento da Uncitral (art. 25, n. 6): “The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered”.

processo estatal.²³⁴ Mas há também uma abertura cognitiva clara entre os sistemas, prevista inclusive na lei (art. 22, § 2.º), que permite a ampla e direta comunicação entre eles quanto à produção da prova, como quando o árbitro necessita de alguma providência de apoio para cumprir providência instrutória, seja para colheita de depoimento de testemunha renitente, seja para determinar a entrega ou buscar e apreender documento, por exemplo, quando os árbitros escolherão qual o foro mais conveniente.²³⁵

Questões inúmeras poderiam surgir sobre a natureza, amplitude e, principalmente, limites dos poderes instrutórios do árbitro. Mas esse não é nosso intuito. Empreitada assim nos desviaria do foco, pois própria de monografia específica diante de sua amplitude. O nosso objetivo foi situar os poderes instrutórios dentro do contexto geral dos poderes do árbitro, o que de fato não poderia faltar, como aspecto incidental do processo arbitral diante de questões concretas no curso do procedimento. A sucinta análise teve por fim apenas o foco de que quanto a isso também o processo arbitral se diferencia do estatal, mostrando-se como um sistema.

Passemos agora a tratar sinteticamente dos dois últimos subtemas eleitos que envolvem os poderes do árbitro. Agora com questões mais concretas e um tanto polêmicas. Falamos dos poderes do árbitro perante situações-limite, que englobam o exercício do poder jurisdicional, a postura das partes e os efeitos que certas situações podem ter para os envolvidos diretamente no processo arbitral e terceiros, incluída a própria administração da ordem pública. Contextos práticos que se relacionam diretamente com o poder do árbitro, não havendo regra específica na Lei de Arbitragem. É o que segue.

3.2.2.3 *Função pública versus objeto ilícito*

Ponderamos no início deste capítulo (item 3.1.1 *supra*) como se comporta o processo arbitral perante o instituto da fraude. Especificamente quanto à fraude de execução,

²³⁴ Bem aponta JOSÉ MIGUEL JÚDICE, em posição absolutamente alinhada a esta tese, que “qualquer sistema, mesmo quando disso não haja consciência plena, tem imanente uma racionalidade que lhe é própria. Se isso não ocorresse, o sistema não conseguia diferenciar-se e existir em si mesmo. Mais do que isso, provavelmente não teria surgido ou, ao menos, não teria evoluído para se tornar numa realidade com força e presença. O sistema arbitral não foge à regra. Embora este texto não tenha a ambição de detalhar ou aprofundar o sentido do sistema arbitral, não será possível encontrar o paradigma do ‘bom árbitro’ se não tivermos subjacente e claro o sentido sistêmico e racional da arbitragem” (Árbitros: características, perfis, poderes e deveres, p. 127).

²³⁵ Cf. CARMONA, Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro, p. 42.

fizemos algumas sugestões, obviamente não exaustivas, pois o estudo do tema não nos pareceu comum na literatura consultada. Sendo realista, semelhante ao que vimos quanto à fraude de execução, pode ser que, com o aumento dos conflitos arbitrais e do acultramento da população sobre o instituto, tornem-se inevitáveis casos em que ocorra o uso distorcido do processo arbitral. A doutrina tem a responsabilidade de alertar e combater isso. Vejamos.

Como apontamos no item referente à fraude de execução quanto ao terceiro, sabe-se que, ao contrário do processo judicial, no arbitral não vigora o princípio da publicidade. São comuns os processos sigilosos.²³⁶ No processo estatal, se a presunção²³⁷ de boa-fé pressupõe a impossibilidade de o terceiro ter ciência do processo diante do princípio da publicidade, o mesmo não acontece no arbitral. Relativamente ao terceiro, o sigilo inverte a situação. Se por um lado, conforme indicamos no estudo da fraude de execução, ele praticamente sempre será de boa-fé, por outro lhe será impossível saber o que seu devedor/contraente faz no juízo arbitral. Embora este dado componha um elemento característico do *fechamento operacional* do processo arbitral, pode levar a consequências práticas pouco saudáveis ao instituto. Seu uso para lesar terceiros. Falamos do processo simulado, da colusão processual.²³⁸

Como sabido, o vício processual da colusão é tão grave que, no processo estatal, é hipótese específica de ação rescisória (CPC, art. 485, inc. III).²³⁹ Podemos dar como exemplo simples a fraude contra credores. É possível que duas partes celebrem negócio jurídico em que se simule uma relação creditória. Preveem cláusula arbitral, expressa quanto ao sigilo. Logo depois criam uma situação litigiosa qualquer sobre a qual instauram o processo arbitral. Aquele que pretende *proteger* bens contra terceiros responde com eles perante o credor no processo arbitral. Sua contraparte no negócio simulado. Tal pode se dar fornecendo meios para que seu adversário se sagra vencedor. Ou ainda mediante transação no curso processo, em que tomam o cuidado de resguardar as condições que apresentamos antes (cf. item 3.1.1). Vale dizer, levam

²³⁶ Cf., por todos, JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, Proposta para a preservação do sigilo da arbitragem na execução específica da cláusula compromissória e A confidencialidade na arbitragem.

²³⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, As presunções e a prova, p. 60.

²³⁸ O significado de colusão pode ser verificado na consequência processual do art. 129 do CPC: “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”.

²³⁹ Como ensina BARBOSA MOREIRA, “à cláusula grifada corresponde o caso do processo fraudulento, que se distingue ao processo simulado: enquanto neste as partes não têm, verdadeiramente, a intenção de aproveitar-se do resultado do pleito, nem, pois, real interesse na produção dos respectivos efeitos jurídicos, a não ser como simulacro para prejudicar terceiros, naquele, ao contrário, o resultado é verdadeiramente querido, e as partes valem-se do processo justamente porque ele se lhes apresenta como o único meio utilizável para atingir um fim vedado pela lei” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 126).

os árbitros a crer que se trata de efetivo litígio. Diante do sigilo, tudo isso será potencializado contra o terceiro em prejuízo de quem o processo arbitral foi formatado.²⁴⁰

Coerentemente com o que apontamos antes, pensamos que certas normas do ordenamento processual estatal constituem um *microsistema* voltado a combater a fraude no e/ou mediante o processo. O sistema jurídico como um todo, seja processual, seja material, não tolera a escaramuça processual. O uso do processo para fins escusos.²⁴¹ Trata-se, como já explanado, de dispositivos com conteúdo ontologicamente valorativo, de princípio. Normas que se voltam a delimitar um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de certos comportamentos considerados necessários pelo legislador, sendo, por isso, *principiológicas*.²⁴²

Especificamente, sabemos que no processo estatal o juiz é autorizado a proferir sentença apta a obstar os objetivos das partes (CPC, art. 129). Para nós, é norma justamente com conteúdo de princípio, integrante do feixe legal processual e material voltado a evitar e/ou compor situações de fraude processual. Logo, na ausência de regramento específico na Lei de Arbitragem, cremos ser possível a aplicação pelo árbitro do princípio contido neste dispositivo para agir contra o conluio. Tomando conhecimento do uso do processo para fins outros que não os estampados no rótulo das pretensões, deverá proferir decisão que obste o intuito ilícito. Trata-se de um poder e ao mesmo tempo de um dever decorrente do exercício de jurisdição. Se da análise do caso o árbitro chegar à conclusão que o processo se volta, por exemplo, apenas a *proteger* patrimônio contra credores,²⁴³ deve extinguir o feito,²⁴⁴ fazendo constar da respectiva sentença sua convicção a esse respeito.²⁴⁵

²⁴⁰ A questão não passou em branco para HELENA ABDO, ao ter bem apontado que o conluio na arbitragem será bem mais grave, com danos mais agudos, diante do sigilo, principalmente para empresas multinacionais, pois a condenação imposta a uma empresa em determinado país pode frustrar os interesses de sua credora em outro (*O abuso do processo*, p. 154).

²⁴¹ Cf. CARMONA, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1950-51.

²⁴² Cf. ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 91.

²⁴³ “Típica situação de processo simulado é aquela em que o autor aponta a existência de dívida do réu, apenas para preservar o patrimônio deste” (BEDAQUE, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 381).

²⁴⁴ BEDAQUE interpreta a regra do art. 129 do CPC como, na prática, ordem do sistema para que o juiz extinga o feito, e analisa justamente a situação aqui exemplificada: “a regra em questão tem por objetivo impedir fraude ou colusão das partes, que porventura tenham utilizado a via processual para alcançar fins ilícitos, normalmente em prejuízo de terceiros. Verificado o conluio dos sujeitos parciais, configura-se o processo fraudulento, devendo o julgador, de ofício, extingui-lo, sem julgamento de mérito. Assim, frustrará o escopo ilegal pretendido pelas partes” (Ibidem).

²⁴⁵ Sobre a fundamentação em termos gerais no processo estatal como fonte de legitimidade da decisão, cf. BRASIL JÚNIOR, *Justiça, direito e processo*, p. 120-124. Há posições que no processo estatal vão ainda mais

Vimos que o sistema do processo estatal trabalha com duas ordens de regras para lidar com a situação. Primeiro dá poder ao juiz para genericamente tomar as providências cabíveis, podendo ou não significar extinguir o processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 129). Caso isso não ocorra, pois pode não ser fácil a identificação da farsa, possibilita o ajuizamento de ação rescisória (CPC, art. 485, inc. III).²⁴⁶

No plano do processo arbitral não pode ser diferente. O sistema jurídico como um todo, nele incluído o árbitro, não pode tolerar a fraude no/por meio do processo. A demanda não pode ser instrumento de prejuízo a terceiros e em desfavor da ordem pública inerente a qualquer âmbito processual. Por isso, além de o árbitro poder barrar os fins ilícitos, caso isso não ocorra, é necessário deixar claro como ficará a sanatória da respectiva decisão. Sua estabilização há que ser vista com cuidado, sob pena de estímulo ao uso do processo arbitral para o fim descrito, embora, repetimos, não haja previsão legal ou mesmo construção doutrinária e jurisprudencial a respeito.

O primeiro aspecto é ter em mente que a questão para o terceiro está nos efeitos da sentença arbitral, e não na técnica da coisa julgada, pois, como cediço, ele não sofrerá nenhuma consequência da imutabilidade da decisão, restrita a quem é parte do processo judicial ou arbitral. O terceiro terá a mesma posição jurídica, trate-se de sentença judicial ou arbitral, distinguindo-se para ele apenas a publicidade dos atos processuais. Logo, não nos parece cabível que, sendo ignorada a questão pelo árbitro e proferida sentença, considerando a gravidade da anulabilidade, o terceiro prejudicado possa ingressar com demanda anulatória, com fundamento no art. 32, inc. VIII. De plano retomamos posição de que a aceitação da demanda do art. 33 deve ser sempre restritiva, sob pena de se criar insegurança nas decisões arbitrais diante de iniciativas antiprocesso, no caso, da criação de mais um meio de ataque à decisão arbitral, agora pelo terceiro prejudicado. A demanda não pode ser mais um meio de impugnação do vencido não convencido, ainda que por intermédio de terceiros. Solução

---

longe, defendendo a possibilidade de julgamento de mérito para se produzir coisa julgada que impeça a reincidência da postura (cf. VINCENZI, *A boa-fé no processo civil*, p. 113).

²⁴⁶ SCARPINELLA BUENO, comentando a hipótese de rescisória, diz que no “arranjo feito entre as partes para valerm-se do processo para obtenção de fins ilícitos, desde que o juiz não se tenha percebido do intuito das partes e proferido sentença contrária a seus interesses [...], cabe a rescisória. A repulsa da hipótese pelo ordenamento é tamanha que o art. 487, III, alínea *a*, preocupou-se em legitimar expressamente o Ministério Público para propor a ação rescisória” (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 1667). No mesmo sentido, cf. YARSHALL, *Ação rescisória*, p. 316-317.

há que existir. E ela está justamente na própria posição do terceiro perante a decisão do processo arbitral no qual se produza a fraude.

Não se nega que o terceiro possa ter interesse jurídico para ajuizar a demanda do art. 33,²⁴⁷ podendo sustentar que a sentença foi proferida em deturpação ao livre convencimento do árbitro a partir do momento em que agiu em erro ao não considerar a fraude por meio do processo, o que evidentemente precisaria ser demonstrado. Mas não terá interesse processual.²⁴⁸ Isso porque bastará a ele agir naturalmente, como se nada tivesse ocorrido, exercendo seus direitos contra seu devedor. A dilapidação de patrimônio via processo arbitral não lhe impedirá de discutir a matéria, uma vez que contra ele não imperam os efeitos da coisa julgada. Basta que indique no juízo arbitral ou estatal quais os bens originalmente detidos pelo seu devedor para que as transmissões sejam consideradas ineficazes diante do ato ilícito. O que dependerá também de prova, sob pena de a própria segurança das decisões arbitrais restar prejudicada por questionamentos de terceiros sem sustentação jurídica.

De qualquer sorte, tanto o uso da demanda do art. 33 quanto a sugestão acima foram adotados sem conhecermos abordagem a respeito, utilizando apenas a abertura cognitiva entre os processos arbitral e estatal e buscando maneiras de combater a fraude implementada via processo arbitral. O uso do processo arbitral com finalidade distorcida, para prática de ato ilícito, sempre justificará alguma medida de resposta. Seja concomitante, seja *a posteriori*. Mas o expediente não pode e não deve ficar sem resposta do Estado, que é também lesado na fraude processual, pois agride-se o exercício de jurisdição arbitral. Logo, melhor que a resposta venha pelo próprio sistema processual arbitral, no plano do árbitro, que deve tomar as medidas adequadas para impedir o fim escuso. Ao lado do seu poder, ele tem um *munus publico* que lhe impõe deveres equiparados aos do juiz togado (art. 18) quanto ao objeto do processo arbitral. Entre eles o de barrar a iniciativa fraudulenta.

²⁴⁷ “Se o grau de dependência entre a relação jurídica decidida e aquela que tem o terceiro com titular for de tal sorte expressivo, e produzir-lhe prejuízo jurídico, poderá ele insurgir-se contra a sentença por via indireta, submetendo o direito objeto de decisão no precedente processo à (re)apreciação judicial, ou, então, poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é equivocada ou injusta. E, para tanto, deve ter legitimidade e interesse processual para propor a medida judicial adequada à espécie concreta (CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, p. 347).

²⁴⁸ FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN apontam não haver ação para revisar sentença arbitral marcada por fraude (*International commercial arbitration*, p. 919).

Enfim, consideramos que esse lado dos poderes do árbitro representa uma característica muito própria do processo arbitral, a despeito de aproximada do juiz togado quanto ao uso de certos princípios. Trata-se de situação prática, concreta, que precisa ser bem pensada pela doutrina. O contexto toma ares peculiares no processo arbitral, diante do sigilo do processo e da grande autonomia das partes na formação do procedimento, que, se por um lado compõem elementos fundamentais na integração do conceito de devido processo legal arbitral, no seu *fechamento operacional*, de outro podem fomentar manobras de simulação ainda mais elaboradas do que no processo estatal. O problema serve para demonstrar que, mesmo para lidar com tais situações, o processo arbitral se diferencia do estatal, ainda que se utilize princípios da teoria geral do processo gerados no modelo estatal. Trata-se, sem dúvida, de um aspecto incidental do processo arbitral relacionado ao uso de poderes pelo árbitro no processo. O tema contribui a seu modo significativo para demonstrar a feição processual típica do processo arbitral como um sistema. Esse foi o ponto de partida ao reputarmos a questão à luz dos poderes do árbitro. Concluída essa parte do estudo, passemos agora a uma fase específica do processo arbitral, a instrução com o enfoque de sistema.

3.3 A instrução do processo arbitral

Instituída a arbitragem e finalizada a fase inicial do procedimento, consubstanciada nas alegações das partes, nas quais historiam os fundamentos do negócio jurídico objeto do contrato em questão, o contexto do negócio e o desempenho de cada um no cumprimento de obrigações até o surgimento da controvérsia, apresenta-se o momento da produção de provas, que se volta à aferição dos fatos alegados e ao alinhamento da posição de cada parte no contexto exposto. Como já tivemos a oportunidade de mencionar, as provas são produzidas em favor do convencimento dos árbitros. São dirigidas a eles. Afinal, é mediante as provas que o julgador tem acesso aos fatos.²⁴⁹ Esse conceito, que parece elementar, fará diferença no desate de questões não tão simples mais adiante.

Na instrução do processo arbitral está uma de suas principais características a demonstrar a hipótese teórica da tese, de que o processo arbitral é um sistema. Embora a

---

²⁴⁹ Cf. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 446; BARBOSA MOREIRA, *O juiz e a prova*, p. 178.

estrutura da fase instrutória obedeça ao que apontamos antes, acerca de as macroestruturas dos processos estatal e arbitral se equivalerem (item 2.2.3.6 *supra*), havendo uma fase nítida em que as provas são produzidas, a forma como isso se dá e os institutos informativos desse momento processual são bastante diferentes em ambos.

O processo arbitral possui tipicidade na maneira com que as provas são produzidas. Possui um ferramental próprio, um *fechamento operacional* claro no tocante a essa fase. Com isso, elementos normalmente conhecidos do processo estatal se alteram. Ou sequer aparecem. E ingredientes não conhecidos do processo estatal surgem. Institutos de um e de outro se misturam. Há um movimento claro e flexível no tocante à prova (art. 22, *caput*), na maneira como elementos de outros sistemas ingressam no processo arbitral. Nítida acomodação decorrente de sua *abertura cognitiva*,²⁵⁰ exatamente como exposto tanto no capítulo 1, de modo mais teórico, quanto no capítulo 2, quando tratamos do preenchimento do conceito de devido processo legal arbitral.

Tudo é pautado por uma enorme flexibilidade do procedimento, das regras que serão aplicadas de acordo com a vontade das partes²⁵¹ e dos árbitros. O que talvez deixe isso mais claro é fato de no processo arbitral não existir uma dicotomia clara no regime de apresentação, admissibilidade e valoração da prova nos moldes dos sistemas jurídicos conhecidos como *civil law* e *common law*.²⁵² Há, isso sim, uma *mistura* de elementos dos dois modelos,²⁵³ numa composição que será personalizada para cada processo arbitral.²⁵⁴ O que, inclusive, pode se dar com detalhes antes mesmo do processo arbitral, na convenção. E nesse aspecto reside talvez um dos pontos mais interessantes da prática do processo

²⁵⁰ É sempre do árbitro o exame da admissibilidade a prova e não há limites quanto ao formato de sua produção (cf. BATISTA MARTINS, Panorâmica sobre as provas na arbitragem, p. 337-338).

²⁵¹ Cf. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, p. 703-704.

²⁵² Cf. BREDAS PESSOA, A produção probatória na arbitragem, p. 73-76.

²⁵³ Cf. PAUL FRIEDLAND, Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration, p. 1; SIEGFRIED ELSING e JOHN TOWNSEND, Bridging the common law civil law divide in arbitration, p. 2.

²⁵⁴ Tanto que para otimizar conceitos e uniformizar procedimentos sobre a produção da prova em processos arbitrais internacionais, envolvendo partes de diferentes famílias jurídicas, a International Bar Association criou a *IBA Rules on the taking of evidence in international commercial arbitration*, que, basicamente, é um manual com regras que podem compor a convenção justamente para padronizar expedientes de produção, aceitação e utilização da prova. Segundo FRIEDLAND, “the IBA Rules were adopted in 1983 after negotiations among hundreds of practitioners from around the world” (Ibidem, p. 3). Veremos aspectos objetivos do IBA Rules mais adiante.

arbitral,²⁵⁵ misturando métodos inquisitoriais do *civil law* com os adversariais do *common law*, ademais de demonstrar a formatação do instituto como um sistema, no que respeita à abertura cognitiva, embora já se vão os tempos de uma divisão clara entre os clássicos modelos jurídicos.²⁵⁶

Da vontade da parte também advirá a influência do direito material no tocante à prova do processo, pois sabidamente as provas são tratadas também pelo direito material em determinados países, variando então de caso a caso qual o regime de direito material aplicável, em típico exemplo de abertura cognitiva entre os sistemas do processo arbitral e do direito material.²⁵⁷ Muita coisa dependerá do regime de direito material eleito.²⁵⁸ Em suma, talvez justamente na fase probatória que o processo arbitral demonstre mais claramente seu caráter prático como sistema. E isso evoca tudo o que se falou antes sobre a necessária clareza nesse conceito, para que partes e profissionais envolvidos com o instituto, por exemplo, não se dirijam a uma reunião arbitral pensando que estão prestes a adentrar em gabinete de juiz togado para uma audiência, levando o diploma processual estatal debaixo do braço.

Antes de entrarmos nos temas escolhidos, faremos menção ao item 2.2.3 do capítulo 2 *supra*, em que longamente expusemos sobre a prova no processo arbitral do ponto de vista do devido processo legal e da autonomia da vontade. Os conceitos mais relevantes à melhor compreensão do tema, a nosso ver, encontram-se ali, em que utilizamos o exemplo da limitação da prova, direcionados ao conceito de sistema.

Dito isso, no enorme rol de institutos e momentos da prova no processo arbitral passíveis de análise, escolhemos alguns em que nosso ponto de vista fique mais claro, daí a divisão deste tópico em itens. A opção sequencial obedeceu a uma lógica. Partimos de um momento prévio à fase instrutória, e até ao processo arbitral, mas que justamente compõe a

²⁵⁵ Para BARBIERI-BELLA, um dos capítulos mais importantes do estudo da arbitragem diante da multiplicidade de questões (*Il nuovo diritto sull'arbitrato*, p. 253).

²⁵⁶ SIEGFRIED ELSING e JOHN TOWNSEND, *Bridging the common law civil law divide in arbitration*, p. 1. BARBOSA MOREIRA profetiza faz tempo que sistema jurídico nenhum é puro, mas embaralhado com elementos tanto de *civil* quanto de *common law* (O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, p. 40-48). Também abordamos esse dado em nossa monografia, com enfoque na aproximação entre as famílias jurídicas no trato dos precedentes (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 17-19). Especificamente sobre o *common law*, cf., por todos, GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES, *Common law: introdução ao direito dos EUA*.

²⁵⁷ Sobre a prova à luz do direito material, cf. MARICÍ GIANNICO, *A prova no Código Civil*, p. 158 e ss.

²⁵⁸ Cf. LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 132.

instrução deste, demonstrando clara abertura cognitiva entre os processos estatal e arbitral. Falamos da prova antecipada, sucintamente abordada. Na sequência, passamos ao estudo de dois conceitos importantes ao processo arbitral, a forma do procedimento e o exercício de poderes entre partes e árbitros na confecção desta fase. Esse aspecto remonta a conhecidas divergências na doutrina. Feito isso, analisaremos medida conhecida na prática arbitral, a ordem das provas. A seguir, estudaremos cada meio de prova em específico, invertendo, propositadamente, a ordem do modelo estatal. Ao final, abordaremos rapidamente a questão da prova emprestada, que também mostra *abertura cognitiva* do sistema. Encerra-se o tópico com a análise valorativa do árbitro sobre o conjunto probatório. A procura é por um enfoque mais prático do que nos momentos anteriores do trabalho, buscando mostrar a premissa teórica ao final de cada item. É o que segue.

3.3.1 A antecipação de prova

É possível que a parte não possa aguardar o momento da instrução no processo arbitral para produzir determinada prova.²⁵⁹ Pode ser que até mesmo o próprio pedido de instituição de arbitragem não possa ser aguardado. Para esse cenário existem dois caminhos: *a)* caso o processo arbitral não tenha sido instituído, à parte caberá buscar amparo no processo estatal cautelar de produção antecipada de provas, à semelhança do que faz com as medidas urgentes prévias ao juízo arbitral; *b)* caso já tenha havido a instituição, a questão deve ser resolvida no bojo do próprio processo arbitral, em procedimento a ser definido pelo árbitro.

No que tange à necessidade da prova antes da instituição do juízo arbitral, são possíveis duas possibilidades. A primeira, esperada, é a parte ajuizar a demanda cautelar mencionada.²⁶⁰ Esse processo correrá perante juiz togado até que o processo arbitral seja instituído. A partir daí o juiz estatal perde sua competência. Logo, produzida ou não a prova, parcial ou integralmente, o processo deverá ser extinto e o material nele produzido remetido ao juízo arbitral instituído.²⁶¹ Há, nesse caso, evidente movimentação em *abertura cognitiva*

²⁵⁹ É a necessidade de antecipação, de natureza cautelar, que se diferencia do direito autônomo à prova, o qual prescinde dessa natureza (cf. YARSELL, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 339).

²⁶⁰ Cf. YARSELL, Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada de provas na arbitragem, p. 53.

²⁶¹ Parece-nos o mais coerente com o sistema do processo arbitral, na medida da assunção de competência exclusiva pelo árbitro. Claro que podem ocorrer problemas de ordem prática nesse expediente, como

entre os dois sistemas processuais. O estatal, num primeiro momento, para a produção da prova. O arbitral, no segundo, que avaliará a prova.²⁶² Ambos devem se alinhar, em sincronia que se assemelha com a demanda do art. 7.º, comentada no capítulo 2 (item 2.1.2.2.2).

A segunda possibilidade quanto à produção antecipada de provas, antes de instituído o juízo arbitral, decorre do próprio sistema peculiar, do *fechamento operacional* do processo arbitral no tocante à prova. Falamos de a parte diligenciar ela mesma na produção, à semelhança do que ocorre no *discovery* do processo estatal de *common law*.²⁶³⁻²⁶⁴ Caberá a ela produzir a prova, chancelando a participação da contraparte, cujo produto será levado ao processo arbitral *a posteriori*, para valoração pelo árbitro. Pensamos ser necessário haver consenso para esse expediente, pois se trata, na prática, de uma fixação de regra procedimental. É o estabelecimento de convenção quanto ao procedimento, que, como sabido, pressupõe acordo de vontades. A menos que a parte produza, confira à contraparte a participação, utilize no processo sem impugnação do adversário, que, nesse formato, acaba anuindo com a regra

---

no caso de o laudo não estar concluído, ou o perito nomeado pelo juiz togado estar em diligências. Não vemos este elemento concreto como apto a afastar nossa conclusão. Se o trabalho não estiver pronto, o árbitro terá o bom senso, se achar o caso, de manter o perito indicado no que está fazendo, sob pena de perda de tempo e recursos. Ou, se entender mais conveniente mudar, substituirá e mandará que o outro perito, de sua confiança, comece de onde terminou o indicado pelo juiz togado. Tudo vai depender de sua sensibilidade para a situação concreta, de que como ele, árbitro, entende mais adequado para sua convicção. De qualquer forma, não foi assim que recentemente o TJSP se posicionou, no caso envolvendo Motorola Industrial Ltda. *versus* Turner South America Ltda., relativo à construção de um galpão para produção de aparelhos com vícios de obra (MC 494.408-4.6, Comarca de São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ênio Zuliani, j. 28.06.2007), em que o tribunal entendeu que o produto da cautelar somente seria enviado ao árbitro após sua conclusão. Compreensíveis os motivos dessa posição, no sentido de manter a integridade da prova perante o juiz togado. No entanto, um fator de ordem prática milita em desfavor desse mecanismo: é comum presenciarmos processos para prova antecipada que se retardam mais do que o próprio processo dito principal em juízo, com manifestações protelatórias de toda ordem, enfim, arrastando-se por anos sem nenhum laudo. Basta dizer que no caso apontado a demanda havia sido extinta em primeiro grau, sem nenhum procedimento, sendo necessário à parte ajuizar medida cautelar no Tribunal para ter o início da prova, ritual que é simplesmente incompatível com o mecanismo do processo arbitral. Parece-nos inútil esperar a conclusão para enviar ao árbitro. É ele quem exercerá a cognição sobre aquele meio de prova, inclusive para efeito de entender desnecessário. Mas é claro que quem determinará a remessa de documentos ao juízo arbitral ou extinguirá a demanda judicial será o juiz togado, mas o que poderá ser feito após um requerimento dos árbitros no qual eles instruem a convenção e a demonstração da instalação do painel (sobre este pedido, cf. ARNOLDO WALD, *Novos rumos para a arbitragem no Brasil*, p. 351).

²⁶² YARSHEL faz interesse sugestão de que, desde que se saibam quem serão os árbitros, eles participem da produção da prova no processo judicial, em analogia à figura da intervenção de terceiros, pois serão eles os destinatários dela, podendo ter desde logo contato direto com sua confecção (Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada de provas na arbitragem, p. 55). A ponderação é relevante, mas em termos práticos pode ser difícil tratá-la, pois dependerá de uma *aceitação prévia* do encargo pelo árbitro, o que não parece comum, de participar do processo estatal, e, por fim, da aceitação do juiz togado com esse procedimento.

²⁶³ Cf. LAWRENCE NEWMAN e GRANT HANESSIAN, *International arbitration checklists*, p. 92 e ss.; BREDI PESSOA, *A produção probatória na arbitragem*, p. 76.

²⁶⁴ Inclusive analisando e contraproduzindo provas diretamente, conforme aponta PAUL FRIEDLAND (*Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration*, p. 3).

procedimental, aceitando tacitamente a convenção quanto ao procedimento. Sendo assim, não nos parece haver motivos para anulação da futura decisão desfavorável, uma vez que não houve prejuízo em termos de supressão do contraditório.²⁶⁵ Podemos pensar no depoimento de determinada pessoa vitimada com doença grave, em que as partes e seus patronos a inquiram livre e diretamente, registrando-se tudo em material audiovisual. Faz parecer que não haveria vício nesse elemento de prova, ou no meio utilizado, não sendo razoável impor à parte que procure o processo estatal, suposto que não decorra prejuízo à participação de todos no procedimento. A formação dessa prova haverá de obedecer ao conceito de devido processo legal arbitral, que possui características próprias, conforme apontamos antes (item 2.2.3 *supra*).

Há ainda uma terceira via, em que as partes estipulem previamente, via convenção, ou mesmo quando ocorrer a situação de urgência, a instauração de um juízo arbitral provisório para deliberar sobre uma situação de prova antecipada, em que um árbitro provisório inclusive comporá o tribunal arbitral subsequente.²⁶⁶ Tal procedimento certamente será mais célere do que o processo estatal.²⁶⁷

Alinhando-nos à recente corrente de pensamento no processo estatal,²⁶⁸ acreditamos que a própria produção de prova antecipada arbitral, seja diretamente pela parte, seja com o auxílio do juiz togado, poderá levar eventualmente à não instituição do processo arbitral. Tudo dependerá do conteúdo trazido por esse elemento de prova na convicção das partes. Elas podem, ao receber o conteúdo da prova, simplesmente desistir de iniciar a

²⁶⁵ NUNES PINTO, *Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 6.

²⁶⁶ É o que ocorre na CCI, em que o árbitro indicado é competente para apreciar medidas de urgência (ICC rules for pré-arbitral referee procedure – ICC Pub. n. 482, art. 2.1), justamente para que não se tenha de ir ao Judiciário na situação exemplificada. Essa medida é conhecida internacionalmente como “immediate relief by arbitral institutions in advance of appointment of a tribunal [...]”. The ICC pré-arbitral referee procedure provides for the appointment of a referee who is granted the authority to “order any conservatory measures of restoration that are urgently necessary to prevent either immediate damage or irreparable loss and so to safeguard any of the rights or property of one of the parties” (cf. NEWMANN-HANESSIAN, *International arbitration checklists*, p. 60).

²⁶⁷ YARSHELL entende possível que as partes estabeleçam um processo arbitral apenas e tão somente para a produção e a homologação antecipada de prova, que será posteriormente analisada e valorada por outro órgão arbitral (Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada de prova na arbitragem, p. 56). Pensamos que a hipótese não é igual à do exemplo por nós dado no texto, na medida em que aqui a atividade do árbitro estaria adstrita a uma homologação, visto que “a controvérsia propriamente dita, se necessário, também por meio de arbitragem, mas a cargo de órgão diverso”. Coerente com posição adotada antes (capítulo 2, item 2.2.2), não nos parece possível um processo arbitral com tal objeto, pois não é dado ao árbitro atividade exclusiva e meramente homologatória, diante do seu necessário exercício de jurisdição contenciosa, conforme previsto no art. 1.º (...“litígios”...).

²⁶⁸ Cf. YARSHELL, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 317.

demanda. Ou alterar sua postura negocial até então, procurando diverso método compositivo. Ou simplesmente transigir. Trata-se da chamada prova satisfativa do processo, na medida em que poderá ser diferencial importante para a parte concluir se e como procurará a tutela jurisdicional, podendo ser determinante para a própria pacificação social.

Como dito no início, panorama diverso da produção de prova antecipada é aquele em que o processo arbitral já está instaurado, mas as partes se encontram em fase inicial de postulação. Nesse caso, a anterioridade da prova não será ao juízo arbitral, mas ao momento instrutório do processo, dentro daquela macroestrutura que divide as três grandes fases, postulatória, instrutória e decisão, da qual tratamos antes (item 2.2.3.6 *supra*).

A ênfase será o *fechamento operacional* do processo arbitral para este especial momento. Especificamente, do seu conceito de devido processo legal, como já demonstrado, diverso do que há no modelo estatal. Aqui, ao contrário de lá, as partes têm ampla disponibilidade do procedimento. E, mais que isso, para o que importa nesse item, o árbitro, já atuante, terá plenos poderes para adaptar o procedimento de tal forma que se possa produzir antecipadamente a prova necessária. No mesmo exemplo do depoimento, seja ouvindo a testemunha pessoalmente, seja assistindo a material audiovisual, seja até mesmo aceitando o depoimento por escrito.²⁶⁹ Claro que, nesse caso, será imperativo que a técnica para se produzir a prova antes do momento esperado seja posterior a um pedido da parte, embora o árbitro não esteja adstrito ao formato por ela apontado. O pedido de antecipar é da parte, mas ele é quem determinará como, quando e onde isso será feito.

Não se pode também descartar a possibilidade de que o árbitro conceda medida cautelar nessa fase, a ser executada pelo juízo estatal, visando produzir a prova necessária, em hipótese expressa do art. 22, § 4.º.²⁷⁰ Nesse caso também teremos claro exemplo de tipicidade sistêmica, de como o fechamento operacional e a abertura cognitiva do processo arbitral permitem-no funcionar como um sistema no tocante a esse momento da instrução. Um modelo que se afasta do estatal, em que praticamente nada se poderia fazer, salvo utilizar a sabidamente pouco eficiente demanda cautelar de produção antecipada de provas.

---

²⁶⁹ Cf. NUNES PINTO, *Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 7; CARMONA, *Flexibilização do procedimento arbitral*, p. 18.

²⁷⁰ Cf. YARSHELL, *Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada de provas na arbitragem*, p. 53.

3.3.2 A desformalização do procedimento

Optamos por iniciar este tópico das provas com o item anterior por uma questão de momento na marcha do processo, visto que ali ainda temos exemplos de produção de prova antes do processo arbitral propriamente dito, para valoração e convalidação posterior. De qualquer sorte, acima já ficou claro como a arquitetura processual da instrução arbitral é *sui generis* se comparada com a do processo estatal.

Utiliza-se a expressão desformalização na linha do que se tem visto no processo estatal. A bem da verdade, a expressão é equívoca no processo arbitral. Desformalizar remonta a desfazer uma forma fixa. E isso não ocorre no processo arbitral quanto às provas simplesmente porque não há forma.²⁷¹ O que na verdade queremos dizer é a respeito da ausência de modelo fixo para a produção da prova no processo arbitral, a não ser a construída pelas partes e árbitros para atingir o objeto dessa fase do procedimento: colher a melhor prova no menor espaço de tempo possível.

O item anterior já deixou bem evidente o primeiro aspecto relativamente às provas no processo arbitral. A afirmação poderia chocar num primeiro momento os menos afeitos a esse ambiente. Ou os que insistem em pensar o processo arbitral como judicial. Entretanto, é um traço marcante do seu modelo uma amplíssima gama de possibilidades procedimentais no tocante à prova. Há uma verdadeira necessidade de fuga dos cânones tradicionais da forma judicial, que aqui no mais das vezes seriam formalismos desnecessários.²⁷²

A *forma* da produção da prova no processo arbitral é *desformalizada*. Não possui um *script* pronto. Varia de acordo com duas vertentes: a vontade das partes e a atividade instrutória do árbitro. Mais ainda. Nessa fase do processo arbitral, um marco relevantíssimo é a sumarização, tornar o mais ágil possível esse momento do procedimento. Ao contrário

²⁷¹ CARMONA aponta na “desformalização” a busca das partes pelo abandono de formas rígidas, “que seriam destinadas a salvaguardar o devido processo legal, mas muitas vezes funcionam como fatores de emperramento do processo” (*Arbitragem e processo*, p. 208).

²⁷² Apontam GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA que “diversa è o dovrebbe essere la ratio sottesa all’arbitrato, nel quale riveste una forza preponderante la volontà delle parti (la c.d. autonomia privata) di dettare le regole idonee a rinvenire la realtà dei fatti senza quelle preclusioni e soprattutto quelle formalità che imbavagliano il processo civile” (*Il nuovo diritto dell’arbitrato*, p. 254).

do modelo judicial, com seus dogmas engessados,²⁷³ aqui vale de fato a máxima de produzir a prova apenas quando realmente necessário. E também que será produzida da maneira mais racional possível, seja no meio de prova, seja no momento, seja na técnica. Sem maiores temores de que a falta de uma ou outra prova possa incutir anulabilidades ao processo, como, de regra, ocorre no ambiente estatal.

O leque de possibilidades é vasto: pode o árbitro determinar cada tipo de prova de cada vez, se necessário; pode inverter a ordem das provas, conforme veremos adiante; pode determinar a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes; pode estabelecer vistorias e exames; pode impor a vinda de documentos; pode oficial órgãos públicos etc.²⁷⁴

Tudo sem nenhuma forma predefinida. Antes mesmo das provas, o árbitro não tem obrigação de sanear o processo, no que seria um formato usual no modelo estatal, embora de costume ocorrer seja no termo de arbitragem, seja em reunião convocada. O que importa para o momento é que justamente no fato de não haver forma se apresente o *fechamento operacional* da instrução do processo arbitral.²⁷⁵ Por sua vez, não havendo na instrução forma fixa, como no modelo estatal, mas fixada pelas partes e árbitros,²⁷⁶ o movimento do processo arbitral quanto à sua abertura cognitiva a outros institutos instrutórios dos demais sistemas

²⁷³ Apenas como ilustração, não é o caminho que o processo estatal tem tomado nos EUA. Em maio de 2009, a Suprema Corte proferiu decisão prestigiando um maior formalismo. Trata-se do caso *Ashcroft v. Iqbal*, “which makes it much easier for judges to dismiss civil lawsuits right after they are filed”, como aponta o jornalista do The New York Times em Washington, Adam Liptak, no periódico de 21.07.2009. Diz ainda que “they have cited it more than 500 times in just the last two months”. Sinteticamente, a decisão, proferida em ação de muçulmano contra atos da administração Bush, trouxe um entendimento de que o autor deve apresentar elementos muito mais concretos já com a inicial, sem os quais os juízes estão autorizados a julgar como *implausível* o pedido. Inúmeros outros precedentes já ocorreram utilizando a decisão. Seria mais ou menos o que ocorre com o atual art. 285-A do CPC brasileiro, embora lá não sejam necessários precedentes do próprio juízo e não se restrinja a matéria de direito. Aliás, pelo contrário, é justamente *com foco na prova* que esse precedente surgiu. Há direta relação com a *discovery* do processo americano. Na mesma matéria aponta-se que o objetivo da decisão da Suprema Corte foi evitar processos cuja simples tramitação leve ao desembolso de milhões pelas empresas demandadas só na *discovery*, sendo este custo geralmente utilizado pelo autor mal intencionado como argumento para forçar acordos.

²⁷⁴ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 313.

²⁷⁵ Para FRIEDLAND, é muito difícil conceituar a instrução arbitral, uma vez que todo profissional experiente no assunto sabe que “every arbitration differs, and one must therefore be cautious in positing a standard procedure”, o que é contribuído pelo fato da grande mistura entre elementos de *common* e de *civil law* nos processos arbitrais internacionais, o que faz com que “it is therefore difficult to describe any system as representing a harmonization of two supposedly definable approaches”. Isso faz com que a forma com que a disputa será definida na instrução não se vincule a um formato prévio, mas à postura dos árbitros, assim como dos advogados presentes (“the experienced counsel will be sufficiently flexible to make such calculation without simply relying upon the procedure learned in law school”). Como dito, “what guides arbitrations’s procedural decisions is more often a matter of their common-sense appraisal of the case than an application of the precepts in which they were trained” (Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration, p. 1-2).

²⁷⁶ Cf. RICCI, *La prova nell’arbitrato rituale*, p. 148.

é imenso. Pouco ou nenhum é o limite. Sempre suposto que mantidos os critérios de devido processo legal apontados antes.²⁷⁷

Enfim, a própria ausência de forma contribui na formatação do processo arbitral como um sistema na sua fase instrutória. Passemos agora a um tema controvertido, resumido em saber quem determina as provas no procedimento quando há conflito entre partes e árbitros. Veja-se.

3.3.3 *Autonomia das partes versus poderes do árbitro quanto à prova*

De forma até extensa, expusemos no capítulo 2 que os dois principais integrantes do conceito de devido processo legal arbitral eram a autonomia da parte e o poder diretivo do procedimento pelo árbitro. Consideramos na ocasião que esse formato, inclusive, era um dos principais fatores de integração do que temos chamado por fechamento operacional do sistema do processo arbitral. Temos enfatizado esse dois pilares do processo arbitral ao longo do estudo, especialmente quando falamos do devido processo legal, em que utilizamos exemplo concreto da limitação da prova (item 2.2.3.3 *supra*), da autonomia da vontade como pressuposto e princípio do processo e, por fim, mais recentemente, ao tratarmos dos poderes do árbitro neste capítulo.

Pois bem. Enquanto há harmonia de vontades entre as partes e delas com o árbitro, tudo vai muito bem, o processo arbitral praticamente não possui incidentes ou limites em termos de procedimento. É o que vimos nos dois itens anteriores a este relativamente à prova, ou mesmo quando tratamos da limitação da prova no capítulo 2 à luz do conceito de devido processo legal. De fato, poucas são as impossibilidades e muitos são os caminhos do processo arbitral quando todos concordam.

