

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Gustavo Favero Vaughn

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ARBITRAL

São Paulo

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Gustavo Favero Vaughn

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ARBITRAL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno.

São Paulo

2018

Banca examinadora:

*À Deus, à São Miguel Arcanjo e à minha família, pelo essencial:
vida, saúde, amor e proteção;
Ao estimado Professor Cassio, pela honra de ter sido seu
orientando;
Aos amigos do escritório Cesar Asfor Rocha Advogados, pelos
ensinamentos;
À Pontifícia, pela sua história e acolhida.*

“The idea of arbitration is that of binding resolution of disputes accepted with serenity by those who bear its consequences because of their special trust in chosen decision-makers.

It is difficult for courts to achieve this kind of acceptance; public justice tends to be distant and impersonal. Arbitration is a private initiative. It does not ask that ordinary citizens struggle with Rousseau or Locke or other philosophers’ abstractions of a general ‘social contract’, lacking any mooring in time and space, which might otherwise be enlisted to justify law’s dominion. The ideal of arbitration is freedom reconciled with law”.

Jan Paulsson, *The idea of arbitration*.

RESUMO

VAUGHN, Gustavo Favero. Princípios constitucionais do processo arbitral.

Partindo das premissas de que a arbitragem detém natureza jurisdicional e de que existe, efetivamente, um processo arbitral, esta monografia busca demonstrar que o modelo constitucional do processo deve abranger não só o processo judicial clássico, mas também o processo arbitral. Nesse sentido, prega-se a ideia de que os princípios constitucionais de cunho processual sejam aplicados à arbitragem, vale dizer, defende-se que a interpretação dos institutos do processo arbitral e da respectiva legislação de regência seja feita à luz dos valores consagrados na Constituição Federal. Sem esgotar o enfrentamento do tema, a intenção do trabalho é sistematizar o *direito processual arbitral* a partir do plano constitucional.

Palavras-chave: Força normativa da Constituição – Constitucionalização do processo civil – Arbitragem – Processo arbitral e Constituição – Princípios.

ABSTRACT

VAUGHN, Gustavo Favero. Constitutional principles of the arbitral process.

Taking into account that arbitration has a jurisdictional nature and that there is an arbitral process, this essay aims to demonstrate that the constitutional model of process must be applied not only to the classic judicial process, but also to the arbitral process. Given this fact, the paper states that the constitutional principles of law with procedural aspects have to play a significant role in arbitration, that is to say, the interpretation of the arbitral process' institutes and of the Brazilian Arbitration Act should be done considering the values contemplated in the Federal Constitution. With no further desire to end up the discussion regarding this subject, the goal of this essay is basically to systematize the arbitral process in the lights of the constitutional law.

Keywords: The normative force of the Federal Constitution – The constitutionalization of civil procedure – Arbitration – Arbitral procedure and Constitution – Principles of law.

Sumário

§ 1º - INTRODUÇÃO	9
1. Delimitação do objeto.....	9
§ 2º - PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO	10
2. Modelo constitucional do processo civil	10
3. Positivação do modelo constitucional do processo: breves considerações sobre o art. 1º do Código de Processo Civil de 2015.....	14
4. Direito processual constitucional x direito constitucional processual.....	17
§ 3º - UM POUCO DE TEORIA GERAL DO PROCESSO E ARBITRAGEM....	20
5. Sobre a jurisdição	20
6. Jurisdição e arbitragem.....	22
7. Arbitragem também é processo: o processo arbitral	26
§ 4º - CONTORNOS DE TEORIA GERAL DO DIREITO PARA EXAME DO OBJETO DE ESTUDO	32
8. Distinção entre texto e norma.....	32
9. Norma enquanto gênero das espécies regra e princípio	33
10. Princípios constitucionais	36
§ 5º - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ARBITRAL	38
11. Nota introdutória	38
12. Acesso à justiça	39
13. Devido processo constitucional: contraditório e ampla defesa	42
14. Juiz natural.....	44
15. Duplo grau de jurisdição	47
18. Paridade de armas.....	50
16. Publicidade	51
17. Motivação	56
18. Vedação de prova ilícita	59
19. Assistência jurídica integral e gratuita.....	61
20. Duração razoável do processo	62
§ 6º - À GUIA DE CONCLUSÃO	66
21. Considerações conclusivas	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

§ 1º - INTRODUÇÃO

1. Delimitação do objeto

A solução de litígios que versem direitos patrimoniais disponíveis pela via da arbitragem é uma realidade já consolidada no Brasil. O papel da arbitragem tem sido cada vez mais relevante e expansivo no cenário nacional, acompanhando, em certa medida, o que se tem visto no contexto internacional.

Ainda é nebulosa, contudo, a relação entre a arbitragem e outras esferas da ciência jurídica, de modo que é natural surgirem debates a esse respeito, muitos dos quais aguçam efetivamente a curiosidade do operador do direito e não raro culminam em teses de primeira linha.

Este trabalho, como o seu título denuncia, não tem a pretensão de expor generalidades sobre a arbitragem. O objetivo que se propõe é outro: trazer os princípios constitucionais do processo para dentro do universo da arbitragem.

Embora o estudo do modelo constitucional do processo civil seja farto e profundo, pouco se vê sobre como – se de fato isso acontece – os princípios do processo dispostos na Constituição Federal refletem na arbitragem, que também é processo.

A proposta deste escrito é, então, esmiuçar, é claro que sem pretensão de esgotamento da matéria, os princípios constitucionais do processo arbitral.

Para se discorrer sobre o tema escolhido é necessário navegar pelos mares da teoria geral do processo, da teoria geral do direito, do instituto da arbitragem propriamente dito e do direito constitucional. A partir disso, a dissertação está dividida em seis grandes blocos. O primeiro é a introdução e delimitação do tema que ora se faz. O segundo dedica-se ao estudo do modelo constitucional do processo e indica que lidar com princípios constitucionais remete ao direito constitucional processual, e não ao direito processual constitucional. O terceiro faz um paralelo entre a teoria geral do processo e a arbitragem, a fim de constatar a jurisdiicionalidade desta última e defender a existência do processo arbitral. O quarto traz elementos de teoria geral do direito para especificar a separação entre texto e norma, bem como para definir o que são princípios constitucionais para os fins deste trabalho, ao mesmo tempo em que se aponta a complexidade de escrever sobre regras e princípios enquanto espécies normativas. O quinto adentra especificamente a análise dos princípios constitucionais do processo civil, buscando relacioná-los com o processo arbitral. O sexto e último apresenta as conclusões deste estudo.

§ 2º - PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO

2. Modelo constitucional do processo civil

O direito processual, ramo que é do direito público, está intrinsecamente ligado ao regime constitucional.¹ É da Constituição Federal que se extraem as linhas fundamentais do processo civil, na medida em que, para além da distribuição da justiça e da estrutura dos órgãos jurisdicionais, a Constituição traça princípios basilares que integram o direito processual ou que, no limite, dele são corolários.²

Não escapa aos olhos os diversos princípios norteadores do processo que se encontram arrolados, em caráter não exaustivo, no art. 5º da Constituição Federal brasileira, dentre os quais podem ser destacados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade.³ Essa gama de princípios constitucionais revela um verdadeiro

¹ A afirmação do constitucionalista Jorge Miranda é irrefutável a esse respeito: “(...) Não quer isto dizer, no entanto, que o processo civil seja algo de constitucionalmente neutro, insignificativo ou indiferente. Não o é, nem poderia ser, porque se trata ainda aí do exercício de uma função do Estado e porque o próprio posicionamento recíproco dos indivíduos e dos grupos dentro da sociedade civil não se oferece indiferente às normas constitucionais. E, na verdade a organização judiciária adoptada por qualquer Constituição condiciona vincadamente a estrutura do processo; das regras formuladas para o processo criminal podem ser induzidas regras aplicáveis também ao processo civil; e, em geral, os princípios cardeais de cada sistema constitucional repercutem-se, como não podia deixar de ser, por causa da unidade do ordenamento jurídico positivo, sobre o Direito processual”. (MIRANDA, Jorge. *Constituição e processo. Revista de Processo*, v. 98, 2000, p. 29).

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, pp. 4-5. Em outra obra, a ilustre jurista salientou: “Acentua-se a ligação entre Constituição e processo civil, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é este o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade. Princípios clássicos, como o da independência do juiz, da iniciativa da parte (*ne procedat iudex ex officio*), da imparcialidade do juiz (*ne iudex iudicet in re sua*) e do contraditório, que correspondem às exigências de um processo ‘liberal’, podem não ser suficientes para garantir um processo ‘justo’: para tanto, é necessário que as partes se encontrem não apenas em condição de igualdade jurídica, mas também de igualdade técnica e econômica. Trata-se, evidentemente, de questão constitucional, pois a crítica à concepção tradicional das liberdades processuais se insere na crítica mais vasta à concepção tradicional de todos os direitos clássicos de liberdade. (...)”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora RT, 1973, pp. 13-14). No mesmo sentido: “De tal sorte, torna-se clarividente que o processo pode ser tido como um modelo que tem suas bases previstas constitucionalmente, em especial pelos princípios do contraditório (entendido como participação das partes na elaboração do provimento final, através dos princípios da influência e da não-surpresa) (NUNES, 2007, p. 162), da ampla defesa (ou ampla argumentação, tendo em vista que tal mandamento constitucional deve ser oportunizado a ambas as partes), da imparcialidade do órgão decisor (garantida através da exigência de empenho discursivo das partes, como base para a decisão) e da fundamentação das decisões (de modo a possibilitar o controle destas pelas partes (BARROS, 2008, p. 135-137)”. (ACHOCHE, Munif Saliba. O devido processo constitucional e a súmula vinculante n. 5 do STF. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (coords.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 488).

³ Esses e outros princípios serão mais adiante abordados à luz do processo arbitral, conforme indica o título da monografia.