No entanto, existem situações em que o interesse das partes e a vontade dos árbitros se chocam. E tais questões surgem no curso do processo arbitral. É inclusive muito comum. Disso advém o que hoje é verdadeiro bordão, sendo dito e repetido em palestras e

---

²⁷⁷ Cf. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 949.

congressos, podendo ser resumido em conhecida indagação: quem manda no procedimento, a parte ou o árbitro?

Vamos nos restringir às provas no processo arbitral. A questão envolve dois planos. Uma escola de pensamento, capitaneada pela doutrina norte-americana, em que a parte é a protagonista das provas, podendo fazer o que bem entender, independentemente do que queiram os árbitros. Tal opção é coerente com a cultura processual estatal dos países de tradição anglo-saxônica, de *common law*, em que, a exemplo do *discovery*, a parte mesmo produz a prova, tendo direta imediação com esse formato instrutório, inquirindo testemunhas diretamente, produzindo, mediante *experts*, laudos periciais, colhendo, investigando a prova. Nesse contexto, a lógica aponta para que as partes determinem o que querem em termos de provas, pois aceitam ônus e bônus desse formato, tendo pouca relevância o que querem os julgadores.²⁷⁸

A segunda visão sobre o problema concentra-se nos países de tradição romano-germânica, de *civil law*, em que tradicionalmente a prova é produzida mediante e para o processo, para a cognição do julgador. Nesses países a prova é vista como destinada a ele. Sendo assim, é o julgador quem dará a palavra final sobre o caminho da instrução para se obter a prova. Afinal, se ele é o destinatário dela, deve saber, em última análise, se está ou não satisfeito com os fatos que lhe chegam por meio dos elementos probatórios.²⁷⁹

O problema concreto apresenta-se principalmente quando as partes querem uma coisa e apenas o árbitro, outra. Por exemplo, elas pedem determinada perícia, o árbitro a reputa desnecessária. Elas querem debates orais em audiência, os árbitros não concordam.

²⁷⁸ Como indica PAUL FRIEDLAND, “common law practice favor comprehensive exposition of facts by witnesses at a trial or hearing; civil law practice does not. Common law practice favors party control over discovery and document exchange; in civil law practice, the judge tends to play a more active role in developing the evidence” (Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration, p. 5). Nem tudo, porém, são flores. É importante que a parte que pretenda adotar o sistema de *common law* no processo arbitral tenha em mente que a metodologia do *discovery* costuma gerar maiores custos, às vezes exageradamente altos, à semelhança do que ocorre no processo estatal norte-americano. Este fato justamente criou o já citado precedente da Suprema Corte sobre a restrição na aceitação de demandas, para evitar os inconvenientes do *discovery* (cf. nota 273 supra). Caberá ao árbitro equilibrar com critério o *discovery*, talvez misturando-o com elementos de *civil law*, amenizando-o para que um instrumento útil não se torne um empecilho à pacificação do conflito.

²⁷⁹ E, como sabido, prova é veículo de fato ao julgador (cf. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 446). Costuma-se dizer que, enquanto na *common law* a prova documental é uma “descoberta” e a testemunhal uma “revelação”, no *civil law* são, respectivamente, uma prova apresentada e uma prova de caráter confirmatório (BREDAS PESSOA, A produção probatória na arbitragem, p. 75).

As partes não querem produzir certa prova, os árbitros a entendem fundamental para sua convicção. O ponto de desencontro realmente relevante se dá quando contrapomos partes de um lado e árbitros de outro. Até porque, se as partes não se entendem sobre determinado aspecto da prova, e não há nada convencionado sobre isso, pouca dúvida haverá. Até por razão lógica, alguém deve *desempatar*. E quem o faz é o árbitro (art. 21, § 1.º).²⁸⁰

Temos basicamente então duas visões sobre o problema. Uma que coloca a autonomia da vontade como princípio estrutural do processo arbitral, ditando o procedimento. Modelo em que, no impasse, prevalece o que querem as partes, e com isso elas colherão os frutos do risco em não permitir que os árbitros formem convicção como queiram. Outra, que insere a posição do árbitro como protagonista na produção da prova. Vê nesse formato uma lógica com o conceito da própria prova, destinada ao convencimento do julgador, que deve dizer se está ou não satisfeito, devendo sua opinião prevalecer.

Não ignoramos as razões daqueles que defendem a primazia da vontade das partes. Afinal de contas, como temos mencionado tanto neste trabalho, a autonomia das partes é pressuposto processual e princípio estruturante do procedimento arbitral. Mas, talvez fruto da própria tradição de nosso direito, temos que ao final deve prevalecer o que querem os árbitros no tocante à prova. Chegamos a essa conclusão utilizando especificamente a adequação entre sistemas permitida pela *abertura cognitiva*: a vinda para o processo arbitral de princípios do processo estatal que regem a formação da convicção do julgador, do seu convencimento racional (CPC, arts. 130 e 131). Como dissemos no início deste tópico, a prova é produzida para levar fatos ao julgador. Não é produzida para as partes.²⁸¹ Logo, o destinatário da prova, o árbitro, é quem deve ditar a regra em caso de impasse com os sujeitos parciais do processo.²⁸²

²⁸⁰ Importante salientar que estamos falando de provas, não de outros elementos do procedimento. Por exemplo, havendo consenso sobre outros aspectos, como a escolha da língua, do foro de eleição, dos encargos processuais, o árbitro deve aceitar. Em suma, em termos do procedimento, tudo o que as partes não disserem os árbitros dirão (art. 21, § 1.º). Nesse sentido, cf. BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina sull'arbitrato*, p. 105.

²⁸¹ A despeito da situação específica em que a demanda é proposta visando apenas a prova, como elemento prévio ao convencimento da parte sobre seu próprio direito, o que ditará inclusive o curso de sua investida judicial ou não, tendo inclusive conteúdo satisfativo em certo sentido (cf. YARSELL, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 317).

²⁸² Nesse sentido, BATISTA MARTINS, *Panorâmica sobre as provas na arbitragem*, p. 338 e 346.

Se ele, o árbitro, foi eleito, assim o foi para que decida sobre quais elementos de prova precisa para julgar. Que ele opte acerca de como deve ser conduzida a própria convicção. Que ele decida sobre o que é ou não é relevante para seu convencimento. A formação da sua convicção decorre do seu poder diretivo sobre as provas.²⁸³ Em caso de impasse com as partes, isso nada se altera. Não têm elas o poder de lhe determinar o que é ou não importante para sua própria formação cognitiva.²⁸⁴ Se ele tem um *munus* de julgar, é de bem julgar. E, para isso, só ele saberá o que precisa para aparelhar seu convencimento.²⁸⁵ Seria até mesmo uma certa postura de soberba das partes se arvorarem na condição conhecedoras do que é ou não importante para que o árbitro bem entenda os fatos do litígio. Não é assim que a tradição do processo como um todo está estruturada em nosso país. Como integrante da teoria geral do processo, o processo arbitral sofre consequência direta disso. Veja-se que essa posição nada tem a ver com aplicação de regra do processo estatal ao arbitral. Trata-se de um princípio elementar à teoria geral do processo, o que, por seu turno, não afasta, mas comprova, todas as demais considerações que fizemos antes sobre a lógica relação entre os sistemas e a posição de autonomia do processo arbitral. É assim que pensamos a polêmica questão em tela.

É claro que pode haver problemas. Por exemplo, o regulamento da CCI prevê que, se uma das partes quiser audiência, ela será realizada (art. 20, n. 2). A despeito de ser uma regra de uma instituição francesa, país de tradição de *civil law*, trata-se de típica previsão de *common law*, o chamado direito ao *day before the court*, na ideia de a parte poder ao menos uma vez ter imediação com quem julgará sua causa. Em outros regulamentos, como na Câmara Brasil-Canadá, só haverá audiência se houver prova oral a ser produzida (art. 9.13), o que nos parece bem mais racional. Até porque o próprio regulamento da CCI, em contrapartida, prevê que o tribunal arbitral deverá proceder à instrução da causa na maior brevidade possível (art. 20, n. 1), o que seria contraditório com a realização de audiência sem pertinência temática.

²⁸³ Segundo NUNES PINTO, “a prova se produz em favor e em exclusivo benefício dos árbitros” (*Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 4).

²⁸⁴ Nesse sentido, cf. RAFAEL ALVES, O devido processo legal na arbitragem, p. 411.

²⁸⁵ No México, por exemplo, não dispondo as partes a respeito, o tribunal arbitral pode decidir livremente se as provas estarão baseadas principalmente na argumentação oral ou documental, conforme o art. 1.440 do Código Comercial mexicano, o que, por outro lado, também corrobora o colocamos no cap. 2 sobre a possibilidade de limitação das provas.

O aspecto quanto à audiência é emblemático, independentemente do regulamento que esteja em pauta, pois, afinal, regulamento nada mais é do que uma convenção *per relacionem*. Podemos dar exemplo: as partes pedem a realização de uma audiência. Os árbitros perguntam: “para quê? Entendemos que a audiência requerida é inútil e, portanto, não iremos produzi-la. Expliquem as partes em tantos dias a pertinência do pedido, sob pena de indeferimento”. Se elas não forem suficientemente convincentes da necessidade daquele ato processual, os árbitros rejeitarão o pedido, sob o fundamento de que o ato processual será inútil para a formação do seu convencimento. Logo, mesmo querendo as partes e ainda que conste expressamente do regulamento da câmara, se os árbitros entenderem que determinado expediente quanto à prova não é adequado para aquele caso concreto, ou que não terá nenhuma função para sua inteligência sobre os fatos, podem deliberar da forma como bem entenderem.²⁸⁶ Lembramos que o pressuposto será sempre a manutenção do contraditório e defesa ampla.

Podemos dar outro exemplo: os árbitros se deparam com comportamento inadequado das partes no procedimento inteiro, representadas por advogados de postura imprópria ao ambiente arbitral, demasiado aguerridos até para os padrões do foro estatal. O processo havia tramitado em formato altamente belicoso, com alegações variadas de nulidade de lado a lado. Depois de muito esforço diretivo pelos árbitros, a prova finalmente está plena nos autos, inclusive com perícia. Prova oral também produzida. Ao final, os árbitros abrem prazo para as partes apresentarem memoriais escritos. Mas elas requerem, conjuntamente, designação de audiência para debates. Os árbitros não têm dúvida. Indeferem o pedido porque entendem inútil o debate da causa no formato solicitado.²⁸⁷ Que tragam memoriais escritos.

Não vemos violação do devido processo legal nesses casos todos. Há limites para os *quereres* das partes. Todas as vezes que os desejos das partes não forem considerados

---

²⁸⁶ Tanto é verdade que, como bem apontado por CARMONA, havendo a substituição de um árbitro do painel, o substituto tem o direito de ter a prova repetida se quiser, sendo este um direito dele, cuja decisão será exclusiva dele e sequer dos demais árbitros que compõem o tribunal arbitral (*Arbitragem e processo*, p. 332), não fazendo sentido falar em vontade das partes nesse aspecto. Em sentido contrário entendem GIORGIO BARBIERI e ENRICO BELLA, para quem, enquanto no processo estatal prevalece o princípio inquisitório sobre as provas, no arbitral deve prevalecer o dispositivo, “nel quale riveste una forza preponderante la volontà delle parti (la c.d. autonomia privata) di dettare le regole idonee a rinvenire dei fatti” (*Il nuovo diritto dell'arbitrato*, p. 354).

²⁸⁷ NUNES PINTO dá exemplo semelhante acerca da limitação do tempo de inquirição de testemunhas (*Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 10).

adequados ou convenientes serão controlados pelos árbitros. Afinal, foram eles os eleitos, e aceitaram o encargo de julgar bem, que implica racionalidade de recursos e de tempo.²⁸⁸

A visão é muito semelhante com a que propusemos na questão quanto à limitação da prova estipulada pelas partes, exemplificada no item 2.2.3.3 *supra*. A propósito, sobre a limitação da prova, é chegado o momento de complementar nossa posição anterior, pois faltou justamente o dado ora tratado, que na ocasião optamos por desenvolver quando fôssemos apresentar este tópico. Lá não abordamos o problema envolvendo o árbitro, apenas as partes. Melhor dizendo, lá registramos que o expediente de limitar a prova seria possível desde o que o árbitro concordasse. Assim o fizemos justamente por conta da posição ora dada, de quem determina o procedimento quanto às provas é o árbitro, e não as partes.²⁸⁹

Podemos ainda trazer um último exemplo, relacionado ao uso de *expert witness*.²⁹⁰ As partes entendem que a instrução terminou. No entanto, os árbitros, a despeito do material probatório existente, querem ouvir um *expert*. Como sabido, essa figura de oitiva é muito comum no processo de *common law*. Trata-se de um especialista em determinada matéria, mas que não conhece os fatos do processo, que não tem nada a ver com o litígio, mas vem para depor sobre determinado mercado, as práticas comerciais, ou as técnicas utilizadas em certo assunto. Não testemunhou nada, não participou de nada, não viu documentos das partes, não examinou bens, locais, livros comerciais etc.

O uso de tal testemunha costuma ser comum, como referido, para esclarecer aos árbitros sobre práticas de determinado mercado, o que ganha relevo em processos arbitrais nos quais se faça presente a questão da *lex mercatoria*, que, como apontamos antes, está sempre presente nos processos arbitrais e contribui inclusive para a sua formatação como um sistema no tocante à relação com o direito material (item 2.1.2.1 *supra*). Em caso como este, a despeito do pedido das partes para que encerrassem a instrução e passassem a proferir sentença, os árbitros podem perfeitamente facultar às partes a indicação de especialistas para

---

²⁸⁸ Para FAZZALARI, “nel corso del processo, l’arbitro dovrà emanare specifici provvedimenti sul rito che il concreto contesto renda necessari: ma le sue determinazioni saranno pur sempre ‘discrezionali’ cioè dovranno essere coerenti con le regole dettate in principio e con lo scopo delle medesime” (*L’arbitrato*, p. 56).

²⁸⁹ CARMONA é inflexível acerca de o caráter instrutório do árbitro não estar vinculado “a qualquer escolha das partes” (Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro, p. 42). No mesmo sentido, BREDÁ PESSOA, A produção probatória na arbitragem, p. 72.

²⁹⁰ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 319 e Flexibilização do procedimento arbitral, p. 17.

que deponham sobre a matéria teórica, técnica, não sobre o caso concreto. Que tragam, se quiserem, *expert witnesses*.

Caso recusem, julgando necessário, quer ainda nos parecer que os árbitros podem selecionar e nomear de ofício determinado *expert*, para que compareça perante o tribunal arbitral para expor sobre o tema, apresentando informações sobre determinada especialidade, pois entendem fundamental para o desate do litígio.²⁹¹ Os custos serão divididos entre as partes, ou conforme tiver sido estabelecido na convenção. Perguntas livres para todos, que, inclusive, podem fazê-las diretamente, sem o formato antiquado do processo estatal, por intermédio do julgador. Não há nenhum problema, pois aqui falamos de forma. E forma, como dito, não migra de um sistema processual para o outro. Em suma, regime absolutamente diverso do modelo do processo estatal, em que testemunha, sabidamente, depõe sobre fato da causa. Também não se nos afigura haver óbice a este meio de prova mesmo em processos arbitrais no Brasil e com aplicação da legislação brasileira, pois, como apontamos antes, o devido processo legal arbitral não é o ordenamento processual, a menos que as partes o tenham eleito anteriormente. E arbitragem de direito significa de direito material, não de regras de processo, muito menos sobre provas, em que o árbitro trafega com muito mais poder e flexibilidade do que o juiz togado.

Enfim, no que respeita à produção da prova, cabe ao árbitro não apenas interpretar o que não há na convenção (art. 21, § 1.º), mas flexibilizar o que há. Esse modo de ver a questão parece referendar a opção que fizemos quanto ao tema.²⁹²

²⁹¹ SERGIO LA CHINA entende que os árbitros podem estabelecer regra de procedimento de prova “secondo opportunità” (*L'arbitrato*, p. 88).

²⁹² A Ley de Arbitraje espanhola, em seu artículo 25, prevê que: “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”. Poderíamos interpretar o trecho “*a falta de acuerdo*” no sentido de que mesmo em matéria probatória, estando as partes concordes, não caberia ao árbitro definir. Seria sem dúvida uma interpretação literal e, por isso, mera leitura da norma. Quem só lê não interpreta. O que o dispositivo nos parece mostrar é que, quanto ao procedimento no geral, cabe às partes definirem. Aliás como já apontamos. Nada dispõe sobre a prova. É o mesmo caso da lei brasileira no art. 21, § 1.º. Sobre a prova, portanto, equivalem-se as leis brasileira e espanhola, demonstrando a modernidade da primeira, ambas no sentido do que dissemos no tocante ao poder do árbitro decidir sobre a prova. O mesmo ocorre na lei italiana (art. 816 do diploma processual italiano), objeto de comentários de MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, p. 334.

Estamos cientes de que as colocações acima poderão causar perplexidade naqueles que enxergam o processo arbitral como espécie de um gênero largo concebido como processo judicial. Não é essa a nossa ideia. Não foi esse o intento com esta tese. Está-se justamente propondo que, por conta de situações com as acima expostas, o processo arbitral possui um ferramental próprio para com elas lidar, chamado de *fechamento operacional*, embora o nome nem seja tão importante. Assim como realiza constantes trocas de informações/influências com outros modelos, outros sistemas, justamente para poder melhor compor as questões incidentais em seu curso que necessitam fugir da regra de forma conhecida, em movimentação chamada de *abertura cognitiva*, cuja nomenclatura também não é o que mais importa. Releva, isso sim, mediante exemplos como os acima apresentados, comprovar a hipótese dos trechos iniciais deste trabalho. E pensamos que nesse item a questão tenha ficado bem clara nesse sentido. Esse é o nosso ponto.

Avançando na análise da produção da prova, consideramos que existe outra peculiaridade no seu manejo, bem prático e atualmente conhecido, que por um lado também demonstra os requisitos acima referidos no tocante à configuração do processo arbitral com um sistema. Falamos da possibilidade de inversão na ordem das provas. Veja-se.

3.3.4 A inversão da ordem das provas

Seremos muito sintéticos neste item, que serve apenas para demonstrar outro ferramental do fechamento operacional do processo arbitral no tocante à sua instrução, com grande relevância prática.

A inversão da ordem das provas também contribui para demonstrar que o mecanismo da instrução do processo arbitral, embora influenciado por princípios do processo estatal e a despeito de se formatar *grosso modo* à guisa das grandes estruturas do processo estatal, no seu funcionamento é bem diferente.

Sabemos que no regime do processo judicial a perícia vem antes da prova oral (CPC, art. 433, *caput*). Muito bem. No processo arbitral isso pode não acontecer. Na verdade, por motivos bastante racionais, a prática tem mostrado que não apenas é possível, mas tem

sido muito melhor tanto para um julgamento mais adequado tecnicamente quanto para a própria agilidade do processo.²⁹³

Sendo o destinatário e condutor da prova, pode o árbitro entender que depois do depoimento de testemunhas e documentos, não é necessário realizar determinada prova técnica, ainda que as partes nela insistam.²⁹⁴ Pode, por outro lado, caso deva haver a perícia, potencializar os benefícios dela, pois indo para a perícia depois da prova oral têm-se questões amadurecidas. O escopo da perícia fica mais bem canalizado de acordo com os temas que realmente interessam para o deslinde final do processo, conforme tenha sido o resultado das provas documental e oral prévias. O árbitro entra na perícia de forma mais madura quanto aos fatos controvertidos, podendo, inclusive, encaminhar melhor a elaboração de quesitos, de modo mais objetivo, ganhando-se em custos e prazos.²⁹⁵

Outro exemplo pode ser a própria substituição da perícia no formato conhecido pelo depoimento de testemunhas técnicas, relacionadas com a causa. Ou mesmo com o auxílio de testemunha teórica, a *expert witness* do exemplo apontado no item anterior.

Veja-se, a flexibilidade do processo arbitral é tão grande que não se pode sequer dizer se é melhor a prova pericial acontecer depois das demais, embora rotineiramente possa ser assim. Como exemplificamos no item sobre a antecipação da prova acima, pode ser justamente o contrário. Instituído o juízo arbitral, há determinada prova técnica que precisa ser produzida imediatamente. Não há tempo para aguardar documentos, testemunhas, nada. Apenas há que se realizar com urgência, no âmago do próprio processo arbitral já em curso, mediante atos periciais próprios de sua prática, com ou sem o auxílio do juiz togado, a depender do árbitro reputar necessário. Pode-se pensar em perícia técnica de vício de obra em construção que está para ruir. Não haverá tempo para os procedimentos de praxe. Os árbitros deverão indicar imediatamente um perito de confiança, que irá até o local e constatará o que for possível. Depois disso, as demais provas serão produzidas.

²⁹³ Segundo NUNES PINTO, há “enorme utilidade de inversão do momento de realização das provas” (Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem, p. 5).

²⁹⁴ MAGALHÃES aponta, com razão, que “em muitas situações em que a perícia é requerida como indispensável, após a tomada do depoimento das partes e das testemunhas, percebe-se ser desnecessária, permitindo aos árbitros decidir com apoio nos documentos ofertados pelas partes” (A ordem das provas no processo arbitral, p. 59).

²⁹⁵ Cf. NUNES PINTO, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 5; CARMONA, *Flexibilização do procedimento arbitral*, p. 13.

Fica evidente que esse formato é próprio do processo arbitral.²⁹⁶ Não há que falar no mesmo modelo no processo judicial. Como também não se pode dizer que seja uma decorrência de qualquer outro modelo. Trata-se de uma característica inata do fechamento operacional do processo arbitral, montado como um sistema também no tocante à forma de produção das provas. No caso, à inversão com que elas podem ocorrer no procedimento dependendo do caso concreto. Passemos agora a como se comporta a prova documental nesse ambiente, item que também será objetivo, pois elaborado, como este, apenas para demonstrar o ponto que interessa para a confirmação da hipótese teórica, da configuração do processo arbitral como um sistema. Vejamos.

3.3.5 *A prova documental*

No conceito de fonte de prova, documento é objeto composto por símbolos capazes de transmitir ideias e demonstrar fatos.²⁹⁷ Fazendo um comparativo com o processo estatal, a prova documental genericamente falando é tratada em quase meia centena de dispositivos legais (CPC, arts. 364 a 399). A despeito disso, poucas são as regras que disciplinam a sua técnica de produção, seu modelo procedimental (CPC, arts. 396 a 399). Provavelmente porque é considerada, entre todos os meios de prova, o mais simples de ser produzido.²⁹⁸ Entre os variados meios de produzir tal prova, transmissora de símbolos de comunicação, entre os quais o mais comum é o papel, considera-se que o documento é uma fonte passiva de prova, no qual as informações são extraídas sem a participação de quem as traz em si, tendo, por isso, natureza real e não pessoal, ainda que o portador da prova seja uma pessoa.²⁹⁹

Muito bem. Nosso objetivo não é discutir o que seja prova documental, muito menos analisar como isso ocorre no processo estatal com detalhes. O foco é aferir em que medida o processo arbitral caminha com as próprias pernas nesse tocante. E para nós isso está claro no mecanismo de produção da prova documental.

²⁹⁶ Cf. FRIEDLAND, Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration, p. 2.

²⁹⁷ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 564; MARINONI e ARENHART, *Prova*, p. 529 e ss.

²⁹⁸ Cf. DINAMARCO, *Ibidem*, v. 3, p. 563.

²⁹⁹ DINAMARCO dá o exemplo de tatuagem, considerada prova documental (*Ibidem*, p. 564).

De início, no modelo estatal, o ordenamento basicamente reproduz *momentos* em que os documentos devem ser trazidos ao processo, vale dizer, na petição inicial e na contestação (CPC, art. 396). Em seguida, em nítido movimento preclusivo, dispõe que outros documentos somente poderão ser aceitos pelo juiz se forem meios de prova de fatos posteriores aos articulados nas peças iniciais (CPC, art. 397). Independentemente da amenização que a jurisprudência tenha criado a respeito desse efeito preclusivo,³⁰⁰ fato é que no processo arbitral não existe nada disso.³⁰¹ Até porque, conforme já apontamos em item específico, nele não há preclusão. Os documentos podem ser trazidos livremente ao processo. Inclusive pode-se fixar procedimento inspirado no *pre-trial* do *common law*, no qual as partes trocam entre si documentos encaminhados via memoriais antes de serem levados aos árbitros.³⁰² Eventuais condutas dolosas da parte, sejam para retardar, sejam para surpreender, serão analisadas caso a caso pelos árbitros, que tomarão as medidas reputadas necessárias, embora não estejam vinculados a nenhum referencial específico nesse tocante.³⁰³ Nisso já se mostra uma total diferença entre a técnica de produção da prova documental nos dois processos.

Aspecto que por outro lado equipara os dois campos processuais é o disposto no art. 398 do diploma processual, impondo que a parte *seja ouvida* sobre os novos documentos juntados pela contraparte. No processo arbitral isso também deve ocorrer, mas não por aplicação de tal dispositivo, mas sim porque em todo processo devem ser mantidos

³⁰⁰ A jurisprudência do STJ tem atenuado o rigor da disposição, a nosso ver corretamente, para entender que apenas os documentos efetivamente essenciais para a própria demonstração dos pressupostos processuais é que devem ser levados em tais momentos do processo, sendo possível juntar-se no curso do processo, inclusive em sede recursal, desde que se implemente o contraditório e que não se verifique dolo na omissão do documento (cf., entre outros, *RSTJ* 14/359; 37/390; 100/197 e 37/390).

³⁰¹ Cf. SIEGFRIED ELSING e JOHN TOWNSEND, *Bridging the common law civil law divide in arbitration*, p. 2.

³⁰² Cf. FRIEDLAND, *Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration*, p. 3.

³⁰³ Existem regulamentos que trazem uma regra não muito clara, muito menos peremptória, sobre a forma com que os documentos devem ser produzidos no juízo arbitral. É o caso da London Court of International Arbitration (LCIA), que assim estipula: “15.6 Todas as Declarações citadas neste Artigo deverão ser acompanhadas de cópias (ou, se forem muito volumosas, listas) de todos os documentos essenciais sobre os quais a parte em questão se fundamenta e que não tenham sido previamente entregues por qualquer uma das partes, e (quando for adequado) por quaisquer amostras e anexos relacionados ao caso. 15.7. Assim que for viável após o recebimento das Declarações especificadas neste Artigo, o Tribunal de Arbitragem deverá proceder da forma que tenha sido acordada por escrito entre as partes ou de acordo com a sua autoridade sob este Regulamento”. E a corte ainda conclui, justamente no sentido da ausência de consequência ao processo na omissão, da seguinte forma: “15.8. Se o Demandado não entregar uma Declaração de Defesa, ou o Demandante uma Declaração de Defesa contra a Reconvenção, ou se a qualquer momento qualquer uma das partes não fizer uso da oportunidade de apresentar os seus argumentos da forma determinada pelos Artigos 15.2 ao 15.6 ou pelo Tribunal de Arbitragem, o Tribunal de Arbitragem poderá assim mesmo dar procedimento à arbitragem e emitir uma sentença”. No IBA Rules sobre provas há também um procedimento inicial sobre a produção da prova (art. 3, n. 3 a 6), também no qual não se veem regras rígidas sobre a preclusão, basicamente voltados a pedidos e contrapedidos das partes ao tribunal arbitral sobre os documentos que entende pertinentes, com as respectivas justificativas.

o contraditório e a ampla defesa, na verdade, de acordo com o conceito de devido processo legal previsto na própria Lei de Arbitragem (art. 21, § 2.º).³⁰⁴

Outra situação bastante peculiar do processo arbitral é a possibilidade de que os árbitros autorizem a vinda de *depoimentos por escrito*.³⁰⁵ Esse é um aspecto bastante comum no processo arbitral, especialmente em processos cujo direito aplicado é o estrangeiro e envolvendo partes estrangeiras, aqui ou no exterior.³⁰⁶ Não há na Lei de Arbitragem nenhuma proibição para esse modelo. Também não se aplica, coerente com o que vimos defendendo, o ordenamento processual pátrio para impedir ou tornar nulo esse mecanismo. Desde que as partes queiram, ou, mesmo não havendo consenso, os árbitros autorizem, não há nenhum impedimento nisso, desde que também se adote a cautela de permitir algumas medidas de segurança do contraditório.³⁰⁷ O que é relevante é o fato de o *meio* de prova se transformar de prova oral em documental. Em vez de um testemunho prestado verbalmente, como prova cujo meio é o oral, ele será instrumentalizado por um documento. Será um testemunho no

³⁰⁴ Como apontam FOUCHARD-GAILLARD-GODMAN, “the principle of due process also implies that no written submission or other document can be communicated to the arbitral tribunal without also being communicated to the other party, and that the arbitral tribunal itself cannot raise any factual or legal argument without inviting the parties to comment”. E apontam haver nulidade do processo “in case where various documents were submitted by one party to the arbitral but not to the other party” (*International commercial arbitration*, p. 949 e 987).

³⁰⁵ No regulamento da London Court of International Arbitration (LCIA) há previsão expressa autorizando o depoimento por escrito: “20.3. Sujeito a qualquer ordem em contrário dada pelo Tribunal de Arbitragem, o testemunho de qualquer testemunha poderá ser apresentado por uma das partes por escrito, seja como declaração assinada ou juramentada”. O mesmo ocorre no regulamento da Uncitral (art. 25, n. 5): “Evidence of witnesses may also be presented in the form of written statements signed”. Conforme aponta FRIEDLAND, as regras da IBA Rules tornam obrigatórios depoimentos escritos também para as testemunhas que deporão pessoalmente (Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration, p. 4).

³⁰⁶ Conforme ensinam MARTIM HUNTER e ALAN REDFERN, “it is common practice for parties to submit written statements of the witnesses on whose evidence they intend to rely. Sometimes these written statements are submitted on oath in the form of affidavits” (*Law and practice of international commercial arbitration*, p. 339).

³⁰⁷ Por exemplo, permitir que a parte contrária também produza idêntico modelo, e que faculte às partes a possibilidade de exigir a presença física para esclarecer pontos específicos de seus depoimentos por escrito, o que retira do depoimento escrito a pecha de se transformar em mero documento (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 322). E esse sistema inclusive é o que se aplica no IBA Rules of Evidence, que não apenas prevê requisitos detalhados para a forma do depoimento (art. 4, n. 5), mas também, especialmente, traz como regra que a testemunha por escrito (*witness statements*) deve comparecer em audiência para responder a pontos específicos do seu depoimento (art. 4, n. 6 e 7). Também na LCIA há expressa previsão de que “20.4 Sujeito ao Artigo 14.1 e 14.2, qualquer uma das partes poderá solicitar que uma testemunha, em cujo testemunho uma outra parte procure se fundamentar, participe de interrogatório oral numa audiência ante o Tribunal de Arbitragem. Se o Tribunal de Arbitragem exigir que a outra parte apresente a testemunha e a mesma não estiver presente à audiência oral sem motivo justo, o Tribunal de Arbitragem poderá atribuir ao testemunho escrito a força que considerar adequada nas circunstâncias do caso (ou excluir o mesmo totalmente). [...] 20.6 Sujeito às disposições compulsórias de qualquer lei aplicável, não será impróprio, da parte de qualquer uma das partes ou seus representantes legais, entrevistar qualquer testemunha efetiva ou em potencial para efeito de apresentar o seu testemunho por escrito ou apresentar a mesma como testemunha oral”.

conteúdo cuja via será um documento. Claro que, seja como for, tais testemunhas ainda podem ser chamadas a prestar declarações e/ou esclarecimentos pessoais sobre o conteúdo daqueles depoimentos por escrito, necessidade essa que também ficará totalmente a critério dos árbitros, que podem assim concluir de ofício ou mediante provocação da parte contrária.³⁰⁸

Aspecto que se relaciona com a prova documental no processo arbitral é a existência de documento importante para o deslinde da causa em poder de *terceiro*. Há divergência na doutrina sobre a possibilidade de os árbitros determinarem que esse terceiro exiba o documento, diante de sua não abrangência pela convenção arbitral. Uma primeira posição entende possível que o árbitro determine a entrega, diante do seu *munus publico* jurisdicional. Se preciso, se valerá da contribuição do juiz togado para implementar a medida coercitivamente.³⁰⁹ Na outra posição, como os árbitros não possuem jurisdição a ser exercida contra o terceiro, não podem determinar a entrega do documento.³¹⁰

³⁰⁸ “Each party then indicates to the arbitral tribunal which of the other party’s witnesses should be required to attend the hearing of oral examination; and the arbitral tribunal itself indicates to the parties which, if any, of the other witnesses it wishes to hear in person” (HUNTER e REDFERN, *Law and practice of international commercial arbitration*, p. 339).

³⁰⁹ É assim que entende BATISTA MARTINS, defendendo para tanto que “ninguém se exime do dever de colaborar com a justiça para descobrimento da verdade” (Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 244). Parece que é nesse sentido que o IBA Rules of Evidence disciplina, embora de forma bastante genérica, dando margem para que o tribunal tome as providências que achar necessárias (art. 3, n. 8): “if a Party wishes to obtain the production of documents from a person or organization who is not a Party to the arbitration and from whom *the party cannot obtain the documents on its own*, the Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, ask it to take whatever steps are *legally available* to obtain the requested documents. The Party shall identify the documents in sufficient detail and state why such documents are relevant and material to the outcome of the case. The Arbitral Tribunal shall decide on this request and shall take the necessary steps if in its discretion it determines that the documents would be relevant and material”. Na parte em *itálico* destacamos que a IBA apenas aceita se a parte não conseguir obter sozinha e o tribunal arbitral somente atuará se for legalmente possível. Logo, em sistemas como dos EUA talvez isso seja possível, onde ordens judiciais ou arbitrais são mais contundentes (MAGALHÃES dá o exemplo de reuniões entre os advogados de Bill Clinton, no famoso caso Monica Lewinski, em eram instruídos a não levar papel ou caneta, não tomando nota de nada, para não ficarem sujeitos a intimações para entregar tais documentos – A ordem das provas no processo arbitral, p. 53). Tanto é verdade que o regulamento da AAA assim disciplina: “R-31. Evidence [...]. d) An arbitrator or other person authorized by law to subpoena witnesses or documents may do so upon the request of any party or independently”.

³¹⁰ RICCI, *La prova nell’arbitrato rituale*, p. 67. A posição acima de que nos EUA é possível buscar o documento do terceiro não é tão absoluta. Fato é que os tribunais estatais norte-americanos estão divididos até o momento na questão. É o que mostra o recente caso julgado em 25.11.2008 pela United States Court of Appels – For the Second Circuit, envolvendo *Life Receivables Trust vs Syndicate 102 at Lloyd’s of London* (docket n. 08-1197-cv), no qual a Corte, após anotar posição em contrário da Corte da Eight Circuit, aderiu ao precedente da Corte da Third Circuit, tendo anotado que “[...] an arbitrator’s power over parties stems from the arbitration agreement”, sendo que “arbitrators have no such power to compel discovery from third parties”, e concluindo que “we hold that section 7 does not enable arbitrators to issue pre-hearing document subpoenas to entities not parties to the arbitration proceeding”. A interpretação é da *Section 7 do Federal Arbitration Act*, que assim dispõe: “Section 7. Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case. The fees for such attendance shall be the same as the fees of witnesses before masters of the United States courts. Said summons shall issue in the name of the arbitrator or arbitrators, or a majority of them, and shall be signed by the arbitrators, or a majority of them, and shall be directed

Nossa posição é no sentido de não ser possível ao tribunal arbitral determinar ao terceiro que apresente. Afora seja inegável o *munus publico* do árbitro, seu exercício de jurisdição, ele não tem o poder de ordenar nada contra quem não estiver abrangido pelo campo da convenção arbitral. Por outro lado, da negativa desse poder não pode decorrer a isenção do terceiro. Caso contrário, ficaria muito fácil à parte cujo documento produziria prova em contrário colocá-lo em poder de terceiro justamente para escapar da obrigação de levá-lo ao processo arbitral. Uma solução há que existir. Quer nos parecer que a saída seria a parte em favor de quem o documento poderá contribuir no processo que ingresse com demanda judicial cautelar, incidental ao processo arbitral, buscando obter o documento, que terá efeito até que ele seja obtido e enviado ao juízo arbitral.³¹¹ Eis mais uma demonstração de que o sistema do processo arbitral precisa, em determinados momentos, dessa *abertura cognitiva* que lhe dê instrumental coercitivo trazido pelo processo estatal. Trata-se de sistema multiportas de acesso à justiça.

Um último tema que nos parece relevante sobre a prova documental no processo arbitral, para fins de demonstrar sua tipicidade como sistema, refere-se a *documentos confidenciais*. No processo estatal é sabido que a parte pode requerer, ou mesmo o juiz togado determinar de ofício, o chamado segredo de justiça (CPC, art. 155). É também cediço que tal peculiaridade do processo estatal por vezes causa o efeito contrário, de justamente chamar a atenção sobre o caso, gerando inevitável ciência de terceiros, quando não da mídia, sobre o conteúdo daquele processo, o que inclusive causa insegurança a quem dele precisa.

O processo arbitral não tem resposta pronta para essa questão. Como dissemos, não existem regras sobre a produção das provas, a não ser aquelas confeccionadas pelas

---

to the said person and shall be served in the same manner as subpoenas to appear and testify before the court; if any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States". Estamos de acordo com a posição da Corte, pois o dispositivo se dirige à intimação de testemunhas, situação bem diferente do terceiro, que não é testemunha, mas detém documento a ser entregue ao tribunal arbitral. Pensamos que no Brasil é assim que o processo arbitral deve se comportar na questão do árbitro perante o terceiro, diante de sua jurisdição limitada pela convenção.

³¹¹ Tanto que SIEGFRIED ELSING e JOHN TOWNSEND apontam que, por exemplo, no processo estatal alemão, o The German Code of Civil Procedure "has been substantially amended as of 1 January 2002" e que agora "the judge may now order the production of documents in the possession of the adverse or even a third party" (Bridging the common law civil law divide in arbitration, p. 2). Vale dizer, lá também o árbitro não pode atuar fora da convenção, cabendo ao juiz togado. Até porque, como bem diz CARMONA, "não podendo a parte interessada requerer ao árbitro (como deveria) a medida cautelar, admite-se-lhe a abertura da via judicial (sem que, com isso, fique prejudicada a arbitragem) apenas para a tutela emergencial" (Das boas relações entre os juízes e os árbitros, p. 88).

partes e árbitros. Mas disso não resulta não ter solução. Ao contrário, as alternativas que o processo arbitral apresenta podem ser muito mais adequadas do que o insatisfatório segredo de justiça estatal. Embora até comum que o processo arbitral transcorra em sigilo, na situação apresentada ele não basta. A apresentação de determinado documento pode não ser possível à parte contrária, sob pena, por exemplo, de revelar segredos de métodos de produção de determinado produto, ou segredos industriais em sentido geral. Nesse caso, sendo o documento gravado com cláusula de confidencialidade, mas fundamental ao deslinde do feito, sem o qual a decisão de mérito não retratará a realidade, pensamos serem possíveis duas alternativas: i) a parte apresenta o documento confidencial na sua integralidade ao presidente do tribunal arbitral, em apenas uma via, o qual a mostrará aos demais componentes do colegiado, que divulgarão à parte contrária apenas os trechos que interessem diretamente à solução da controvérsia, para a produção de contraprova, sendo depois devolvido o documento à parte apresentante;³¹² ii) embora nos regulamentos não seja comum o tratamento do assunto, a IBA traz alternativa expressa em seu *IBA Rules of Evidence*, no sentido de que o tribunal arbitral, após consulta às partes, pode apontar um perito independente e imparcial, vinculado por termo de confidencialidade, ao qual o conteúdo do documento será revelado. Dependendo do tema e da oposição da parte, o tribunal pode determinar que o documento não seja revelado a participantes do processo.³¹³ Pensamos que, nessa hipótese, embora a regra não indique, como os árbitros não terão contato com o documento, deverão trabalhar a partir de um relatório a ser produzido pelo perito em que ele manterá resguardado o segredo.

Procuramos trazer neste item o que nos parece mais relevante para enquadrar o funcionamento do processo arbitral como um sistema próprio no tocante à prova documental. Em todos os temas acima quer nos parecer que ele lida com diferentes situações de forma bem diversa, e adequada para sua natureza, do que o processo estatal. Passemos agora à prova oral, em que também essa tipicidade como sistema se manifesta.

3.3.6 A prova oral

Podemos sucintamente definir a prova oral como a técnica, tendo como fonte partes e testemunhas, consistente em extrair delas informações sobre fatos relevantes ao

³¹² Exemplo dado por NUNES PINTO, em procedimento adotado em situação concreta da qual participou na qualidade de árbitro (cf. *Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 7).

³¹³ *IBA Rules on Taking of Evidence*, art. 3, n. 7.

feito por meio de perguntas.³¹⁴ É na prova oral em que, a rigor, se aperfeiçoa princípio antigo do processo estatal, a oralidade.³¹⁵ Não entraremos nos detalhes de como nem por que esse princípio está em declínio no processo estatal, pois esse não é nosso objetivo.³¹⁶ O fato é que a técnica em que a prova oral é desempenhada no processo arbitral é bem diferente do judicial. E, se no processo judicial a oralidade já vai há tempos sendo sufragada, no arbitral ela tem ainda menos importância. De qualquer forma, iremos especificamente aos pontos objetivos nos quais nos parece haver uma formatação, na produção da prova oral, que demonstra essa diferença para efeito do que propomos na hipótese teórica. Pensamos que também na colheita da prova oral o processo arbitral é bem diferente do estatal, funcionando como um sistema típico da teoria dos sistemas. As hipóteses elencadas abaixo são exemplificativas. Veja-se.

Tratemos primeiro da *testemunha*. Seja no processo estatal, seja no arbitral, no conteúdo, o testemunho é a vinda ao processo de declarações de terceiros sobre a ciência de fatos ocorridos no passado.³¹⁷ Já manifestamos nossa posição quanto à aceitação da chamada testemunha técnica no processo arbitral (*expert witness*) acima, de modo que fazemos referência ao que ali foi ponderado. Nosso foco agora é a testemunha fática mesmo, a figura como tradicionalmente conhecida. O primeiro aspecto que chama a atenção no processo arbitral é a possibilidade de que a técnica na sua inquirição não se iguale, tampouco se assemelhe, ao que é visto no processo judicial. Não parece ser conveniente que o formato de perguntas indiretas seja mantido no processo arbitral, mediante o qual a parte formula a pergunta ao árbitro, o qual filtra o do que entende necessário e transmite ao inquirido (CPC, arts. 413 e 416). Ademais da delonga e do fastio envolvidos nesse expediente, não é tão eficaz. É mais racional, informal e célere, conceitos inerentes ao processo arbitral, que a parte formule a pergunta diretamente à testemunha. Obviamente sob a supervisão do árbitro, que fará o controle do que for necessário, seja indeferindo, seja direcionando, seja adaptando, ou, por fim, impedindo que a testemunha seja intimidada ou orientada pela parte etc. Isso tem sido feito na prática e pensamos que

³¹⁴ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 600 e 615; MARINONI e ARENHART, *Prova*, p. 363 e ss.

³¹⁵ “Por oralidade, num sentido absoluto e teórico, entende-se que somente tem validade para o processo aquilo que tenha sido deduzido originariamente de forma oral, frente ao juiz. [...] Todavia, tais conceitos radicais somente idealmente podem ser concebidos, porque atualmente não há exemplo algum de adoção pura, seja do sistema oral, seja do escrito, por nenhum ordenamento positivo” (ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 421).

³¹⁶ DINAMARCO aponta que seria irreal qualificar o procedimento estatal brasileiro como oral, pois a maioria dos atos se dá pela forma escrita (*Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 449).

³¹⁷ Cf. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 464.

contribui na eficácia da técnica de perquirição, não havendo nenhum impedimento jurídico para tanto. A menos, é claro, que as partes prefiram o modelo tradicional do processo estatal, embora também, no final das contas, quem decida seja o árbitro.

Ainda no tocante ao depoimento de testemunha, o próprio sistema do processo arbitral prevê a técnica da conjugação entre as competências do árbitro e do juiz togado para conduzi-la coercitivamente ao depoimento em caso de recusa sem justa causa (art. 21, § 2.º). Clara demonstração de *abertura cognitiva* do processo arbitral nesse tocante, como, aliás, ocorre com todo o regime de medidas coercitivas no curso do processo, conforme já referimos.³¹⁸

O mesmo acontece no *depoimento pessoal*.³¹⁹ Apenas quanto ao depoimento, também pelo próprio formato de perguntas diretas,³²⁰ tudo indica que o árbitro deverá ficar mais atento à questão de intimidação pela parte contrária, não deixando que a audiência se torne típica de exibições cinematográficas, em que o advogado acaba sendo o protagonista. Também não nos parece haver o óbice do processo estatal de que o advogado da parte peça o depoimento de seu constituinte. Ao contrário do regime do processo estatal (CPC, art. 343), em que o depoimento pessoal serve praticamente apenas para o adversário, como método de obter a confissão,³²¹ as fontes do processo arbitral, seus princípios, permitem que se tenha uma outra visão sobre este momento do processo. Nada impede que, não sendo requerido o seu depoimento pessoal, a parte peça aos árbitros que a ouçam, para que ela esclareça o contexto fático do negócio jurídico, para que traga a impressão pessoal de um fato importante para o deslinde do feito, enfim, para que ela transmita aos árbitros pessoalmente sua versão dos fatos, a despeito do que conste das manifestações do processo.

Essa imediação entre partes e árbitros pode ser importante. Justamente por isso que também não descartamos a possibilidade de que, na ausência de requerimento de

³¹⁸ No IBA Rules of Evidence há previsão idêntica à qual apontamos antes a respeito da intimação do terceiro para exibir documento, mas agora voltada a forçar depoimentos, com a parte requerendo ao tribunal que tome as medidas legalmente “cabíveis” para tanto (art. 4.º, n. 10). O mesmo ocorre no regulamento da AAA (art. R-31, d).

³¹⁹ Aliás, a London Court of International Arbitration (LCIA) iguala testemunhas e partes para efeito de depoimento, *verbis*: “20.7 Qualquer pessoa física que pretenda testemunhar ante o Tribunal de Arbitragem sobre qualquer questão de fato ou de perícia será tratada como testemunha sob este Regulamento, não obstante que a pessoa seja uma das partes na arbitragem, nem que tenha sido ou seja um executivo, funcionário ou acionista de qualquer uma das partes” (destacamos).

³²⁰ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 316 e Flexibilização do procedimento arbitral, p. 15.

³²¹ Cf. MARINONI e ARENHART, *Prova*, p. 453 e ss.

depoimentos pessoais, os árbitros assim o queiram, para elucidar aspectos que entendam importantes para o esclarecimento do contexto do litígio. Como sabido, todo esse modelo não é visto no processo estatal. E tanto a questão do depoimento pode ser assim tratada que é inclusive sabido que a sua própria recusa não gera os efeitos da presunção de confissão tal qual no processo estatal (CPC, arts. 349 e 350).³²² O que informa o processo arbitral relativamente ao depoimento pessoal são princípios diversos do processo estatal, sendo, assim, plenamente possível que se estabeleça outro formato de trabalho, outra técnica que se entenda mais adequada para se extrair desse ato do processo o máximo de elementos de contribuição para a formação da cognição arbitral.

Ainda no que concerne à oitiva de testemunhas e partes, no processo arbitral não nos parece que haja barreira para que o depoimento ocorra de forma remota, quando as circunstâncias do caso indicarem necessário, mediante videoconferência, o que, na experiência internacional, é conhecido por *deposition de bene esse*.³²³ Havendo concordância das partes, ou assim determinando os árbitros, mantidas as garantias de contato com a prova e de possibilidade de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa, não há proibição para que ocorra em qualquer processo arbitral, seja no chamado processo arbitral doméstico, seja no internacional.

Outro diferencial muito claro do processo arbitral, por mais que seja inconveniente que uma audiência se alongue em demasia, não há nele a proibição de cisão do ato, como ocorre no judicial, conceitualmente uno e contínuo (CPC, art. 455).³²⁴

³²² A recusa da parte em contribuir com o depoimento integra o rol de medidas negativas da parte no processo arbitral, que começam com a própria contumácia, a recusa em participar do processo arbitral, passando por postura contraditória ao bom andamento do processo. Tudo isso será tomado no conjunto dos elementos do processo pelo árbitro no momento de decidir. Nada disso fará qualquer diferença seja em termos de ritmo do processo, seja quanto ao conteúdo da decisão. Da mesma forma que a revelia no processo arbitral não gera a procedência automática do pedido, o efeito da negativa da parte em depor terá pouca ou nenhuma relevância, a depender do conjunto probatório. Nesse sentido, CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 315; BATISTA MARTINS, Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 245. Conforme prevê o regulamento da Uncitral (art. 25, n. 6): “The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered”.

³²³ “*De bene esse* is a latin phrase meaning ‘of well being’. In an American legal context, it means ‘conditionally’, ‘provisionally’, or ‘in anticipation of future need’. It can also mean ‘A phrase applied to proceedings which are taken ex parte or provisionally and are allowed to stand as well done for the present’” (cf. *Black’s law dictionary*, 5th edition, verbete). É, inclusive, o que prevê o art. 25, n. 4, do regulamento da Uncitral: “Hearings shall be held *in camera* unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses during the testimony of other witnesses. The arbitral tribunal is free to determine the manner in which witnesses are examined”.

³²⁴ Tanto que no IBA Rules of Evidence há previsão expressa para os casos em que se faça necessário separar “liability” de “damages”, em que as partes e árbitros podem preferir agendar oitivas separadamente para

Demonstrando realmente o quão diferenciado é o processo arbitral no tocante à prova, embora remonte a um *modus* claramente típico do *common law*, não obstante a doutrina apontá-lo como híbrido entre este o *civil law*, podemos citar também a possibilidade de uso da chamada *witness conferencing*.³²⁵ Trata-se de expediente utilizado em demandas arbitrais complexas, geralmente envolvendo matérias como fusões e aquisições, construção e infraestrutura, pesquisa e desenvolvimento, propriedade intelectual e outros setores que envolvam sofisticados arranjos contratuais, com operações de *performance* etc. Costuma-se dizer que, em tais casos, os envolvidos diretamente nos trabalhos, técnicos, engenheiros, administradores, gestores etc., têm muito mais condições técnicas de acompanhar o debate da questão no juízo arbitral do que os próprios árbitros, por mais especialistas que sejam, assim como os advogados das partes, por mais bem preparados que se mostrem. Em resumo, a técnica envolve reunir na mesma audiência todos os envolvidos, juntos ao mesmo tempo no local da oitiva, partes, árbitros, testemunhas de fato, testemunhas de direito, peritos etc.

Nesse ato processual absolutamente atípico, não se faz contradição entre testemunhas. O que ocorre é um exercício de fatos e contra fatos, de contradição entre equipes. A equipe do requerente do processo arbitral, formada por suas testemunhas de fato, peritos, consultores, advogados etc., contra a mesma formatação de equipe do requerido. Os grupos são questionados pelos árbitros um contra o outro sobre aspectos gerais da demanda, sobre o contexto prévio ao negócio jurídico, sobre as condições de negociação, sobre como se deram as tratativas após a celebração. E a respeito de aspectos específicos, documentos, depoimentos, laudos, pareceres e quaisquer outros elementos levados ao processo.³²⁶

Não há previsão legal para esse procedimento, muito menos em regulamentos. Geralmente são usadas para respaldar o requerimento do formato aos tribunais arbitrais, por analogia, duas regras do IBA Rules of Evidence (arts. 5.3 e 8.2), que tratam da colheita de depoimentos simultâneos entre peritos das partes.³²⁷ Em tais conclaves, as testemunhas

---

cada grupo de depoentes de acordo com o objeto do processo (art. 4, n. 4). O regulamento da AAA prevê o mesmo: “R-36. Reopening of Hearing. The hearing may be reopened on the arbitrator’s initiative, or upon application of a party, at any time before the award is made. If reopening the hearing would prevent the making of the award within the specific time agreed on by the parties in the contract(s) out of which the controversy has arisen, the matter may not be reopened unless the parties agree on an extension of time. When no specific date is fixed in the contract, the arbitrator may reopen the hearing and shall have 30 days from the closing of the reopened hearing within which to make an award”.

³²⁵ Cf. WOLFGANG PETER, *Witness conferencing revisited*, p. 90.

³²⁶ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 88.

³²⁷ Cf. *Idem*, p. 89.

depõem e não saem da sala, ali permanecendo para poderem voltar a ser questionadas em caso de incongruências ou imprecisões, inclusive pela parte contrária, nos chamados *cross-examinations*.³²⁸

Existe uma infinidade de aspectos técnicos desse expediente que não caberiam nos limites aqui. Enfim, defende-se e utiliza-se o instituto na prática, mais comumente em processos arbitrais internacionais, leia-se, com partes estrangeiras e atos realizados no exterior. As propaladas vantagens parecem ser muitas,³²⁹ embora todas direcionadas a processos de grande porte e complexidade técnica e fática, em que a concentração dos atos, a contraposição dos principais atores do negócio e o temperamento disso tudo, ao mesmo tempo, pelos árbitros, podem levar a um resultado satisfatório do ponto de vista prático.

Se é ou não eficiente não nos caberá avaliar aqui, até porque não temos notícias se e como tem sido utilizado no País. O que pretendemos foi trazer a possibilidade dessa técnica como método absolutamente próprio do processo arbitral. Talvez hoje em dia seja o modelo mais moderno que de se tem conhecimento quanto à produção de prova oral em processos arbitrais.³³⁰ Mas ponderamos que, caso as partes e árbitros concordem,³³¹ não

³²⁸ Segundo PAUL FRIEDLAND, o que realmente muda entre os sistemas de *civil* e *common law* é o nível com que os árbitros aceitam a prática do *cross-examination*, interrogando as testemunhas antes dos advogados, ou tomando outros passos para restringir a agressividade dos inquirimentos. Segundo o autor, os árbitros de *civil law* tendem a ser mais restritivos à muita ênfase no *cross-examination*, ainda que os padrões de *common law* utilizados sejam amenizados (Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration, p. 4). O que de fato deve ocorrer em tais hipóteses é um acompanhamento de perto pelos árbitros para que a aplicação do *cross-examination* não se torne um palco para o advogado contrário mostrar sua astúcia, com pouco proveito na formação do convencimento dos árbitros, como bem apontado por ARTHUR MARRIOTT (Evidence in international arbitration, p. 280-290).

³²⁹ Os que defendem a prática ainda apontam as vantagens, entre outras: a) poder visualizar melhor o contexto do litígio do que a tomada de provas parcialmente; b) a demonstração da falta de credibilidade da parte contrária, que surgiria com mais facilidade em tais confrontos de teses e fatos; c) a verdade sendo mais facilmente detectada na exposição de dois contextos macro ao mesmo tempo; d) a possibilidade da incursão simultânea de todos que irão decidir os detalhes de lado a lado conjuntamente com a possibilidade de contrapor questões e esclarecer dúvidas (cf. WOLFGANG PETER, Witness conferencing revisited, p. 89); e) os resultados em processos europeus estariam sendo surpreendentemente positivos, inclusive junto aos céticos (Idem, ibidem).

³³⁰ O jurista alemão WOLFGANG PETER, após elaboradas considerações em seus dois estudos em favor da prática, conclui dizendo que “in conclusion a final remark in reply to understandable reluctance towards witness conferencing: the method is not an idea or an occasional experiment, but a technique which has by now been successful in a number of arbitration proceedings. This shows that arbitration can be innovative and different from state court litigation, and thus capable of living up to the parties’ expectations for an efficient, focused and fair process” (Witness conferencing revisited, p. 99).

³³¹ Sobre o consenso como elemento fundamental do processo arbitral, cf. CARMONA, Flexibilização do procedimento arbitral, p. 6-7.

vemos vedação para que também possa ser utilizado em processos arbitrais no País, com lei e partes brasileiras e atos aqui realizados.

Para encerrar esse item, vale um apontamento no que tange à audiência arbitral e às respectivas posturas envolvidas. O processo arbitral encontra sua efetividade mais na qualidade da tutela do que na presteza da decisão. Essa foi a nossa abordagem ao final do capítulo anterior. Ora, na medida em que se está diante de especialistas na matéria discutida, deve a parte, geralmente por intermédio de seu advogado, preparar-se muito para a audiência arbitral. Não deve tratá-la como mais um ato trivial do processo. Não pode vê-la como uma audiência rotineira do processo estatal, em que, infelizmente, o comum é o juiz togado tomar conhecimento do caso concreto momentos antes da sua realização, ou nem isso. Os árbitros irão, sempre, preparados para audiência arbitral. A par dos fatos controvertidos e, principalmente, senhores da questão de direito material envolvida. Conhecem o assunto a fundo, especialistas que são. Isso gera a necessidade de adaptar posturas de foro em posturas arbitrais. Há que ter uma preparação diferenciada de quem irá participar do procedimento, se comparado ao mesmo ato do processo estatal.³³² A audiência arbitral, ao contrário do que costuma ocorrer no processo estatal, pode ser um momento-chave do processo com a imediação muito mais eficaz dos fatos do que ocorre no processo estatal, justamente por contar geralmente com três julgadores altamente especializados. Vimos um mero exemplo de como tem se dado na Europa o modelo do *witness conferencing*. Logo, a audiência arbitral pede uma diligência compatível das partes e seus patronos. Diferente do que se costuma ver no processo estatal. Pensamos que essa diferença de posturas e procedimentos decorre da natureza sistêmica do processo arbitral.

Procurou-se demonstrar como a técnica de produção da prova oral no processo arbitral diverge daquela utilizada no estatal. Todos os elementos acima compõem o *fechamento operacional* do modelo arbitral. No caso particular da prova oral ficou claro que ela se afasta do que se vê no modelo judicial. Também em determinados momentos acima esteve evidenciada a *abertura cognitiva* do processo arbitral nesse mesmo ponto de seu desenvolvimento, seja mediante a concorrência do processo estatal para algumas situações que requerem coerção, seja na vinda ao processo arbitral de elementos de outros sistemas. Enfim, pensamos ter ficado claro que também este meio de prova mostra o processo arbitral

---

³³² Cf. NUNES PINTO, *Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 9-11.

como um sistema. Diante do exposto, cuidaremos a seguir da prova pericial, como ela se comporta no contexto do processo arbitral na mesma premissa de sistema.

3.3.7 A prova pericial

Tradicionalmente, perícia é o exame feito por profissional de determinada área de conhecimento técnico com o fim de obter informações visando sanar dúvidas relativas a fatos.³³³ Este é o conceito para a teoria geral do processo, também aplicável ao processo arbitral. O tema não é rotineiro na doutrina de *civil law*³³⁴ e vem esparsamente tratado nos regulamentos, com pouco mais de ênfase no IBA Rules of Evidence. A pouca atenção no assunto talvez seja fruto de que o árbitro já é um especialista na matéria técnica tratada no processo arbitral, o que de certa forma atenua a necessidade da prova técnica.³³⁵ Não pretendemos proceder a uma análise profunda da perícia na arbitragem, como também não o fizemos nos demais meios de prova antes. O objetivo é saber em que medida existem técnicas que contribuem na formatação do processo arbitral como um sistema processual próprio, conforme o conceito de sistema da hipótese teórica, afastando-se do modelo judicial. Vejamos.

Primeiramente, quanto ao momento da prova, situamos a perícia topologicamente aqui de forma coerente com o que apontamos antes, acerca da inversão da ordem das provas, que geralmente ocorre no processo arbitral. Nossa opinião é a de que, no mais das vezes, será melhor produzir a prova pericial depois de documentos e depoimentos. Como já mencionado, havendo amplos documentos e sobre eles tendo havido discussão em audiência, além de testemunhos técnicos, passa-se a ter melhores condições para encaminhar a perícia de modo mais objetivo. Os pontos que realmente interessam estarão mais claros. Disponibiliza-se, principalmente aos árbitros, dirigir a elaboração dos quesitos de maneira

³³³ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 584; MARINONI e ARENHART, *Prova*, p. 769 e ss. PROTO PISANI caracteriza a perícia como “attività di percezione del fatto (principale o secondario), ove per la percezione sia necessario un sapere tecnico o specialistico” (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 476).

³³⁴ RUBINO-SAMMARTANO, por exemplo, trata rapidamente do tema, simplesmente aproximando o ato ao que ocorre no processo estatal por um lado e mostrando ampla maleabilidade da forma da perícia pelo árbitro de outro, embora tenha antes apontado a pouca regulação da prova no geral pelo direito vigente (*Il diritto dell'arbitrato*, p. 417, 431-433). O mesmo faz LA CHINA (*L'arbitrato*, p. 138-140).

³³⁵ Cf. BREDAS PESSOA, A produção probatória na arbitragem, p. 87.

mais adequada, orientando o perito sobre qual abordagem que o tribunal arbitral pretende ver produzida a prova técnica. Torna-se o processo mais objetivo, mais racional, mais eficiente. Por tais motivos que na escolha topológica dos itens deste tópico inserimos a perícia nesta oportunidade, após abordar os outros meios de prova.

Justamente por ela ocorrer depois de outros meios de prova, pode tornar-se bem mais comum o indeferimento da prova pericial no processo arbitral do que no judicial. Simples, na medida em que o árbitro é o destinatário da prova, tendo tido previamente contato com documentos e depoimentos, pode sentir-se mais confortável do que normalmente ocorre com o juiz togado para seguir ao julgamento da causa, dispensando a perícia.³³⁶ Lembremos que, ao contrário do juiz togado, o árbitro tem prazo para prolatar sua sentença (art. 23), desrespeitado o qual poderá inclusive gerar motivo de anulabilidade (art. 32, inc. VII). Logo, há um compromisso mais enfático com a celeridade no processo arbitral, com um processo mais objetivo, o que acaba se expressando na forma com que as provas serão produzidas.

Portanto, fácil é compreender que será mais comum o árbitro dispensar a perícia do que o juiz. Até porque, geralmente em assuntos técnicos, o que o juiz togado faz é aguardar o resultado da perícia, para apenas então ter um contato mais próximo com a causa, o que acaba ocorrendo por ocasião da audiência de instrução. Lembremos que o juiz togado não é um especialista na matéria de fundo, ao contrário do árbitro. Assim, com a composição do tribunal arbitral de *experts* na matéria, muito possivelmente, com a vinda ao processo de pareceres técnicos das partes, documentos e depoimento pessoais, os árbitros terão condições de formar suas convicções. Mais um dado da especialidade técnica produzindo não apenas resultado em termos de conteúdo da decisão, mas também de presteza.

Outro motivo que pode levar o árbitro a dispensar a perícia é o fato de que ele não cria motivo de anulabilidade em sua decisão com a medida, se está satisfeito com o contexto probatório. Com o juiz o princípio é o mesmo, é bem verdade. Entretanto, o que diuturnamente ocorre na prática do processo judicial é que o vencido não se mostra convencido, joga a

---

³³⁶ O TJSP analisou agravo no qual se postulava um efeito suspensivo à apelação contra sentença de extinção sem julgamento de mérito de ação anulatória contra sentença arbitral em cujo processo havia sido rejeitada a prova pericial. A parte buscou a anulação da decisão sob o fundamento de violação ao devido processo legal, ao direito de produzir tal prova. O Tribunal, ao rejeitar o agravo, apontou que não poderia suspender a eficácia do título executivo judicial sob a justificativa de hipotética supressão do direito à prova, tendo negado provimento ao recurso (AI 1106247-0/0, Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, 27.^a Câmara de Direito Privado, j. 24.04.2007).

culpa pela derrota na ausência da perícia e aposta em apelação, normalmente com efeito suspensivo de anos de espera, na qual buscará a anulação de tudo e a retomada do processo a partir da perícia. Isso não acontece no processo arbitral.

Não se pode ver cerceamento de defesa na rejeição de perícia pelo árbitro se ele está satisfeito com as provas, diante de sua direção e destinação sobre elas.³³⁷ As provas voltam-se à sua cognição, não aos quereres das partes. O árbitro tem, inclusive, o dever de rejeitar o pedido de perícia se já se sentir seguro quanto ao conjunto probatório. Ele tem um *munus* de imprimir celeridade ao processo. De não permitir que atos processuais desnecessários sejam praticados em prejuízo do seu próprio exercício de jurisdição. Pode até ser que a parte que se sentir prejudicada com o indeferimento da perícia ajuíze a demanda do art. 33, se (e apenas se) for vencida ao final do processo. No entanto, não nos parece nada promissora tal iniciativa. Até porque o órgão estatal terá que analisar em alguma medida de que maneira a demanda seria julgada se a prova pericial fosse produzida, o que acaba resvalando no mérito da demanda, o qual não tem competência. A demanda fatalmente estará fadada ao insucesso.

Aspecto que chama a atenção no tocante à perícia no processo arbitral relaciona-se também com o momento da prova. Mais especificamente com o juízo de conveniência de sua produção. Podemos ter determinada situação em que as partes trazem para o processo materiais técnicos. Pareceres com tamanho grau de qualidade que os árbitros podem se sentir plenamente satisfeitos e não verem necessidade na indicação de perito.

Imagine-se uma disputa no seio de determinada sociedade anônima de capital fechado, entre acionistas minoritários e o grupo de controle, a respeito do sistema de dividendos obrigatórios e reservas legais/estatutárias implementado. A questão de direito material se relaciona com capítulo específico da Lei de Sociedades Anônimas, versando sobre o regime contábil de tratamento das referidas rubricas societárias.³³⁸ Passada a fase postulatória, com a prova documental pronta, desnecessárias diligências contábeis, realizada audiência de oitiva de técnicos da contabilidade da empresa, as partes trazem ao processo pareceres técnicos assinados pelas duas maiores autoridades no assunto no País. Nesse

³³⁷ Nesse sentido, cf. NUNES PINTO, *Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 5-6.

³³⁸ Sinteticamente trazidos pelos arts. 193 a 197 e 202, § 6.º, da Lei 6.404/1976, que tratam dos dividendos mínimos obrigatórios e do complexo regime de retenções para reservas de variadas naturezas.

contexto, muito provavelmente a indicação de um perito pelo juízo arbitral se daria apenas para corroborar uma ou outra posição. Diante do quadro probatório acima, mesmo que haja pedido de uma das partes, sintomaticamente sempre a que se vê em desvantagem na discussão substancial, os árbitros podem ter como desnecessária a perícia. Geralmente especialistas na matéria, eles passam a julgar de acordo com o contido nos pareceres técnicos e no conjunto probatório prévio. Não haveria nenhum óbice a essa postura. Muito ao contrário.

Pode-se dizer que ao juiz togado também cabe esse juízo de necessidade. Realmente, na teoria, ele tem o mesmo poder de assim decidir (CPC, art. 427). Todavia, a prática demonstra que será difícil, quando não impossível, que, diante de matéria tão complexa, o juiz abra mão de realizar uma perícia, indicando técnico. Ele não é especialista no tema como os árbitros, que terão muito mais condições para avaliar se o material técnico apresentado até então é suficiente para o seu convencimento. A conclusão é que fatalmente no juízo estatal o perito seria indicado, com o processo levando anos para ser concluído somente em primeiro grau.

O IBA Rules of Evidence tem alternativa bastante interessante para a situação acima. É a seguinte (art. 5.º, n. 2): faculta-se às partes indicar cada um *expert* para uma determinada matéria. Os *experts* enviam aos árbitros um *expert report*,³³⁹ no qual apontam suas qualificações, a verificação dos fatos e a opinião conclusiva, com a descrição do método de análise, das provas examinadas e das demais informações que utilizaram para chegar às conclusões, além de uma declaração de veracidade do alegado, com a assinatura de cada parte indicante. O tribunal arbitral pode, a seu critério, intimar tais *experts* para uma reunião visando debater o conteúdo dos trabalhos apresentados, ocasião em que os *experts* se comprometem a tentar chegar a um consenso sobre os pontos divergentes entre os *reports* exibidos, além de condensarem o que há de consenso (art. 5.º, n. 3).³⁴⁰ No caso do exemplo dado, na medida em que os árbitros tenham familiaridade com a matéria, a reunião apontada poderá ser altamente produtiva. Até porque os julgadores contribuirão no saneamento ou esclarecimento do que for divergente e na consolidação do que é convergente. Caso ainda haja audiência, cada *expert* será convocado para prestar depoimento como testemunha. A

³³⁹ Cf. LAWRENCE NEWMANN e GRANT HANESSIAN, *International arbitration checklists*, p. 118; SIEGFRIED ELSING e JOHN TOWNSEND, *Bridging the common law civil law divide in arbitration*, p. 5.

³⁴⁰ Como apontam LAWRENCE NEWMANN e GRANT HANESSIAN, “one of the most common techniques for identifying and narrowing the issues in dispute between experts is to require them to meet with a view to identifying those matters on which they can agree” (Ibidem, p. 120).

não ser que as partes concordem diferentemente, o que não redundará em presunção de correção do relatório contrário (art. 5.º, n. 6), e o tribunal arbitral aceite essa composição quanto ao procedimento de provas (art. 5.º, n. 4). Caso o *expert* não compareça sem motivo justo, o tribunal arbitral poderá desconsiderar seu *report* (art. 5.º, n. 5).

Ainda no tocante ao momento da perícia, embora seja possível a inversão da ordem das provas, para que ela seja produzida depois da audiência, nada impede que, concluídos os trabalhos técnicos, os árbitros vejam necessidade de realizar uma nova audiência de instrução.³⁴¹ Agora, utilizando os elementos vindos do laudo, uma vez que entendem ter havido alteração no conjunto probatório anterior que precisa ser adaptado, esclarecido ou complementado. A essa audiência poderão comparecer as mesmas testemunhas da anterior, o perito, os assistentes técnicos, ou o *expert* do relatório mencionado, testemunhas técnicas, assim como eventuais novas testemunhas fáticas. Tudo de acordo com o que entenderem as partes e, principalmente, com o que os árbitros reputarem necessário.³⁴² Não há dúvida de que a prova técnica arbitral possui formato bem diferente do que se vê no processo judicial.

Quanto à perícia propriamente dita, podemos identificar algumas características que a tipificam *a contrario sensu* do processo estatal. Melhor dizendo, é possível encontrar elementos procedimentais que contribuem na identificação do processo arbitral como um sistema próprio nesse aspecto. Um deles é o fato de os árbitros não estarem em nenhum aspecto vinculados às regras do processo estatal quanto ao procedimento. Podemos ver nisso algumas possibilidades. Por exemplo, podem chamar o perito indicado para uma audiência, da qual participarão as partes, para que todos estabeleçam os pontos centrais do litígio, o que deverá ser objeto do trabalho técnico, com a fixação dos quesitos a serem respondidos.³⁴³ Não obstante a possibilidade de divergências entre as partes, tudo, ao final, será ditado pelos árbitros, em especial os quesitos. Tal expediente pode contribuir para uma compreensão mais abrangente pelo perito acerca do contexto do litígio, o que o levará a direcionar a perícia

³⁴¹ Cf. CARMONA, Flexibilização do procedimento arbitral, p. 12.

³⁴² Sobre essa enorme flexibilidade do procedimento quanto às provas, cf. FRIEDLAND, Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration, p. 2.

³⁴³ “To the extent there is common ground, it is clearly desirable to identify this in advance of the final evidentiary hearing. This saves work in preparation for the hearing and time at the hearing. It can also result in a significant simplification of the issues in dispute” (LAWRENCE NEWMANN e GRANT HANESSIAN, *International arbitration checklists*, p. 118). Como diz SERGIO LA CHINA, “l’oggetto e l’ampiezza delle sue indagini sono determinate dai quesiti, che gli vengono proposti dagli arbitri – ma è buona regola pratica chiamare il c.t.u., e con lui puré le parti, a collaborare nella formulazione dei quesiti, che spesso è tutt’altro che facile” (*L’arbitrato*, p. 139).

para o que realmente importa, pois terá sido fixado na reunião prazo para entregar o laudo. Vindo o laudo, ao contrário do que ocorre no processo estatal, parece-nos não haver nenhum impedimento para que o perito seja convocado pelos árbitros a novamente comparecer perante o juízo arbitral, ocasião em que as partes também estarão, visando discutir o trabalho pericial, inclusive com perguntas diretas e sem limitação de objeto pelas partes, sem nenhum envio prévio ao perito, ao contrário do que ocorre no processo estatal.³⁴⁴ Claro que aos árbitros caberão limitar os excessos, conter a litigiosidade, orientar uma postura objetiva e técnica de todos.

Também quanto à prova pericial em si, afora os procedimentos que se aproximam do trabalho técnico desenvolvido no juízo estatal, que não são nosso foco, novamente a IBA Rules of Evidence traz interessantes contribuições. A primeira delas é a possibilidade de que seja elaborado um *term of reference*, o conhecido termo de arbitragem, que aqui será específico para a atuação do perito, a missão que deverá desenvolver, submetendo-se o nome indicado à impugnação pelas partes (art. 6.º, n. 1). Embora a regra não preveja, parece-nos conveniente que conste do termo o prazo para entregar o laudo. Feito isso, estando o perito indicado, assim como qual metodologia e prazo para seu trabalho, assina-se um termo de independência pelo perito (art. 6.º, n. 2). Entregue o laudo, que descreverá inclusive o método utilizado, o tribunal arbitral enviará uma cópia para cada parte, as quais poderão examinar também todos os documentos usados pelo perito no seu trabalho, inclusive manifestações trocadas entre o tribunal arbitral e o perito, marcando-se prazo para que as partes se manifestem sobre o trabalho técnico. As impugnações são encaminhadas pelo tribunal ao perito e às contrapartes (art. 6.º, n. 5). Como antes, mas sem a menção à IBA Rules, é possível que as partes, segundo tais regras, requeiram uma audiência para a oitiva do perito, cuja pertinência caberá aos árbitros decidir (art. 6.º, n. 6).³⁴⁵

³⁴⁴ Conforme o art. 435 do CPC, embora isso pode fazer com que o perito não consiga responder de pronto. BREDI PESSOA trata de uma “exposição ora perante o tribunal arbitral”, mas não especifica como entende dever ser o procedimento, com perguntas diretas ou não, como participam as partes etc. (A produção probatória na arbitragem, p. 89).

³⁴⁵ Na London Court of International Arbitration (LCIA) isso também é previsto expressamente: “21.2 A menos que seja acordado em contrário pelas partes por escrito, se uma das partes assim o solicitar ou se o Tribunal de Arbitragem considerar necessário, o perito deverá, após a entrega de seu laudo escrito ou relato oral ao Tribunal de Arbitragem e às partes, participar em uma ou mais audiências nas quais as partes terão a oportunidade de interrogar o perito sobre seu laudo e apresentar testemunhas periciais a fim de testemunhar sobre os tópicos em questão”.

Para finalizar, conforme apontamos inicialmente, os regulamentos em geral não trazem regras detalhadas acerca da prova pericial. Provavelmente apostam na especialidade do árbitro, na flexibilidade do procedimento, no poder diretivo da prova dos julgadores e na praxe arbitral que, embora reconheça que cada processo arbitral seja único, traça caminhos geralmente conhecidos para que se produza a prova em questão, em certos momentos se aproximando do que se vê no foro estatal.³⁴⁶ Apesar disso, procurou-se apontar acima aspectos peculiares deste momento processual que se adequassem à nossa premissa. Entendemos que o exposto acima demonstra o processo arbitral com formatação própria como sistema também no tocante à perícia. Passemos agora a analisar como a prova vinda de fora nele se situa, se o mecanismo encontra peculiaridade no trato pelo sistema arbitral. Veja-se.

3.3.8 A prova emprestada

O conceito de prova emprestada não decorre de texto legal e foi criado pela doutrina e jurisprudência, querendo significar o traslado de documentação de prova produzida em outro processo, como a prova oral, a pericial e a inspeção, excluindo-se da ideia a prova documental constante de outro processo, pois os documentos valem por si mesmos.³⁴⁷

Costuma-se apontar, como requisitos para a aceitação da prova emprestada, primeiro, que no processo original, do qual se pretende transladar a documentação da prova, tenha havido exercício jurisdicional.³⁴⁸ Segundo, que a parte contra quem a prova emprestada produzirá efeitos tenha participado como parte do processo original, aperfeiçoado o contraditório. Não é necessário, por outro lado, que a parte que pretenda utilizar a prova tenha

³⁴⁶ Por exemplo, a LCIA prevê que: “21.1. A menos que seja acordado em contrário pelas partes por escrito, o Tribunal de Arbitragem: (a) poderá nomear um ou mais peritos para informar ao Tribunal de Arbitragem sobre questões específicas, os quais deverão ser e manter-se imparciais e independentes das partes durante todo o processo de arbitragem; e (b) poderá exigir de uma das partes que forneça a tal perito quaisquer informações relevantes ou dê acesso a quaisquer documentos, mercadorias, amostras, bem ou local relevantes para serem inspecionados pelo perito”. A CCI procura claramente tornar a instrução o mais célere possível, não trazendo nenhuma regra acerca da perícia. O mesmo ocorre na AAA, na CCBC, na Ciesp, entre outras.

³⁴⁷ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 97.

³⁴⁸ Cf. Idem, *ibidem*, v. 3, p. 98. Logo, de acordo com o conceito que trouxemos antes, coerente com a própria doutrina de DINAMARCO lá apontada (capítulo 1, item 2.3, notas 111 e ss.), acreditamos que também o processo administrativo pode ser fonte de prova emprestada.

participado do outro processo, sendo seu valor avaliado de acordo com a impossibilidade de ser produzida no próprio processo ao que se pretende transportar.³⁴⁹

Estes são conceitos da teoria geral do processo que se aplicam ao processo arbitral. Antes de qualquer outra consideração, há que reconhecer que a mera vinda de um elemento de prova de outro sistema processual para integrar a realidade do processo arbitral por si já demonstra um movimento de *abertura cognitiva* entre sistemas, dado que corrobora o processo arbitral como um sistema. O que a prova emprestada tem de relevante para este, no entanto, é que algumas ideias aplicáveis no processo judicial podem ou não ser aproveitadas no arbitral. Pensamos que a maior flexibilidade do procedimento e do poder diretivo-instrutório do árbitro permite que ele adote posturas perante a prova emprestada que o juiz togado não teria. O juízo de admitir essa prova, com maior amplitude que o do juiz togado, é e sempre será do árbitro.³⁵⁰ Nesse aspecto está a peculiaridade da questão no processo arbitral. E muito pouco se terá em termos de inadmissibilidade de algum elemento de prova.

Quer nos parecer que não será fácil o árbitro simplesmente recusar determinado elemento de prova emprestada trazido ao processo.³⁵¹ O que variará será o peso que a ele será dado na formação da convicção do juízo arbitral, mesmo porque depois que a prova emprestada ingressa no processo passa a ser considerada como outra prova qualquer, cabendo ao árbitro dar-lhe o valor que merecer.³⁵² Poderá, quando muito, recusar determinado documento que prejudique terceiro, em situação realmente excepcional, ou que contenha cláusula de confidencialidade, o que será também analisado caso a caso. Mas nem mesmo a chamada prova ilícita obtida em outro processo, sobre a qual se tenha produzido contraditório, poderá ser simplesmente inadmitida de plano pelo árbitro como prova emprestada. Isso também dependerá do regime de direito material aplicável ao processo arbitral, incidente também quanto às provas. Pode ser que determinada fonte de prova não seja ilícita para o sistema de direito material eleito para reger a questão de fundo. Se o processo arbitral seguir o

³⁴⁹ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 98.

³⁵⁰ RUBINO-SAMMARTANO anota que, quando se tratar de tribunal arbitral, a aceitação deve ser de todos, sob pena de nulidade (*Il diritto dell'arbitrato*, p. 415). No mesmo sentido, LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 130.

³⁵¹ BATISTA MARTINS defende ser possível a prova emprestada do processo penal ao arbitral, desde que contra quem surtam efeitos haja participado em contraditório do processo criminal (Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 243).

³⁵² Cf. EDUARDO TALAMINI, *A prova emprestada no processo civil e penal*, p. 94.

direito brasileiro,³⁵³ o que ocorrerá é que ela talvez não possa ser utilizada isoladamente para fundamentar a decisão. Mas isso também não pode ser absoluto.³⁵⁴

O convencimento do árbitro remontará ao conjunto probatório do processo, à boa-fé de quem trouxe a prova emprestada inquinada de ilícita, à impossibilidade de produzir outras provas, às circunstâncias em que se deram a fonte e a vinda da prova ao processo arbitral, assim como a quais são os interesses em conflito.³⁵⁵ Seja como for, caberá exclusivamente ao árbitro decidir, de acordo com o caso concreto, qual interesse deve prevalecer, se a vedação a determinado elemento de prova ou o direito de provar, ambos constitucionalmente tutelados.³⁵⁶ Essa regra de equilíbrio de valores deve ser o norte do árbitro na aceitação e análise da prova emprestada. E ele terá maior flexibilidade do que o juiz togado, diante dos princípios que informam o processo arbitral, diante dos elementos que integram o seu *fechamento operacional* como um sistema. E com este dado da prova passa-se a ingressar na seara da sua valoração pelo árbitro. De que maneira essa sua atividade apresenta diferença com o que se vê no processo estatal. É o que faremos a seguir.

3.3.9 A valoração da prova pelo árbitro

Valorar a prova é fazer uma avaliação de sua capacidade de convencer.³⁵⁷ Poucos são os parâmetros para isso no ordenamento processual estatal. Não há um regime fixo, escalonado entre meios de prova, para se concluir pelo seu maior ou menor poder de influir. O que ocorre na prática é que, de acordo com o modelo jurídico de cada sociedade, haverá uma prevalência natural de uma ou outra fonte de prova, em termos subjetivos, por razões culturais. Cada prova influi no íntimo do julgador conforme os meios ou fontes das quais

³⁵³ CF, art. 5.º, inc. LVI.

³⁵⁴ Cf. MARINONI e ARENHART, *Prova*, p. 240 e ss.

³⁵⁵ Há que aplicar certa dose de proporcionalidade na análise da prova emprestada ilícita também no processo arbitral (cf. BONÍCIO, *Proporcionalidade e processo*, p. 84-87 e 173 e ss.). DINAMARCO critica a chamada teoria dos frutos da árvore contaminada, no sentido como exemplificado aqui, de que nem sempre a parte que pretende utilizar a prova foi quem deu causa à ilicitude, sendo que a posição radical pela não admissão da prova, de forma simples e rasteira, pode levar à violação também constitucional de acesso à justiça para quem tem razão (CF, art. 5.º, inc. XXXV). O jurista ainda diferencia a ilicitude entre *meios* e *fontes* ilícitas, sendo estas as mais comuns e eventualmente aceitáveis (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 49-51).

³⁵⁶ LA CHINA, que chama a aceitação da prova de “l’ordinanza”, “non sarà in alcun modo reclamabile” (*L’arbitrato*, p. 130).

³⁵⁷ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 101.

adveio.³⁵⁸ Os critérios de aferição da prova são subjetivos e conduzidos pelos juízos feitos por cada julgador diante de um elemento comprovado, mediante uma cognição objetiva e motivada à luz dos fatos do processo. Nesse ponto chegamos ao princípio da teoria geral do processo, aplicável ao processo arbitral, do convencimento racional do julgador (CPC, art. 131), que deverá se revelar mediante a fundamentação de suas decisões (CF, art. 93, inc. IX e CPC, art. 458, inc. II).³⁵⁹ Diz-se racional porque esse movimento intelectual do julgador deve se basear em aspectos concretos e impessoais,³⁶⁰ não pelas impressões e subjetivismos, embora o julgador sempre carregue suas experiências e convicções, que, de alguma forma, influem no seu julgamento.³⁶¹

Os mesmos princípios se aplicam ao processo arbitral.³⁶² A grande maioria dos sistemas adota uma ampla liberdade do árbitro em analisar livremente as provas.³⁶³ Entretanto, podemos identificar algumas peculiaridades que importam para nosso tema. A

³⁵⁸ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 101.

³⁵⁹ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, p. 161.

³⁶⁰ ALEXANDRE BARROSO defende um elemento social no ato de apreciar a prova pelo julgador, ou a “sociabilidade do convencimento” (*Valoração da prova civil*, p. 165), em abordagem próxima ao escopo social do processo e do dado sociológico desta tese, diante da teoria dos sistemas sociais de Luhmann.