*modelo constitucional do direito processual civil*⁴⁻⁵, eis que são efetivamente os princípios “que fornecem as diretrizes mínimas, mas fundamentais, do próprio comportamento do Estado-juiz”.⁶

Ao encampar princípios de natureza processual, a Constituição Federal “quer afeiçoar o processo a si mesma, de modo que ele reflita, em menor escala, o que em escala maior está à base do próprio Estado de direito (legalidade, devido processo legal, participação em contraditório)”.⁷ A finalidade da Constituição no que toca a previsão principiológica processual é fomentar “um processo pluralista, de acesso universal,

⁴ Juristas de elevado gabarito, aqui citados exemplificativamente, adotam a expressão “modelo constitucional do processo”: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, parte II; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 294-297; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵ Vale destacar que Piero Calamandrei, ao que consta, dedicou os últimos anos de sua vida ao estudo aprofundado da relação entre o direito processual e a Constituição. Esse tema chegou, disse certa vez Santiago Sentis Melendo, a ser uma das maiores inquietudes do mestre de Florença na reta final de sua existência. Nesse sentido, Giovanni F. Priori Posada registra que, para Calamandrei, o processo une-se à Constituição a partir de diversos aspectos, a saber: “1) La prohibición de la autodefensa, al punto de decir que ella es ‘em forma general y absoluta, como uma de las premisas fundamentales sobre las cuales se basa, no solo el ordenamiento de la justicia, sino, em absoluto, el edificio constitucional del Estado de derecho’. La contrapartida a ello, precisamente es el monopolio em el ejercicio de la función jurisdiccional. Es por ello que Calamandrei, usando la expresión ‘estado constitucional’ señala: ‘Para llegar al Estado constitucional moderno, em el cual la administración de justicia está considerada como monopolio del Estado y está confiada, de una manera exclusiva, a sus órganos, el camino de la civilización há sido bien largo’. 2) Los principios fundamentales de la organización del sistema de justicia, la pluralidad de órganos instituidos para el ejercicio de la función jurisdiccional. Em ese sentido, señala que dentro de esos principios se encuentran los principios de independencia e imparcialidad. De este modo, en la parte relativo a los sujetos procesales incorpora el estudio de dichos principios, así como el del derecho al juez natural. Adicionalmente, considera que también es importante estudiar los ‘límites constitucionales de la jurisdicción’. 3) La vinculación del juez a las reglas del ordenamiento jurídico, al momento de resolver. Por ello, señala que: ‘Principio fundamental de nuestro ordenamiento, basado sobre el sistema constitucional de la legalidad, es el de que al pronunciar sobre la causa, el juez debe aplicar las normas de derecho’. 4) Pero esencialmente, em el hecho que el proceso esté unido al hombre. Por ello, Calamandrei em 1950 lanzó esta exhortación: ‘acordarse de que también el proceso es estudio del hombre’. Por ello, agrega, ‘este es el camino siguiendo el cual podrán ser puestos em evidencia (...) los nexos estrechos que unen el derecho procesal al derecho constitucional’. (...)” (POSADA, Giovanni F. Priori. *La constitucionalización del derecho procesal*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). DOTTI, Rogéria (Org.). *O processo civil - entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora RT, 2017, pp. 51-52).

⁶ Não se desconhece, na doutrina, a referência ao “modelo constitucional do processo” de maneira mais ampla. Veja-se, por exemplo, que, para fins didáticos, Cassio Scarpinella Bueno divide o referido modelo em quatro grupos distintos, a saber: (i) o primeiro refere-se à *tutela constitucional do processo*, que engloba, em suma, os princípios e as garantias constitucionais; (ii) o segundo grupo versa sobre os *procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados*, que corresponde, por exemplo, às ações constitucionais; (iii) o terceiro está relacionado à organização da justiça; e (iv) o quarto e último grupo trata de aspectos institucionais da justiça pátria, disciplinando as funções essenciais à justiça. Nada obstante, o insigne jurista afirma que o modelo constitucional do processo “quer se referir mais especificamente a este primeiro grupo, o relativo aos ‘princípios constitucionais do direito processual’ (...)”. (BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., 2012, pp. 128-130).

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 54.

participativo, isonômico, liberal, transparente, conduzido com impessoalidade por agentes previamente definidos e observância das regras, sem excesso *etc.* – porque assim ela mesma exige que seja o próprio Estado e assim é o modelo político da *democracia*”.⁸

Para que se tenha noção da relevância do modelo constitucional do processo, Cassio Scarpinella Bueno, um dos maiores expoentes no assunto, chega a afirmar que os princípios constitucionais do direito processual civil prescindem de lei para “existirem juridicamente”, pois, a partir de uma leitura sistemática do *caput* do art. 5º da Constituição Federal com os seus respectivos §§ 1º e 2º seria possível — e, de fato, parece-nos que é — concluir que as normas constitucionais listadas nos incisos do art. 5º seriam de *eficácia plena*, já que dotadas de aplicação imediata.⁹

O modelo constitucional do processo é sintetizado por Cassio Scarpinella Bueno da seguinte forma:

“A análise do nosso ‘modelo constitucional’ revela que todos os ‘temas fundamentais do direito processual civil’ só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma ‘teoria geral do direito processual civil’ que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais”.¹⁰

Adotando a mesma premissa, mas com termos distintos, Eduardo Coutore, renomado jurista uruguaio, entendia o processo como uma verdadeira *garantia constitucional*. Afirmava, a partir dessa concepção, que “[l]a tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales”. Em suas palavras:

“El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se há dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, com frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem, p. 132.