³⁶¹ Em nossa monografia analisamos aspecto desse elemento subjetivo da cognição, da seguinte forma: “como se sabe, o juiz tem a obrigação funcional de decidir, ainda que na omissão, ambiguidade ou obscuridade da lei. Normas indiretas, analogia, costumes e princípios gerais de direito o municiam nesses casos (CPC, art. 126 e LICC/16, art. 4.º). Mas isso hoje pode ser insuficiente, pois ainda assim o magistrado fica sujeito a ter de julgar sem premissas atuais voltadas à uniformidade do direito aplicado. A dificuldade de julgar concretiza-se no modo como, interpretando, o juiz forma o convencimento adequado. Deve submeter o fato não só à norma, mas a elementos principiológicos de direito visando à solução justa. Certamente essa é uma posição idealizada e, na prática, é (ou deveria ser) o maior dilema do julgador. Por isso também que o juiz tem seus *mecanismos internos* para se socorrer, ainda que não totalmente atrelados ao direito positivo. Significa dizer que, na atividade interpretativa, o juiz carrega, ínsita e inevitavelmente, suas características pessoais, suas vivências, seus conceitos, seus conhecimentos e visões de mundo, reflexos também do *tecido* social do qual faz ou tenha feito parte. Aqui se enquadram o senso comum e as regras de experiência. Estas são conhecimentos sem relação direta com os fatos do processo. Elementos detentores de *generalidade* que trazem a convicção de como as coisas funcionam e devem funcionar no futuro. O senso comum e as regras de experiência influem no entendimento do juiz em todo e qualquer processo. A conceituação de ambos é muito vaga e demandaria vasta sorte de considerações fora do objeto deste estudo. Basta dizer que o juiz tem *movimentos intelectivos* além de apenas levar o texto à concretude. O juiz não apenas declara o direito. Interpretando, integra-o e cria normas” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 23-24).

³⁶² Como ensina CARMONA, “por fim, haverá de ser respeitado o livre convencimento do árbitro quanto à valoração da prova. A natureza das coisas e a moderna ciência processual, de fato, impõem a livre convicção do juiz, livrando-o das limitações e mistérios da prova legal, tarifada, que transforma o julgador num mero autômato. Mas livre convencimento não se confunde com arbítrio, de forma que deve o julgador fundamentar a sentença, explicando os motivos de seu convencimento, como forma de possibilitar às partes o controle da decisão” (*Arbitragem e processo*, p. 298).

³⁶³ O jurista chileno EDUARDO ALBÓNICO aponta que existe “la más absoluta libertad para apreciar el valor probatorio de los diversos medios de prueba que han sido aportados por las partes durante el desarrollo del proceso”. O autor ainda aponta duas decisões da CCI no sentido de que o árbitro não está vinculado ao resultado do laudo, mas livre para apreciar a prova da forma como bem entender (*Arbitraje comercial internacional*, p. 73-74).

primeira delas é o fato de que no processo arbitral o maior valor dado a um documento, se comparado a um testemunho, como costuma acontecer na prática do processo estatal, talvez não seja totalmente verdadeiro.³⁶⁴ Os árbitros não estarão tão suscetíveis a se impressionar com documentos, ou tomar posições tão absolutamente contrárias ao testemunho, como se dá no processo estatal. Saberão extrair muito mais proveito da audiência, da prova oral, do que o juiz togado, diante de sua especialidade da matéria, de sua maior disponibilidade para o processo, e da participação geralmente em colegiado, o que aumenta o juízo crítico sobre a prova produzida no processo.

Outro contexto que de certa forma afasta a valoração da prova entre juiz togado e árbitro está no fato, já comentado neste trabalho, de que no processo arbitral a ausência ou recusa da parte não lhe gerará necessariamente os efeitos de uma confissão. A análise do conjunto da prova continuará sendo feita pelo árbitro, não tendo nenhum efeito a postura negativa da parte, ainda que se recuse a participar do processo. E isso não acontece na prática do processo estatal, muito menos se houver revelia.

Ainda mostrando que, embora o regime no geral seja o do convencimento racional, a questão também recebe trato específico no processo arbitral de acordo com seu *fechamento operacional*, podemos ter um contexto diverso caso o processo adote a lei aplicável³⁶⁵ de outro regime. Que, por exemplo, siga diverso modelo de valoração da prova.³⁶⁶ Isso pode ocorrer tanto no processo arbitral doméstico, que incorpore regime legal material estrangeiro, ou no processo arbitral internacional.³⁶⁷ No processo internacional, além da eleição da lei material, o que também tomará a atenção do árbitro será qual a cultura jurídica em pauta. Se *common law* ou *civil law*. Ou mesmo se o processo se desenhará conforme a tendência, mostrada nos

---

³⁶⁴ Para SIEGFRIED ELSING e JOHN TOWNSEND, “the common law tends to be skeptical that the sun has risen unless a witness can be found to testify under oath that he saw it do so. The civil law believes that the best evidence comes from documents” (Bridging the common law civil law divide in arbitration, p. 4).

³⁶⁵ Até porque, como defende ALVARO DE OLIVEIRA, “no fundo, a livre apreciação da prova encontra-se intimamente ligada à valorização do próprio juiz e de seus julgamentos, o que conduz a uma insuprimível dialética entre lei e juiz, incapaz de ser resolvida em termos abstratos e cuja solução só pode ser encaminhada levando-se em conta concretos parâmetros históricos, sociais e econômicos” (*Do formalismo no processo civil*, p. 163-164).

³⁶⁶ Como o da prova legal, apontado por LA CHINA (*L'arbitrato*, p. 140).

³⁶⁷ Como aponta o jurista argentino GUIDO TAWIL, “un sistema puro de prueba tasada resultaria de difícil aplicación práctica en el ámbito del arbitraje internacional. Más allá de los inconvenientes ya señalados (automatización de la función del árbitro, desestimación de la verdad material, divorcio entre la justicia y el laudo), obstaría a ello la diversidad de disposiciones probatorias existentes en los ordenamientos estatales, los que en su mayoría reflejan la cultura jurídica de cada pueblo” (Los sistemas de valoración de la prueba y el arbitraje internacional, p. 217).

itens anteriores, de misturar os dois regimes, criando-se mecanismo próprio, inclusive para a valoração da prova. Ainda no processo arbitral doméstico, se eleito o regime de *common law* tanto para a questão substancial quanto processual, poderemos ter algum favorecimento pela prova oral, por exemplo,³⁶⁸ embora isso possa se restringir ao campo teórico, caso os árbitros sejam de cultura de *civil law*, pois fatalmente acabarão analisando a prova livremente.

Seja como for, ao final, tudo será avaliado de acordo com o poder diretivo do procedimento pelo árbitro. Que é universal e do qual também decorre poder avaliar a prova da forma como entender mais conveniente. Mas, em todo caso, de maneira fundamentada. Principalmente se o regime substancial de provas não for o da referida liberdade de convencimento.³⁶⁹ De qualquer sorte, havendo conflito entre as normas materiais e o procedimento eleito, as partes podem optar por qual sistemática adotar,³⁷⁰ suposto que os árbitros concordem.

Dito isso, embora existam pontos em comum com o modelo estatal, pensamos também ter demonstrado a formatação do processo arbitral como um sistema próprio no tocante à valoração da prova. Passemos agora à outra fase do processo arbitral em que este escopo também será buscado.

3.4 A fase final do processo arbitral

Entramos na fase final do processo arbitral. Dividimos esta parte do trabalho em temas específicos ou relacionados com a decisão arbitral. Falaremos de sentença, que se desdobra em itens e subitens acerca de aspectos relevantes ao nosso ponto, impugnação à sentença no próprio processo, a coisa julgada e a jurisprudência arbitral. A tentativa será continuar demonstrando que em cada aspecto analisado, em maior ou menor grau, há a presença da premissa. De que também nestes momentos do processo arbitral encontramos

³⁶⁸ Cf. BATISTA MARTINS, Panorâmica sobre as provas na arbitragem, p. 356.

³⁶⁹ Como aponta SERGIO LA CHINA, “in sostanza – e così concludiamo – la libera valutazione o prudente apprezzamento del giudicante è e deve restare il principio fondamentale del nostro diritto probatorio e dunque del nostro arbitrato, interno e/o internazionale che sai, ed ogni deviazione da essa deve essere intesa come eccezione, da giustificarsi rigorosamente caso per caso, alla luce della legge italiana (o di convenzioni internazionali diventate legge italiana) e di quelle sole disposizioni di leggi straniere che non contrastino con il sistema ed i principii della legge italiana” (*L'arbitrato*, p. 143).

³⁷⁰ Cf. TAWIL, Los sistemas de valoración de la prueba y el arbitraje internacional, p. 224-225.

características e atributos que contribuem na configuração do método de trabalho arbitral como um sistema. Em alguns casos, quando se falar de sentença, seremos levados a uma aproximação maior com o processo estatal, decorrente da justificativa já dada e que vai reforçada abaixo. Veja-se.

3.4.1 *A sentença arbitral*

Na essência, sentença é ato processual que emana de um agente de jurisdição pelo qual se decide uma causa, e, formalmente, é documento em peça escrita com o texto da decisão.³⁷¹

Um primeiro aspecto que diferencia o processo arbitral e o judicial quanto à sentença é que, uma vez proferida no primeiro, acaba o processo (art. 29),³⁷² enquanto não se pode dizer o mesmo no processo judicial, com o vigente regime dividido entre duas fases, cognitiva e executiva/cumprimento, no qual a sentença não mais encerra o processo.

Conforme mencionamos antes, o conceito de sentença do processo arbitral é o que advém da teoria geral do processo. A Lei de Arbitragem acertadamente não previu o que é sentença, apenas tratou de aspectos formais do instituto. O conceito de sentença, para o processo arbitral, é o contido no Código de Processo Civil, o que, de certa forma, desde já demonstra certa influência da *abertura cognitiva* entre os sistemas. Não é este o ponto do estudo, mas não se pode negar que no formato atual o próprio conceito de sentença se mostra *fluido*. Tem-se certeza de que em alguns momentos há sentença. Em outros, não. Em muitos, talvez haja.

Para o processo arbitral a questão acaba sendo muito mais conceitual, pois no seu interregno não temos, como sabido, decisões passíveis de recurso, um dos aspectos problemáticos do conceito de sentença no processo estatal. Logo, de certo modo, esse dado não serve para demonstrar a premissa da nossa tese, a não ser o ponto de contato entre os dois sistemas na questão do próprio conceito de sentença. A exceção fica por conta da

³⁷¹ Cf. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 227 e ss.

³⁷² Cf. SELMA FERREIRA LEMES, *A sentença arbitral*, p. 28.

consequência prática contida na sentença parcial, que se verá adiante. Faremos breve ingresso nesse dado conceitual e depois avançaremos aos pontos de pertinência de como a sentença arbitral se situa na premissa da tese. Vejamos.

No conceito tradicional de sentença, ela era o momento culminante do processo, tanto que o processo de conhecimento era conhecido como *processo de sentença*.³⁷³ O critério do sistema processual estatal anterior era topológico, interessando não o conteúdo, mas a posição do ato no procedimento. Bastava que a decisão encerrasse o processo, com ou sem julgamento de mérito, para que fosse considerada uma sentença.³⁷⁴ O método então escolhido pelo legislador era mais pragmático, voltado a facilitar a determinação de recursos contra cada classe de ato judicial,³⁷⁵ embora sabidamente não era totalmente verdadeiro dizer que a sentença punha fim ao processo, pois havia atividades processuais ainda na fase recursal e de implementação da decisão.³⁷⁶

O legislador processual sempre recusou o adágio romano no tocante à sentença, de que toda definição de direito no texto legal é sempre perigosa. Sempre procurou conceituá-la. Foi também assim na atual redação do § 1.º do art. 162 do Código de Processo Civil.³⁷⁷ Não parece ter andado bem o legislador. A definição como marco do fim do processo respeitava um critério bastante consolidado, embora não imune a problemas, como qualquer outra norma processual.³⁷⁸ A nova formatação de sentença trouxe muitos problemas de cunho prático desnecessários, seja na questão da recorribilidade, seja na executividade. Problemas que se deveriam evitar, justamente para que se pudesse ater a questões de eficiência do processo, fugindo de mecanismos que geram discussões sobre si próprios. De qualquer forma, a nova

³⁷³ Cf., entre outros, DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 30 e ss. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, por exemplo, anota que a doutrina sempre ligou sentença à sua origem latina, às expressões *sententia* e *sentire*, como ato pelo qual o juiz declara o que sente (*Nulidades do processo e da sentença*, p. 19).

³⁷⁴ Essa era a antiga redação do art. 162, § 1.º, do Código de Processo Civil: “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

³⁷⁵ Nunca foi privilégio do Brasil a ideia temporal na definição de sentença, sendo que autores clássicos da literatura processual já haviam defendido a sentença como ato de encerramento do processo (cf. entre, outros, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*).

³⁷⁶ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 345.

³⁷⁷ “Art. 162, § 1.º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”

³⁷⁸ Sempre se considerou a definição mal empregada, acompanhada de uma série de inconvenientes, por exemplo, houvesse apelação ou incidência do duplo grau obrigatório o processo não teria seu *termo* com a sentença (desnaturando o principal objetivo da classificação “fim do processo”), ou em processos com duas sentenças, como a prestação de contas, divisórias, demarcatórias, e falências, o que retirava a precisão do conceito.

conceituação tem estreita ligação com as demais mudanças estruturais do processo estatal, que alteraram a atividade cognitiva e executiva do juiz togado. Tem especial vinculação com a forma com que se implementa na prática essa *nova* sentença.³⁷⁹

Não obstante a interpretação de o conceito pelo conteúdo poder render problemas, especialmente de ordem prática nos recursos, e o fato de o axioma da lei não conter palavras inúteis ser mera alegoria retórica hoje em dia, a intenção do legislador foi conceituar pelo conteúdo. Mudou de fato.³⁸⁰ Mas ao que parece para pior, pois problemas práticos surgem, causando questionamentos inúteis para os que esperam na fila para ver seu processo decidido, no mérito, não no procedimento. Tal problemática, em especial quanto aos recursos, infelizmente vai levar a um necessário período de amadurecimento da interpretação jurisprudencial sobre decisões com certos conteúdos e seus respectivos recursos.

A bem da verdade, diante da nova redação da lei processual, sentença pode ou não pôr fim ao processo. Tudo dependerá do seu conteúdo. Se não houver resolução de mérito, somente será sentença se extinguir o processo, como o acolhimento de uma preliminar ou declaração de ofício de alguma matéria de ordem pública. Se houver rejeição de uma matéria preliminar, inexistindo fim do processo, a decisão será interlocutória (CPC, arts. 162, § 2.º, e

³⁷⁹ Apesar disso, embora o § 1.º do art. 162 do ordenamento processual agora defina sentença pelo seu conteúdo, o § 2.º, logo a seguir, continua definindo decisão interlocutória como aquela que resolve questão incidental “no curso do processo”. Mesmo equívoco ocorreu com a falta de alteração da redação do *caput* do art. 267, em que ainda consta a passagem “extingue-se o processo...”. Haveria que alterar tudo de forma harmônica, sob pena de na essência nada mudar. Se sentença, pelo novo art. 162, § 1.º, do CPC é o ato que leva a alguma das consequências do art. 267, sem extinção do feito (pois agora há a continuidade entre conhecimento e execução), com ulteriores atos executivos, não haveria razão nenhuma para manter a expressão “extinção” no *caput*. Aliás, é isso que ocorre com o art. 269, *caput*, em que simplesmente consta “haverá resolução de mérito:”, sem nenhuma menção a término do processo, de forma coerente com o atual conceito do art. 162, § 1.º. Diante de tais incongruências, abalizada doutrina não aceita a ideia de que ela passou a ser caracterizada pelo seu conteúdo. Nesse aspecto, o que se tem defendido é que o intuito do legislador era o de, diante das demais modificações oriundas da Lei 11.232/2005, principalmente com a extinção do processo autônomo de execução de sentença condenatória, substituído pela fase de cumprimento da sentença “dentro” do processo de conhecimento, adaptar o conceito de sentença. Ela teria apenas deixado de pôr fim ao processo, que continua na fase de cumprimento (daí a mudança no art. 463, de que o juiz não mais acaba o ofício jurisdicional com a sentença, porque deverá cumpri-la ainda (cf. SCARPINELLA BUENO, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 14-15). Essa forma de ver a inovação considera que, se interpretação dada ao parágrafo único do art. 162 for diversa, de que o critério seja realmente pelo conteúdo, existirão consequências graves para os recursos que talvez tenham passado despercebidas ao legislador. A ponderação é a de que haverá um sem-número de recursos que poderão não ser conhecidos, a não ser que seja utilizado o princípio da fungibilidade recursal. A defesa dessa corrente considera ser o caso de imaginar que o art. 162 não seja interpretado dessa forma, mas no sentido de que a sentença é, ainda, o ato que põe fim à fase de conhecimento do procedimento de primeiro grau de jurisdição. Assim não haveria maiores consequências para os recursos (cf., entre outros, AMENDOEIRA JR., *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p. 540-541).

³⁸⁰ Nesse sentido, cf. CARMONA, Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, p. 7 e ss.

267). Por outro lado, se houver apreciação do mérito, ainda que parcialmente, será sentença (CPC, arts. 162, § 1.º, e 269).³⁸¹ As dúvidas provavelmente levarão à aplicação do princípio da fungibilidade recursal.³⁸²

Seja como for, importante ter em mente que a mudança em nada influi na distinção ontológica entre cognição e execução, que continuam segmentos diferentes da função jurisdicional. Pouco importa a arquitetura adotada pela lei, misturando-os, combinando-os etc. Ela não pode torná-los iguais. Não é a alteração do conceito de sentença que mudará se o processo é apenas cognitivo, apenas executivo ou um pouco dos dois. A mudança no conceito de sentença não altera a natureza do fenômeno. Logo, não há alteração substancial entre executar uma sentença nos moldes antigos e fazer o cumprimento de decisão que implique alguma das situações previstas nos arts. 267 ou 269 do Código de Processo Civil.

Poderíamos perguntar qual a relevância de falar em cumprimento de sentença no presente item. Simples: o fato de que o seu conceito influi diretamente na executividade da decisão. O que se faz cumprir é a sentença, judicial ou arbitral, pouco importa. Para tanto, há que saber o que é sentença. E isso está no ordenamento do processo estatal.³⁸³

Logo, para o processo arbitral toda essa *dinâmica conceitual* tem reflexos. Como dito, na medida em que sentença é aquilo que o sistema de direito processual estatal disciplina,³⁸⁴ claro que para o sistema do processo arbitral isso trará influência. De início, tal se dá por conta da *abertura cognitiva* do sistema do processo arbitral e não quer significar que ele não tenha uma formatação sistêmica no tocante à sentença. Muito ao contrário. Nos subitens abaixo procuraremos mostrar tanto o fechamento operacional quanto a abertura cognitiva presentes em aspectos da sentença arbitral, que desde já apontamos serem exemplificativos. Embora ela conceitualmente se alinhe ao que se vê no processo estatal, a sentença arbitral se concretiza com peculiaridades próprias ao sistema do processo arbitral.

³⁸¹ Cf. BEDAQUE, Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória, p. 71-72.

³⁸² Nada mais do que um desdobramento da fungibilidade das normas processuais como um todo, na linha da regra máxima de aproveitamento do ato, evitando-se o não conhecimento de recursos, como, aliás, era expressamente previsto no CPC/1939 (art. 810), para bem do jurisdicionado e da própria administração da Justiça (sobre demais aspectos, cf., por todos, AMENDOEIRA JR., *Fungibilidade de meios*, p. 101 e ss.).

³⁸³ Para o jurista chileno PATRICIO AZÓCAR, as sentenças arbitrais “son resoluciones judiciales de la misma clase y naturaleza jurídica que las de los jueces permanentes” (*El juicio arbitral*, item 433).

³⁸⁴ Lembramos nossas considerações feitas no item 3.2.2.1 supra sobre a relação entre o sistema do processo arbitral com normas e princípios do direito processual estatal.

3.4.1.1 A estrutura da sentença arbitral

Na medida em que a sentença arbitral segue as balizas centrais da sentença judicial, até porque ambas possuem a mesma carga de eficácia executiva, há uma interligação entre os elementos formais que toda sentença deve ter, contidos no ordenamento processual, com alguns detalhes da Lei de Arbitragem. Trata-se de uma clara influência de um sistema sobre o outro, permitida pelas premissas da teoria aqui aplicada, mantida a identidade do sistema do processo arbitral quanto à sua sentença.

No processo estatal a sentença é o ato fundamental entre os praticados pelo juiz e, dos de índole decisória, o mais importante. O art. 458 do diploma processual traz seus elementos, o relatório, a motivação e o dispositivo.³⁸⁵ Na falta de relatório, evidentemente quando tal omissão for de tal monta que desnature o julgado, tem-se vício de considerável gravidade, com nulidade da sentença, inclusive decretável de ofício.³⁸⁶

Nula também é a sentença completamente desprovida de fundamentação, situação bem diversa daquela em que há motivação sucinta, pois agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade, incompatível com o regime democrático.³⁸⁷ O juiz, apesar da ampla liberdade de que goza ao julgar, não poderá se eximir de explicar o porquê das soluções dadas. A sua liberdade ao decidir encontra na necessidade de fundamentação o respectivo preço. Quanto ao dispositivo, deve ser absolutamente claro. Não pode padecer de dubiedades. O art. 458, inc. III, do Código de Processo Civil, a despeito de se referir ao termo *questões*, não o está empregando no sentido de fatos ou direito controvertido previamente, cujo exame deve preceder a análise do pedido, mas no sentido de *mérito*. É na parte decisória da sentença que o juiz decide o pedido, que, por vezes, se apresenta sob a forma de itens, ou questões. Nesta segunda acepção é que a expressão foi utilizada, referindo-se, portanto, ao próprio objeto litigioso. É, assim, nula a sentença se não decide todos os pedidos.

³⁸⁵ “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

³⁸⁶ É o que ocorre, por exemplo, se houver ausência absoluta de relatório, fazendo-se pura e simplesmente remissão a uma peça do processo, para que sirva de relatório e fundamento.

³⁸⁷ Interpretação conhecida do art. 93, IX, da CF, do inc. II do art. 458, bem como dos arts. 131 (o juiz “deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”) e 165 do CPC, que estabelecem que a fundamentação para as demais decisões, que não as sentenças e os acórdãos (cujo conteúdo for de mérito), poderá ser concisa.

De todos os requisitos o que representa maior relevância, diante de situações práticas diuturnas, é a fundamentação. Por isso, a ela retornamos. Embora não se resuma a puro e abstrato silogismo, a decisão judicial resulta de um exercício em que premissas e conclusões mantêm vínculos de pertinência e consequência. São requisitos da fundamentação a especificação dos fatos, a razão de seu convencimento e estar inserida nos limites do que foi postulado. Tão relevante é a fundamentação que a ela foi atribuída dignidade constitucional. Além de trazer maior estabilidade à norma, o assento constitucional trouxe uma visualização diversa da matéria, pela maior valorização do seu enquadramento num sistema articulado de garantias fundamentais. Mas, além disso, a justificação da motivação se relaciona, sobretudo, com a preocupação de racionalizar a atividade jurisdicional, e assume, assim, em primeiro plano, significação técnica. É o que se registra, por exemplo, com a importância da motivação para a correta interpretação do julgado e para a determinação precisa do respectivo conteúdo – com grande significado para delimitar a coisa julgada.³⁸⁸

Com maior vigor ainda costuma-se acentuar o papel da motivação na economia de impugnações: mesmo deixando de lado, porque frequentemente desmentido na prática no processo estatal, ao menos no processo arbitral há o valor persuasivo das boas fundamentações, com a inibição das impugnações. Outros aspectos de inegável relevância da boa fundamentação: *a)* recorribilidade adequada no processo estatal e impugnação no arbitral, pois só o conhecimento das razões de decidir pode permitir que os interessados se insurjam; *b)* no processo estatal apenas, controle com segurança da legalidade das decisões pelos órgãos superiores nos recursos; *c)* condição de funcionamento eficaz dos mecanismos destinados a promover a uniformização da jurisprudência, na qual são as teses jurídicas que importam e não as conclusões dos julgados, o que, embora seja muito mais presente no processo estatal, no processo arbitral também ocorre em certo aspecto (cf. item 3.4.3 *infra*). De qualquer forma, o que vimos até agora são dados comuns ao processo judicial e arbitral no tocante à estrutura da sentença. Vamos agora às peculiaridades da sentença arbitral.

O primeiro elemento³⁸⁹ estrutural da sentença é o *relatório*. Basicamente não há diferença entre o disposto no inciso I do art. 458 do Código de Processo Civil e o inciso

³⁸⁸ Cf. MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, p. 519 e ss.

³⁸⁹ Como bem anota BARBOSA MOREIRA, a lei equivocou-se ao chamar de requisitos o que são elementos da sentença, pois requisito é algo prévio, que precisa ser satisfeito para que se tenha determinado objetivo futuro (*Estrutura da sentença arbitral*, p. 184).

I do art. 26 da Lei de Arbitragem, salvo uma redação mais enxuta e adequada desta última quando se reporta a um resumo do litígio em vez da suma do pedido, resposta e ocorrências havidas no curso do processo.³⁹⁰ Na prática, o que realmente altera o conteúdo do relatório talvez sejam dois fatores. Primeiro, que rotineiramente a demanda arbitral é mais complexa que a estatal, o que leva a uma especificação dos dados do litígio, um maior detalhamento do relatório para que se abranjam os principais pontos e contrapontos expostos. Segundo, justamente ao contrário da sentença estatal, contra a qual se sabe ser objeto de recurso futuro e que ela não será a decisão final, no processo arbitral isso não acontece, sendo aquela a primeira e única decisão sobre a demanda.

E isso gera uma angústia natural na parte, no sentido de querer ver ao menos os principais aspectos da sua demanda bem retratados ali. Claro que isso não quer dizer que o relatório lacônico leve à anulação da sentença, não é isso. O vício apenas surge com a ausência total de relatório. Mas a prática arbitral recomenda evitar o relatório muito sucinto.³⁹¹ Até como forma de resposta definitiva ao jurisdicionado, pois, como dito, só verá sua demanda ser julgada uma única e exclusiva vez. Ao contrário do processo estatal, em que o problema está quiçá justamente na multiplicidade de julgamentos e na plêiade de incertezas, quanto ao conteúdo e ao tempo.

O segundo elemento estrutural da sentença arbitral é sua *motivação*. Sobre os aspectos gerais da fundamentação nas decisões jurisdicionais fazemos menção ao que ponderamos acima. Para o que nos interessa no momento, é na motivação que a sentença arbitral poderá ser vista de forma mais diferenciada da sentença estatal. Podem-se identificar algumas peculiaridades, que não são regradas pela lei, mas implementadas na realidade prática do instituto. A primeira delas é que as partes aguardam uma motivação *diferenciada*. Temos falado muito que a efetividade do processo arbitral nem está tão vinculada ao seu desempenho temporal, mas na qualidade dos árbitros. E isso é verificado em especial na decisão arbitral. Logo, é na sentença que as ansiedades das partes serão sanadas, de um modo ou de outro, ganhando ou perdendo, mas julgando-se uma única vez, pacificando o litígio.

---

³⁹⁰ Aponta CARMONA que relatório cumpre duplo efeito, de identificar o litígio, deixando claros quais os parâmetros utilizados, e, psicologicamente, mostrar ao demandante que suas razões foram consideradas (*Arbitragem e processo*, p. 369).

³⁹¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 369.

Tal aspecto ainda ganha ênfase quando se trata de processo arbitral julgado por mais de um árbitro, o que, reconheçamos, é o grande modelo atualmente vigente na prática. Esse é um dado de total diferença com o formato judicial em primeiro grau. Difere-se ainda pelo fato de os julgadores, além de em maior número, possuírem mais *expertise* na matéria julgada, inclusive com diferentes experiências entre si, que se agrega em poder ver a questão por variados ângulos ao mesmo tempo no julgamento. Isso faz ser esperada uma avaliação mais acurada dos fatos, uma compreensão mais abrangente do problema, uma imersão mais profunda nos detalhes, um raciocínio analítico diferenciado em face de situações análogas e de uma aplicação mais criteriosa da regra jurídica aplicável.

É natural que se aguarde uma motivação condizente com a característica técnica da tutela prestada pelos árbitros. Para os destinatários da jurisdição estatal, pode até ser aceitável uma sentença padrão, motivada por razões genéricas de direito. Mas não o será para os frequentadores do juízo arbitral. Afinal, escolheram o processo arbitral justamente para um julgamento diferenciado, coerente com o que defendemos por ser o grande diferencial da tutela prestada pelo árbitro, sua qualidade técnica, externada no momento de decidir. Aliás, no processo arbitral podemos até utilizar com mais confiança a afirmativa de que uma boa fundamentação inibe eventuais insurreições do vencido, o que absolutamente não ocorre no processo estatal. Tal é inclusive demonstrado pelos estudos acerca da anulação de decisões arbitrais, em que a totalidade dos casos é por problemas processuais, e não no mérito.³⁹²

Quanto ao *dispositivo*, a grande questão que demonstra o fechamento operacional do processo arbitral vem na linha de tudo o que pontuamos antes acerca da vinculação da decisão aos pedidos, mas que esteja também vinculada à abrangência da convenção. Abordamos isso quando tratamos da alteração do objeto do processo no termo de arbitragem e no momento de comentar a demanda arbitral. Os vícios da sentença decorrentes da fuga à adstrição ao pedido e à convenção serão objeto de item adiante. Ainda no tocante ao dispositivo, peculiaridade do processo arbitral é a faculdade de o árbitro fixar prazo para que a decisão seja cumprida. Embora a lei nada disponha a respeito, pensamos que os árbitros, se assim resolverem, deverão também estipular uma consequência, uma pena pelo descumprimento.

---

³⁹² Cf. estudo da FGV, que analisou as 790 ações judiciais contra processos arbitrais, dos quais apenas 33 se voltavam contra a sentença arbitral, e apenas 14 foram consideradas nulas por questões de *error in procedendo* (cf. capítulo 2, item 2.1.1, nota 23).

Quanto ao formato em que se profere a decisão, embora a Lei de Arbitragem nada trate a respeito, se pode/deve ser em audiência, se o árbitro deve proferi-la no lugar onde os atos são praticados, se precisa da sua presença física ou, se em colegiado, se todos devem participar simultaneamente do ato etc. Nada disso é regrado no processo arbitral brasileiro. O direito italiano é o mais conservador nesse sentido. Estabelece que a sentença deve ser produzida em reunião pessoal dos árbitros e devendo ainda constar o modo usado na deliberação.³⁹³ O modelo é seguido no regime suíço, embora não se espere a presença física do árbitro, mas uma participação efetiva de todos os árbitros na decisão, uma vez que no processo internacional o regime será totalmente aberto, a ser fixado segundo o processo e conforme deliberado pelas partes.³⁹⁴ O regime francês é bem ao contrário, trazendo uma total liberdade para o ato de sentenciar, salvo que as deliberações dos árbitros são secretas.³⁹⁵ O modelo brasileiro segue esse referencial, não havendo nenhum requisito formal para o ato de decidir, se os árbitros precisam se reunir, se precisam decidir juntos ao mesmo tempo, se a reunião precisa ser no local onde transcorreu o processo etc. Será da forma que os árbitros estipularem, salvo algum outro formato estabelecido pelas partes.³⁹⁶ A única menção da lei está em constarem da sentença o local e hora em que foi proferida. Logo, poderá inclusive ser ditada sentença em audiência, embora talvez não seja usual, justamente por conta da preocupação com um detalhamento maior do caso do que ocorre no processo estatal.

Finalmente, malgrado a questão não constar do art. 26, mas sim do art. 23, pensamos que também o *prazo* para que a sentença seja proferida é outro ingrediente diferencial da sentença arbitral do processo estatal. Um dado que deve ser considerado é

³⁹³ “Art. 823. Il lodo è deliberato a maggioranza dei voti degli arbitri riuniti in conferenza presonale ed è quindi redatto per iscritto.” O modo da deliberação consta do n. 5 ao art. 823 do CPC italiano. A doutrina entende que na arbitragem interna a participação do árbitro deve ser física e simultânea (cf. BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, p. 158). GIANNI SCHIZZEROTTO aponta que “la legge vuole evitare che ciascun arbitro si studi e decida per proprio conto la controversia senza discuterla con i colleghi e, in particolare, senza ascoltare di questi le opinioni e i motivi, con il pericolo di avere tante decisioni quanti gli arbitri” (*Dell'arbitrato*, p. 529). Na arbitragem internacional, o próprio art. 837 do CPC italiano dispõe que, se as partes não tiverem convencionado de outra forma, a sentença arbitral é deliberada pela maioria dos votos dos árbitros reunidos em conjunto, mesmo que por videoconferência, e depois reduzida a escrito (cf. nesse sentido o jurista português MÁRIO RAPOSO, *A sentença arbitral*, p. 254).

³⁹⁴ A Concordata Inter-Cantonal sobre arbitragem interna de 1969, aplicável desde 1995 a todos os cantões, assim regra o processo arbitral interno. Quanto ao internacional, a Lei Federal sobre Direito Internacional Privado de 18.12.1987, em vigor desde 1989, dispõe sobre a liberdade de partes e árbitro quanto ao ato de proferir a decisão.

³⁹⁵ Art. 1.469 do CPC francês.

³⁹⁶ Pondera CARMONA que, se partes querem que a sentença seja proferida e assinada presencialmente pelos árbitros, que assim estipulem de modo claro (*Arbitragem e processo*, p. 372).

que as partes e árbitros, em acordo,³⁹⁷ podem alterar este prazo, sendo também comum que os regulamentos estipulem sua fluência somente a partir do término da instrução.³⁹⁸ Por fim, quanto à assinatura, a diferença que o processo arbitral tem com o judicial é que a sua ausência é um pouco diverso do conhecido vício de inexistência do ato.³⁹⁹ É que o próprio parágrafo único do art. 26 disciplina que, havendo colegiado, mas faltando um ou mais árbitros, o presidente do painel certificará o fato, suprindo-se o vício.⁴⁰⁰

Reputamos que estes são os principais aspectos dos elementos estruturais da sentença arbitral que se alinham com a premissa de nossa tese, pois, em graus diferentes, mostram uma particularidade, um dado a mais no fechamento operacional do processo arbitral no tocante à sentença, ademais dos aspectos comuns que ingressam no seu ambiente de outros sistemas, especialmente o do processo estatal. Passemos agora a uma abordagem bem específica do processo arbitral quanto à sua sentença, a diferente visão sobre a extinção sem julgamento de mérito.

3.4.1.2 A sentença terminativa e sua patologia

Ao analisarmos a autonomia da vontade e os demais pressupostos do processo arbitral, apontamos as causas que podem levar a um julgamento sem apreciação do mérito. Como qualquer outro processo, o arbitral também pode receber sentença meramente terminativa. A sentença arbitral se equipara à judicial nesse aspecto.⁴⁰¹ Mas o efeito da extinção, se no processo estatal já é frustrante, no arbitral pode ser muito mais. Pensamos

³⁹⁷ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 342; CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 232. Na CCI a sistemática é um pouco diferente, cabendo esse juízo à própria CCI, após pedido do tribunal arbitral, nada dispondo sobre pedido ou convenção da parte a respeito (art. 24, n. 2 – para detalhes, cf. YVES DERAIS e ERIC SCHWARTZ, *A guide to the new ICC rules of arbitration*, p. 283-284).

³⁹⁸ Entre outras, cf. a Câmara Brasil-Canadá (art. 10.1).

³⁹⁹ Cf. CLÁVIO VALENÇA FILHO, *Sentença arbitral inexistente*, p. 356 e ss.

⁴⁰⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA, *Estrutura da sentença arbitral*, p. 191; CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 229. GIANNI SCHIZZEROTTO aponta que o árbitro que não assinou “non è necessario che siano esposte anche le ragioni” (*Dell’arbitrato*, p. 539). Aliás, esse papel do presidente também se faz quando não há maioria no julgamento, cabendo-lhe a decisão, conforme previsto em praticamente todos os regulamentos. Na CCI, não havendo maioria, a decisão caberá apenas ao presidente (art. 25 – para mais detalhes desse procedimento na CCI, cf. YVES DERAIS e ERIC SCHWARTZ, *A guide to the new ICC rules of arbitration*, p. 284-286).

⁴⁰¹ Como diz CARMONA, “[...] também no processo arbitral é perfeitamente cabível distinguir as sentenças em terminativas e definitivas, sendo aquelas de conteúdo meramente processual...” (*Arbitragem e processo*, p. 337).

que os efeitos são ainda piores, não do ponto de vista técnico processual. Afinal, julgamento processual é o mesmo em ambos os sistemas. Consideramos sob o ponto de vista da função do processo arbitral como instrumento de jurisdição conforme seu sistema é concebido. Vejamos.

Em termos de concepção das partes quanto ao litígio arbitral, podemos dizer que o processo arbitral decorre de algo mais ou menos predisposto. Trata-se de um dado que as partes, em maior ou menor grau, aceitaram como um evento futuro e incerto quando convencionaram. Essa noção do conflito futuro fica exponencialmente maior na medida em que se celebra compromisso arbitral para tratar de controvérsia em curso. Logo, no que respeita à concepção de *estar em litígio*, a parte envolvida no processo arbitral geralmente está mais preparada do que aquele que se depara com a necessidade de *pedir* ou de *impedir* em juízo judicial.

Em termos mais claros, no geral, o litígio é um risco muito mais evidente e calculado para as partes arbitrais do que para as judiciais. Logo, é natural que, tendo-se iniciado, esperem as partes arbitrais que a questão substancial seja resolvida. E que o seja de uma forma diferente do processo judicial. Afinal, foi para isso que convencionaram. Querem um litígio mais breve, mais objetivo e, decididamente, com mais conteúdo técnico de mérito e menos incertezas. Procuram tudo isso na decisão que resolva a questão substancial. Ganhando ou perdendo no mérito, também procuram estabilizar o conflito, pacificar com segurança, com o que ganham todos, inclusive o entorno desse sistema processual, a sociedade.

Ocorre que não é isso que acontece quando a aguardada decisão sobre a crise de direito material não vem, mas, no lugar dela, surge uma sentença com conteúdo meramente processual, versando sobre a falta de algum pressuposto processual ou condição da ação. Não que no processo judicial assim não aconteça. O que queremos dizer é que no processo arbitral, embora possível, uma tal situação é certamente muito mais insatisfatória do que na seara judicial. Para as partes e para própria função jurisdicional do árbitro, que não consegue se desincumbir de sua missão, que é proferir decisão de mérito. Para as partes, o desencanto é total, pois elas escolheram a via de resolução do conflito. Em sua visão, o ato de resolver se direciona à desinteligência sobre o negócio jurídico coberto com a convenção. Litígio, para elas, não é processual. As partes geralmente sequer sabem o que é um pressuposto processual ou uma condição da ação. A vinda de uma sentença processual é, realmente, uma

não resposta às suas expectativas,⁴⁰² concebidas desde quando convencionaram resolver pela via do processo arbitral. Elegeram técnicos. Escolheram especialistas na matéria de fundo. Logo, sempre mentalizaram o negócio jurídico e a solução de suas crises. Não querem receber como resposta uma bela peça processual, recheada de citações clássicas da doutrina processual, para dizer, no fim, que o processo arbitral está extinto sem mérito e que a sentença de nada lhes serve.

Para o árbitro também a frustração por ter que ditar uma decisão desse jaez é grande. Afinal, ele não foi escolhido, ele não reservou boa parte de sua agenda profissional para, ao final, não concretizar um direito. Sua missão é resolver o problema substancial da maneira mais técnica possível, com alta qualidade, em tempo muito menor do que no método judicial. Estabilizar um conflito que, invariavelmente, é complexo, motivo pelo qual, no mais das vezes, o processo arbitral é constituído por três julgadores de alto gabarito. Eles também não querem ter que decidir sobre o processo apenas. Este é o conceito de efetividade do processo arbitral que desenvolvemos no capítulo 2 *supra*, justamente antes de iniciarmos a análise da evolução do processo no presente capítulo. Ali deixamos claro que, embora *grosso modo* possamos dizer que efetividade do processo se dirige à teoria geral do processo, não se pode aplicá-la ao processo arbitral de forma indiferente e *tout court*. O conceito de efetividade ao processo arbitral deve ser adequado aos princípios que o informam, a começar pela própria vontade das partes. A tão propalada autonomia, que, em termos finalísticos, outra coisa não é senão escolher que seu processo seja julgado no mérito e com alta qualidade.

Entretanto, por vezes isso é impossível. E tal nos parece uma patologia no sistema do processo arbitral, naturalmente voltado a julgar o mérito com requintes técnicos que não se esperam no processo estatal. Claro que a expressão não significa proibição à sentença terminativa. Não é isso. Falamos de patologia quando um processo arbitral transcorreu, mas tem que ser resolvido sem análise do mérito. Um processo que está *doente*⁴⁰³ e cuja cura deve ser a não resolução do conflito, absolutamente frustrante.

---

⁴⁰² Para SCARPINELLA BUENO, a outorga da tutela jurisdicional é o “*resultado desejado* da provocação da atuação jurisdicional” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 330 – destaque original).

⁴⁰³ DINAMARCO defende que a *crise* do processo é uma *doença* vinculada a extirpar sua capacidade de atingir seus fins, o que ocorre com a extinção. Atrela essa concepção a uma anomalia, *verbis*: “verdadeira crise do processo só existe quando ele é extinto sem julgamento de mérito. [...] Enquanto a extinção com julgamento de mérito é uma realização, a extinção sem julgá-lo é um fracasso – e daí, crise” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 181). A extinção do processo representa o fracasso, a impossibilidade de o sistema processual oferecer resposta adequada aos anseios sociais. Por isso deve ser evitada. Deve

Importante destacar que existem graus dessa patologia. Nem pensamos tanto no processo arbitral que sequer se iniciou, tendo o vício sido detectado logo quando do pedido de instauração. Ou quando logo os árbitros aceitam o encargo e percebem problema insanável na convenção que os impede de prosseguir. Nestes casos, embora também não seja o ideal, o processo pouco tramitou, as partes pouco nele se envolveram, as expectativas e ansiedades sociais pouco se avolumaram. A situação fica realmente patológica quando há um processo arbitral transcorrido, com postulações exaustivas, nenhum apontamento de vício pelas partes, prova plenamente formada, mas os árbitros, no momento de julgar, de resolver a questão de fundo, notam o vício e concluem que o processo precisa ser extinto.⁴⁰⁴ É nesse sentido que usamos a expressão patologia. Uma situação assim deve ser vista como eminentemente excepcional.

Por outro lado, pensamos que os árbitros têm o dever de tentar sanar o vício para julgar o processo no mérito, suposto que dessa iniciativa não decorra prejuízo.⁴⁰⁵ Os árbitros têm uma possibilidade muito maior do que o juiz togado de usar uma visão prospectiva do processo. Sanatória no sentido de apenas e tão somente extinguir sem apreciar o mérito em situação claramente excepcional, em que o vício seja realmente incontornável. E, se o reconhecimento da mazela beneficiar aquele em favor de quem o mérito seria julgado, o árbitro deve seguir com sua missão e julgar no mérito (CPC, art. 249, § 2.º),⁴⁰⁶ pacificando o conflito.⁴⁰⁷ Falamos aqui do aproveitamento de atos, que, no processo arbitral, por todos os princípios já falados, em especial diante do poder dos árbitros sobre o procedimento, pode ser bem maior do que no processo judicial.

---

ser aceita somente em hipóteses restritas, quando o vício seja tão grave que seria impossível suprir a irregularidade, mostrando-se a extinção, mais cedo ou mais tarde, inevitável.

⁴⁰⁴ BARBOSA MOREIRA usa a expressão “teratologia forense” para o processo estatal (Efetividade do processo e técnica processual, p. 585).

⁴⁰⁵ Para BEDAQUE, “*finalidade e prejuízo* são idéias fundamentais à compreensão do sistema das nulidades processuais. Embora ambas possam representar fenômenos distintos, sua aplicação como mecanismos de determinação da relevância, ou não, da atipicidade do ato processual acaba por equipará-las, ao menos no que se refere aos resultados obtidos. Para verificação da nulidade tanto faz pensarmos em *prejuízo* como em *finalidade*. Qualquer um é suficiente para determinar a natureza do vício” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 437).

⁴⁰⁶ Utilizamos o dispositivo processual estatal porque pensamos haver nele regra principiológica de sanção de atos processuais, ou do confinamento das nulidades em prol do resultado de mérito, o que pode ser utilizado no processo arbitral.

⁴⁰⁷ Para PROTO PISANI, o elemento central quanto aos requisitos de forma e conteúdo é que o ato seja munido dos requisitos indispensáveis para atingir seu escopo (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 214).

Se a sentença extintiva é ruim para os escopos do processo judicial, é muito pior para o processo arbitral, que é formato para fugir das questões processuais e focalizar a estabilização material. Conforme apontamos antes, a teoria dos sistemas é finalista, voltada a equacionar questões e que a própria ideia de um sistema processual arbitral tem que estar alinhada com essa premissa. Ora, nada mais natural do que, em situações como a acima narrada, o sistema do processo arbitral se opere de modo a primordialmente resolver a questão de fundo, pacificar o conflito com definitividade. Não perpetuar incertezas.⁴⁰⁸

Trocando em exemplo claro para o processo arbitral, se o feito correu sem problemas, prova constituída e se somente no momento de julgar o árbitro nota que há um vício no tocante aos poderes que lhe foram conferidos pela convenção, que ele aceite o contraditório instalado como um ajuste tácito entre as partes relativamente àquele novo pleito. Uma alteração do objeto do processo pela mudança da convenção diante das razões e contrarrazões desenvolvidas pelas partes sobre aquela demanda superveniente. E que julgue no mérito, suposto que se sinta habilitado tecnicamente a tanto.⁴⁰⁹ A extinção seria medida patológica. Por outro lado, se for preciso alguma providência da parte, que o árbitro a envolva na questão, procurando sanar o problema.⁴¹⁰

Em suma, no geral, havendo possibilidade de superar o vício formal e julgar no mérito em favor de quem seria beneficiado pelo vício, que os árbitros procedam dessa forma. Sem uma postura mais ativa nesse sentido, a hipótese patológica, de um processo arbitral tramitar *doente* e não levar a resultado algum,⁴¹¹ será uma sombra sempre presente. E contra

---

⁴⁰⁸ Afinal, como disse CHIOVENDA, “Il vizio peggiore d’un sistema di forme processuali non è la sua complicazione, non le sue lungaggini; il vizio peggiore delle forme è l’incertezza e la sua discutibilità”. (*Saggi di diritto processuale*, v. 1, p. 374).

⁴⁰⁹ Mesmo no caso de vício no compromisso, em que o árbitro possa adotar uma postura sanatória do processo, análise que deve ser sempre do árbitro e apenas ao juiz togado *a posteriori*, se e quando ajuizada a demanda do art. 33. Em sentido contrário, MARCUS VINICIUS DA COSTA FERNANDES defende a possibilidade de propositura de ação declaratória de nulidade para que o Poder Judiciário analise as peculiaridades de cada caso e impeça a instauração do procedimento arbitral: “se essa situação puder ser atacada antes da prolação da sentença arbitral, como é o caso (*do art. 32, I da Lei de Arbitragem*), não há razão para que se guarde a prática de tal ato processual” (*Anulação da sentença arbitral*, p. 61). Essa possibilidade para nós é impedida pelo princípio da *kompetenz-kompetenz*, até porque aceitar a anulatória antes da propositura da demanda arbitral é conferir à parte poderosa arma antiarbitral, em uso distorcido do sistema do processo estatal, que deve funcionar em harmonia com o sistema arbitral, com mútuas influências, mas sem interferências, no sentido de convivência entre os sistemas.

⁴¹⁰ Até porque, como bem aponta DINAMARCO, “toda extinção do processo deve ser precedida de um debate entre as partes, comandado pelo juiz, porque isso é da essência da garantia constitucional do contraditório” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 182 – destaque do original).

⁴¹¹ DONALDO ARMELIN chama tais sentenças arbitrais de “anomalias relativamente ao escopo da arbitragem, pois não propiciam a esta o atingimento de seu escopo maior que é a resolução do litígio” (Notas sobre sentença parcial e arbitragem, p. 293).

ela o árbitro deve lutar, usando as premissas do sistema do processo arbitral, especialmente seu poder diretivo sobre o procedimento e a autonomia da vontade das partes, que muito poderão fazer para ajudar no saneamento de nulidades no curso do processo, pois a elas não interessa um julgamento que nada julgue.

3.4.1.3 *Sentença extra, ultra e citra petita*

Princípio da teoria geral do processo que se aplica, a fuga à adstrição entre a demanda e a sentença leva vícios à decisão, seja se ela concedeu diferente, a menor ou a maior do que o pedido.⁴¹² Até aqui nada de novo, nada de diferente quanto ao processo arbitral. No entanto, um primeiro aspecto que tem relação com o assunto e que demonstra certa peculiaridade do processo arbitral é que a vinculação do árbitro aos pedidos sofre também influência do que foi objeto da convenção.⁴¹³

Muito bem. Considerando nossa posição no item anterior sobre a necessidade de manutenção dos atos processuais arbitrais, calcada na necessária valorização do processo arbitral como instrumento realmente formatado para atingir situações substanciais da maneira mais ampla e eficiente possível, nosso ponto aqui é examinar como nos parece correto funcionar o *fechamento operacional* do mecanismo de anulabilidade da sentença arbitral nos caso de *extra*, *citra* ou *ultra petita*. Falamos em adotar princípio processual conhecido no processo estatal do confinamento das nulidades evitando que se comprometam todos os atos (CPC, art. 249, *caput*). No tema em questão, preservar capítulos da sentença arbitral quando ausente prejuízo (CPC, art. 249, § 1.º).

Embora a Lei de Arbitragem leve a entender que o reconhecimento da nulidade deve ser sempre total, no caso de julgamento *infra* ou *ultra petita*, pensamos ser possível a anulação parcial da sentença para efeito de apenas dela extrair o que não poderia ser objeto de decisão, que não constou da demanda. Não há dúvida de que a sentença *ultra petita* é mais

⁴¹² Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 292-294.

⁴¹³ Como diz NUNES PINTO, a sentença arbitral decorre de longo caminho que teve início com a convenção, no momento em que optaram pelo processo arbitral (Anulação de sentença arbitral *infra petita*, *extra petita* ou *ultra petita*, p. 269). Sendo mais específico, quer nos parecer que o vício da sentença arbitral decorrente de avançar além ou fora do que foi objeto da convenção levem a um vício atrelado à ausência do pressuposto processual da competência, de o árbitro julgar fora dos limites da convenção (art. 32, inc. IV). Cf. ARNOLDO WALD, *Os meios judiciais de controle da sentença arbitral*, p. 54.

simples de ser sanada do que a *extra petita*, mediante a anulação parcial da sentença, bastando que o juiz togado extraia da decisão o que tiver sido concedido a mais.⁴¹⁴ Há inclusive quem defenda a inexistência do capítulo da sentença que ultrapasse o pedido, sendo, portanto, desnecessária a demanda do art. 33 para corrigir o vício.⁴¹⁵ No caso da sentença *extra petita*, embora possível, a viabilidade dependerá de como se portarão os capítulos da sentença.⁴¹⁶

Quanto à sentença *citra petita*, afastada qualquer possibilidade de o juiz togado complementar o que falta na demanda do art. 33, pois a matéria em aberto é de competência exclusiva do árbitro.⁴¹⁷ Seria possível entender que, como não houve julgamento sobre aquele ou aqueles pedidos, não há decisão, não há coisa julgada arbitral. Logo, poderia o interessado simplesmente ajuizar nova demanda arbitral sobre o que não foi decidido, como ocorre no processo estatal. Mas o legislador arbitral fez uma opção de tornar anulável tal sentença, de modo que do reconhecimento da anulabilidade seja proferida nova decisão, com todos os pontos necessários. Em vez de autorizar uma nova demanda, com todo o desenrolar do processo desde o início, a anulação torna mais fácil a retomada do julgamento, pois todos os atos anteriores serão utilizados, bastando aos árbitros proferir nova decisão corrigindo o erro de omissão.

Seria possível perguntar se, como não houve decisão, não houve coisa julgada, passado o prazo da demanda anulatória, poderia o interessado ingressar com nova demanda arbitral apenas para buscar os pedidos não englobados pela sentença arbitral. Pensamos que a resposta é negativa. A opção do legislador foi bem clara: a omissão no julgamento de pedidos gera o direito de o prejudicado buscar a respectiva anulabilidade, mas pela via

⁴¹⁴ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 425; FERNANDES, *Anulação da sentença arbitral*, p. 88.

⁴¹⁵ Cf. CLÁVIO VALENÇA FILHO, *Sentença arbitral inexistente*, p. 367.

⁴¹⁶ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 425. Se os capítulos da sentença forem autônomos e facilmente identificáveis, não vemos problema na anulação parcial da sentença. Diferente seria a hipótese em que os capítulos englobados na decisão dependam dos capítulos que estejam fora. Nesse caso, em que não se consegue manter a estrutura da sentença com a retirada do que lhe é estranho (cf. DINAMARCO, *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*, p. 337), talvez a única alternativa seja mesmo a anulação de toda a sentença, para que os árbitros profiram outra, extraindo os capítulos fora da convenção e construindo outros capítulos que deles não sejam dependentes, em aplicação analógica ao princípio de conservação de atos do processo estatal (CPC, art. 248 – “anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes”).

⁴¹⁷ Cf. BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 316.

específica da demanda do art. 33, com todos os seus requisitos. Não o fazendo, não poderá ingressar com nova demanda arbitral.⁴¹⁸

Enfim, o enquadramento dos referidos vícios da sentença arbitral se aproxima, mas não se identifica com o que ocorre no processo estatal. Especialmente porque o sistema do processo arbitral regula de forma bem típica os meios e os efeitos da anulação da sentença. E nesse aspecto ele mostra seu *fechamento operacional*. E há também exemplo de *abertura cognitiva* do processo arbitral, na medida em que princípios e o próprio modelo com que se produz a decisão anulatória ocorrem no plano do processo estatal. Passemos agora a um ingrediente bastante conhecido e utilizado pelo processo arbitral, que também carrega influxos do processo estatal, especificamente do ordenamento atual de direito processual. Falamos da sentença parcial. Veja-se.

3.4.1.4 A sentença parcial

Conforme apontado antes, o conceito de sentença para o processo estatal foi alterado. Como o significado do que seja sentença no processo arbitral segue, em linhas gerais, o processo estatal, para aquele também mudou. Assim, qualquer decisão no curso do processo que leve a uma das consequências dos arts. 267 ou 269 do ordenamento processual será considerada sentença, conforme dispõe o parágrafo primeiro do art. 162 do mesmo ordenamento. E isso permite também falar em sentença arbitral parcial.⁴¹⁹ O ponto principal está em ultrapassar o dogma clássico da unidade da sentença, com o chamado fatiamento do mérito, e, com isso, trabalhar a sentença arbitral de forma útil ao processo.⁴²⁰ Antecipamos

⁴¹⁸ NUNES PINTO aponta que há autores que defendem não ser possível a ação de anulação se a parte não “prequestionou” a sentença *citra petita* perante o juízo arbitral mediante o uso do mecanismo do art. 30, o que caberia apenas no regime da Lei Modelo da Uncitral (arts. 33 e 34), uma vez que lá a sentença *citra petita* deve ser atacada no próprio juízo arbitral, não sendo causa de anulação da decisão (Anulação de sentença arbitral *infra petita*, *extra petita* ou *ultra petita*, p. 270). Entre nós, a Lei de Arbitragem não adotou a lei modelo para este efeito, cabendo ao interessado ingressar com a demanda anulatória.

⁴¹⁹ Segundo JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, “o laudo parcial consiste em decisão definitiva sobre parte das controvérsias objeto do processo arbitral, produzindo consequências imediatas para as partes, que ficam obrigadas a cumpri-lo. Assim, uma sentença é parcial em relação ao conjunto de controvérsias objeto da arbitragem, mas é final relativamente à matéria por ela decidida, devendo, por isso, preencher os mesmos requisitos da sentença final” (Sentença arbitral estrangeira, p. 146).

⁴²⁰ De início lembramos que mesmo o processo arbitral italiano, bem mais formalista que o nosso, conforme pudemos constatar em inúmeros trechos durante este trabalho, reconhece a sentença parcial judicial, donde se extrai que também haverá de ser a arbitral (CPC italiano, art. 277 – “Il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio. Tuttavia il collegio, anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell’articolo 187 primo comma, può

que não é o objetivo esgotar o tema, que traz certa controvérsia. Muito menos ingressar na discussão do processo judicial, o que levaria a ultrapassar os limites do trabalho. O objetivo é inserir a questão no plano de sistema que temos defendido.

A sentença parcial tem sido comum na prática arbitral, prevista em muitos regulamentos,⁴²¹ assim como na doutrina estrangeira.⁴²² Entre nós são inúmeros os que vêm defendendo a sua utilização já há algum tempo.⁴²³ De fato, situações concretas existem em que proferir uma decisão parcial sobre o mérito vem a bem da celeridade e racionalidade do processo arbitral,⁴²⁴ premissa que temos abordado com alguma insistência neste estudo. Como falamos ao tratar da efetividade do processo arbitral, seus mecanismos devem estar dispostos no sentido de tanto oferecer rapidez e objetividade quanto, principalmente, uma tutela mais adequada tecnicamente.⁴²⁵ E se os árbitros conseguem já resolver parte do litígio, passando a focalizar sua missão ao que sobrar, inegável que lhes restará mais disponibilidade para se aprofundarem na matéria restante e, com isso, entregar uma melhor decisão.⁴²⁶

A sentença parcial, a nosso ver, deve estar vinculada aos dois principais princípios do processo arbitral: a autonomia da vontade e o poder diretivo do procedimento pelo árbitro. Isso significa dizer que, se de um lado as partes querem, autorizam o árbitro a julgar parcialmente, o que inclusive pode ser feito já no termo de arbitragem, ou mesmo

---

limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria un'ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza"). A respeito, cf. RUBINO- SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, p. 476-478.

⁴²¹ Entre outros, UNCITRAL (art. 32, n. 1), CCI (art. 2.º, iii), LCIA (art. 26.7), AAA (art. 43) e Amcham (art. 13.1). Sobre o sistema da CCI para as sentenças parciais, cf. parecer de LUIZ OLAVO BAPTISTA (Sentença parcial em arbitragem, p. 190-195).

⁴²² Cf., entre outros, JACK COE JR., *International commercial arbitration: American principles and practice in a global context*, p. 285; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, p. 539 e ss.; BARBIERI e BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, p. 276; ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, p. 308; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 741-744 e; MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 150.

⁴²³ Cf. estudo de ARNOLDO WALD, que desde 2002 defende a aplicação da sentença parcial no Brasil, embora à época a tenha identificado com o regime de antecipações parciais de tutela (A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI, p. 341).

⁴²⁴ CARLOS NEHRING defende a ampla possibilidade da sentença parcial, inclusive trazendo variados casos concretos da CCI, desde 1982, cujas descrições seriam incabíveis aqui, mas em que a corte utilizou o mecanismo de forma bastante prática e útil (Sentenças parciais, p. 27-43). CARMONA cita exemplos práticos da utilidade da sentença arbitral, como questões societárias, contratos de trato continuado, *franchising*, em que os árbitros decidem antecipadamente sobre o término do contrato e mantêm o processo para a aferição dos *royalties* etc. (Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, p. 13-15).

⁴²⁵ Cf. BATISTA MARTINS, A arbitragem e o mito da sentença parcial, p. 284.

⁴²⁶ Lembremos que, conforme apontamos no item 2.2.4 do capítulo 2, a disponibilidade do árbitro é fator fundamental na integração do conceito de efetividade do processo arbitral.

antes dele, no compromisso arbitral, não há dúvida quanto à possibilidade da sentença parcial. Mas, mesmo que não autorizem, ou que se omitam, não vemos problema para que os árbitros também assim deliberem. Livre disposição do procedimento pelas partes, com possibilidade integrativa pelos árbitros na omissão (art. 21, § 1.º),⁴²⁷ sem infração a nenhuma regra ou princípio arbitral. Por outro lado, os árbitros somente devem passar a uma sentença parcial quando possível identificar a ausência de uma relação de prejudicialidade entre o que será decidido antecipadamente e o que sobrar. ⁴²⁸ Sem isso o julgamento não virá a bem do processo arbitral, mas em detrimento da segurança e qualidade da tutela dada. O que seria contrário a tudo o que defendemos em termos de um *fechamento operacional* seguro e eficiente.⁴²⁹

Nesta perspectiva, pode-se pensar se a possibilidade da sentença parcial decorre do próprio processo arbitral, se é a ele inerente, ou se passou a ser possível somente após as alterações do ordenamento do processo estatal quanto ao conceito de sentença. A defesa deste ponto de vista está calcada na ideia de que, se o conceito de sentença muda no processo estatal, passando a ser possível cindir o mérito, ocorre o mesmo no processo arbitral. Quer nos parecer que a questão da cindibilidade ou não da sentença estatal está relacionada com uma técnica processual da unicidade da decisão, visando evitar transtornos decorrentes de uma possível recorribilidade gradual e do conflito de decisões que disso poderia resultar. E a mudança da lei estatal não objetivou resolver ou alterar esse ponto. Na verdade, a mudança do conceito de sentença no processo estatal pouco ou nada se preocupou com a questão das sentenças parciais.⁴³⁰ A ideia foi alterar um conceito mesmo, tal qual o próprio ordenamento

⁴²⁷ “The parties may decide that the arbitrators shall rule on a particular aspect of a dispute (such as jurisdiction, the governing law or liability) by making a separate award, referred to as a partial award. [...] In the absence of an agreement between the parties on this matter, the arbitrators are responsible for deciding whether it is appropriate to decide by way of partial awards” (FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 741-742). Em sentido contrário, CARMONA entende que somente é possível se as partes autorizarem (Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, p. 21).

⁴²⁸ DONALDO ARMELIN defende que, mesmo antes da alteração da lei processual, “dúvidas não devem subsistir quanto à possibilidade desse fenômeno processual ocorrer em determinadas situações, não previstas expressamente na lei de regência”, mas condicionada do fato de que “aquela subordinada ao êxito da outra não se decida em primeiro lugar por sentença parcial”, ou, em outras palavras, “desde que se observe a relação de prejudicialidade ou de dependência das pretensões formuladas pela parte” (Notas sobre sentença parcial e arbitragem, p. 295).

⁴²⁹ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN apontam que “the question of whether it is appropriate to make a separate award on the applicable law also depends on the circumstances of the dispute” (*International commercial arbitration*, p. 743).

⁴³⁰ Tanto é verdade que CARMONA, em relato de como ocorreu a alteração processual, aponta que o legislador “distraidamente” optou por retornar ao modelo do Código de 1939, e que na verdade a intenção era adaptar o conceito de sentença ao novo regime de cumprimento de sentença (Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, p. 10 e 12).

processual já tinha antes. Tanto é verdade que não parece ter havido maiores preocupações com o sistema recursal estatal no tocante à confusão que decisões estatais parciais podem produzir. Ademais, mudar o conceito de sentença e, com isso, o princípio da sua unicidade não quer dizer que o mesmo princípio fosse também um dogma no processo arbitral. Muito ao contrário.

Conforme apontamos no capítulo 2 relativamente à integração do que seja devido processo legal arbitral, não são todos os princípios do processo estatal que migram para o processo arbitral.⁴³¹ Apenas aqueles escolhidos pelo sistema do processo arbitral e não impostos pelo processo estatal. Regras e dispositivos do ordenamento processual estatal, então, pouco ou nada influem no processo arbitral. Não fosse assim, este seria tão formal quanto o processo estatal, tendo sido demonstrado o contrário no item relativo à flexibilidade do procedimento arbitral. Em termos coerentes com a nossa premissa, se dispositivos variados do processo estatal viessem, o processo arbitral não seria um sistema. Existem de fato princípios do processo estatal que ingressam no processo arbitral, conforme vimos com abundância no capítulo 2. Mas eles se inserem desde que este sistema os acolha e os entenda como algo racional, funcional sob o ponto de vista sistêmico e, por isso, aproveitável. Esta é a ideia de *abertura cognitiva*, que complementa o *fechamento operacional*.

O sistema pode trazer conteúdos de outros sistemas para seu contingente, mas somente os tornará parte de seu conteúdo quando este elemento o permitir funcionar de uma melhor maneira. E também não deve fazê-lo quando esse ingresso não partir de sua iniciativa e vontade, sob pena de a influência se tornar vinculação, obrigação, o que é contrário ao conceito de sistema desenvolvido nesta tese. Se a técnica voltada à unidade da sentença, ou mesmo o princípio processual que estava por trás disso no regime anterior do processo estatal, não era conveniente para o próprio processo estatal, o que se dirá do processo arbitral, muito menos formal e dinâmico. Tem ele total autonomia para negar essa ingerência em seu funcionamento, até como forma de demonstrar sua autorreferência. Somente o sistema pode decidir o que forma o seu *fechamento operacional*. Se determinado elemento de outro sistema ingressa na sua realidade, isso se dá pela *abertura cognitiva*, mas sob o signo de um juízo valorativo realizado pelo próprio sistema. Se o possível novo ingrediente interessa ou

---

⁴³¹ Sobre a vinda de princípios do processo estatal ao arbitral, cf. CARMONA, Flexibilização do procedimento arbitral, p. 11.

não, a decisão é exclusivamente sua. Não pode ser imposta ou estar condicionada pelo outro sistema, sob pena de se concluir não haver autonomia e autorreferência ao primeiro.⁴³²

Disso redundava que, se as partes querem que o árbitro decida de forma parcial, e desde que este não veja nisso nenhum impedimento de ordem lógica quanto aos pedidos, não havendo relação prejudicial que o impeça,⁴³³ a decisão pode perfeitamente ocorrer. Não vemos nisso uma relação com a mudança no conceito de sentença. Do contrário, bastaria ao legislador processual estatal alterar novamente o conceito de sentença para que a sentença arbitral parcial voltasse a estar vedada. E parece que o processo arbitral não pode ficar à mercê das (*in*)definições do legislador do processo estatal, que, como dito, nem se sabe ao certo se permitiu deliberadamente a cisão do mérito.⁴³⁴ Corrobora isso o fato de poderem as partes eleger a regra material. E quem pode o mais pode o menos, também podendo desenhar o procedimento, adotando parcial ou integralmente algum modelo estrangeiro adepto da sentença parcial.

Ademais, tudo indica que nem mesmo a disposição do art. 29,⁴³⁵ prevendo o término da jurisdição do árbitro com a sentença, levaria à conclusão diferente. Primeiro porque não nos parece haver vinculação entre este dispositivo e qualquer regra ou princípio do processo estatal. Mudando ou não mudando o processo judicial, o dispositivo continuaria devendo ser interpretado sem demais influências estatais. Afora isso, nada demonstra que a intenção do dispositivo seja a de impedir sentenças parciais, mas apenas inserir um termo para a jurisdição do árbitro. Sentenças arbitrais parciais já existiam, não existindo informação

⁴³² Conforme desenvolvemos no item 1.2.1 do capítulo 1, LUHMANN desenvolve o que chama de *acoplamento estrutural*, o fenômeno no qual um sistema influencia no outro: “[...] el sistema no es una función de transformación que transforme siempre de la misma manera inputs in outputs, ni aun en el caso de que tal sistema se estructure a sí mismo por medio de programas condicionales. Así, en el sistema mismo los acoplamientos estructurales sólo pueden suscitar irritaciones, sorpresas y perturbaciones. Los conceptos de acoplamiento estructural y de irritación se encuentran condicionados entre si de manera recíproca” (*El derecho de la sociedad*, p. 353).

⁴³³ CARMONA, com razão, aponta a inconveniência de julgamentos contrários entre a primeira sentença (parcial) e a segunda no tocante à formação gradual da coisa julgada (Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, p. 23).

⁴³⁴ Isso tem relevo no momento em que, conforme apontamos antes (cf. capítulo 2, nota 110), atualmente se trabalha em um novo diploma processual. Assim, mudando novamente o conceito de sentença, passaria a novamente estar impedida a sentença parcial, conclusão com a qual não podemos concordar. E isso tem especial relevo diante da intenção de também promover alterações na Lei de Arbitragem via novo Código, o que somos contra, pois, com bem diz CARMONA, ainda não é o momento de alterar a Lei de Arbitragem, moderna, flexível e cada vez mais conhecida (Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, p. 17). Por outro lado, em leis mais recentes, como a Ley de Arbitraje espanhola 60/2003, há dispositivo expresso autorizando a sentença parcial (art. 37.1).

⁴³⁵ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem...”

de nulidades reconhecidas judicialmente. Havendo sentença para um determinado pedido, ou para alguns deles, de fato existirá o término da jurisdição arbitral para aquele pedaço da demanda, mantendo-se hígida a atividade jurisdicional quanto aos demais.

Outro possível óbice à sentença arbitral parcial estaria na vedação ao julgamento *citra petita* (art. 32, inc. V), tratado no item anterior. De pronto anotamos que a regra não incide. O julgamento parcial não é julgamento de parte de um pedido, como se fosse um julgamento viciado por não ter analisado aquele pedido em sua forma plena. Trata-se de técnica voltada a resolver pedidos integrais em si próprios, embora parciais em relação ao grupo de pedidos. O pedido parcial é completo quando julgado antecipadamente. Não é parte do pedido que se julga, mas determinado ou determinados pedidos de maneira completa, ainda que parcialmente em relação ao todo. Logo, está claro que não incide a vedação do julgamento *citra petita*. A menos que, a pretexto de se julgar antecipadamente parte dos pedidos, julgue-se também mal o pedido antecipado, não o analisando em sua integralidade.

Seja como for, a prática tem demonstrado a aplicabilidade da sentença arbitral parcial. O que, aliás, não ocorre no processo estatal, em que a polêmica, como sempre, está longe de terminar, com prejuízo de todos, diante da insegurança jurídica produzida, em especial no tocante à pletora de recursos incertos contra decisões parciais ou não. Para finalizar, aspecto que chama a atenção no tocante à *abertura cognitiva* do processo arbitral se relaciona com a eventual anulação da sentença parcial e seus efeitos ao processo arbitral que continue a tramitar. Neste caso, não se pode negar a relação direta de influência entre os dois sistemas, em exercício de abertura cognitiva, com resultados que somente a prática irá demonstrar.⁴³⁶ O mesmo ocorrerá com o cumprimento da sentença parcial enquanto ainda pendente o processo arbitral no tocante aos demais pedidos, em outra relação entre os sistemas do processo arbitral e estatal que deverá ser acompanhada de perto, justamente para que o uso de um instrumento prático de concreta utilidade não se torne um meio da parte vencida e não convencida para atacar o processo arbitral com medida antiprocessual produzida no bojo do processo estatal, o que é e sempre será indesejado. Não é para oferecer ao sucumbente

---

⁴³⁶ Cf. CARMONA, Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, p. 23. O jurista ainda registra a possibilidade de o autor da demanda anulatória da sentença parcial pleitear uma medida antecipatória de tutela que prejudique a tramitação do processo arbitral ainda em curso (Ibidem, p. 24). De fato o risco existe, mas reputamos pouco provável que o juiz togado interfira, principalmente liminarmente, no processo em curso, tendo em vista que há sentença de mérito, ainda que parcial, contrária à pretensão do autor da anulatória.

mais um meio de retardar o processo arbitral que se pensou na sentença arbitral, mas, ao contrário, franquear ao detentor do direito material uma satisfação antecipada. Celeridade, assim como maior praticidade e objetividade, quanto aos pedidos que necessitem de maior dilação probatória, a bem da qualidade da tutela.

Feitas as considerações que entendemos suficientes para inserir a questão da sentença parcial no conceito de sistema defendido, ficou claro o trato da questão à luz dessa concepção, a demonstrar, mais uma vez, que o processo arbitral é autônomo em relação ao processo estatal e, por isso, é um sistema. Passemos a seguir a analisar aspecto dos limites da sentença também sob essa perspectiva. Veja-se.

3.4.1.5 *A decisão sobre questão constitucional*

O árbitro pode se deparar com questões constitucionais no curso do processo. É o que ocorre com a arguição pela parte de que determinado texto que deverá ser utilizado no julgamento é inconstitucional. Como juiz de fato e de direito, estando atrelado ao direito material escolhido pelas partes, terá que apreciar a alegação de vício constitucional.⁴³⁷ Sua análise se voltará a saber se a mazela quanto ao direito material atacado ocorre ou não. Sua atividade nesse especial é igual à de todo e qualquer juiz no controle difuso de constitucionalidade. Mesmo que o árbitro esteja autorizado a julgar por equidade, nada impede que uma parte alegue determinado direito e a outra o inquine de contrário à ordem constitucional, o acontece, por exemplo, quando as partes estipulam no mesmo contrato a autorização para que o árbitro julgue por equidade com a eleição de algum elemento de direito material.⁴³⁸

---

⁴³⁷ A questão parece singela, mas SCHIZZEROTTO pontua que “dunque gli arbitri dovrebbero applicare una norma anche se apparisse loro incostituzionale in modo macroscopico? Basta aver posto l’interrogativo per rilevare l’infondatezza della tesi. [...] Anche gli arbitri, volta che da una o da entrambe le parti sai sollevata la questione di illegittimità costituzionale della legge che sono chiamati ad applicare, o quando ritengono di sollevarla essi stessi d’ufficio, debbono vagliare la rilevanza della questione nel giudizio ad essi affidato” (*Dell’arbitrato*, p. 490-491).

⁴³⁸ No que MATTHIEU DE BOISSÉSON apontou como *aparente contrariedade*, defendendo sua possibilidade (*Le droit français de l’arbitrage*, p. 314). Por sua vez, para o jurista espanhol CORDÓN MORENO o tema somente pode surgir no julgamento arbitral em que tenha havido a prévia eleição de alguma lei posteriormente repustada inconstitucional (*El arbitraje de derecho privado*, p. 245).

Evidentemente que essa análise dependerá de qual regime de direito material se está a falar, se o direito escolhido é o brasileiro ou estrangeiro. Mas o fato é que essa atividade de verificação da ordem constitucional de maneira difusa é inerente à atividade jurisdicional, da qual o árbitro não escapa. A análise, por ser difusa, ocorre *incidenter tantum*.⁴³⁹ A inconstitucionalidade sempre surgirá como questão de direito controvertida.⁴⁴⁰ O árbitro a apreciará nas razões de decidir sobre determinado pedido. Pode ser, inclusive, que aquele contra quem o reconhecimento do vício constitucional ocorra seja o vencedor da demanda, por outros fundamentos.

Considerando que ao árbitro cabe o controle difuso da constitucionalidade, lido como controle do que ele entenda como constitucional ou não para aquele processo arbitral, resta saber quais serão as consequências da sua decisão sobre a matéria constitucional. Existem dois panoramas. No primeiro, mais simples, a decisão sobre a questão constitucional poderá ocorrer no curso do processo, e contra ela nada poderá ser feito até a sentença arbitral.⁴⁴¹ No segundo, o árbitro analisa a questão constitucional na fundamentação de sua sentença. Este segundo panorama merece maior atenção. Seriam duas as alternativas ao prejudicado. A demanda do art. 33 e a impugnação ao cumprimento da sentença arbitral (CPC, art. 475-L). Desconsideramos outras alternativas, por exemplo, a que reputa possível o uso de recurso extraordinário contra sentença arbitral inquinada de vício constitucional,⁴⁴² pois em confronto direto com o sistema do processo arbitral.

⁴³⁹ Na esfera do processo estatal, publicamos estudo sobre o controle difuso de constitucionalidade no processo coletivo justamente com o enfoque de que atividade *incidenter tantum* do juiz, que, do contrário, tornaria a coisa julgada sobre pedido de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* semelhantes ao controle concentrado, privativo do Supremo (cf. nosso A ação civil pública e o controle de constitucionalidade).

⁴⁴⁰ SCHIZZEROTTO aborda a questão, inclusive com análise do art. 819 do Codice di Procedura Civile, que regra genericamente as matérias prejudiciais. O jurista de Milão rejeita a possibilidade de suspender o processo para remessa à Corte constitucional, mas que isso se dê pela via incidental (*Dell'arbitrato*, p. 490-491).

⁴⁴¹ A despeito de restrita posição doutrinária que aceita a impetração do mandado de segurança contra ato arbitral no curso do processo (cf. WALD e FONSECA, O mandado de segurança e a arbitragem, p. 12-15). No mesmo sentido, SILVA FILHO defende que “as decisões proferidas no curso da arbitragem são atos jurídicos que podem ser questionados em juízo, como qualquer outro. O fato de terem sido produzidas incidentalmente, ao longo do procedimento, não representa salvo-conduto e tampouco lhes convalida ou resgata a validade, quando nulas” (Processo civil: um anticristo na arbitragem, p. 16). Como temos defendido, o sistema do processo arbitral é fechado no tocante à recorribilidade de interlocutórias e à concentração de impugnações para depois da sentença. Tal é uma decorrência de seu funcionamento como sistema. Ele não pode sofrer interferências em seu conteúdo, seja no trâmite, seja depois da sentença. A única análise que se possa fazer é *a posteriori* e sobre aspectos procedimentais do processo. Este é o sentido do sistema arbitral no tocante ao controle de suas decisões.

⁴⁴² Não nos parece correta a defesa análoga ao que ocorreu com os juizados especiais cíveis, de julgamento inconstitucional em única instância, viabilizando-se o recurso extraordinário contra a sentença arbitral com fundamento no art. 102, inc. III, da CF (cf. SILVA FILHO, Ibidem). Os meios disponíveis de ataque judicial são dois, voltados à anulabilidade, tratados no texto acima.

A primeira pergunta é saber se o vício de inconstitucionalidade poderia ser objeto da demanda do art. 33. Coerente com o que temos defendido, o sistema do processo arbitral possui um elenco de institutos próprios se comparados com o processo judicial. Analisá-los sob a ótica deste último é um convite ao erro sistêmico, gerando desvios em prejuízo do seu funcionamento e em movimento de confusão entre os dois sistemas, com prejuízo a ambos. O rol dos motivos de anulabilidade do art. 32 é taxativo.⁴⁴³ E nele não vemos possibilidade de enquadramento da hipótese de julgamento crivado por vício constitucional. Se o árbitro afastou em suas razões de decidir determinadas lei, por entendê-la inconstitucional, ou se a adotou, enquanto a parte a reputa inconstitucional, é questão de mérito tratada na fundamentação da sentença arbitral, impassível de revisão pela demanda do art. 33.⁴⁴⁴

A única possibilidade possível, embora pouco convincente quanto ao êxito, seria utilizar a demanda de maneira um tanto reflexa, para defender que o vício estaria na fundamentação da decisão e, portanto, tornando-a anulável (art. 26, inc. II, e art. 32, inc. III).⁴⁴⁵ Mas sempre é bom lembrar que o vício de fundamentação apto a ensejar a anulabilidade está atrelado à forma e não ao conteúdo. Tudo o que se voltar ao conteúdo das razões de decidir fugirá desse escopo e impedirá a procedência da demanda. Não pode o juiz togado decidir se o árbitro deveria ter escolhido esta ou aquela razão para decidir.⁴⁴⁶ Pode, se tanto, em situações claras de vício grave, quando não há motivação mínima, concluir que não houve motivação para acolher determinado pedido. Anular por não haver motivação, mas não porque ela se encontra deste ou daquele modo, ou que as razões estão corretas ou equivocadas.⁴⁴⁷ Logo, afora quando não houver fundamentação, caso em que este será

⁴⁴³ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 399.

⁴⁴⁴ CORDÓN MORENO aponta que mesmo para os que defendem a impossibilidade de o árbitro conhecer de questão constitucional, em atuação que estaria restrita ao órgão judicial, caso isso ocorra, a questão fica superada, diante da impossibilidade do juiz togado analisar o mérito da sentença arbitral para fim de anulá-la, pois, como diz, “no entra dentro de la jurisdicción del órgano judicial la revisión de la cuestión de fondo del laudo” (*El arbitraje de derecho privado*, p. 246).

⁴⁴⁵ É o exemplo dado pelo jurista espanhol ANTONIO NAVARRETE, ao vincular a hipótese à ordem pública, no sentido de que “la vulneración del orden público sólo es posible, por tanto, cuando el árbitro haya pronunciado su laudo arbitral con clara infracción de derechos fundamentales” [...] e continua, ao vincular essa violação às garantias constitucionais do processo do art. 24 da CF espanhola, em que se situa o dever de motivação (Garantías ordinarias *versus* garantías constitucionales en el arbitraje, p. 234-235).

⁴⁴⁶ O STJ confirmou que o Judiciário não pode analisar o mérito da sentença arbitral no julgamento do REsp 693.219/PR, 3.^a Turma, Rel. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005.

⁴⁴⁷ Como diz BATISTA MARTINS, “não é de sua natureza a revisão do mérito da controvérsia” (Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 313).

o fundamento da anulabilidade, é incabível a demanda do art. 33 contra sentença arbitral atacada como inconstitucional em seu conteúdo.⁴⁴⁸

Resta saber se poderia a parte arguir a questão na impugnação ao cumprimento da sentença arbitral. De início é bom lembrar que ao devedor se confere a possibilidade de cumular na impugnação as matérias do art. 475-L do Código de Processo Civil com as do art. 32 se a impugnação ocorrer dentro do prazo de 90 dias para o ingresso da demanda do art. 33, o que pode se dar se a execução se iniciar imediatamente após a prolação da sentença arbitral. Superado tal prazo, ao devedor somente caberão as matérias do ordenamento processual estatal, pois esta é a estrutura lógica do sistema do processo arbitral no tocante às anulabilidades, que necessariamente devem ser suscitadas no prazo decadencial descrito na Lei de Arbitragem.⁴⁴⁹ E a sentença arbitral que viole a Constituição não consta de nenhum dos incisos do art. 475-L do diploma processual.⁴⁵⁰ Logo, pela dicção da lei processual, a sentença materialmente contrária à Constituição não pode ser objeto de anulação via impugnação ao seu cumprimento. E nem poderia ser diferente, pois quanto ao mérito a decisão dos árbitros é soberana.

A única exceção parece estar na hipótese contemplada pelo parágrafo 1.º do art. 475-L do diploma processual. Vale dizer, a consideração, como inexigível, da sentença arbitral fundada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A situação é bem diferente daquela em que a parte alega estar a sentença arbitral em contrariedade com a Constituição. Ou que o árbitro adotou interpretação do direito material com ela incompatível segundo a leitura constitucional que a parte faz da norma. O que o parágrafo em questão trata é da efetiva declaração de inconstitucionalidade em julgamento abstrato pelo Supremo. Esta

⁴⁴⁸ RICARDO RAMALHO ALMEIDA aponta que, “notadamente, inexistente qualquer dispositivo, específico ou geral, que diga respeito à ordem pública material, isto é, a questões relacionadas ao mérito da causa”. Por outro lado, sustenta que em casos excepcionais deve-se admitir tal extensão, considerando princípios de acesso à justiça e de ampla defesa. Defende que, “embora *contra legem*, é mais conforme a Constituição”. Cita exemplos como se a decisão fosse juridicamente intolerável, com preceitos de ordem pública invocados e decididos pelo árbitro, fundamentando a decisão “de forma irracional e ilógica” ou de forma deficiente (A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública, p. 267). Discordamos de tal posição. Pensamos que em todos estes momentos o que haveria seria uma análise meritória da decisão arbitral, absolutamente inaceitável, sob pena de desestruturar todo o mecanismo de anulabilidade criado pelo sistema do processo arbitral, de desestabilizar seu fechamento operacional no que respeita ao controle da decisão arbitral com argumentos genéricos e subjetivos.

⁴⁴⁹ Nesse sentido, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 429-430.

⁴⁵⁰ Os incisos I a VI cuidam, respectivamente, de vícios na citação, inexigibilidade do título, penhora ou avaliação incorreta, ilegitimidade de parte, excesso de execução e qualquer causa impeditiva ou modificativa da obrigação (pagamento/novação/compensação etc.) superveniente à sentença.

declaração há que ser contemporânea e tornada pública antes da apresentação da impugnação. Embora o contexto aqui se relacione com o título executivo judicial formado pela sentença arbitral, e não com ela propriamente dita, não se pode negar que o juiz togado passa por uma análise do conteúdo da decisão arbitral, da sua fundamentação considerada inconstitucional, ainda que sem julgar o mérito.⁴⁵¹ Apesar disso, o efeito da aplicação do dispositivo será apenas e tão somente o de tornar inexigível o título executivo, vedado qualquer ingerência quanto ao mérito da demanda arbitral.⁴⁵²

Em contrapartida, diferente parece ser a hipótese em que as partes elegeram a lei material de regência ao tempo em que a declaração de sua inconstitucionalidade já tiver ocorrido. Nesse caso a autonomia da vontade deve prevalecer. Se elegeram lei inconstitucional, é problema das partes. Fizeram-no conscientemente. Optaram e não caberá ao árbitro afastar o texto, colhendo as partes o resultado que desse julgamento advier. Não caberia, portanto, alegação posterior de inconstitucionalidade do vencido, sob pena, também, de incorrer em comportamento contraditório.