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, v. 161, 2008, p. 264.

no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal”.¹¹

Para José Frederico Marques, o processo, “como garantia de imparcial solução de conflitos, com a plenitude do direito de defesa, o contraditório pleno e o pronunciamento imutável da *res judicata*, não pode deixar de amoldar-se aos cânones democráticos dos estatutos constitucionais que informam e discriminam os Estados submetidos ao império do Direito”.¹²

O ilustre membro-fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual ainda conclui, nessa esteira, que “o Direito Processual Civil tem por pressupostos os princípios jurídicos da Constituição, não só no que tange com a atividade judiciária e a estrutura dos respectivos órgãos, como também no que diz respeito às relações do indivíduo com o poder estatal em que se encaram as funções jurisdicionais”.¹³

Enquanto resultado do equilíbrio de forças políticas em determinado momento histórico, deve a Constituição balizar o processualista para o “completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios”.¹⁴ Em última análise, o direito processual é guiado pelos ditames constitucionais em virtude da *força normativa da Constituição*¹⁵, que expressa a ideia de que o texto constitucional é um todo dotado de normatividade e, enquanto tal, vincula os três Poderes da República.¹⁶ Afinal, a Constituição não se resume a uma mera carta de intenções políticas.

Isso significa dizer que as leis processuais, assim como qualquer outro ato normativo devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade ao texto constitucional, não podendo contrariá-lo no aspecto formal, tampouco no aspecto material, sob pena de acarretar vício de inconstitucionalidade.¹⁷ E a interpretação conforme a Constituição não

¹¹ COUTORE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª ed. Montevideo: Editorial B de F., 2018, p. 120.

¹² MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1ª ed. atual. Campinas: Millennium, 2000, p. 11.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85; *itálico no original*.

¹⁵ A expressão em destaque foi alcunhada por Konrad Hesse. Para aprofundamento sobre o tema, ver: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ABBoud, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 94.

¹⁷ A propósito, vale este esclarecimento: “Essa *supremacia* é que fundamenta a validade das normas infraconstitucionais e requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com eles. Exige mais, pois omitir providências necessárias à aplicação de normas constitucionais constitui também conduta desconforme com o princípio da supremacia”. (SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 124; *itálico no original*).

pode ser invocada, com o perdão pelo truísmo, a pretexto de interesses escusos ou apenas quando convém ao intérprete; o modelo constitucional deve balizar o regramento processual em sua completude, a todo tempo.

O processo deve, assim, ser analisado, estudado e compreendido à luz da Constituição Federal, que é o verdadeiro ponto de partida para a reflexão sobre qualquer aspecto do direito brasileiro, em especial, e do direito processual civil, em particular.¹⁸

Não é possível conceber o processo civil em descompasso com os ditames constitucionais, pois é certo que o “plano *constitucional* delimita, impõe, molda, contamina o *modo de ser* de todo o direito processual civil e de cada um de seus temas e institutos”.¹⁹ Oportuna, nesse diapasão, a citação de Ada Pellegrini Grinover:

“O processo serve, assim, como instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, operando a transformação do *mero derecho declarado* em *derecho garantizado*. Porque os direitos fundamentais, abstratamente formulados pela Constituição, só podem ser afirmados, positivados e concretizados pelos tribunais”.²⁰

3. Positivação do modelo constitucional do processo: breves considerações sobre o art. 1º do Código de Processo Civil de 2015

Nessa linha de ideias, tendo em conta o modelo constitucional do direito processual civil, o art. 1º do Código de Processo Civil de 2015 prevê, de maneira inovadora²¹, que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os

¹⁸ “Para tratar de ‘direito processual civil’ é insuficiente referir-se ao ‘Código de Processo Civil’. Se é que isto já foi válido alguma vez em tempos idos, o que é certo, absolutamente certo, é que o ‘direito processual civil’ como, de resto, todos os outros ramos e disciplinas jurídicas está inserido em um *contexto* bem mais amplo, que é o da Constituição Federal. Não há como, para ir direto ao ponto, trata de ‘direito’, de ‘qualquer direito’, sem que se volte os olhos em primeiro lugar para a Constituição.” BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121; itálico no original.

¹⁹ Ibidem, pp. 121-122; itálico no original.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. Op. cit., p. 15; itálico no original.