Seja como for, a questão pode se restringir apenas ao campo da teoria, não tendo notícias de precedentes e mesmo comentários pela doutrina pesquisada. De qualquer forma, a lei estabeleceu situação de embargabilidade (impugnação) de toda e qualquer sentença em sede de cumprimento, parecendo-nos que por trás do art. 475-L, parágrafo primeiro, há uma preocupação do legislador com a isonomia e a igualdade. Sendo a sentença arbitral sentença como outra qualquer, nela incide a hipótese da arguição de inconstitucionalidade pela via da impugnação quando houver declaração com efeitos abstratos pelo Supremo.⁴⁵³ Mas convenhamos que será de difícil constatação fática, até porque a sentença arbitral teria que estar fundamentada e depender apenas da matéria de direito material considerada

⁴⁵¹ Em outra situação de anulabilidade o juiz togado se aproxima do mérito da demanda arbitral, mas sem julgá-lo. E o faz para simplesmente poder concluir se o vício apontado existe ou não. É o que ocorre nos casos de sentença proferida fora dos limites da convenção. Ali ele terá que analisar o que foi a demanda e o que foi o decidido, passando pelo mérito para concluir sobre a anulabilidade, embora sem poder rejeitá-lo (art. 32, inc. IV),

⁴⁵² A despeito de alguma divergência na doutrina, com posições entendendo possível um novo juízo de mérito nesta decisão (cf. PAULO LUCON, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1611), estamos de acordo com MARCOS MONTORO, no sentido de que o julgamento se restringirá a retirar a eficácia da sentença (Interesse em recorrer contra a fundamentação da sentença, com objetivo de evitar eventual aplicação do § 1.º do art. 475-L ou do parágrafo único do art. 471, ambos do CPC, p. 255-256).

⁴⁵³ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 457-458. Em sentido contrário, PAULO LUCON defende que a decisão declaratória em controle incidental também cabe no controle difuso (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 1610). No mesmo sentido já decidiu o STJ (REsp 819.850, 1.ª Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 19.06.2006).

inconstitucional.⁴⁵⁴ Seja como for, esta hipótese traz mais um claro momento em que os sistemas do processo arbitral e do judicial trocam mútuas influências em *abertura cognitiva*. E não só isso. Também no tocante ao *fechamento operacional* o processo arbitral possui um modo bem particular de lidar com a questão constitucional, conforme procuramos abordar. Da análise da questão constitucional passamos a tratar da relação entre o julgamento e a súmula vinculante, conforme segue.

3.4.1.6 O julgamento e a súmula vinculante

A situação analisada guarda certa semelhança com a acima exposta, pois em ambas o que se questiona é a atividade do árbitro perante o pronunciamento do órgão máximo do sistema processual estatal, o Supremo Tribunal Federal. A diferença em relação ao dispositivo processual objeto do item acima é que uma coisa é o mérito, outra é a execução. O que o diploma processual estabeleceu no caso do art. 475-L, parágrafo primeiro, foi um caso de impugnação de toda e qualquer sentença em sede de execução. A sentença arbitral é sentença (título judicial), submetendo-se, portanto, ao regramento de todos os títulos executivos judiciais. A questão do efeito vinculante é diversa: condiciona o julgamento do mérito. Ocorre que no processo arbitral, quanto ao mérito, os árbitros são soberanos, enquanto na fase de cumprimento não se discute o mérito. São, portanto, coisas diferentes. Nosso objetivo aqui é analisar como a súmula vinculante pode participar da cognição do árbitro e como ela se comporta diante da ideia de sistema processual arbitral.

Questão inicial é saber se o árbitro, quando obrigado a julgar segundo regras de direito, estaria obrigado a aplicar determinada súmula vinculante, como ocorre com o juiz. O tema não é recorrente na doutrina.⁴⁵⁵ A primeira observação é a de ser de todo conveniente

⁴⁵⁴ Até por ter um efeito rescisório, de declarar a “inexistência do direito material sobre o qual se funda o título executivo”. Como anota PAULO LUCON, embora, como aponta ainda ele, não será qualquer declaração que desconstituirá o título, isso não ocorrendo em casos em que haja outros fundamentos que sustentem a decisão independentemente da lei inquinada por inconstitucional (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 1610-1611).

⁴⁵⁵ Tratamos do assunto em sede de monografia, embora com reflexões voltadas à questão dos precedentes, e não do funcionamento do sistema do processo arbitral (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 107 e ss.). JULIA DINAMARCO também o abordou sob o enfoque da teoria dos precedentes, e não da formação sistêmica do processo arbitral (O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente).

e esperado que o árbitro aplique, como o faz com a lei, a súmula vinculante. A dúvida surge a partir do momento em que ele se recusa a fazê-lo.

Não nos parece que o árbitro esteja obrigado pela súmula vinculante. Ainda que cause estranheza a alguns, nada há a se fazer em caso tal. Obviamente não cabe recurso. Tampouco é possível a demanda do art. 33. Em resumo, é o mesmo que ocorre quando o árbitro julga mal o direito, quando julga contrariamente à lei. Não é possível anular a sentença, pois que, repetimos, esta demanda não visa atacar erros *in judicando*, mas apenas anulabilidades *in procedendo*. Logo, o fato é que a súmula vinculante obriga ao juiz, mas não ao árbitro. O motivo é simples: o tão repetido princípio fundamental do sistema do processo arbitral, que não se encontra no judicial, da autonomia da vontade. Quando opta pelo processo arbitral, a parte se sujeita a eventualmente não ter um julgamento conforme uma súmula vinculante que poderia lhe favorecer. Assim como ocorre com a lei. A parte escolhe com liberdade, com suas vantagens, mas também com riscos quanto à liberdade de julgar o mérito pelos árbitros.

Em verdade, esse risco é uma vantagem do processo arbitral, pois redundaria em dizer que ele terá apenas um julgamento e, com isso, será mais célere. Este é um dado do *fechamento operacional* do processo arbitral. E é também de *abertura cognitiva*, de influência e não de interferência, pois que a súmula vinculante até poderá ser utilizada pelos árbitros em suas razões de decidir, se quiserem, se visualizarem no caminho posto pela súmula uma maneira de bem julgar,⁴⁵⁶ mas isso não quer dizer que eles não poderão tomar uma direção totalmente diferente à qual chegou o Supremo quando a elaborou. Afinal, sempre é bom lembrar, quanto ao mérito os árbitros são soberanos, não estando vinculados a nenhum prévio juízo, principalmente de outro sistema processual, ainda que de seu órgão máximo.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ RUBINO-SAMMARTANO trata desse efeito como uma “*efficacia vincolante psicologicamente*” (*Il diritto dell’arbitrato interno*, p. 480).

⁴⁵⁷ Aspecto que está diretamente relacionado com o que tratamos antes sobre a flexibilidade do procedimento arbitral diante da autonomia das partes é o seguinte: embora o árbitro não esteja vinculado à súmula, as partes podem convencionar um modelo processual no qual a súmula vinculante desempenhe papel diferente. É possível que as partes convencionem que o árbitro deve julgar de acordo com eventual e futura súmula vinculante sobre o tema, inclusive criando mecanismos recursais internos ao procedimento com um específico escopo de controlar eventual negativa do árbitro, até mesmo criando a hipótese de julgamento recursal monocrático em tais situações, à semelhança, no processo estatal, dos recursos contrários à chamada jurisprudência dominante. Ainda seria possível questionar quanto ao art. 29 da lei (“*proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem*”). O argumento seria o de que, se está terminada a arbitragem com a sentença, nada poderia acontecer depois disso no seu âmbito. Ora, tendo sempre em vista a autonomia da vontade, a lei de arbitragem não proíbe a criação de recursos internos, mas apenas a possibilidade de se valer da via judiciária. Ademais, a norma contida no art. 29 deve ser lida de forma

3.4.1.7 O julgamento por equidade

Outra característica do processo arbitral no tocante ao julgamento o diferencia do processo estatal, deixando clara a amplitude da autonomia da vontade. Trata-se da autorização para que os árbitros julguem por equidade⁴⁵⁸ (art. 2.º, *caput*).⁴⁵⁹ O julgamento por equidade correspondente a conferir ao julgador uma moldura amplíssima na qual poderá pintar sua convicção acerca do litígio,⁴⁶⁰ inclusive para julgar contra a lei.⁴⁶¹

No sistema do processo arbitral existem maiores condições para que haja o julgamento por equidade. Até porque são bem ricas as fontes de direito que lhe influenciam,⁴⁶² como trabalhamos no capítulo 2 sobre a relação do sistema do processo arbitral com o sistema de direito material. É o caso, por exemplo, do uso de regras de comércio, expedientes consolidados nas melhores práticas de determinada atividade, princípios gerais de direito, como a *lex mercatoria* expressa na lei (art. 2.º, § 2.º), afastando parcial ou totalmente o critério de direito.⁴⁶³

Um aspecto relevante do julgamento por equidade é que a sua autorização não significa salvo-conduto para que o árbitro julgue arbitrariamente. Terá que fundamentar sua decisão, sob pena de anulação (art. 32, inc. III).⁴⁶⁴ Mas seria possível perguntar: se o árbitro

---

compatível com a elasticidade típica do procedimento arbitral: a interpretação de sentença deve ser em seu sentido lato. Assim, havendo procedimento recursal contratual desenhado no procedimento, a extinção da arbitragem, para a dicção da lei, somente ocorrerá com o esgotamento do rito, com o julgamento ou com a simples não interposição do recurso interno.

⁴⁵⁸ Sobre a aceção de equidade, cf. SELMA FERREIRA LEMES, A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado, p. 193-195.

⁴⁵⁹ MARTIM DELLA VALLE defende que a arbitragem por equidade é tão peculiar que pode ser enquadrada como uma espécie no gênero arbitragem (*Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional*, p. 50 e ss.).

⁴⁶⁰ MARTIM DELLA VALLE aponta que a equidade traz a busca por uma justiça mais intuitiva do que técnica, voltada à boa-fé e à proporcionalidade (*Ibidem*, p. 407).

⁴⁶¹ Trata-se de autorização, faculdade, e não obrigação, sendo perfeitamente possível que o árbitro reputar mais conveniente ou adequado julgar conforme determinada norma, se a subsunção lhe fizer sentido em termos de justiça (nesse sentido, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 66). Sobre os problemas da escolha simultânea de regra de direito, cf. MARTIM DELLA VALLE, *Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional*, p. 149-152.

⁴⁶² MATTHIEU DE BOISSÉSON trata da equidade com um fim de pesquisa sobre as fontes do direito (*Le droit français de l'arbitrage*, p. 298).

⁴⁶³ Cf. SELMA FERREIRA LEMES, A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado, p. 190.

⁴⁶⁴ Mas não é em todo lugar assim. Na Espanha, por exemplo, a Ley de Arbitraje 60/2003 confere às partes a faculdade de poder escolher a sentença sem motivação: “art. 37.4. El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”. CORDÓN MORENO aponta que na arbitragem por

não está obrigado a se fundar na lei, como irá motivar? Tal questão remontaria à vinculação entre direito e norma, o que, por tudo o que expusemos no capítulo 1, fica claro não nos convencer. O conceito de sistema para o direito é refratário a operações lógicas e rígidas de subsunção. O árbitro até poderá se fundar na lei para julgar, mas desde que isso seja suficiente para sua convicção em termos de senso de acoplamento entre o fato, a norma e seu sentimento do justo.⁴⁶⁵ Pode ser, inclusive, que a fundamentação no julgamento por equidade seja até mais importante do que no julgamento por direito. Os árbitros precisarão convencer as partes de que aquele é o senso correto de equilíbrio, de boa solução, de justiça. O que certamente não é tarefa fácil.

De qualquer sorte, talvez o árbitro sempre possa julgar com algum grau de equidade. A despeito de a regra eleita ser o julgamento por direito, em alguma medida ele irá temperar a norma, adequá-la à situação concreta de uma forma mais elástica, de acordo com influxos que no processo estatal formam um conceito de integração do texto (CPC, art. 126).⁴⁶⁶ Poderia surpreender a afirmação, na medida em que, se partes elegem julgamento por direito, o árbitro atue também por equidade.⁴⁶⁷ Ocorre que mesmo nos julgamentos de direito o árbitro, em alguma medida, poderá aplicar a equidade,⁴⁶⁸ como o fazem também os juízes togados. E isso não será passível de controle, uma vez que os árbitros são senhores do mérito, não havendo hipótese de revisão do julgado arbitral por conta de um eventual deslize equitativo. Não cabe a demanda anulatória, assim como a defesa por via de impugnação ao cumprimento.

---

equidade isso acaba ocorrendo, obedecendo a uma tradição do direito espanhol (*El arbitraje de derecho privado*, p. 237). O mesmo ocorre no direito inglês (Arbitration Act de 1996, art. 52).

⁴⁶⁵ Cf. CARLOS EDUARDO DE VASCONCELOS, Problemas na arbitragem por equidade, p. 59. SELMA FERREIRA LEMES ensina que o árbitro deverá mostrar adequadamente “as razões de prudência, a equidade e lógica da decisão”, sendo que “a fundamentação deve observar um processo lógico-racional, respaldada preponderantemente na forma de como o árbitro apreciou os fatos e de acordo com o seu bom-senso jurídico” (A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado, p. 215-216). No mesmo sentido, cf. MARTIM DELLA VALLE, *Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional*, p. 172-173.

⁴⁶⁶ CARMONA, por exemplo, cita que no julgamento por equidade o julgador poderá, com maior largueza, eleger situações não escolhidas pelo legislador, ou superar a norma porque ela não acompanha a realidade, ou envelheceu etc. (*Arbitragem e processo*, p. 65).

⁴⁶⁷ Na arbitragem internacional, é o que se conhece por julgamento com princípios de equidade (cf. SELMA FERREIRA LEMES, A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado, p. 191).

⁴⁶⁸ Na CCI, por exemplo, há regra expressa de que os árbitros considerarão os usos e costumes comerciais mesmo nos processos com julgamento por direito (art. 17, n. 2), o mesmo ocorrendo na Ley de Arbitraje espanhola (Lei 60/2003, art. 34). BERNARD HANOTIAU, por exemplo, diz que “the equities that appear from the underlying facts are likely to be far more important to the outcome than which theory of law is advanced” (*Complex arbitrations*, p. 48).

As partes precisam confiar que o árbitro eleito irá obedecer à vontade manifestada quando do início do processo e que não julgará por equidade. Mas, se isso ocorrer em alguma medida, a questão se insere nos deveres gerais de bem julgar, ou na obrigação moral de assim proceder, sendo vício de mérito impassível de impugnação. E as partes terão que conviver com um julgamento que, sob o ponto de vista de premissa, e não necessariamente do conteúdo, foi equivocado. No entanto, uma ressalva é importante: falamos de um nível de interpretação da lei, não da sua frontal violação. Não defendemos que se as partes elegeram julgamento por critério de direito o árbitro poderá julgar por equidade. Não tratamos da equidade substitutiva. Neste caso, se as partes elegeram o julgamento por direito e se os árbitros passam a julgar claramente pela equidade substitutiva, parece-nos que estará presente a hipótese do inciso IV do art. 32, sendo a sentença anulável por contrariar os limites da convenção.⁴⁶⁹

Talvez seja por todos os inconvenientes que podem decorrer da eleição do julgamento por equidade que o instituto não seja utilizado, não sendo aconselhável sua escolha.⁴⁷⁰ Embora existam situações que eventualmente podem se mostrar mais propícias à equidade, como na *lex mercatoria* para situações específicas,⁴⁷¹ ou quando haja gritante preponderância de questões fáticas,⁴⁷² especialmente circunstâncias sujeitas a eventos futuros e incertos,⁴⁷³ tudo poderá se resumir a um grande estado de incerteza, ansiedade e, por fim,

⁴⁶⁹ Neste aspecto, releva lembrar o que falamos no capítulo 2 acerca da natureza eminentemente contenciosa da jurisdição do árbitro (item 2.2.2 *supra*). É dizer, a partir do momento em que o árbitro foi eleito para julgar conforme o direito, sua principal tarefa não será a de compor interesses, de adequar situações, de acomodar desentendimentos, enfim, de ser um grande intermediador entre os interessados no negócio jurídico controvertido, pouco importando o direito material. Não, o árbitro eleito para atuar pelo critério de direito tem como função *julgar*, tal qual o juiz togado, nos exatos termos do art. 18. Nesse sentido, CARMONA bem aponta que os árbitros não devem ser transformar em “profetas à procura do justo, do bom e do équo, afastando-se dos sistemas legislativos”, pois as partes, quando não convencionam a equidade, esperam que o árbitro seja “um julgador, não um conciliador” (Flexibilização do procedimento arbitral, p. 6).

⁴⁷⁰ A não ser em casos como os citados por SELMA FERREIRA LEMES, em “contratos de alta complexidade técnica, contratos de longa duração, contratos de concessão, contratos de fornecimento de matéria-prima” etc. (A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado, p. 228).

⁴⁷¹ Cf. MARTIM DELLA VALLE demonstra que, embora a *lex mercatoria* tenha sido utilizada de forma próxima à equidade, com autores de renome nesse sentido, ontologicamente não se pode equiparar os dois, pois na nova *lex mercatoria* o conceito que se tem é de um grupo de práticas que, unidas, equilibram ao direito positivo. Por outro lado, reconhece que na prática é possível visualizar essa aproximação entre a arbitragem por equidade e a *lex mercatoria* quando os árbitros são autorizados a decidir por equidade mesmo que sem referência aos princípios gerais do comércio, o que acaba ocorrendo (*Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional*, p. 97-98).

⁴⁷² Cf. Idem, *ibidem*, p. 63.

⁴⁷³ Elegendo a equidade, as partes procuram em tais situações mais o equilíbrio da relação contratual do que uma definição estritamente jurídica (cf. SELMA FERREIRA LEMES, A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado, p. 225). Sobre a relação entre equidade e *pacta sunt servanda*, cf. FRANCESCO GAMBINO, Árbitros de equidade e laudo conforme o direito, p. 203 e ss.

frustração. Afinal, o que é *ex aequo et bono* para alguns não necessariamente o será para outros.⁴⁷⁴

Seja como for, fato é que o julgamento por equidade, se por um lado é um dado de pouca aplicabilidade, mostra conceitualmente que constitui um elemento integrante do *fechamento operacional* do processo arbitral que também lhe permite trocar mútuas influências com outros sistemas, especialmente de direito material, em movimento de *abertura cognitiva*. E por tudo isso não temos dúvida em dizer que o mecanismo contribui na configuração do processo arbitral como um sistema autônomo tal qual temos defendido. Passemos agora a uma análise da relação bastante clara entre o processo arbitral e o direito processual estatal, entre outros exemplos, especialmente sobre aspecto do atual conceito de sentença relativo à eficácia da decisão arbitral, mostrando bem o fechamento instrumental do processo arbitral e a abertura cognitiva entre os sistemas.

3.4.1.8 Os efeitos e a eficácia da decisão

Efeitos da sentença estão relacionados com a capacidade que a decisão tem de alterar a realidade jurídica, atrelada ao objeto do processo e às pessoas nele envolvidas, nos limites objetivos e subjetivos da decisão.⁴⁷⁵ A despeito de, em termos gerais, podermos dizer que a sentença arbitral possui os mesmos efeitos da judicial,⁴⁷⁶ existem algumas peculiaridades relacionadas com a forma com que a decisão se desenvolve em cada um dos sistemas processuais.

⁴⁷⁴ Em pontual alerta de CARMONA, que assemelha a eleição da equidade como um plácido assento sobre um barril de pólvora (*Arbitragem e processo*, p. 67). MARTIM DELLA VALE realizou pesquisa empírica, em que demonstra um percentual baixo tanto na redação de convenções por equidade (menos de 10% dos entrevistados), sendo que sua pesquisa indicou primordialmente a recomendação dos usuários da equidade em contratos de longo prazo, e em segundo lugar na hipótese de as partes não concordarem com a lei material aplicável. Por fim, para o que estamos tratando, a maioria das respostas se direcionou ao afastamento de disposições do contrato que ao árbitro pareçam injustas e não recomendou o uso da arbitragem por equidade (*Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional*, p. 381-386).

⁴⁷⁵ Embora seja comum misturar os conceitos de efeitos e eficácia da decisão (cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 207; BOTELHO DE MESQUITA, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. 2, p. 159; BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, p. 101-103; e LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 121 e ss.).

⁴⁷⁶ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 393; AZÓCAR, *El juicio arbitral*, item 435; e BARBIERI e BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, p. 269.

Um primeiro aspecto que chama a atenção, no que concerne ao fechamento operacional do processo arbitral, é que os efeitos subjetivos e objetivos da futura sentença estarão atrelados ao conteúdo da convenção arbitral. Mais uma vez está presente o modo com que a autonomia da vontade informa, como princípio, o processo arbitral, como apontamos no capítulo 2, o que não acontece no processo estatal. Outra diferença decorrente da maneira diversa com que o devido processo legal é integrado está no momento em que são liberados os efeitos da decisão. Enquanto no processo judicial, em regra, eles ficam sujeitos a um recurso suspensivo,⁴⁷⁷ no sistema do processo arbitral a liberação é imediata.⁴⁷⁸ Ainda quanto aos efeitos, embora em ambos os sistemas a sentença condenatória tenha o condão de autorizar a instalação de hipoteca judiciária,⁴⁷⁹ num dos chamados efeitos secundários da decisão,⁴⁸⁰ no processo arbitral haverá uma relação de abertura cognitiva com o processo estatal para que a constrição se implemente caso necessária medida coercitiva.⁴⁸¹ Também está no plano dos efeitos imediatos da sentença arbitral a possibilidade de que seja levada a protesto assim que proferida, a fim de exercitar direitos inerentes à comprovação da impontualidade e o requerimento de falência.⁴⁸²

No tocante aos limites subjetivos dos efeitos da sentença, podemos considerar que os terceiros, tanto no processo judicial quanto no arbitral, estarão ou não sujeitos a eles de acordo com a qualidade de sua condição e interesse fático, ou como consequência de um prejuízo jurídico.⁴⁸³ No entanto, tal qual se dá com os efeitos secundários, também a relação

⁴⁷⁷ Cf. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, p. 171.

⁴⁷⁸ Podemos citar caso concreto em que houve processo arbitral em matéria trabalhista, cuja liberação do FGTS se deu imediatamente após sua prolação, tendo a 5.^a Turma do TRF da 1.^a Região, por maioria, mantido a medida (Apelação em Mandado de Segurança 2003.33.00.006289-7/BA, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel, j. 15.03.2004 – cf. *Revista de arbitragem e Mediação*, n. 3, p. 221 e ss.).

⁴⁷⁹ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 393; BARBIERI e BELLA, *Il nuvo diritto dell'arbitrato*, p. 270.

⁴⁸⁰ Sobre os efeitos secundários, cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 208-210, e LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 71 e ss.

⁴⁸¹ Embora independentemente da execução da sentença (cf. FAZZALARI, *L'arbitrato*, p. 93).

⁴⁸² Lei 11.101/2005, art. 94, inc. I. Podemos citar conhecido caso concreto (Top Sports *versus* TV Ômega), cuja sentença, subscrita pelos árbitros Carlos Aberto Camona, José Alexandre Guerreiro e José Carlos de Magalhães, foi levada a protesto. O TJSP, em acórdão muito bem fundamentado, relatado pelo Des. Ênio Zuliani, reconheceu a legitimidade da providência, diante da soberania da sentença e de seus efeitos imediatos (4.^a Câmara de Direito Privado, AI 408.794-4/1-00, j. 22.09.2005).

⁴⁸³ Como defende CRUZ E TUCCI, “terceiros titulares de um interesse de fato” ou “terceiros juridicamente interessados” (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, p. 347). Cf. também DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 210-213 e LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 121 e ss. Na doutrina arbitral, justamente em função dos efeitos da sentença, o jurista mexicano JAMES GRAHAM aponta que em inúmeros países tem havido uma “tendencia general de la doctrina, y por ciertos autores son reglas integrales de la *Lex mercatoria*, considerando así que es posible de atraer no-firmantes a procedimientos arbitrales. La misma postura se verifica en el derecho mexicano” (Terceros, no-firmantes, y acuerdos arbitrales, p. 105). No mesmo sentido diz FAZZALARI,

dos efeitos com os terceiros se dará na medida em que ocorra a abertura cognitiva entre os sistemas arbitral e estatal, pois é no plano deste que tais consequências se concretizem, embora originárias do processo arbitral.⁴⁸⁴

Aspecto relativo aos efeitos da decisão a terceiros está na questão da desconconsideração da personalidade jurídica. Seria possível ao árbitro assim proceder, diante dos conhecidos requisitos? Sem dúvida estaríamos diante de uma extensão dos efeitos da sentença para pessoas não abrangidas pela convenção. Há no tema uma situação de abertura cognitiva muito específica com o processo judicial. Isso porque não nos parece dado ao árbitro desconSIDERAR a personalidade jurídica na sentença. Os efeitos *in concreto* da desconSIDERação devem ocorrer no plano da satisfação, no processo de cumprimento da sentença arbitral. Pode o árbitro, sem dúvida, fazer constarem de sua decisão os motivos que o levam a entender necessária a desconSIDERação. Seja por ter constatado fraude, seja por desvio da finalidade da personalidade jurídica, confusão patrimonial voltada a fraudar o uso doloso da proteção da personalidade. Mas quem deverá ou não desconSIDERAR, para efeito de coerção de bens, é o juiz togado, quando do processo de cumprimento da sentença arbitral, pois o dispositivo material se volta aos efeitos constritivos da decisão.⁴⁸⁵ Embora o árbitro possa estar convencido dos requisitos para tanto e faça-os constar da sentença, o juízo de valor caberá ao juiz togado no processo de cumprimento, diante dos demais quadros envolvidos na responsabilidade patrimonial.⁴⁸⁶ A decisão do árbitro que, desconSIDERando a

---

para quem “nel patrimonio del terzo avente causa incidono, invece, gli effetti sostanziali indiretti (o, se più piace, riflessi o di ripercussione) del lodo, venendo il di lui diritto a trovarsi, sul piano sostanziale, confermato o eliso, a seconda della sorte riservata dal lodo alla posizione del dante causa” (*L'arbitrato*, p. 87).

⁴⁸⁴ Os efeitos da decisão arbitral a terceiros é tema complexo e amplo, e não caberia em detalhes aqui. Utilizamos apenas como exemplo das características de sistema do processo arbitral. Podemos dizer que na prática são comuns os questionamentos e as dúvidas em matéria societária, em arranjos contratuais que envolvem variados interessados. Há nestes casos uma clara demonstração da abertura cognitiva do processo arbitral com o estatal e com o de direito material. Sobre o assunto, cf., entre outros, ARNOLDO WALD, *O direito societário e a arbitragem*, e *A arbitragem*, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos; EDUARDO MUNHOZ, *Arbitragem e grupos de sociedades*; BATISTA MARTINS, *A arbitabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretenso fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*; VILELA, *Arbitragem no direito societário*; e ANDREA ACERBI, *A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônimas*.

⁴⁸⁵ Código Civil: “art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os *efeitos* de certas e determinadas relações de obrigações *sejam estendidos aos bens particulares* dos administradores ou sócios da pessoa jurídica” (destacamos).

⁴⁸⁶ Embora não à luz dos efeitos da decisão, mas fundado na restrição da aplicação do art. 50 do CC pelo árbitro, ALMEIDA SALLES chega à mesma conclusão (*A aplicação da desconSIDERação da personalidade jurídica à arbitragem*, p. 145-148). No direito norte-americano, porém, a experiência tem sido diferente. Diz BERNARD HANOTIAU que “fraud and more generally the existence of an abuse of rights have been the

personalidade jurídica, atingir terceiros, estará sujeita à anulação por estar fora dos limites subjetivos da convenção de arbitragem (art. 32, inc. IV).⁴⁸⁷ Corrobora este ponto de vista a lógica sistêmica do processo arbitral, despido de poder coercitivo, e que deve se valer, em movimento de abertura cognitiva, do processo judicial. Aliás, semelhante fenômeno ocorre no próprio processo judicial, em que, uma vez que a desconsideração está atrelada aos efeitos da decisão condenatória, é no plano da execução ou cumprimento de sentença que o juiz decidirá pela desconsideração, com a agressão patrimonial a terceiros, salvo nos casos de antecipação dos efeitos da tutela.

Mas talvez o ponto de maior peculiaridade da sentença arbitral no tocante à sua eficácia esteja justamente ligado à alteração do ordenamento processual estatal.⁴⁸⁸ Explicamos. A interpretação atual do conceito de sentença (CPC, art. 162, § 1.º), elevada a qualquer situação dos arts. 267 e 269 do ordenamento processual, assim como da formação do título executivo, vale dizer, decisão sendo ou não condenatória que reconheça a obrigação (CPC, art. 475-N, inc. I), tem contribuído para controvérsias. Sem adentrar na polêmica, fato é que a maioria da doutrina tem defendido a possibilidade de se fazer o cumprimento da sentença meramente declaratório, uma vez que reconheça a existência de uma obrigação.

Parte da doutrina visualiza a questão de maneira diferente. Defende que a sentença com eficácia condenatória deve decorrer de um pedido de tutela condenatória. Ainda que impropriamente denominado pela parte. Essa visão considera que, embora com rótulo diverso, se o conteúdo da decisão for condenatório, ainda que do nome não tenha se utilizado a parte, ou mesmo o juiz na decisão, o que se tem é na verdade uma decisão condenatória. Tal interpretação, portanto, considera importante não o nome dado pelo autor à demanda. Se a sentença julgar pedido com carga condenatória, haverá reconhecimento da obrigação, e, portanto, poderá haver fase de cumprimento posterior.⁴⁸⁹ Em contrapartida, outros defendem

---

first basis on which arbitral tribunals have relied to pierce the corporate veil”, inclusive com a citação de variados casos concretos (*Complex arbitrations*, p. 43-47).

⁴⁸⁷ Como bem aponta THEODORO JUNIOR, “o juízo arbitral fica limitado às partes que o convencionaram e ao objeto do contrato que o motivou” (Arbitragem e terceiros: litisconsórcio fora do pacto arbitral: outras intervenções de terceiros, p. 374).

⁴⁸⁸ Como ensina FAZZALARI, “l’efficacia del lodo, sul mérito e/ou sul rito, si svolge nel patrimonio delle parti, dalla data dell’ultima sottoscrizione” (*L’arbitrato*, p. 87).

⁴⁸⁹ Cf., entre outros, AMENDOEIRA JR., *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p. 540 e ss. Em abono de tal entendimento está o fato de o art. 475-J do CPC continuar a falar em condenação (para permitir a fase de cumprimento). Mais que isso está o dado, sistematicamente inegável, de que não se esperaria do legislador uma nova disposição que fosse contraditória a todo regime que faz nula a decisão não atrelada a um pedido (CPC, art. 460 – o que levaria também a aceitar a

que mesmo as sentenças meramente declaratórias são passíveis de cumprimento.⁴⁹⁰ Estamos de acordo com a primeira posição. Entendemos que a lei apenas deixou claro que não importa o rótulo que se dê, mas o conteúdo da decisão, atrelada, sempre, ao conteúdo do pedido.⁴⁹¹ Tutela jurisdicional que se limite à cognição, sem as medidas complementares necessárias para ajustar os fatos ao direito declarado na sentença, é tutela incompleta. E se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, *por sentença*, não há razão nenhuma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, entendida de forma ampla, a um segundo juízo de certificação. Até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da coisa julgada.

Em termos de eficácia, como temos dito, a lei processual distinguiu a sentença arbitral da estatal. E o fez justamente no caráter executivo da declaração. Como já referido, nem a Lei de Arbitragem nem outro influxo do processo arbitral regram a sua eficácia. Logo, até porque sua eficácia se dá o plano do processo estatal, mostrando clara abertura cognitiva, a sentença arbitral é descrita no inciso IV do art. 475-N do Código de Processo Civil, enquanto a sentença estatal é trazida no inciso I. E para ela não há descrição de que *reconheça a existência da obrigação* a ser cumprida, como consta para a hipótese do inciso I da sentença estatal. Logo, pensamos que, ao contrário da sentença judicial, a arbitral não possui eficácia executiva quando apenas declarar uma obrigação, mesmo que houver pedido condenatório.⁴⁹² Se não houver condenação, mesmo com pedido condenatório, entramos

---

desconstrução dos dispositivos legais aplicáveis ao pedido). Mas outro elemento embasa a ideia, devastador sob o ponto de vista sistemático: a leitura contrária (de que qualquer declaração seria apta a gerar o título executivo) levaria à possibilidade esdrúxula de a parte deixar prescrever seu direito a obter condenação, e, em seguida, mover ação meramente declaratória, para, com fundamento no novo art. 475-N, inc. I, do CPC, obter o seu cumprimento, contornando o problema da prescrição (cf. AMENDOEIRA JR., *Ibidem*).

⁴⁹⁰ Posição que desde 2001 vem sendo defendida por TEORI ALBINO ZAVASCKI (Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados), inclusive em julgamentos de sua lavra como Ministro do STJ (cf., entre outros, REsp 588.203/PR. j. 10.04.2004).

⁴⁹¹ A decisão terá força executiva quando contiver a certificação de todos os elementos de uma norma jurídica concreta relativa a uma obrigação. Se assim for, mesmo que teoricamente seja declaratória, trata-se de uma decisão de conteúdo condenatório. De qualquer maneira, sentença com tal característica representa, sem dúvida, um comprometimento do padrão clássico de tutela puramente declaratória (como tutela tipicamente *preventiva*). É dizer, se traz definição de certeza a respeito não apenas da existência da relação jurídica, mas também da exigibilidade da prestação, não há como negar-lhe, categoricamente, eficácia executiva.

⁴⁹² Recentemente o TJSP, no caso PMG Trading *versus* Spartacus Ltda., entendeu que a sentença arbitral declaratória não é passível de execução, em agravo interposto contra decisão que, na execução, negou provimento à objeção de pré-executividade. A agravante/devedora sustentou o cabimento da objeção pré-executividade por ser nula a execução, uma vez que a sentença arbitral, dado seu caráter meramente declaratório, não constituiria título executivo judicial, diferentemente do que ocorre com a sentença arbitral condenatória, conforme defendemos aqui. Logo, a sentença arbitral não poderia ser considerada com eficácia condenatória, visto que não houve imposição de condenação, mas apenas a interpretação do contrato discutido. O que o tribunal fez foi garantir o caráter declaratório daquela sentença, bem como

nas questões relativas aos vícios da sentença, conforme visto antes. A questão demonstra um diferencial quanto ao fechamento operacional arbitral no que respeita à eficácia da sua sentença, a denotar que também sob este prisma ele possui uma formatação de sistema autônomo.

Enfim, em termos de efeitos ou eficácia da sentença, a despeito de possuir determinadas semelhanças com o processo estatal, julgamos que o processo arbitral possui características bem próprias, sendo algumas delas trazidas aqui, seja no tocante ao seu fechamento operacional, seja na maneira com que realizada a abertura cognitiva. E o mesmo ocorre com os consectários da sentença, vale dizer, com os ônus processuais dela decorrentes. É o que trataremos a seguir.

3.4.1.9 A sucumbência e a litigância de má-fé

No processo arbitral, os custos decorrentes tanto da derrota quanto da adoção de posturas processuais repreensíveis diuturnamente são objeto de questionamentos no tocante à sua origem.⁴⁹³ Uma vez que tais consequências são previstas no ordenamento processual estatal, diante da premissa de que o processo arbitral não o adota, a questão que surge é onde estaria a base jurídica para tais custos sejam estipulados pelo árbitro. O tema tem levado inclusive à incorreta visão de que, se as partes elegeram julgamento por critério de direito, esta fixação englobaria também ordenamento processual estatal, estando nele a base para que o árbitro condene na sucumbência e nas penas pela litigância de má-fé.

É verdade que a Lei de Arbitragem regra, no seu art. 27, que caberá à sentença arbitral disciplinar a responsabilidade das partes, custas e despesas processuais, assim como pela litigância de má-fé, nada dispondo sobre o conceito de sucumbência. Mas releva interpretar de que maneira o dispositivo ajudaria a responder em que parâmetro jurídico se devem estabelecer os valores. Seria no ordenamento processual estatal, na vontade das partes,

---

ao contrato força de título executivo extrajudicial. Assim, deu-se provimento ao agravo, com a imediata extinção da execução (AI 642.567-4/3, 10.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gaudino Toledo Júnior, j. 09.06.2009).

⁴⁹³ Cf. Para TEPEDINO e NUNES PINTO, “o tema suscita algumas reflexões, especialmente porque a previsão de verba de sucumbência, ausente nos regulamentos de arbitragem, é peculiar à legislação processual brasileira” (Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais, p. 189).

nos regulamentos, no poder discricionário dos árbitros? A abordagem que nos interessa é como a questão se enquadra na premissa do processo arbitral com sistema.

A primeira resposta é que, tal qual no processo estatal, no arbitral incide o princípio da causalidade. Quem deu causa ao processo, ou a determinadas consequências processuais, deve por elas arcar.⁴⁹⁴ No entanto, isso não quer dizer que se deva aplicar o Código de Processo Civil. Pelo contrário, ele não será aplicado,⁴⁹⁵ a menos que as partes o tenham elegido, seja diretamente, seja mediante a remissão a algum regulamento que o adote nesse particular. Acerca da disposição via regulamento, tal qual expusemos no capítulo 2 (item 2.2.3.5), na medida em que ele preenche o conceito de devido processo legal arbitral, instrumentalizando a autonomia da vontade ao integrar a convenção, se houver previsão sobre tais temas, ele deverá ser obedecido.⁴⁹⁶

Já na hipótese de ausência de estipulação pelas partes, mediante a aplicação concomitante dos arts. 21, § 1.º, e 27 da Lei de Arbitragem, a resposta que o sistema do processo arbitral trará será esta: o regramento pelos árbitros. O sistema do processo arbitral confere-lhes amplos poderes nesse sentido. Podem desenhar a condenação por litigância de má-fé da forma como melhor entenderem, usando o ordenamento estatal por analogia,⁴⁹⁷ utilizando os regulamentos, ou mesmo criando regra, se preferirem. O mesmo se dará com a distribuição da sucumbência,⁴⁹⁸ não estando de maneira nenhuma vinculada ao que disciplina as regras do ordenamento processual quanto a percentuais e limites. O único limite ao poder do árbitro nesse sentido será a convenção e a vontade das partes, que, se regular a matéria, prevalecerá.

Tanto é assim que, na prática, a matéria é geralmente disciplinada no termo de arbitragem. Pode-se nele estipular se as partes querem trabalhar com o princípio da causalidade para a sucumbência, com a divisão de custas de determinados itens (como perícia

⁴⁹⁴ Cf. BEDAQUE, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 71.

⁴⁹⁵ Cf. TEPEDINO e NUNES PINTO, *Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais*, p. 195.

⁴⁹⁶ A disciplina dos regulamentos é variada. Por exemplo, a Câmara de Arbitragem de São Paulo não rege em seu regulamento as custas e despesas, ao contrário da Brasil-Canadá (art. 12.1 e ss.) e da London Court of International Arbitration (art. 28), entre outras. Por seu turno, a CCI (art. 31) e a Uncitral (art. 38) regram também o ressarcimento de despesas com o advogado da parte vencedora, embora sem o conceito de sucumbência como temos no País.

⁴⁹⁷ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 375.

⁴⁹⁸ Cf. Idem, *ibidem*, p. 374.

etc.), deixando ao vencido apenas as custas da câmara e os honorários advocatícios como um todo, ou mesmo estabelecer que tudo será dividido pela metade, não importando quem vença. Na ausência de acordo sobre tais pontos, os árbitros decidirão.⁴⁹⁹ O nosso modelo de devido processo legal arbitral comporta esta solução, do árbitro eleger um critério que não seja do ordenamento processual estatal. É evidente que dentro desse poder estará outro limitador, além da vontade das partes, que é a necessidade de que motive sua escolha, o que irá ocorrer, por exemplo, se ele fixar que cada parte arcará com determinado percentual da sucumbência de acordo com os respectivos insucessos.

Enfim, resta bem claro que o modelo do processo arbitral tem peculiaridades concernentes aos custos do insucesso e à repressão de comportamentos indesejados, fugindo do roteiro traçado pelo ordenamento processual estatal, sendo, neste tocante, autorreferencial e autônomo, tal qual um sistema deve ser. Passemos agora a um momento final quanto à sentença, de como se dá a sua liquidação no processo arbitral.

3.4.1.10 A liquidação da sentença

Quando as partes elegem que um eventual ou já iminente conflito seja solucionado via processo arbitral, esperam que o resultado desta técnica de resolução de conflitos seja apto a lhe entregar exatamente o bem da vida aguardado. Não esperam, muito menos desejam, que outro procedimento seja instaurado depois que se decida sobre o *an debeatur*. Querem também o *quantum*. Nada mais natural, pois, se escolhem uma via jurisdicional de solução de conflito que se diga apta a lhes dar satisfação em termos de tutela plena, chega a ser intuitivo que também querem saber a dimensão dessa tutela. Falamos de provimento certo, exigível e, para o que interessa aqui, líquido. A intenção é apenas acionar o aparato judicial para, se o caso, fazer cumprir a decisão, sem qualquer outra atividade que não se dirige a exatamente este desiderato, satisfazer mediante coerção estatal.

⁴⁹⁹ Neste aspecto entra um pouco a questão que abordamos no item 3.4.1.7. acima, quando falamos que em maior ou menor grau o árbitro sempre terá uma margem para atuar com certo grau de equidade. Por outro lado, para TEPEDINO e NUNES PINTO, uma vez que a questão da sucumbência não tenha sido estipulada pelas partes, os árbitros não podem assim decidir, apontando ainda que o conceito de sucumbência é estranho à realidade das arbitragens internacionais, sendo um instituto tipicamente brasileiro, o que leva a algumas preocupações em casos complexos envolvendo altos montantes, conduzindo as partes a fixar um teto de desembolso para evitar surpresas (Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais, p. 195-196).

É por isso que o processo arbitral deve ser apto a entregar à parte vencedora tutela plena em todos os requisitos para que ela apenas precise se valer do Judiciário para fazer cumprir a decisão. Daí que a liquidação da sentença arbitral deve se realizar no próprio processo arbitral,⁵⁰⁰ sendo parte da atividade cognitiva,⁵⁰¹ até como forma de o árbitro se desincumbir de sua missão.⁵⁰² Entretanto, isso não quer dizer que os dois momentos acima expostos, de se chegar a *se* é devido e depois ao *quanto* é devido, não podem ser cindidos, o que inclusive ocorre na prática com a sentença parcial.⁵⁰³ O que queremos dizer é que os dois momentos ficarão a cargo do juízo arbitral, a serem realizados no processo arbitral, e não no processo estatal. A parte vencedora no processo arbitral não há que iniciar liquidação via processo estatal. Até porque, como sabido, também neste o legislador alterou seu procedimento de modo que a antes conhecida demanda de liquidação de sentença se tornasse mera fase intermediária entre a sentença e o seu cumprimento.⁵⁰⁴

No entanto, no caso de a sentença arbitral ser ilíquida, afora a questão do árbitro não ter cumprido integralmente sua missão, o que poderia gerar sua anulabilidade,⁵⁰⁵ no início do processo judicial de seu cumprimento o credor terá que pedir a intimação do devedor para que passe a acompanhar a liquidação da sentença arbitral (CPC, art. 475-A).⁵⁰⁶ Por isso que

⁵⁰⁰ No mesmo sentido, cf. TALAMINI e WLADECK, *Liquidação da sentença arbitral*, p. 147.

⁵⁰¹ Como dizem TALAMINI e WLADECK, “liquidar a condenação significa definir a exata extensão quantitativa, normalmente o valor econômico, da obrigação que se reconheceu como devida e cujo cumprimento foi imposto. Trata-se de matéria que é objeto de uma atuação cognitiva exauriente. A decisão de liquidação veicula verdadeiro julgamento de mérito” (Idem, ibidem, p. 147).

⁵⁰² Tudo isso tem até reflexo na fase instrutória do processo arbitral, na medida em que os árbitros irão trabalhar como for necessário para que a sentença condenatória seja entregue de forma líquida. Neste aspecto, assim se manifesta NUNES PINTO: “a sentença arbitral proferida, quando revestir a natureza condenatória, deverá ser líquida, já que inexiste a fase de liquidação da sentença arbitral. A sentença arbitral leva a sua anulação por não haverem os árbitros se desempenhado integralmente de sua missão, ou seja, trata-se de uma sentença *citra petita*” (*Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 6).

⁵⁰³ Como bem aponta CARMONA, “obrigando-se os árbitros a proferir sentença monolítica, poderá imperar a tendência de deferir a produção de provas que abarcarão de forma ampla todas as questões controvertidas (incluindo cálculo ou apuração de valores) quando a decisão sobre o *an debeatur*, se negativa, pode economizar tempo, dinheiro e expectativas, evitando julgamento frustrante” (*Arbitragem e processo*, p. 395).

⁵⁰⁴ Lei 11.232/2005. Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 395. LUIZ FERNANDO GUERRERO critica o uso do atual art. 475-N, parágrafo único, do CPC, para efeito de levar a sentença arbitral para liquidação judicial, pois, “além de não ter amparo técnico, pois a liquidação é uma atividade ligada à cognição, a parte interessada aqui, em geral, será aquela que quiser protelar o pagamento, certamente, causando transtornos para aqueles que tenham infortúnio de litigar com um mau pagador”, e concluir dizendo que, “para evitar maiores problemas, as Câmaras, os advogados e os árbitros devem ficar atentos para que as sentenças não sejam prolatadas sem a correta indicação do valor a ser pago, sob pena de submeterem a parte que buscou a arbitragem para a solução de seu conflito a um calvário para a liquidação de sua sentença” (Cumprimento da sentença arbitral e a Lei 11.232/2005, p. 108).

⁵⁰⁵ Cf. NUNES PINTO, *Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem*, p. 6.

⁵⁰⁶ Cf. Para LUCON, embora a atividade de liquidação seja cognitiva, sendo desejável que ocorra no bojo do próprio processo arbitral, “se sobrevier sentença arbitral genérica, sem a declaração do quanto devido, a

não podemos rejeitar a possibilidade de, havendo sentença arbitral ilíquida, as partes, em vez de irem ao Judiciário, iniciarem novo processo arbitral com o fim exclusivo de liquidar a sentença anterior.⁵⁰⁷ Trata-se de opção das partes. Mas é também possível que o contrário se dê voluntariamente, ainda quando da convenção ou no termo de arbitragem, quando as partes optam por uma sentença arbitral genérica, cuja liquidação será feita judicialmente. Consideramos que as partes podem assim dispor do procedimento,⁵⁰⁸ embora não seja usual, muito menos recomendável. Na medida em que a atividade de liquidação é parcialmente cognitiva, trata-se de opção limitativa da competência do árbitro.⁵⁰⁹ Seja como for, sendo ou não escolhido, ocorrendo liquidação judicial, a despeito de indesejada, trata-se de claro movimento de abertura cognitiva entre os sistemas, ainda que para corrigir uma deformação do processo arbitral, que deveria ter realizado a liquidação.

3.4.1.11 *As impugnações internas à sentença*

Chamamos aqui de impugnações internas à sentença os mecanismos do processo arbitral vocacionados a fazer o papel que no processo estatal é dado aos recursos. Podemos ainda dividi-los em duas espécies do mesmo gênero, sendo uma prevista na lei (art. 30) e outra criada pelas partes, ambas fruto da integração personalíssima do devido processo legal arbitral. Trata-se de uma recorribilidade típica, fechada e restrita ao sistema arbitral,⁵¹⁰ mas ontologicamente próxima da técnica do processo estatal.

---

liquidação poderá ser feita pelo juiz estatal” (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 1550). Embora não deixe clara sua posição se sempre a liquidação deverá ser perante o juiz togado, com o que discordaríamos, também assim se manifesta FRONTINI (Arbitragem e execução das sentença arbitral. Apontamentos sobre os reflexos da Lei n.º 11.232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral, p. 85). TALAMINI e WLADECK, por seu turno, alertam para que a nova redação do cumprimento de sentença estatal não leve ao exagero de pensar que toda sentença arbitral ilíquida deverá ser objeto de liquidação judicial, o que para eles não é verdade, prevalecendo ainda a competência dos árbitros para primordialmente promover a liquidação, seja no curso do processo, seja mediante procedimento “bifásico”, com uma etapa de decisão genérica e outra liquidatória, na chamada sentença parcial, ou mesmo realizando-se dois processos arbitrais distintos, sendo o primeiro para produzir a sentença genérica e o segundo para liquidar (Liquidação da sentença arbitral, p. 156).

⁵⁰⁷ Cf. VALENÇA FILHO, *Sentença arbitral e juízo de execuções*, p. 42.

⁵⁰⁸ Nesse sentido, cf. TALAMINI e WLADECK, *Liquidação da sentença arbitral*, p. 150.

⁵⁰⁹ Diferente da hipótese, aí sim altamente produtiva em certos casos, em que os árbitros cindem o julgamento, proferindo primeiro uma sentença parcial sobre o *an debeatur*, para só depois passarem a uma segunda fase, em que se dedicarão apenas à quantificação do dano (cf. CARMONA, Ensaio sobre a sentença parcial, p. 23), mecanismo em que não se poderá falar de tutela insuficiente, falha na missão do árbitro, mas sim em exercício de autonomia da vontade, o que para as partes pode servir em variadas situações concretas, como na verificação da responsabilidade de administradores em sociedades anônimas.

⁵¹⁰ Em outras palavras, no sistema do processo arbitral brasileiro não cabe recurso contra a decisão arbitral ao Judiciário. O que não ocorre, por exemplo, em Portugal, onde a Lei de Arbitragem Voluntária 31/1986 (art.

Quanto ao método previsto pelo legislador, pensamos que, embora se assemelhe em muito aos embargos de declaração do processo estatal,⁵¹¹ existem peculiaridades para compor um ferramental interno que integre o fechamento operacional do sistema do processo arbitral, sem ser descaracterizado. Exemplifica-se com a própria possibilidade de levar à alteração da decisão no conteúdo, o que, no processo estatal, convencionou-se chamar de efeito infringente. A despeito de a lei disciplinar que o mecanismo se volta à correção do erro material e para sanar obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, os árbitros podem avançar além disso. A pretexto de sanarem a dúvida, expressão bastante genérica, poderão retomar o julgamento do conteúdo da decisão, eventualmente alterando sua decisão, para incluir, diminuir ou retirar determinado aspecto, ou mesmo mudar a própria conclusão.⁵¹² Podemos até dizer que, ao assim proceder, contrariarão de certa forma o art. 30. No entanto, fato concreto, tal qual se dá com a aplicação ou não da súmula vinculante ao processo arbitral, é que dessa opção dos árbitros nenhuma consequência poderá decorrer.

Podemos também pensar em formato especial de julgamento da impugnação, dos embargos arbitrais, alterando o prazo de cinco dias, que, a rigor, é preclusivo,⁵¹³ de acordo pelas partes. Ou mesmo, por exemplo, os árbitros as convocarem para a discussão pessoal dos aspectos alegados nos embargos, decidindo na hora, apesar de não ser usual. Não vemos restrições a alterações no mecanismo, desde que não haja prejuízo ao pleno exercício do contraditório.⁵¹⁴ Um último aspecto que tem sido discutido é se os embargos

---

29) dispõe sobre a possibilidade de recursos extraordinários ao Judiciário, quais sejam “os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca”, sujeitos à renúncia pelas partes, embora apenas em processos domésticos, como aponta o jurista português LUIZ PINHEIRO (Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências, p. 192). Ainda na literatura portuguesa, com ampla abordagem sobre esta recorribilidade, cf. FERNANDA PEREIRA, *Arbitragem voluntária nacional – impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo percurso a percorrer*.

⁵¹¹ A doutrina arbitral tem chamado o mecanismo de “embargos arbitrais”, inspirado na lei modelo da Uncitral, por ter a mesma essência dos embargos de declaração estatal, mas representar o último momento de impugnação da parte no processo arbitral (cf. SELMA FERREIRA LEMES, Os embargos arbitrais e a revitalização da sentença arbitral, p. 37). No direito espanhol, FREDERIC CATARINA aponta a possibilidade de que os erros materiais da sentença arbitral sejam revistos *sponte propria* pelos árbitros, independentemente de pedido de “aclaración, corrección y complemento” pela parte (*El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 156). No mesmo sentido manifesta-se CARMONA (*Arbitragem e processo*, p. 385).

⁵¹² NUNES PINTO aponta essa ampla possibilidade de o árbitro mudar a decisão (Anulação de sentença arbitral *infra petita*, *extra petita* ou *ultra petita*, p. 273), assim como SELMA FERREIRA LEMES (Os embargos arbitrais e a revitalização da sentença arbitral, p. 37-38) e BATISTA MARTINS (Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 302), em movimento de mitigação na restrição também sendo sentido, a despeito de em menor grau, no processo estatal (cf. BONDIOLI, *Embargos de declaração*, p. 221 e ss.). Em sentido contrário, no direito espanhol, cf. FREDERIC CATARINA *El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 157.

⁵¹³ Cf. BATISTA MARTINS, Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 301.

⁵¹⁴ Até porque, como defende SELMA FERREIRA LEMES, o objetivo do legislador foi alargar o âmbito de abrangência do mecanismo justamente para que a sentença arbitral atinja um grau ótimo de eficiência em

arbitrais poderiam/deveriam funcionar como os embargos de declaração do processo estatal para o fim de prequestionar a matéria a ser submetida a uma futura demanda visando a anulabilidade.⁵¹⁵ Não nos parece ser o caso, pois não é para prequestionar que o remédio está vocacionado. E, afinal, não se pode expandir uma preclusão para além dos limites do próprio processo.

Por fim, também como método de impugnação interna à sentença arbitral, tem-se instrumento absolutamente típico, que representa a autonomia da vontade em grau máximo: falamos da possibilidade de as partes montarem previamente o procedimento, de tal modo que seja possível um recurso, *interna corporis*, para devolver absoluta ou parcialmente a matéria para novo julgamento, que poderá ter efeito de cassação ou também de substituição do julgamento, conforme prefiram as partes. Constrói-se um circuito recursal *ad hoc*, especificamente para aquele processo arbitral,⁵¹⁶ seja no momento de convencionar, seja no termo de arbitragem, ou mesmo no curso do processo. Com isso é possível, como dito, modular o grau de devolutividade desse recurso,⁵¹⁷ atrelado ao fato, ao direito,⁵¹⁸ ou a ambos,⁵¹⁹ de maneira relativamente semelhante ao que ocorre no direito português, em

---

relação à convenção e ao que as partes dela esperam (Os embargos arbitrais e a revitalização da sentença arbitral, p. 37)

⁵¹⁵ BATISTA MARTINS anota a questão, com aspectos práticos relevantes, como a omissão dolosa de matéria fundamental visando apenas manter o vício para uma futura anulação, ou mesmo hipótese em que se embarga sobre determinadas matérias e ajuíza-se demanda anulatória sobre outras que poderiam também ter sido objeto de embargos, com a sanação do vício, defendendo que não seria aceitável tal postura da parte (Idem, p. 302). Não nos parece possível impedir o julgamento de mérito da demanda anulatória num caso tal, pois o juiz togado teria que ingressar num campo nebuloso de investigação subjetiva da intenção da parte quando se omitiu nos embargos sobre certas matérias, sendo necessária ao juiz apenas e tão somente uma análise objetiva e restritiva das matérias contidas no art. 32. Se há nulidade, que ela seja reconhecida. Sem adentrar na intenção da parte ao ter ou não utilizado os embargos arbitrais, pois daí sim haveria uma decisão com conteúdo subjetivo altamente questionável pela parte a quem interesse a protelação interminável do conflito. Em reforço disso está o fato de que, tratando-se de vícios materiais, mesmo não tendo sido utilizados os embargos arbitrais ou mesmo a demanda anulatória, pode o juiz togado suprimir o vício quando do cumprimento da sentença (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 386), mostrando-se que não se há de falar em perda da oportunidade pelo interessado.

⁵¹⁶ Cf. GIOVANNI NANNI, *Recurso arbitral: reflexões*, p. 168 e ss.

⁵¹⁷ Sobre o efeito devolutivo dos recursos no geral, cf. ANA MARCATO, *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*, p. 109-117, e RICARDO APLIGLIANO, *A apelação e seus efeitos*, p. 91-115.

⁵¹⁸ Analisamos em monografia a questão da devolutividade restrita a possível recurso arbitral construído pelas partes no tocante à súmula vinculante (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 109).

⁵¹⁹ A este respeito, CARMONA: “não se impede, porém, que os contratantes estabeleçam, dentro do próprio procedimento arbitral, os recursos que entenderem necessários. Isto significa que poderão inserir no procedimento arbitral um recurso que se assemelhe à apelação (recurso de fundamentação livre, a ser examinado por outro órgão diverso daquele que proferiu o primeiro julgamento, podendo ser colegiado ou monocrático; poderão imaginar recursos de fundamentação vinculada (somente para análise de questão de direito); ou ainda poderão estabelecer alguma coisa semelhante ao recurso de embargos infringentes, para hipótese de, em órgão colegiado, haver voto vencido” (*Arbitragem e processo*, p. 270). No entanto,

que as partes podem convencionar, em processo arbitral internacional, a estipulação de um recurso ao Judiciário, conquanto este modelo de saída do sistema arbitral obviamente não seja satisfatório.⁵²⁰

Aspecto importante é que, a despeito da possibilidade da construção de um recurso, ou de vários deles, com diferentes âmbitos devolutivos, ou sistemáticas de julgamento, ainda que demonstre claramente a tipicidade do processo arbitral e comprove a tese do seu *fechamento operacional*, de outro traduz uma incompatibilidade com desígnios de celeridade, objetividade e racionalidade inerentes ao processo arbitral.⁵²¹ Daí não serem usuais, pois quem escolhe o processo arbitral geralmente procura evitar os principais problemas do modelo estatal. E entre eles está justamente a amplíssima recorribilidade.

Analisada a sentença arbitral em suas características que pareceram melhor demonstrar o ponto da tese, passemos a uma qualidade dos seus efeitos. Falamos do fenômeno processual da coisa julgada, de como ele se comporta no processo arbitral.

3.4.2 *A coisa julgada arbitral*

A formação da coisa julgada produz um efeito negativo e um positivo.⁵²² O efeito negativo é a proibição dirigida a todo e qualquer juiz de julgar pelo mérito uma demanda idêntica à outra já decidida. Esse efeito confere ao réu do segundo processo a possibilidade de se valer da exceção de coisa julgada, fundada na imutabilidade da sentença.⁵²³ O efeito positivo (ou impositivo) depende de que as demandas não sejam idênticas e não impede o juiz de julgar o mérito da segunda, mas obriga-o a julgar o mérito tomando como premissa a conclusão (e somente ela) da sentença anterior passada em julgado. Essa conclusão se reveste

---

o jurista já havia alertado que a prática é pouco recomendável e, por isso, não utilizada com frequência (*A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 133).

⁵²⁰ O jurista português LUIZ PINHEIRO aponta esta característica do processo arbitral português quanto ao recurso e sinaliza a necessidade de mudança da lei local para suprimir esta via (Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências, p. 192).

⁵²¹ Embora isso também seja relativo, bastando que os árbitros do tribunal recursal, os mesmos que julgaram antes, se assim optado pelas partes, analisem apenas os argumentos apresentados no recurso, celeremente, sem nenhuma produção de novas provas, como aponta GIOVANNI NANNI (Recurso arbitral: reflexões, p. 171).

⁵²² Cf. CELSO NEVES, *Coisa julgada civil*, p. 488 e ss.

⁵²³ Cf. LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 38.

da autoridade da coisa julgada material quando do trânsito em julgado e será indiscutível para o segundo processo, que deverá tomá-la como certeza jurídica.⁵²⁴

Por seu turno, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença estatal, inclusive para constituir título executivo judicial (art. 31). A questão está em saber se isso significa que há coisa julgada ou se esta característica está apenas atrelada aos efeitos da decisão arbitral, conforme expresso no texto legal. Uma primeira corrente reputa incorreto falar em coisa julgada arbitral, justamente restringindo sua equiparação à sentença judicial quanto aos efeitos.⁵²⁵ Ou, ademais de defender a equiparação apenas aos efeitos, que o fato de a sentença arbitral ficar sujeita à revisão por um juiz togado lhe retiraria a possibilidade de produzir coisa julgada.⁵²⁶

Não nos parecem corretas tais leituras. Primeiro porque o fato de ter efeitos equiparados não necessariamente extrai a também possível igualdade em termos da produção de coisa julgada. Ademais, o mero deslocamento, por critério de competência, da sentença arbitral para uma revisão formal, e não de conteúdo, não impede a qualidade imutável aos efeitos da sentença arbitral, a coisa julgada. Serve de exemplo lembrar que também a sentença estatal poderá ser revista em outro órgão competente, o tribunal, quando do julgamento da ação rescisória. E, ao contrário da sentença arbitral, poderá ser alterada no mérito, ficando ainda sujeita a tal impugnação até o prazo da demanda rescisória, sabidamente bem maior que o da demanda anulatória da sentença arbitral. Logo, a impugnação judicial da sentença arbitral não serve como fundamento para afastar a produção de coisa julgada.

Fica claro que há coisa julgada no processo arbitral. No direito estrangeiro isso é inclusive positivado expressamente em variados diplomas,⁵²⁷ ou mesmo trazido em

⁵²⁴ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, *Coisa julgada*, p. 67.

⁵²⁵ Cf. SILVA FILHO, *Processo civil: um anticristo na arbitragem*, p. 15.

⁵²⁶ Cf. FERNANDES, *Anulação da sentença arbitral*, p. 52. Embora o autor aponte antes que o julgamento de mérito da sentença arbitral “jamais poderá ser revisto pelo juiz estatal” (Ibidem, p. 51).

⁵²⁷ Na França, o Nouveau Code de Procédure Civile, em seu art. 1.476, traz que “la sentence arbitrale a, dès qu’elle est rendue, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’elle tranche” – destacamos. Na Bélgica, o art. 1.703 do Code Judiciaire disciplina que “Art. 1703. A moins que la sentence ne soit contraire à l’ordre public ou que le litige ne soit susceptible d’être réglé par la voie de l’arbitrage, la sentence arbitrale a l’autorité de la chose jugée lorsqu’elle a été notifiée conformément à l’article 1702, alinéa 1er, et qu’elle ne peut plus être attaquée devant les arbitres” – destacamos. Em Portugal, o art. 26 da Lei 26/1996 também traz que a sentença arbitral possui força de caso julgado, o mesmo ocorrendo na Holanda (Code of Civil Procedure, art. 1.059).

termos de efeitos e eficácia, como na lei brasileira,⁵²⁸ a despeito de ter o mesmo conteúdo de coisa julgada. A doutrina nacional é ampla a respeito de haver coisa julgada na sentença arbitral,⁵²⁹ assim como a estrangeira.⁵³⁰ Seja como for, está bastante evidente que os requisitos clássicos da coisa julgada estão presentes na sentença arbitral, na medida em que nenhum outro julgador, juiz togado ou árbitro, poderá reapreciar a matéria objeto da decisão. Eis o chamado efeito negativo da coisa julgada arbitral. Mais que isso, a parte em favor de quem exista uma sentença arbitral, em eventual demanda que se relacione com demanda arbitral anterior, terá em seu favor a obrigação do julgador, árbitro ou juiz togado, de tomar como premissa a conclusão da sentença arbitral passada em julgado.⁵³¹ Eis o efeito positivo da coisa julgada arbitral.

Portanto, não nos parece correto afirmar que a sentença arbitral equipara-se à estatal apenas quanto aos efeitos. Embora com o rótulo de *efeitos*, o que o art. 31 disciplina é a formação da coisa julgada arbitral. A peculiaridade do processo arbitral quanto à sua coisa julgada está no fato de que não cabe reapreciação do mérito da decisão por outro órgão, arbitral ou estatal, e que estará exposta a um prazo mais exíguo do que a sentença estatal para conquistar a imutabilidade, a depender da eventual demanda anulatória. No entanto, a despeito de formar coisa julgada, uma característica do fechamento operacional do sistema arbitral quanto à coisa julgada diz respeito à impossibilidade do ajuizamento de demanda rescisória contra a sentença arbitral.⁵³² Isso porque suas causas de *rescindibilidade* estão contidas na técnica do seu sistema, contida no art. 32, além das matérias previstas no

⁵²⁸ É o caso, entre outros, do art. 823 do Codice di Procedura Civile italiano, do art. 1.055 da Lei de Arbitragem alemã e do art. 58 do Arbitration Act 58/1996 no direito inglês.

⁵²⁹ Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 396; SELMA FERREIRA LEMES, A sentença arbitral, p. 31; BATISTA MARTINS, Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, p. 307; DONALDO ARMELIN, Prescrição e arbitragem, p. 69, e Notas sobre sentença parcial e arbitragem, p. 298; FONSECA, Reflexões sobre a sentença arbitral, p. 47; PEREIRA, Considerações sobre a possibilidade da ação rescisória na sentença arbitral, p. 75 e; GUERRERO, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, p. 129.

⁵³⁰ Cf. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *International commercial arbitration*, p. 780; RICCI, *Lei de arbitragem brasileira*, p. 200 e 226; FAZZALARI, *L'arbitrato*, p. 93; ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, p. 321; MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 144; AZÓCAR, *El juicio arbitral*, item 438; CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, p. 186; e HANOTIAU, *Complex arbitrations*, p. 246. Aliás, na jurisprudência da CCI o conceito de que a sentença arbitral faz coisa julgada está assentado desde 1979, no julgamento do case n. 3383.

⁵³¹ Como diz o jurista espanhol MUNNÉ CATARINA, “el laudo firme tiene eficacia prejudicial y vinculante en posteriores procesos (cosa juzgada material)” (*El arbitraje en la Ley 60/2003*, p. 145).

⁵³² Cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 27; PEREIRA, Considerações sobre a possibilidade da ação rescisória na sentença arbitral, p. 90; ARMELIN, Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral, p. 20; e YARSELL, Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória, p. 96.

art. 475-L do Código de Processo Civil, em mecanismo de abertura cognitiva entre os dois sistemas como anteparo à formação da coisa julgada arbitral.⁵³³

Enfim, por integrar a teoria geral do processo, também no tocante à qualidade dos efeitos de sua sentença, o processo arbitral possui identidade com o processo estatal. Mas dele diferencia-se no que respeita à forma com que lida com o instituto da coisa julgada, especialmente para efeito de sua impugnação e da comunicação em movimento de abertura cognitiva com o processo estatal. Consideramos que tais características contribuem na concepção do processo arbitral como um sistema autônomo. Passemos agora ao último item deste trabalho, em que sucintamente abordaremos outro instituto da teoria geral do processo que no processo arbitral se apresenta com nuances peculiares. Falamos da jurisprudência arbitral. Veja-se.

3.4.3 *A jurisprudência arbitral e a sua uniformização*

Em monografia originalmente de dissertação de mestrado desta Casa, tratamos do novo posicionamento da produção jurisprudencial na realidade jurídica nacional, com ênfase nos métodos de uniformização da jurisprudência calcados em decisões de alto potencial referencial, proferidas pelos órgãos de superposição.⁵³⁴ No processo arbitral algo parecido ocorre, mas em dois aspectos peculiares ao seu sistema.

⁵³³ Trata-se de peculiaridade sistêmica de a coisa julgada arbitral estar imune à ação rescisória. No entanto, podemos visualizar uma hipótese de ação rescisória envolvendo o processo arbitral, mais especificamente a abertura cognitiva entre ele e a demanda judicial anulatória de sua sentença. É dizer, embora saibamos que o juiz togado não pode tocar no mérito da decisão arbitral, podemos considerar hipótese em que ele o tenha feito. Neste caso, não teríamos dúvidas em afirmar que estaria aberta a ação rescisória contra a sentença judicial que equivocadamente tenha ingressado no mérito do processo arbitral a pretexto de anular a sentença, ainda que sem seu rótulo o juiz togado tenha demonstrado que o fez somente quanto a aspectos formais, nas hipóteses do art. 32. A jurisprudência do STJ abona esse raciocínio, ao tomar por sentença de *mérito* aquela que efetivamente apresenta esse *conteúdo*, a despeito da denominação que lhe haja dado o juiz, ou da linguagem por ele utilizada ao expressar o *decisum*: “para a qualificação das decisões como meritórias e, portanto, suscetíveis de rescisão, a análise apenas da linguagem concretamente utilizada mostra-se insuficiente, sendo imperioso perquirir acerca do verdadeiro conteúdo do ato decisório. Deveras, não obstante conclua o órgão julgador pela extinção do processo sem exame de mérito, sob indicação expressa de uma das hipóteses do art. 267 do CPC, pode, de fato, ter incursionado no direito material, passando o *decisum* a projetar efeitos externamente ao processo, inviabilizando-se a rediscussão da matéria e legitimando o ajuizamento de rescisória. Precedentes” (REsp 666.637-RN, 4.^a T., Rel. Min. Scartezzini, DJ 26.06.2006 – destacamos).

⁵³⁴ *Jurisprudência*: da divergência à uniformização.

O primeiro vem ao encontro do que já falamos acerca da construção jurisprudencial no aculturamento da comunidade jurídica para a solidez do processo arbitral como um sistema. Abordamos antes o que a melhor doutrina denominou como um dos quatro grandes *pilares* do instituto arbitral na experiência brasileira, a jurisprudência estatal. Mormente dos Tribunais Superiores,⁵³⁵ em favor de uma série de conceitos e princípios típicos do processo arbitral, como a autonomia da convenção arbitral, o princípio do *kompetenz-kompetenz*, a força e autonomia da sentença arbitral estrangeira, os limites da demanda do art. 33, entre outros. Em outros trechos deste estudo apontamos exatamente essa doutrinação pelo precedente judicial, em favor da autonomia do processo arbitral, servindo como fator pedagógico da sociedade (escopo social do processo). Este dado demonstra tanto uma questão de fechamento operacional do sistema arbitral, relativa aos seus principais institutos, quanto do reconhecimento judicial de seu ferramental próprio, em movimento de abertura cognitiva.

O segundo aspecto vem justamente da própria experiência jurisprudencial arbitral, formada sobre questões que são levadas a juízos arbitrais.⁵³⁶ Embora de certo modo as decisões arbitrais preencham institutos de direito material,⁵³⁷ sendo conhecidos, por exemplo, os repertórios de decisões da CCI,⁵³⁸ a diferença entre a jurisprudência arbitral e a estatal está no fato de que a primeira não tem a mesma eficácia, vinculante ou persuasiva, da judicial.⁵³⁹ Apesar de um notório movimento de enaltecimento da jurisprudência arbitral, que vem sendo bem exercitado pelas revistas especializadas,⁵⁴⁰ fato é que a jurisprudência arbitral ainda se apresenta de forma diluída se comparada ao modelo estatal. Motivos para tanto podem estar no caráter sigiloso da maioria dos processos, ou mesmo da necessária discricção do árbitro (art. 13, § 6.º), o que redundaria em precedentes arbitrais apenas com a

⁵³⁵ Cf. WALD, A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais, p. 7-16.

⁵³⁶ WALD analisou questões como contratos administrativos e onerosidade excessiva à luz da jurisprudência arbitral (Oito anos de jurisprudência em arbitragem, p. 117-118).

⁵³⁷ Cf. capítulo 2, item 2.1.2, nota 92, quando apontamos posição de doutrinadores, entre eles LUIZ OLAVO BAPTISTA e MARISTELA BASSO, acerca de a jurisprudência arbitral firmar práticas de mercado, a *lex mercatoria*.

⁵³⁸ Por exemplo, NEHRING traz uma série de casos da CCI publicados em seu ementário em que questões de direito material foram analisadas à luz da conveniência de sentenças parciais (Sentenças parciais, p. 27-43). Cf. também ZERBINI, Sentenças arbitrais formam jurisprudência?, p. 467.

⁵³⁹ Cf. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, p. 480; CARMONA, Flexibilização do procedimento arbitral, p. 6. No direito norte-americano, coerente com sua própria família jurídica de *case law*, apesar de não se igualar ao modelo judicial, a força dos precedentes arbitrais ("precedent value of awards") é bem maior do que no modelo brasileiro (cf. ELKOURI e ELKOURI, *How arbitration works*, p. 414-436).

⁵⁴⁰ Cf. ZERBINI, Sentenças arbitrais formam jurisprudência?, p. 466-467.

matéria de direito descrita, sem detalhes do negócio jurídico ou partes.⁵⁴¹ Mas mesmo assim é possível notar a importância da orientação das decisões arbitrais na prática do processo arbitral.⁵⁴²

Mesmo não estando vinculado, há um elemento de conteúdo no tocante ao precedente arbitral que pode influenciar na convicção do árbitro. Trata-se da questão moral de bem julgar, de decidir de maneira equânime para situações semelhantes, também exercitando, tal qual o juiz togado, um corolário de aplicar concretamente isonomia constitucional.⁵⁴³ Logo, à luz do que apontamos antes sobre a efetividade de a tutela arbitral redundar em qualidade e que nisso também se insere compor situações iguais mediante parâmetros semelhantes, não se pode negar que o árbitro interessado em bem julgar levará em consideração eventuais precedentes arbitrais sobre a mesma questão de direito material.⁵⁴⁴ Trata-se de uma variável ligada ao seu dever de bem julgar,⁵⁴⁵ decidir com isonomia.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ O que acaba não ocorrendo quando as demandas arbitrais acabam sendo questionadas em juízo estatal, com a revelação do caso concreto em detalhes.

⁵⁴² DELLA VALLE reconhece essa importância especialmente em processos arbitrais com julgamento por equidade (*A decisão por equidade n arbitragem comercial internacional*, p. 370). SELMA FERREIRA LEMES também demonstrou a presença da jurisprudência arbitral da CCI na questão da equidade (*A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado*, p. 223-225).

⁵⁴³ Podemos dar o exemplo do comércio internacional, em que a própria natureza complica a tarefa de fixar a lei de regência, pois diuturnamente os contratos estão vinculados ao direito de dois ou mais países. Daí que a divisão do mundo em diferentes sistemas jurídicos nacionais passou a ser vista como barreira não tarifária, a ser gradualmente eliminada para a construção de um mercado global. A chamada *lex mercatoria* (cf. ADRIANA PUCCI, *Arbitragem comercial internacional – a lei aplicável*, p. 36 e ss.). Nesse cenário está o trabalho em favor da uniformização do direito contratual internacional, objeto de empenho da Uncitral e do Unidroit, assim como da CCI, lembrando que as cláusulas FOB ou CIF, denominadas *incoterms*, foram criadas jurisprudencialmente pela CCI (criadas em 1936 e recentemente atualizadas na sua publicação 560/2000), em clara demonstração da abertura cognitiva do sistema do processo arbitral com o sistema do direito material.

⁵⁴⁴ “La giurisprudenza arbitrale tuttavia è igualmente fonte di attenta considerazione da parte dell’arbitro, il quale – in una materia in cui spesso no può ancorarsi ad un punto saldo di riferimento – è particolarmente interessato a ispirarsi a comportamenti arbitrali precedenti” (RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, p. 37).

⁵⁴⁵ Segundo ZERBINI, os árbitros “reconhecem a utilidade e a necessidade de comparar as controvérsias que lhes foram submetidas com decisões tomadas em casos passados e semelhantes”, anotando que já existe um conceito de jurisprudência arbitral inclusive como fonte do direito (Sentenças arbitrais formam jurisprudência?, p. 472).

⁵⁴⁶ O que, inclusive, é fomentado por alguns regulamentos, como o da Câmara de Arbitragem do Mercado, que em seu regulamento disciplina a publicação das decisões arbitrais, com a supressão de nomes e dados fáticos do caso (arts. 9.10 e 9.13), “que poderão ser levadas em conta pelos árbitros”, assim como traz em seu regimento interno um incidente de “uniformização de jurisprudência” (art. 5.º), inclusive com detalhado procedimento, cuja sentença será aplicada ao caso concreto (“5.12 O julgamento, tomado pelo voto da maioria dos membros que estiverem presentes à reunião do Plenário, constituirá a sentença arbitral definitiva no procedimento arbitral em que o incidente tiver sido levantado, aplicando-se à sentença as regras do Capítulo 9 do Regulamento”).

Enfim, afora não ter realmente eficácia como a estatal, a jurisprudência arbitral tem galgado posição cada vez mais relevante no sistema do processo arbitral, seja influenciando árbitros, seja dando diretrizes à comunidade jurídica sobre questões processuais e materiais. E isso tem contribuído para que o formato com que essa jurisprudência se apresente se aprimore, ganhando espaço em artigos doutrinários e em revistas especializadas, o que tem sido feito via comentários da comunidade arbitral sobre casos julgados, especialmente no tocante a posições uniformizadas ou mesmo contrárias a um entendimento tido como consolidado na prática do processo arbitral. Podemos considerar, assim, que também a forma com que a jurisprudência incide no processo arbitral é diferenciada, indicando que, também por esse ponto de vista, ele é um sistema com autonomia quando comparado ao processo estatal.

CONCLUSÃO

A teoria dos sistemas concebe os sistemas como organismos sociais que possuem um conjunto de instrumentos próprios, produzidos em seu ambiente. O fenômeno é chamado de fechamento operacional, que permite ao sistema ser autorreferente e, com isso, autônomo relativamente aos outros sistemas. Ao lado disso, para ser considerado um sistema, o organismo deve ser capaz de se comunicar com outros sistemas sociais, com eles trocando mútuas influências. Este movimento é chamado de abertura cognitiva. Logo, o sistema concebido pela teoria adotada deve ser fechado operacionalmente e aberto cognitivamente.

Essa concepção de sistema tem sido aplicada a variados ramos do direito. Pensamos que a mesma ideia pode ser trazida para o direito processual como um todo. Isso foi demonstrado no capítulo 1. No entanto, considerando que o processo arbitral integra a teoria geral do processo, a hipótese desta tese foi ser possível aplicar-lhe a mesma premissa teórica. Este foi o ponto central do trabalho. O processo arbitral, embora inserido na teoria geral do processo, tem instrumentos próprios, produzidos em sua realidade. Possui fechamento operacional. Isso o torna autorreferencial e autônomo relativamente aos demais sistemas de direito, inclusive quanto ao processo estatal.

Entre os elementos peculiares do processo arbitral destacamos a presença de regras e, fundamentalmente, de princípios. Isso leva a uma leitura absolutamente típica de institutos do processo estatal, que, quando ingressam no seu ambiente, alteram-se por completo. É o caso, por exemplo, da integração do conceito de devido processo legal arbitral, formado primordialmente pela autonomia da vontade e pelo poder diretivo do árbitro quanto ao procedimento.

Por ser dotado de uma boa estrutura instrumental interna, que lhe traz segurança, o processo arbitral constantemente troca mútuas influências com outros sistemas. Tanto no campo processual quanto no material. Sendo autônomo operacionalmente, isso lhe proporciona poder realizar a abertura cognitiva com outros sistemas, o que se dá em variados

momentos do processo. A demonstração desse enquadramento do processo arbitral no conceito de sistema, com feitos práticos em inúmeros institutos processuais, foi objeto do capítulo 2.

Além disso, o processo arbitral tem sua marcha marcada por todos os elementos acima. Ele funciona como um sistema tal qual concebido pela teoria dos sistemas. A verificação dessa assertiva fica clara em inúmeros momentos da sua evolução, ao caminhar pelo seu procedimento. Embora tenha macroestruturas semelhantes às do processo estatal, os mecanismos que o processo arbitral utiliza são bem típicos. Na maioria dos casos, ausentes no processo judicial. Mas mesmo os institutos equivalentes do processo judicial, quando presentes no processo arbitral, funcionam de maneira bastante diversa.

Podemos citar a formação do processo, os atos postulatórios, os princípios processuais relativos à demanda e à defesa, os incidentes no curso do procedimento, em que se destacam as relações com outras demandas judiciais ou arbitrais, os poderes do árbitro, a instrução processual diferenciada por ingredientes de diferentes tradições e, por fim, a fase final do processo, com a decisão e temas correlatos bastante marcados por uma tipicidade própria. Tudo isso foi objeto do capítulo 3, em que procuramos demonstrar o desenvolvimento, o caminho do processo arbitral à luz do conceito de sistema adotado.

Alguns momentos desta tese foram mais delicados, seja pela ausência de subsídios, seja pela própria dificuldade em aliar campos tão diversos como uma teoria abstrata de sistemas, conceitos e dogmas processuais estatais e elementos de direito material. Podemos dizer que até mesmo a presente tese, em graus distintos, passou pelos *sistemas* da teoria dos sistemas, do direito material, do processo judicial e do processo arbitral.

A despeito disso, durante todo o trabalho procuramos mostrar que o processo arbitral é pontuado por características que determinam o seu formato, volitivo pelas partes e diretivo pelos árbitros. Disso decorrem situações práticas relacionadas com os poderes de condução do processo, espalhando-se pela postulação, instrução e decisão. Tudo sob o signo da autonomia da vontade e do poder de direção do procedimento pelo árbitro. Procuramos

trazer situações práticas que evidenciassem essa característica, como ocorreu especialmente em questões concernentes à prova, em que o grau de flexibilidade do procedimento arbitral fica bastante claro.

Todos os pontos analisados tiveram como norte a maleabilidade do procedimento arbitral, as premissas de autonomia da vontade, as regras de legitimação calcadas no contraditório, imparcialidade e livre convicção do árbitro. São elementos que fazem com que o processo arbitral trabalhe como um *sistema* de instrumentos próprios, trocando mútuas influências com outros variados sistemas, de acordo com a situação concreta. Procuramos trazer exemplos reais nesse sentido.

Conforme proposto na introdução e delimitação do tema, terminado o trabalho, concluímos ser perfeitamente possível trazer a teoria em questão ao ambiente do processo arbitral. Essa abordagem vem ao encontro inclusive de esclarecer algumas dúvidas e incertezas geralmente causadas pela confusão com o processo estatal, demonstrando a especialidade do processo arbitral em sua forma de atuação. Assim, pensamos ter tido êxito na tentativa de demonstrar a hipótese teórica: de que o processo arbitral é um sistema processual autônomo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Aroldo (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALBÓNICO, Eduardo Picand. *Arbitraje comercial internacional*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2005.

ALCAMI, Rosa Lapiedra. *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. 2003. Tese (Doutorado em direito internacional) – Universidade de Valencia.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos. *Revista do I congresso do centro de arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria portuguesa*, Coimbra: Almedina, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 9, p. 262, 2006.

———. Questão prejudicial suscitada no curso da arbitragem. *Revista brasileira de arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 4, p. 175, 2004.

ALMEIDA SALLES, Marcos Paulo de. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem. In: VERÇOSA, Haroldo (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.

———. Efeitos da judicialização da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 13, p. 30, 2007.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

ALVES, Rafael. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

———. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 7, p. 109, 2005.

———. O devido processo legal na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. [s. n.]: Unimep, 2002.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso. *Embargos de terceiros: legitimidade passiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

AMADO, Juan Antonio Garcia. La société et le droit chez Niklas Luhmann. In: ARNAUD, Andre Jean; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et le Jurisprudence, 1993.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento (procedimento em primeiro grau de jurisdição)*. São Paulo: Atlas, 2007.

———. Execução e impugnação da sentença arbitral, In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2001. v. 2, p. 708 e ss.

———. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.

———. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006.

———. Temas atuais das tutelas diferenciadas. In: CIANCI, Mirna; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GIANNICO, Ana Paula. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Prof. Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 6, p. 52, 2005.

ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. Considerações sobre a arbitragem e o cumprimento da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 15, p. 19, 2007.

ANDREWS, Neil. Injunctions in support of civil proceedings and arbitration. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 34, n. 57, p. 165-192, 2009.

ANZORENA, C. Ignacio Suarez. Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: tensiones y problemas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 13, p. 123, 2007.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.

ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 9, p. 108, 2006.

———. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 13, p. 16, 2007.

———. Ação de nulidade de sentença arbitral. In: BERTASI, Maria Odete; CORRÊA NETO, Oscaivo (Coord.). *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

———. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 1, p. 11, 2004.

———. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 18, p. 274, 2008.

———. Prescrição e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 15, p. 65, 2007.

———. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 65, p. 45-55, jan.-mar. 1992.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Exegese dos arts. 6.º e 7.º da Lei 9.307, de 1996. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

———. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. 2 v.

———. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

———. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudo em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 184-195.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo: uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 5, p. 75, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A aparente contradição entre a lei de arbitragem e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista da APMP: Associação Paulista do Ministério Público*, v. 2, n. 13, p. 19-21, dez. 1997.

———. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZÓCAR, Patricio Aylwin. *El juicio arbitral*. 5. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.