²¹ Impende deixar claro que, tal como afirmado acima, dizer que o Código de Processo Civil traz de maneira “inovadora” a previsão expressa do modelo constitucional do processo não significa dizer que somente a partir de 2015, com a entrada em vigor do novo Código, é que se passou a levar a sério o estudo do processo em paralelo ao direito constitucional. João Batista Lopes é cirúrgico a esse respeito: “O estudo do direito processual sob a perspectiva constitucional não é, porém, uma novidade; ou antes, pode ser considerado uma ‘antiga novidade’. Também não se pode afirmar que somente a partir da Constituição de 1988 é que os processualistas se preocuparam com a matéria. Em verdade, a ênfase ao direito constitucional no estudo do processo já havia sido defendida por Calamandrei, e Cappelletti já punha em relevo a constitucionalização das garantias processuais e as consequências de sua violação. Coutore, também, já aludia à ‘proclamação programática de princípios de direito processual nas Constituições do século XX’. Merece referência, ainda, Ada Pellegrini Grinover, que já defendia essa postura antes mesmo da Constituição de 1988. Portanto, com o Código de 2015, houve apenas a reafirmação de que o sistema brasileiro acolheu, definitivamente, o modelo constitucional de processo”. (LOPES, João Batista. *Modelo constitucional de processo: uma “antiga novidade”*. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes et. al. (Orgs.).

valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Esse dispositivo preambular foi inserido em capítulo específico dedicado ao que se chamou, com aparente inspiração na legislação lusitana²², de *normas fundamentais do processo civil*.²³

Leonardo Carneiro da Cunha elucida a finalidade do art. 1º:

“O processo civil deve ser estudado, ordenado, aplicado, disciplinado e interpretado a partir das normas contidas na Constituição Federal. O dispositivo encerra uma obviedade. Não somente as normas processuais, mas qualquer outra há de ser construída e interpretada de acordo com a Constituição da República. São várias as normas da Constituição Federal que contemplam preceitos de ordem processual. As normas fundamentais constitucionais aplicam-se ao processo. O art. 1.º do CPC refere-se a ‘normas’ estabelecidas na Constituição. A expressão é adequada, abrangendo tanto regras como princípios constitucionais. *Norma* é gênero do qual são espécies as *regras* e os *princípios*. A Constituição contém tanto regras como princípios”.²⁴

Apresentando visão convergente, Nelson Nery Junior e Rosa Nery fazem as seguintes observações:

“Antes de o processo civil ser ordenado pelo texto normativo do CPC, como preconiza o texto comentado, o processo deve subordinar-se aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República (soberania, cidadania, segurança jurídica, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, valores do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), confirmam a democracia e resguardam os direitos fundamentais dos cidadãos e de toda pessoa (CF 5.º) e permitem a existência de sociedade civil livre e organizada. Isto porque, sendo a CF a ordem fundamental que dá a direção do ordenamento jurídico, nada mais natural que o processo civil se submeta a todo as determinações dela emanadas, para cumprir o papel que lhe é próprio, de

Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – Ceapro. São Paulo: Verbatim, 2018, pp. 403-404).

²² O Capítulo I do Título I do Livro I do Código de Processo Civil de Portugal trata “das disposições fundamentais” do processo. Não há, contudo, referência expressa nesse capítulo acerca da interpretação do processo pelas lentes constitucionais, tal como há no direito brasileiro.

²³ A exposição de motivos do novo Código dá o tom da preocupação do legislador brasileiro com relação à interligação entre processo e Constituição. Citem-se, por todos, estes dois excertos: “A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais” (p. 25); “1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou ‘às avessas’” (p. 26).

²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. [coment. ao art. 1º] In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; _____. (Orgs.). FREIRE, Alexandre (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28.

pacificação do espaço privado de vivência dos cidadãos, na república, pelo exercício legítimo do Poder Jurisdicional do Estado”.²⁵

Araken de Assis arremata, com acuidade:

“A influência dos direitos fundamentais processuais no processo inspirou a correta identificação de um modelo constitucional para o processo. O processo encontra-se condicionado pela observância do *due process of law*, ou seja, pelo conjunto de regras e de princípios explícitos e implícitos impostos na CF/1988 ao mecanismo criado para resolver os conflitos. Por isso, o art. 1.º do NCPC declara ordenar-se, disciplinar-se e interpretar-se o processo segundo os valores e normas fundamentais da CF/1988, observando-se as disposições do próprio NCPC. A atividade do órgão judiciário somente se legitima, com efeito, mediante a estrita observância dessas normas, a exemplo do contraditório, da motivação dos provimentos, e assim por diante. Não raro se alude a um modelo constitucional do processo, que conforma todas as fontes formais do direito processual. Em outras palavras, somente se mostram legítimas as leis que obedecem ao procedimento de formação estabelecido na Constituição, e, por igual, as resoluções judiciais somente se legitima observando as normas que a própria Constituição instituiu para cada processo em particular”.²⁶

Despiciendo muito esforço para se verificar que o art. 1º do Código de Processo Civil vigente engloba, com todas as letras, o modelo constitucional do processo. Não por outro motivo é que o art. 1º impõe aos operadores do direito a interpretação e a aplicação do processo civil em harmonia com a Constituição Federal. Tem, portanto, inegável relevância prática: “vale de garantia eficaz contra qualquer dispositivo que contrarie a Constituição, bem como é fator de interpretação para aplicação dos dispositivos processuais”.²⁷

A previsão explícita do modelo constitucional do processo é, ao mesmo tempo, desnecessária e salutar.