———. *Lex mercatoria*. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. Sentença parcial em arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 17, p. 173, 2008.

BARBIERI, Giorgio. *Il nuovo diritto dell'arbitrato*. Milano: Cedam, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Temas de direito processual* – 1.^a série. São Paulo: Saraiva, 1988.

———. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual* – 3.^a série. São Paulo: Saraiva, 1984.

———. As bases do direito processual civil. *Temas de direito processual* – 1.^a série. São Paulo: Saraiva, 1988.

———. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. *Temas de direito processual* – 6.^a série. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. As presunções e a prova. *Temas de direito processual civil* – 1.^a série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

———. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

———. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de direito processual* – 6.^a série. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual* – 3.^a série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1984.

———. Estrutura da sentença arbitral. *Temas de direito processual* – 8.^a série. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. La nuova legge brasiliana sull'arbitrato. *Rivista dell'Arbitrato*, ano VII, p. 1, 1997.
Temas de direito processual – 6.^a série. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos.
Temas de direito processual – 7.^a série. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 35, p. 178.

———. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual* – 9.^a série. São Paulo: Saraiva, 2007.

———. Privatização do processo?. *Temas de direito processual* – 7.^a série. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. Regra de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* – 2.^a série. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROCAS, Manuel Pereira. Necessidade de uma nova ordem judicial – a arbitragem.
Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 45, p. 433-456, 1985.

BARROSO, Alexandre de Alencar. *Valoração da prova civil*. 2002. Tese (Doutorado em direito processual) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

BARROS, Octávio Fragata M. de. Concorrência de julgadores na arbitragem internacional: o Brasil e a “litispendência arbitral”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 15, p. 7, 2007.

———. Reflexões acerca dos efeitos infringentes dos embargos arbitrais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 9, p. 62, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. Cláusula compromissória: interpretação, efeitos e a questão intertemporal. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica*

e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. A teoria autonomista da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 17, p. 49, abr.-jun. 2008.

BASSO, Maristela. A arbitragem como método de solução de controvérsias na Internet: atualidade do sistema de nome de domínio. In: PUCCI, Adriana Noemi (Org.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 269-279.

———. Ampliação do uso da arbitragem. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Org.). *Direito, advocacia e mudança*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1996. p. 15-20.

———. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 307-314, 2000.

———. *Contratos internacionais do comércio*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 1998.

———. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 733, p. 11-23, 1996.

———. Mito e realidade do procedimento arbitral atual. *Revista da Faculdade de Direito*, Fundação Armando Alvares Penteado, v. 2, p. 159-172, 2006.

———. O processo legislativo de aprovação dos tratados internacionais no Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 20, n. 50, p. 47-68, 1987.

———. Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma? In: LEMES; CARMONA; MARTINS (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMÖHL, Débora Inês Kram. *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. In *Revista do Advogado – AASP*, n. 85, maio de 2006.

———. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

———. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

———. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

———. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

———. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT.

———. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, [s.d.].

BEECHY, John. The conduct of an arbitral procedure: the common law approach. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 3, p. 13, 2004.

BELARDO, Rubén Santos. *Seis lecciones sobre arbitraje privado (interno e internacional)*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002.

BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 14, p. 77, 2007.

———. *Il nuovo diritto dell'arbitrato*. Milano: Cedam, 2007.

BENETI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 100.

BERMUDES, Sérgio. Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Cedam, 1936.

BITTAR, Eduardo. *Curso de filosofia política*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, [s.d.]

BOISSESON, Matthieu de. As *anti-suit injunctions* e o princípio da competência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 7, p. 138, 2005.

———. *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Paris: GLN-Édition, 1990.

———. New tensions between arbitrators and parties in the conduct of the arbitral procedure. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 16, p. 68, 2007.

BONDIOLI, Luis Guilherme. *A sistematização da reconvenção no processo civil brasileiro*. 2008. Tese (Doutorado em direito processual) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

———. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONÍCIO, Marcelo Magalhães. Apontamento sobre a aparente necessidade de averbação para configuração da fraude de execução segundo as novas regras do artigo 615-A do CPC. *Direito processual civil* (vários autores). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

———. Estudo sobre a antecipação de tutela específica. In: CIANCI, Mirna; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GIANNICO, Ana Paula. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Prof. Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

———. *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006.

BONILHA, Alessandra Fachada. Ética na arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 14.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

———. Processo arbitral. *Seminário sobre arbitragem*. Coordenação de Torquato Lorena Jardim. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1983. p. 31-50.

———. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 2.1.

BRAGHETTA, Adriana. A escolha da sede da arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 7.

———. A importância da sede da arbitragem. In: LEMES; CARMONA; MARTINS (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BREDA PESSOA, Fernando José. A produção probatória na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 13, p. 71, 2007.

BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRIGUGLIO, A. *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales*. Buenos Aires: Ed. Roth, 1968.

CAIRNS, David J. A. Confidentiality and State party arbitrations. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 4, p. 133, 2005.

CAIS, Fernando. *Preclusão e instrumentalidade do processo*. 2006. Dissertação (Mestrado em direito processual) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come gioco. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Cedam, 1950.

———. *Opere giuridiche*. Nápoles: Morano, 1985. v. 9.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

———. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

———. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

———. Cumprimento da sentença arbitral após a reforma do CPC. In: BONFIM, Ana Paula; MENEZES, Hellen (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

———. Das relações entre a arbitragem e o poder judiciário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Síntese, 2005, n. 6, p. 18.

CAMBI, Eduardo. Norma e processo na crença democrática. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 110, 325-349, abr.-jun. 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

———. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

———. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem voluntária: (jurisdição dos cidadãos) nas relações tributárias. *Revista do I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2008.

CAMPOS, Gledson Marques de. “Execução” de obrigações específicas: (entrega de coisa certa e incerta e fazer e não fazer) previstas em sentença arbitral. *Revista brasileira de arbitragem*. Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 31, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. *Access to justice: a world survey*. Leyden-Londres-Boston-Milano: Giuffrè, 1978.

———. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 30, 1975.

———. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

———. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

———. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista Forense Comemorativa 100 anos*, Coordenação de Barbosa Moreira, Rio de Janeiro, p. 553-576, 2006.

CAPRASSE, Olivier. A constituição do tribunal arbitral em arbitragem multiparte. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Síntese, n. 8, p. 83, 2005.

CARAMELO, António Sampaio. A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 66, p. 1233-1265, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 18, n. 72, p. 53-74, 1993.

———. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

———. Arbitragem e jurisdição. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

———. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- . *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- . Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- . Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 15, n. 57, p. 39-54, 1990.
- . Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*, v. 51, p. 17-24, [s.d.].
- . Duas palavras sobre o procedimento arbitral. Disponível em: <<http://www.mrtc.com.br/tool4web/site/visualizar.asp?id=22>>. Acesso em: 8 jan. 2009.
- . Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 18, p. 7, 2008.
- . Flexibilização do procedimento arbitral. Artigo no prelo.
- . O Brasil e os tribunais transnacionais. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire; DIAS, Ronaldo Bretãs (Coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- . Parecer. Contrato de *joint venture*. Contratos-satélite que absorvem as previsões constantes do contrato-base. Revogação tácita e revogação expressa de cláusula compromissória. Propositura de demanda perante o Poder Judiciário brasileiro. Revogação parcial de cláusula compromissória; manifestação de vontade no sentido de restringir os limites da cláusula compromissória. Autonomia da vontade das partes. Impossibilidade de homologar sentença arbitral estrangeira. Art. 38, II, da Lei de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 19, p.147-166, out.-dez. de 2008.

———. Processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 1, p. 21, 2004.

———. Quinze anos de reformas do Código de Processo Civil. In: ——— (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-60.

———. Reforma da Constituição e processo: promessas e perspectivas. *Revista Literária de Direito*, ano XI, n. 56, p. 4-8, fev.-mar. 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem. Cláusula compromissória cognição e *imperium*. Medidas cautelares e antecipatórias. *Civil law e common law*. Incompetência da justiça estatal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 3, p. 42, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. *Revista Forense*, n. 339, p. 127.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

———. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

———. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Catillo y Santiano Sentis Melendo. Union Tipográfica Editlra Hispano Americana, 1944.

CARREIRA ALVIM, J. E. Carreira. *Direito arbitral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

———. Intervenção de terceiros na arbitragem. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

CARVER, Todd. Alternative dispute resolution: why it doesn't work and why it does. *Harvard Business Review*, Boston, maio-jun. 1994.

CASSEB, Paulo Adib. *Processo legislativo*. São Paulo: RT, 2008.

CATARINA, Frederic Munné. *El arbitraje en la ley 60/2003*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

CHASE, Oscar G. A “Excepcionalidade” americana e o direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 110, p. 115, [s.d.].

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

———. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1977.

———. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Giuffrè, 1930. v. 1.

CIANCI, Mirna. Do interesse na ação de protesto interruptivo da prescrição. *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CLAY, Thomas. A extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes: fora grupos de contratos e grupos de sociedades/empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 8, p. 74, 2005.

———. As medidas cautelares requeridas ao árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 18, p. 311, 2008.

- COE JR., Jack. *International commercial arbitration: American principles and practice in a global context*. New York: Transnational Publishers, 1997.
- COELHO, João Miguel Galhardo. *Arbitragem voluntária*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 116, p. 97-158, jun.-ago. 2004.
- . *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- CONSOLO, Claudio. *Dieci anni e sei riforme processuale, visti dal corriere*. Kluwer Ipsoa, 2004.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal. *O direito*. Lisboa: Almedina, 1992.
- COSTA, Carlos Jorge Sampaio. A arbitragem nos Estados Unidos da América. In: PANTOJA, Teresa (Coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 63, p. 211-235, 2003.
- COSTA, Nilton César Antunes. *Poderes do árbitro*. São Paulo: RT, 2002.
- COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- COSSIO, Francisco González de. El principio compétence-compétence revisitado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 13, p. 100, 2007.

- . La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 16, p. 55, 2007.
- COUTINHO, Ana de Lourdes. *Mandado de segurança e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2006.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CREMADES, Bernardo M. Procedimientos paralelos en la arbitraje internacional. *Revista Peruana de Arbitraje*, Quito, n. 6, p. 109, 2008.
- CRETELLA JUNIOR, José. Natureza do processo administrativo. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- CRISTÓFARO, Pedro Paulo. A *lex mercatoria* e o direito brasileiro. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- . Arbitragem: garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 26, set.-out. 2008.
- . *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- . *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007.
- . *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

DAHL, Robert. Decision making in democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Emory Law Journal*, n. 50, 2001.

DANOVI, Filippo. *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*. Milano: Cedam, 1999.

DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982.

———. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DENTI, Vittorio. *Sitemi e riforme: studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999.

DERAINS, Yves. *A guide to the new ICC rules on arbitration*. Kluwer International, 1998.

———. Some remarks on the management of international arbitration proceedings. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 12, p. 132, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no direito tributário. In: MARTINS, Pedro Batista; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIEZ, Carlos Gonzalez-Jara Arlos. *Teoría de sistemas y derecho penal*, Granada: Editorial Comares, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- . ———. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- . *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.
- . *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 4. v.
- . *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- . Limites da sentença arbitral e seu controle jurisdicional. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- . *Manual das pequenas causas*. São Paulo: RT, 1986.
- . *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- . O regime jurídico das medidas urgentes. *Revista Ajuris*, v. 82, p. 271, 2001.
- . Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985.
- . *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Julia. Algumas considerações sobre o caso judicial Copel v. UEG. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- . O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. Atlas, 2007.

- DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- . O árbitro da parte: considerações éticas e práticas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 6, p. 29, 2005.
- EGASHIRA, Fábio de Possídio. Arbitragem e prescrição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 8, p. 35, 2006.
- ELKOURI, Edna Asper. *How arbitration works*. 4. ed. Washington: BNA Books, 1989.
- ELKOURI, Frank. *How arbitration works*. 4. ed. Washington: BNA Books, 1989.
- ELSING, Siegfried. Bridging the common law civil law divide in arbitration. *Arbitration International*, Londres, LCIA, v. 18. n. 1, 2002.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. *Revista Forense Comemorativa 100 anos*, Coordenação de Barbosa Moreira, Rio de Janeiro, p. 591-614, 2006.
- FAN, Kun. Arbitration in China: practice, legal obstacles and reforms. *ICC Bulletin*, v. 19, n. 2, 2008.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1975.

———. *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1994.

———. *L'arbitrato*. Turim: Unione Tipografico, 1997.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenório da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976.

———. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, [s.d.].

FERRAZ, Rafaela. Arbitragem comercial internacional e enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 17, p. 92, 2008.

———. *Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A arbitragem e a disponibilidade de direitos no *ius publicum* interno. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Arbitragem e o monopólio jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999.

———. *Arbitragem: jurisdição e execução*. São Paulo: RT, 1999.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e a reforma processual da execução: sentença parcial e cumprimento de sentença. Anotações em torno da Lei 11.232/05. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 14, p. 30, 2007.
- . A arbitragem na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 19, p. 16, 2008.
- . Arbitragem e direito do consumidor em busca da convergência. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- . O mandado de segurança e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 13, p. 11, 2007.
- . O princípio competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 9, p. 277, 2006.
- . Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 6, p. 40, 2005.
- FONTES, André R. A teoria autonomista da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 17, p. 49, abr.-jun. 2008.
- FONTOURA, Jorge. Os pressupostos da arbitragem e a solução de controvérsias em blocos econômicos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FOUCHARD, Philippe. Anti-suit injunctions in international arbitration – what remedies? *Anti-suit injunctions in international arbitration*. IAI Seminar. Paris: Juris Publishing, 2005. p. 153-156.
- . *International commercial arbitration*. Netherlands: Kluwer, 1999.

———. Os desafios da arbitragem internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 1, p. 57, 2004.

———. Sugestões para aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: RT, n. 8, abr.-jun. 2000.

———. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCO, Mariulza. Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANCO MONTORO, Marcos André. Interesse em recorrer contra a fundamentação da sentença, com objetivo de evitar eventual aplicação do § 1.º do art. 475-L ou do parágrafo único do art. 741, ambos do CPC. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS, José Lebre de. Alcance da determinação pelo tribunal judicial do objeto do litígio a submeter a arbitragem. In: TELLES, Inocência Galvão (Coord.). *O direito* Lisboa: Almedina, 2008.

FRIEDLAND, Paul. D. *Arbitration clauses for international contracts*. New York: JurisNet, 2007.

———. Combining civil law and common law elements in the presentation of evidence in international commercial arbitration. *Mealey's International Arbitration Report*, New York: Mealey Publication, v. 12, Sep. 1997.

FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral. Apontamentos sobre os reflexos da Lei n. 11.232/05 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 76.

FURTADO, Paulo. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAILLARD, Emmanuel. *International commercial arbitration*. Netherlands: Kluwer, 1999.

———. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 52.

———. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GALVÃO, Ilmar. O juízo arbitral. In: CAMPOS, Diogo; MENDES, Gilmar, MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. Lisboa: Almedina, 2007.

GAMBINO, Francesco. Árbitros de equidade de laudo conforme o direito: reflexões acerca do princípio do *pacta sunt servanda*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 8, p. 196, 2006.

GARCEZ, José Maria Rossani. Escolha da lei substantiva da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 4, p. 48, 2005.

———. Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 8, p. 101, 2006.

GARTH, Bryant. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. *Access to justice: a world survey*. Leyden-Londres-Boston-Milano: Giuffrè, 1978.

GASPAR, Renata Álvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. Coordenação de Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção Atlas de Arbitragem.)

GIANNICO, Marici. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIORGI, Raffaele de. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GIUSTI, Gilberto. O advogado e a arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et lex mercatoria. *Archives Philosophiques du Droit*, p. 177, 1964.

———. *International commercial arbitration*. Netherlands: Kluwer, 1999.

———. La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives. *Journal du Droit International*, p. 475, 1979.

———. Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria. *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bale e Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, p. 241, 1993.

———. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

GOMM-SANTOS, Maurício. The extent of the arbitral tribunal's power to manage discovery in the United States of America. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 22, p. 156-172, 2009.

GONÇALVES, Eduardo Damião. A prática do STJ na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Os primeiros anos. In: FERRAZ, Rafaela; MUNIZ, Joaquim. *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. 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 Batista; GARCEZ, José Maria. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

———. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

GRACIE, Ellen. A importância da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 12, p. 13-17, 2007.

GRAHAM, James A. Terceros, no-firmantes, y acuerdos arbitrales. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 16, p. 98, 2007.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Homologação de sentença estrangeira*. São Paulo: Saraiva, 1978.

- GRECO, Leonardo. A crise no processo de execução. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima; DIAS, Ronaldo Bretãs (Coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GREBLER, Eduardo. A revelia no processo arbitral brasileiro. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e litisconsórcio necessário (Parecer). *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 10, p. 7, 2006.
- . *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.
- . Significado social, político e jurídicos da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 97, p. 9-15, 2000.
- . *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.
- . Cumprimento de sentença arbitral e a Lei 11.232/05. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 15, p. 102, 2007.
- GUIDI, Patrícia Velloso de Luna. The ABC of arbitration in U.S. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 13, p. 175, 2007.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

- . O uso da medida cautelar no procedimento arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HANESSIAN, Grant. Discovery in international arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 7, p. 154, 2005.
- . *International arbitration checklists*. Juris Publishing, 2004.
- HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. [s. l.]: Kluwer Law International, 2005.
- HART, Herbert. O conceito de direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 6, p. 65, 2005.
- HILL, Marvin. *Remedies in arbitration*. Washington: BNA Books, 1987.
- HOFFMAN, Paulo. Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- HUNTER, Martin. A ordem pública transnacional e a sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

———. *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*. 2. ed. [s.l.]: LGDJ, 1994.

———. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 1, p. 79, 2004.

JÚDICE, José Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 22, p. 119-146, 2009.

KALICKI, Jean E. *Lis pendens* in international arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 16, p. 197, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLEINHEINSTERKAMP, Jan. Interdependência entre os procedimentos de anulação e de execução: estudo comparativo com foco na legislação brasileira e alemã. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 1, p. 96, 2004.

LA CHINA, Sérgio. *L'arbitrato*. Il sistema e l'esperienza. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Arbitrabilidade subjetiva: a competência da administração para a celebração de convenção arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 1, p. 40, 2004.

LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA,

- Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- . A obrigação de revelação do árbitro: está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 14, p. 9, 2007.
- . *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.
- . Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da lei de arbitragem no tempo. Transmissão da cláusula compromissória. Anti-suit injunction. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 11, p. 7-36, 2006.
- LEISTER, Margareth Anne. Estado de Direito e comércio internacional. In: BASSO-PRADO-ZAITS (Coord.). *Direito do comércio internacional, pragmática, diversidade e inovação: estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008.
- LEITE, Clarisse Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado. In: ———; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- . A arbitragem no Brasil: dez anos de consolidação do instituto. In: CAMPOS, Diogo; MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *A Evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. [s.l.]: Almedina, 2007.
- . A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem: instituição de arbitragem e as medidas cautelares preparatórias. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: RT, n. 20, abr.-jun. 2003.

- . Arbitragem e a jurisprudência paulista. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 9, p. 304, 2006.
- . *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- . *Árbitro*: princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001.
- . A sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 4, p. 26, 2005.
- . As peculiaridades e os efeitos jurídicos da cláusula escalonada: mediação ou conciliação e arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional*: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- . Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria. *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima. São Paulo: LTr, 2002.
- . Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 94.
- . Os “embargos arbitrais” e a revitalização da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 6, p. 37.
- . Princípios e origens da lei de arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, v. 51, p. 32-35, 1997.
- LEONEL, Ricardo de Barros. A causa petendi nas ações coletivas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.
- . *Causa de pedir e pedido*: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006.

———. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

———. Giudizio arbitrale e connessione di cause. *Rivista de Diritto Processuale*, Milano: Cedam, p. 469 e ss., 1964.

———. Intorno ai rapporti tra azione e eccezione. *Rivista de Diritto Processuale*, Milano: Cedam, v. 15, p. 552-565, 1960.

———. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992.

———. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LIMA, Leandro Rigueira Rennó. O procedimento cautelar pré-arbitral na CCI. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 18, p. 60, 2008.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. O procedimento cautelar pré-arbitral da CCI. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOULA, Pedro; MELO, Teresa. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: novo mecanismo de tutela das normas constitucionais? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 104, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

- . Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. In: CIANCI, Mirna; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GIANNICO, Ana Paula. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Prof. Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais nos sistemas jurídicos. *Revista Ajuris*, n. 49, jul. 1990.
- . *El derecho de la sociedad*. Madrid: Iberoamericana, 2002.
- . *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.
- . *Introducción a la teoría de sistemas*. Tradução de Javier Nafarrete. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO); Barcelona: Anthropos, 1996.
- . *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1969.
- . Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, New York, n. 5, v. 13, p. 1419-1441, 1992.
- . *Poder*. Brasília: UnB, 1985.
- . *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría generale*. Tradução Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.
- . *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- . *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- . The self-reproduction of law and its limits. In: ———. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 227-245.

- MACHADO, Rafael Bicca. *A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova sociologia econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MADALENA, Procedimientos paralelos en la arbitraje internacional. *Revista Peruana de Arbitraje*. Quito, n. 6, p. 109, 2008.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 9, p. 165, 2006.
- . A arbitragem e o processo judicial. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 61.
- . A ordem das provas no processo arbitral. In: BERTASI, Maria Odete; CORRÊA NETO, Oscavo (Coord.). *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- . *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.
- . Aspectos atuais da arbitragem. In: NOEMI, Adriana (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- . A tutela antecipada no processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 4, p. 11, 2005.
- . Contratos com o Estado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 3, p. 22, 2004.
- . Do Estado na arbitragem privada. *Revista de Direito Público*, v. 71, p. 162-186, 1984.
- . Mundialização do direito. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

- . Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STJ para apreciação da validade em homologação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 1, p. 135 e ss., 2004.
- . Soluções rápidas e objetivas. In *Revista Brasil Canadá*. São Paulo: CCBC, Ano 2, n. 7, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: RT, [s. d.]
- . *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: RT, 2007.
- 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. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese (Concurso para professor titular) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.
- . *Procedimentos especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARENGO, R. *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1994.
- MARINELLI, Vincenzo. *Ermeneutica giudiziaria: modelli e fondamenti*. Milano: Giuffrè, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.
- . Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Podium, 2008.

———. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.

MARRIOTT, Arthur. Evidence in international arbitration. *Arbitration International*, v. 5, n. 3, 1989.

MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensão fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. In: CAMPOS, Diego; MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. [s.l.]: Almedina, 2007.

———. A arbitragem e o mito da sentença parcial. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

———. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. Arbitrabilidade objetiva. Interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. Arbitragem: capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. São Paulo: Forense, 2008.

———. As três fases da arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 87.

———. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- MASON, Paul E. Visualizing a settlement: videoconferencing to resolve international commercial disputes. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 11, p. 91, 2006.
- MATURANA, Humberto. *El árbol del conocimiento*. Santiago: Editorial Universitaria, 1984.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.
- MAZZONETTO, Nathália. Uma análise comparativa da intervenção de terceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 14, p. 9, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, [s.d.].
- MEDINA, José M. Chillón. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1978.
- MENDES, Armindo Ribeiro. Balanço dos vinte anos de vigência da lei de arbitragem voluntária (Lei 31/86, de 29 de agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações. *Revista do I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, [s. l.]: Almedina, 2008.
- MERCHAN, José F. Merino. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1978.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. São Paulo: Juruá, 2008.
- MORENO, Faustino Cordón. *El arbitraje de derecho privado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

- MOROSINI, Fábio. O mito da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MORTARA, Ludovico. *Commentario del código e delle leggi di procedura*. Milano: Francesco Vallardi, 1923. v. 3.
- MOURRE, Alexis. Los amici curiae son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión? *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 60, 2006.
- . Los méritos de la constitucionalización del procedimiento civil y del derecho del arbitraje. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 15, p. 117, 2007.
- MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.
- MUNHOZ, Eduardo. Arbitragem e grupos de sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MUNIZ, Petrônio R. G. A tutela antecipatória no procedimento pré-arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- . *Operação arbiter*. Recife: Instituto Liberal, 2005.
- NALINI, José Renato. O déficit ético no universo jurídico. In: GUILHERME, Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. Recurso arbitral: reflexões. In: GUILHERME, Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NAVARRETE, Antonio Lorca. Concepto de orden público. La falta de litisconsorcio pasivo necesario constituye una vulneración del orden público. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Barcelona: Universidad del País Vasco, n. 1, t. XXI, p. 159-165, 2009.

———. *Derecho de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Tecnos, 1989.

———. Garantías ordinarias *versus* garantías constitucionales en el arbitraje? In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEHRING, Carlos. Sentenças parciais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 14, p. 23, 2007.

NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

———. *Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

———. From the autopoiesis to the allopoiesis of law. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 28, n. 2, June 2001.

———. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEWMAN, Lawrence W. *International arbitration checklists*. [s.l.]: Juris Publishing, 2004.

NUNES PINTO, José Emilio. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, 2004, n. 1, p. 9.

———. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, 2005, n. 7, p. 79.

———. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, 2005, n. 4, p. 34.

———. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, 2005, n. 6, p. 25.

———. A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 67.

———. Anulação de sentença arbitral *infra petita*, *extra petita* ou *ultra petita*. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

———. Apontamentos sobre a produção de prova na arbitragem. Arquivo do autor. Texto inédito.

———. Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- . Proposta para a preservação do sigilo da arbitragem na execução específica da cláusula compromissória. In: BONFIM, Ana Paula; MENEZES, Hellen (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- . Recusa e impugnação de árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 15, p. 80, 2007.
- . Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias. Garantías ordinarias *versus* garantías constitucionales en el arbitraje? In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUNES, Thiago Marinho. A prática das *anti-suit injunctions* no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 5, p. 15, 2005.
- NUSDEO, Fábio. Embargos infringentes na arbitragem? In: VERÇOSA, Haroldo (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. O exercício do poder no direito estatal, arbitral e de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Do juízo arbitral. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.
- OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

- PALONI, Nelson Alexandre. Irrecorribilidade das sentenças arbitrais. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*. São Paulo: RT, n. 10.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. A ação civil pública, as associações e a (ir) responsabilidade processual. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coord.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008. v. 1, p. 65-80.
- . Ação civil pública e controle de constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 55, p. 69-81, out. 2007.
- . A eficácia cautelar na averbação da demanda executiva. In: CIANCI, Mirna; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GIANNICO, Ana Paula. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Prof. Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- . A súmula impeditiva de recursos e o sistema de precedentes. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 149-182.
- . Contraditório e formação da coisa julgada no processo coletivo. In: VILHENA NUNES, João Batista Amorim de (Coord.). *Processo civil: análises, críticas e propostas*. São Paulo: SRS Editora, 2008. p. 47-70.
- . Institutos equivalentes à ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, p. 124-150, out.-dez. 2003.
- . Jurisdição e poder. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudo em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 184-195.
- . *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

———. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003. p. 111-144.

———. Reconhecimento de ofício da prescrição. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 183-185.

PARSONS, Talcott. *Sistema social*. Madrid: Revista de Occidente, 1976.

PASSANANTE, Luca. *Modelli di tutela dei diritti: l'esperienza inglese e italiana*. Milano: Cedam, 2007.

PEREIRA, Ana Lúcia. Considerações sobre a possibilidade de ação rescisória na sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 17, p. 71, 2008.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A participação das câmaras de arbitragem como *amicus curiae* em processos do Tribunal de Contas da União relativos a processos arbitrais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 43, 2006.

PEREIRA, Fernanda da Silva. *Arbitragem voluntária: impugnação de sentenças arbitrais: tortuoso e longo caminho a percorrer*. Lisboa: Livraria Petrony, 2009.

PETER, Wolfgang. Witness conferencing revisited. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 13, p. 87, 2007.

———. Witness conferencing. *Arbitration International*, v. 18, n. 1, p. 47-58, 2002.

PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 339, p. 127.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito comercial internacional*. Lisboa: Almedina, 2005.

———. Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências. *Revista do I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Lisboa: Almedina, 2008.

PITOMBO, Eleonora Coelho. Arbitragem e o Poder Judiciário: aspectos relevantes. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

———. Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

———. Relevância do advogado para a arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 36.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 24.

PROCOPIAK, Maria Claudia de Assim. A obrigação de revelação do árbitro: está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre; Síntese, n. 14, p. 9, 2007.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Nápoles: Jovene, 1996.

PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem comercial internacional – a lei aplicável. In BASSO-PRADO-ZAITS (Coord.). *Direito do comércio internacional, pragmática, diversidade e inovação: estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008.

———. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

———. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

RAPOSO, João. A intervenção do tribunal judicial na arbitragem: nomeação de árbitros e produção de prova. *Revista do I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Lisboa: Almedina, 2008.

RAPOSO, Mário. A sentença arbitral. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 65, p. 253-280, 2005.

———. Equidade, composição amigável e *lex mercatoria*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 66, p. 5-36, 2006.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Martins, 1940.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

———. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão de recuperação judicial em relação à arbitragem no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto;

- MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- REDFERN, Alan. *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*. 2. ed. [s.l.]: LGDJ, 1994.
- RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- . *La prova nell'arbitrato rituale*. Milano: Giuffrè, 1974.
- . *Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2004.
- RIPERTI, Anna. Il contratto di arbitrato. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 18, p. 123, 2008.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell'arbitrato (interno)*. 2. ed. Milano: Cedam, 1994.
- RÜDIGER, Dorothee Suzanne. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. [s.l.]: Unimep, 2002.
- ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem: a solução viável*. São Paulo: Ícone, 1997.
- SACHS, Klaus. International arbitration and state sovereignty: protection of the weak party in arbitration. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 13, p. 98, 2007.

SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e a arbitragem. In: GUILHERME, Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. Ações coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Unisantos, 2006.

———. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998.

———. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX; NERY JR.; WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 779-792.

SANCHES, Sydney. Questões relevantes sobre a onerosidade excessiva e arbitragem no direito brasileiro. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim. *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANGIOVANNI, Valério. Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 9, p. 181, 2006.

SANTOS, J. A. Penalva. O instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário*. São Paulo: LTr, 2001.

- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. A cláusula compromissória cheia na arbitragem: pressupostos e requisitos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SCAFF, Fernando Facury. Controle de constitucionalidade e sentenças aditivas no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 51.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- . *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.
- . *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- . *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: RT, 2008.
- SCHANER, Lawrence. Due process in international arbitration: anything goes? A U.S. perspective. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 22, p. 173-183, 2009.
- SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell'arbitrato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.
- SCHLEPPENBACH, John. Due process in international arbitration: anything goes? A U.S. perspective. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 22, p. 173-183, 2009.
- SCHWARTZ, Eric. A. *A guide to the new ICC rules or arbitration*. Kluwer International, 1998.
- SCHWARTZ, Germano. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/05. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186-209.

———. *Direito de defesa e tutela jurisdicional*: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro. 2008. Tese (Doutorado em direito processual) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

———. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Eduardo da Silva. Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 5, p. 52, 2005.

SILVA FILHO, Antonio Carlos Monteiro da. Processo civil: um anticristo na arbitragem, in *Revista do Advogado*, AASP, n. 84, p. 7.

SILVA, Gui Conde e. A ordem pública transnacional e a sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, João Calvão da. Tribunal arbitral e providências cautelares. *Revista do I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Lisboa: Almedina, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*: homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.

———. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

———. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

———. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GIANNICO, Ana Paula. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Prof. Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Paula Costa e. A arbitrabilidade de medidas cautelares nos direitos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 4, p. 65, 2004.

———. A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras. *Revista do I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Lisboa: Almedina, 2008.

SINICROPI, Anthony. *Remedies in arbitration*. Washington: BNA Books, 1987.

SIQUEIRA, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SMITH, Quinn. The extent of the arbitral tribunal's power to manage discovery in the United States of America. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 22, p. 156-172, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. As arbitragens internacionais e aquelas reguladas no direito interno brasileiro, nos termos da Lei 9.307, de 23.9.1006. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

———. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

SODRÉ, Antonio. *Curso de direito arbitral*. São Paulo: Mizuno, 2008.

- STOECKER, Christoph. The lex mercatoria: to what extend does it exist?. *Journal of International Arbitration*, Genève, v. 7, n. 1, 1990.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2004.
- STRENGER, Irineu. A arbitragem como modo de inserção de normas da *lex mercatoria* na ordem estatal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 3, p. 9, 2004.
- TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 23, n. 91, jul.-set. 1998.
- . *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- . Liquidação da sentença arbitral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- TARZIA, Giuseppe. A arbitragem comercial internacional e o direito italiano. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 10, n. 37, p. 85-98, 1985.
- TAVARES, André Ramos. Teoria processual e processo constitucional “objetivo”. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo*. Salvador: Podivm, 2008.
- TAWIL, Guido Santiago. Los sistemas de valoración de la prueba y la arbitraje internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 8, p. 209, 2006.
- TEIXEIRA PINTO, Luiz Fernando. A arbitragem da câmara de comércio internacional. In: PANTOJA, Teresa (Coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

———. Reflexões sobre os deveres e atribuições dos árbitros. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Invalidade da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

———. Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEUBNER, Gunther. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. [s.l.]: Unimep, 2002.

———. *Direito, sistema e policontextualidade*. [s.l.]: Unimep, 2005.

———. *How the law thinks: toward a constructive epistemology of law*. San Domenico: European University Institute, 1989.

———. Introduction to autopoietic law. *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlim: Gruyer, 1988.

———. Legal pluralism in the world society. *Global law without a state*. Dartmonth: Brookfield, 1997. p. 3-28.

———. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

———. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, n. 25, p. 999-1045, 2004.

———. Societal constitutionalism: alternatives to State-centred constitutional theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Ed.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004. p. 3-28.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros: litisconsórcio fora do pacto arbitral: outras intervenções de terceiros. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

———. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm>>. Acesso em: 24 out. 2009.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 78-98, jun. 2006.

———. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

———. Cláusula compromissória: interpretação, efeitos e a questão intertemporal. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

TIM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- TORRES, Antônio Carlos Esteves. Arbitragem: estudo sobre a resistência: soluções. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TOWNSEND, John. Bridging the common law civil law divide in arbitration. *Arbitration International*, Londres: LCIA, v. 18, n. 1, 2002.
- TRINDADE, André. *Para entender Luhmann: o direito como sistema autopoético*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.
- TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Fabris, 2009.
- VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.
- . Sentença arbitral e juízo de execuções. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 36.
- . Sentença arbitral inexistente. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- . Validade e eficácia da convenção e arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- VALLE, Martim Della. Considerações sobre os pressupostos processuais em arbitragens. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, 2006, n. 12, p. 7.
- . *Da decisão por equidade na arbitragem internacional comercial*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

- VALLE, Regina Ribeiro do. Mundialização do direito. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- VARELA, F. *El árbol del conocimiento*. Santiago: Editorial Universitaria, 1984.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Problemas da arbitragem por equidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, n. 9, p. 40, 2006.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito processual: inovações e perspectivas – estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 167-187.
- VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 46, p. 289-409, 1986.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Doze anos de lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. In: ——— (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- VIGORITI, Vincenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação. Tradução e anotação de Carlos Alberto Carmona. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 91, p. 11-26, jul.-set. 1998.
- . *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giuffrè, 1979.

———. La revisione delle rules of arbitration dell'Uncitral (a propósito della seduta di New York del 9-13 febbraio 2009). Texto inédito.

———. Quale fra arbitrato e processo? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 30, n. 125, p. 153-159, 2005.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

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: Síntese, n. 7, p. 30, 2005.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

———. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VONDRA, Albert A. Alternative dispute resolution: why it doesn't work and why it does. *Harvard Business Review*, Boston, maio-jun. 1994.

WALD, Arnaldo. A anulação das sentenças arbitrais estrangeiras e das respectivas convenções de arbitragem. In: BERTASI, Maria Odete; CORRÊA NETO, Osório (Coord.). *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

———. A arbitragem e os contratos empresariais complexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 7, p. 11, 2005.

- . A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 2, p. 31, 2004.
- . A evolução do direito e a arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- . A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 9, p. 7-16, 2006.
- . A renúncia à cláusula compromissória. In: MARTINS, Pedro Batista; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- . As *anti-suit injunctions* no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 9, p. 29, 2006.
- . 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: RT, n. 17, jul.-set. 2002.
- . Do descabimento da ação para impedir o funcionamento da arbitragem internacional e o princípio da competência prioritária dos árbitros. In: BONFIM, Ana Paula; MENEZES, Hellen (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- . Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo (Coord.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- . Novos rumos para a arbitragem no Brasil. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: RT, n. 14, out.-dez. 2001.

- . O controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 87, p. 27.
- . O direito societário e a arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim (Coord.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- . Oito anos de jurisprudência em arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 3, p. 111, 2004.
- . O mandado de segurança e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 13, p. 11, 2007.
- . Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 1, p. 40, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.
- . *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: ———; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.
- . *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- . *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.
- . Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985.

———. *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985.

———. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

WLADECK, Felipe Sripes. Liquidação da sentença arbitral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. Sobre o pleito de anulação da sentença arbitral nacional em sede de execução. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 16, p. 98, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 5, p. 95, 2005.

———. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

———. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

———. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada de prova na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n. 14, p. 52, 2007.

———. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 8.

———. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

———. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 109, jan.-mar. 2003.

ZERBINI, Eugenia. Cláusulas arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem.

In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

———. Sentenças arbitrais formam jurisprudência? In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

RESUMO

A tese trata do processo arbitral à luz da concepção da teoria dos sistemas. O estudo do processo arbitral tem sido trazido de forma esparsa. Não é comum focalizar apenas a parte processual da arbitragem. O que causa estranheza, pois sua jurisdição se instrumentaliza mediante o processo. É também notório que o processo arbitral não se aperfeiçoa como o processo judicial, pelo contrário. Embora utilize princípios e conceitos gerais deste, tem características próprias. Daí defendermos que o processo arbitral pode ser visto como um sistema, e o fazemos considerando que há sistema para o direito sempre que um organismo tenha condições de gerar seus próprios instrumentos funcionais, o chamado fechamento operacional, ganhando autonomia relativamente a outros sistemas. Isso faz com que ele também tenha relações com outros sistemas, em mecanismo chamado abertura cognitiva, com a troca de mútuas influências. Tudo isso tem reflexos no modo com que o processo arbitral se comporta, demonstrando que ele não pode ser identificado com o processo judicial. Ainda que o processo arbitral apresente grandes estruturas semelhantes às do processo estatal, as chamadas fases processuais, em todas elas ele tem um funcionamento próprio. A despeito de incorporar princípios do processo estatal, tem seus próprios, e gera sua peculiar maneira de agir. Entre esses princípios estão, principalmente, a autonomia das partes e o poder diretivo do procedimento pelo árbitro. Estes dois pilares do processo arbitral contribuem para que nele haja total peculiaridade procedimental, o que fica claro desde a fase de postulação, passando pela fase de provas e terminando na fase decisória. Todas essas fases foram analisadas, assim como seus principais institutos processuais, considerando a premissa de sistema reputada pela teoria adotada. O conjunto de seus instrumentos e a forma com que se relaciona com outros organismos mostram que o processo arbitral pode ser considerado um sistema autônomo.

ABSTRACT

This paper is on the arbitration process viewed by the concept of the theory of the systems. Arbitration processes are usually studied sparsely; it is not common for the procedural aspect of arbitration to be the only focus. This is somewhat strange, since its jurisdiction is tooled upon its process. It is also known that arbitration process does not improve like judicial process. Although it makes use of general principles and concepts of judicial process, arbitration process has its own characteristics. Therefore, arbitration process can be seen as a system, and we do so by considering there is a legal system whenever an organism has conditions to generate its own functional instruments, the so-called operational closing, gaining relative autonomy from other systems. It is then enabled to also relate to other systems, in a mechanism called cognitive opening, with the exchange of mutual influences. All these factors influence the way arbitration process works, demonstrating that it can not be identified as a judicial process. Even though arbitration process presents great structures similar to the ones of the state process, it has its own functioning in all of them. Although it incorporates principles from the state process, it has its own, and generates its peculiar way of acting. Among such principles, one can cite mainly the parties' autonomy and the directive procedure power by the arbitrator. These two principles contribute for arbitration process to have total procedural peculiarity, which is clear since the filing of the claim, through discovery, and finally in the decision phase. All these phases were analyzed, as well as their main procedural institutes, considering the system premise based on the adopted theory. The set of its instruments and the way it relates to other organisms demonstrate arbitration process is an autonomous system.

RIASSUNTO

La presente tesi tratta del processo arbitrale alla luce della concezione della teoria dei sistemi. Lo studio del processo arbitrale viene presentato in maniera sparsa. È in comune mettere a fuoco soltanto la parte processuale dell'arbitrato il che può fare specie poiché la sua giurisdizione è strumentalizzata mediante il processo. È altresì noto che il processo arbitrale non si perfeziona come il processo giudiziario, al contrario. Nonostante ne utilizzi i principi ed i concetti generali ha caratteristiche proprie. Il processo arbitrale quindi può essere visto come un sistema e lo facciamo considerando che vi è sistema per il diritto sempre che un organismo abbia le condizioni per generare i propri strumenti funzionali, la cosiddetta chiusura operativa, ottenendo autonomia relativa agli altri sistemi. Ciò fa sì che anch'esso si metta in relazione con altri sistemi, il meccanismo detto apertura cognitiva con lo scambio delle mutue influenze. Tutto ciò ha delle conseguenze nel comportamento del processo arbitrale, dimostrando che esso non va identificato con il processo giudiziario. Anche se il processo arbitrale presenta delle grandi strutture simili a quelle del processo statale, le cosiddette fasi processuali, mantiene in esse un suo proprio funzionamento. A prescindere dall'assimilazione dei principi del processo statale, ha i suoi propri principi, e genera il suo particolare modo di agire. Tra questi principi ci sono, in primo luogo, l'autonomia delle parti ed il potere direttivo del procedimento dell'arbitro. Questi due pilastri del processo arbitrale contribuiscono a che non ci sia la totale peculiarità processuale, il che diventa chiaro già dalla fase di postulazione, passando dalla fase delle prove e arrivando alla fase decisoria. Tutte queste fasi sono state analizzate, così come i suoi principali istituti processuali, tenendo conto della premessa del sistema attribuita dalla teoria adottata. L'insieme dei suoi strumenti ed il modo in cui si relaziona con gli altri organismi dimostrano che il processo arbitrale è un sistema autonomo.