É desnecessária por ser óbvia, na medida em que, do ponto de vista legislativo, como já se disse, qualquer lei ou ato normativo – ao menos no ordenamento jurídico brasileiro – deve ser interpretado e aplicado à luz da Constituição Federal, sobretudo as normas que regem o direito processual civil, as quais servem de instrumento, ao fim e ao cabo, para a consecução do direito substancial almejado em determinada lide, atuando como veículo para resolver a crise de direito material instaurada entre partes litigantes. Ou seja: mesmo que o Código de Processo Civil não contasse com disposição legal dessa

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª tir. São Paulo: Ed. RT, 2015, pp. 185-186.

²⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro* – parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. v. I. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, pp. 307-308.

²⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. [coment. ao art. 1º]. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 58.

estirpe, isso não daria ensejo à interpretação da lei processual em contrariedade ao texto constitucional.

De outra sorte, é salutar a referida previsão legal porque “é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional”.²⁸

A despeito da obviedade de ser impositiva a interpretação e aplicação do processo civil à luz da Constituição, não há mal nenhum em atestar categoricamente em lei, sem espaço para elucubrações hermenêuticas – a redação do art. 1º é de clareza meridiana –, que a Constituição Federal não só deve, como de fato é a diretriz pela qual o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado.

4. Direito processual constitucional x direito constitucional processual

Enquanto norma fundamental estruturante do ordenamento jurídico, posicionando-se em grau hierárquico superior às leis e atos normativos²⁹, a Constituição Federal é parâmetro de validade para a atividade legiferante no direito brasileiro.³⁰

Já que os ramos do direito devem beber da fonte constitucional, é correto afirmar que todo processo é constitucional – não apenas o processo civil, mas também os processos trabalhista, penal, administrativo, dentre outros. Daí a pertinência da expressão “direito processual constitucional”.

Conquanto não seja um ramo autônomo do direito processual, mas sim uma colocação científica por meio da qual se pode examinar o processo em suas relações com

²⁸ DIDIER JR., Fredie. [coment. ao art. 1º]. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3.

²⁹ “Na norma fundamental acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico. Somente sob a suposição da norma fundamental pode o material empírico ser interpretado como direito, isto é, um sistema de normas jurídicas”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 98).

³⁰ Willis Santiago Guerra Filho destaca: “À constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação ‘sobrenatural’ de um direito de origem divina, e também a confiança na ‘naturalidade’ do direito, que não se precisa tornar objetivo pela positivação, por auto-evidente ao sujeito dotado de racionalidade. Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000, pp. 30-31).

a Constituição Federal³¹, a doutrina subdivide a denominação acima mencionada, de ordem didática, em *direito constitucional processual*, que se dedica aos princípios constitucionais processuais, e *direito processual constitucional*, que cuida de matéria propriamente processual, como a jurisdição constitucional (e.g. ação direta de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental etc.).³²⁻³³

Nelson Nery Junior assim escreve a esse respeito:

“Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto dos textos normativos de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual”.³⁴

Ricardo de Barros Leonel afirma que no direito constitucional processual “estão assentados os princípios e garantias que têm aplicação no âmbito do Direito Processual, e que, por terem sido alçadas ao texto da Lei Maior, adquirem a qualificação de constitucional, revestindo-se de conteúdo e função de programação da atividade do legislador e dos juízes (princípios constitucionais) e assecuratória em relação a todos aqueles que vivenciam o processo (garantias constitucionais)”.³⁵

O direito processual constitucional *stricto sensu*, conforme Leonel, cuidaria das normas que dizem respeito “à concreta realização da atividade processual, regulando aspectos particulares e institutos processuais ou mesmo de determinadas espécies de processos e procedimentos”.

Marcelo Cattoni também apresenta a definição de tais conceitos:

“O Direito Constitucional Processual seria formado a partir dos princípios basilares do ‘devido processo’ e do ‘acesso à justiça’, e se desenvolveria através

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 7.

³² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 163.

³³ Em sentido diverso, ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 12: “Ao contrário, o Direito Constitucional Processual trata do processo constitucional (legitimação constitucional). Já o Direito Processual Constitucional compreende todos os princípios de institutos constitucionais do Direito Processual (Renzo Provinciali)”.

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Editora RT, 2016, p. 54.

³⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 120-121.

de princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc.

Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à ‘Garantia da Constituição’ e à ‘Garantia dos direitos fundamentais’, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, ‘Habeas Corpus’, ‘Amparo’, ‘Mandado de Segurança’, ‘Habeas Data’, etc.”³⁶

Embora reconheça a existência dessa distinção conceitual, surgida em virtude da constitucionalização de princípios processuais, Marcelo Cattoni faz um alerta no sentido de que tal distinção não pode ser levada tão a sério, eis que, no Brasil, “qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a solução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Penal, Civil, Comercial, Administrativo, Tributário, etc.”³⁷

O modelo constitucional do processo civil a que se faz alusão neste trabalho está atrelado ao direito constitucional processual, e não ao direito processual constitucional, justamente porque aqui se busca examinar os princípios do processo – no caso, do processo arbitral – que são extraíveis do texto constitucional.³⁸

Desse modo, a jurisdição constitucional propriamente dita, afeita ao direito processual constitucional, não será esmiuçada nas linhas seguintes.

³⁶ CATTONI, Marcelo. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 74.

³⁷ Ibidem, p. 76.

³⁸ Cândido Rangel Dinamarco explica que a *tutela constitucional do processo* “é representada pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele”, isto é, são “imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político constitucional do país”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Op. cit., p. 317).

§ 3º - UM POUCO DE TEORIA GERAL DO PROCESSO E ARBITRAGEM

5. Sobre a jurisdição

O vocábulo *jurisdição* suscitou – e ainda suscita –, ao longo do tempo, dúvidas quanto ao seu alcance e significado. Inúmeros juristas de gabarito se debruçaram sobre o estudo da atividade jurisdicional ao redor do mundo, com especial destaque à escola italiana.

Ao tratar do que considerou como as duas definições “mais importantes” dadas à jurisdição, Enrico Tullio Liebman escreve que a primeira delas, defendida por Giuseppe Chiovenda, “define a jurisdição como *a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática*”.³⁹

Foi a partir desse conceito de Chiovenda que se passou a ver a jurisdição como atividade *substitutiva*, isto é, aquela atividade por meio da qual, segundo o escólio de Sergio Bermudes, “o Estado substitui por sua vontade, coativamente imposta, a vontade das partes em lide ou – diga-se por extensão – a vontade do titular da pretensão concernente à matéria de relevância social”.⁴⁰

Com relação à segunda corrente, cuja liderança se atribui a Francesco Carnelutti, Liebman afirma que a jurisdição era vista como a justa composição das lides, sendo lide “qualquer conflito de interesses regulado por direito e por *justa* a composição feita nos termos deste”.⁴¹ Na sequência, especifica que tal definição “considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto-de-vista sociológico, a que a operação conduz”.⁴²

Quando o assunto remete a ele próprio, Liebman registra, em síntese apertada, que a jurisdição pode ser considerada “como a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.⁴³

No Brasil, seguindo os ensinamentos dos juristas italianos, Cintra, Grinover e Dinamarco definiram a jurisdição como sendo uma das funções exclusivas do Estado-

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 22-23; itálico no original.

⁴⁰ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 19.

⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 23.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

juiz, por meio da qual este se substitui aos titulares dos interesses em disputa para pacificar a contenda com justiça, sempre de modo imparcial.⁴⁴ Mas o conceito de jurisdição não foi limitado apenas à função pacificadora do Estado mediante a realização do direito e através do processo judicial.

Para além da característica de *função*, a jurisdição foi definida por Cintra, Grinover e Dinamarco como *poder* e *atividade*. Como poder, disseram os referidos juristas, “é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”.⁴⁵ Já como atividade a jurisdição “é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete”.⁴⁶

O que se pode notar dessas breves divagações acerca do conceito de jurisdição é que, independentemente da corrente doutrinária que se escolha, é certo que a atividade jurisdicional foi sempre vinculada a uma atribuição exclusiva do Estado – portanto, atribuída apenas ao Poder Judiciário.

Antes de prosseguir, não se pode deixar de mencionar que Ada Pellegrini Grinover, em seu brilhante *Ensaio Sobre a Processualidade*, apresentou um novo conceito de jurisdição, enfatizando que, sob a sua perspectiva, não há mais que se identificar a jurisdição a partir da clássica definição mencionada alhures (poder, função e atividade).

Grinover, a partir de uma análise abrangente da jurisdição, que para ela compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, defendeu ser imprescindível inserir no conceito de jurisdição a função de *garantia*, assim explicada: “Garantia das partes, para que possam atingir a tutela jurisdicional adequada pela via do acesso à Justiça; garantia do próprio processo e do procedimento, pela observância das garantias constitucionais e legais, em busca da pacificação com justiça”.⁴⁷ E conclui, com precisão: “Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas *função, atividade e garantia*. E, sobretudo, seu principal indicador é o de *garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça*”.⁴⁸

⁴⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 150.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 20.

⁴⁸ Ibidem.

6. Jurisdição e arbitragem

A ideia de que a jurisdição seria de exclusividade estatal certamente foi um dos motivos primordiais por ter a arbitragem sofrido grande resistência inicial por parte da comunidade jurídica, que não conseguia nela enxergar a função jurisdicional. Por se tratar de uma espécie de *justiça privada*, desvinculada do aparato judicial, o caráter de jurisdição foi negado à arbitragem durante anos. Daí por que inicialmente custou muito à arbitragem o reconhecimento de meio heterocompositivo de resolução de conflitos dotado de jurisdição.

Embora haja uma forte tendência de se atribuir jurisdicionalidade à arbitragem, há ainda certa resistência no espaço acadêmico nesse aspecto.

Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo, vê o ato jurisdicional como aquele praticado tão somente pelo Poder Judiciário, desde que observados seis requisitos específicos⁴⁹, razão pela qual afasta a característica jurisdicional da arbitragem. É o que se pode confirmar pelo excerto abaixo transcrito:

“De outra parte, não consigo concordar, com o devido respeito de variados estudiosos do tema, que a arbitragem tenha caráter jurisdicional. Principalmente porque ela que não possui e nem tem aptidão de possuir a *imperatividade* inerente àquela outra classe, o que não significa dizer que não seja possível à lei *equipará-la* a um ato jurisdicional, como, inequivocamente, faz o inciso VII do art. 515 do CPC de 2015, seguindo, no particular, o caminho já traçado pela lei de regência, a Lei n. 9.307/1996. Não há nisso, violação à *indelegabilidade* no sentido que merece ser dado ao inciso XXXV do art. 5º da CF de admitir (e até mesmo incentivar) *outros* mecanismos de solução de conflitos, ainda que não jurisdicionais”.⁵⁰

Luiz Guilherme Marinoni, que parece adotar um posicionamento um tanto quanto cético com relação à arbitragem, também perfilha tal entendimento:

“A mistura da atividade do árbitro com a atividade da jurisdição, ou o superdimensionamento do conceito de jurisdição, *além de desqualificar a essência da jurisdição no quadro do Estado constitucional*, coloca no mesmo patamar *objetivos que nada têm em comum*, pois não há como relacionar o dever estatal de proteção dos direitos com a necessidade de se conferir a determinados conflitos julgadores dotados de conhecimentos técnicos particulares. (...)

De modo que não há qualquer motivo para equiparar a jurisdição com a atividade do árbitro. Na verdade, tal equiparação somente é forçada para permitir a conclusão de que a lei de arbitragem é constitucional. Não obstante, como demonstrado atrás, não é preciso afirmar que a atividade do árbitro é

⁴⁹ Em síntese apertada: (i) substitutividade; (ii) imperatividade; (iii) imutabilidade; (iv) inafastabilidade; (v) indelegabilidade; e (vi) inércia.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63; itálico no original.

jurisdicional para aceitar que o Poder Judiciário não pode rever as decisões por ele proferidas”.⁵¹

Rogadas as devidas vênias àqueles que assim não entendem, este trabalho adotará como premissa a natureza jurisdicional da arbitragem. É o que se passa a explicar.

O “árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes”.⁵² À vista disso, dispõe o art. 18 da Lei de Arbitragem brasileira que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença – decisões parcial e final – a ser proferida na arbitragem não se sujeita à interposição de recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário, conforme sucedia antigamente.⁵³

A equiparação das figuras do árbitro e do juiz togado, por meio de lei especial representativa da vontade do Congresso Nacional, é um indicativo incontestado da jurisdicionalidade da arbitragem. Ao exercer a função de julgador, que sabidamente é temporária, o árbitro equipara-se ao juiz togado, pois tem amplos poderes para não só conduzir o processo arbitral, como também pôr fim à controvérsia submetida pelas partes à arbitragem. Inegável que ambos, árbitro e magistrado, exercem o *munus* público de julgar litígios, buscando pacificar controvérsias na sociedade.

Outro indicativo da jurisdicionalidade da arbitragem, que também se encontra disposta em lei, é o fato de a sentença arbitral produzir, entre as partes e seus sucessores, efeitos idênticos aos da sentença proferida pelo Poder Judiciário, consoante o art. 31 da Lei de Arbitragem. E mais: a sentença condenatória constitui título executivo judicial, conforme se verifica do inciso VII do art. 515 do Código de Processo Civil, pelo que pode ser executada perante o órgão judicial competente, já que aos árbitros não se concede tal poder.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2006, pp. 151-152. Em suas observações, Marinoni refere-se a um texto escrito por Owen Fiss, então Professor de Direito da Yale University, que também destacou a inviabilidade de se atribuir à arbitragem a atividade jurisdicional. Veja-se, no original, o trecho destacado: “Arbitration is like adjudication in that it too seeks the right, the just, the true judgment. There is, however, an important difference in the two processes arising from the nature of the decisional agency – one private, the other public. Arbitrators are paid for the parties; chosen by the parties; and enjoined by a set of practices (such as a reluctance to write opinions or generate precedents) that localizes or privatizes the decision. The function of the arbitrator is to resolve a dispute. The function of the judge, on the other hand, must be understood in wholly different terms: he is a public officer; paid for by public funds; chosen not by the parties but by the public or its representatives; and empowered by the political agencies to enforce and create society-wide norms, and perhaps even to restructure institutions, as a way, I suggest, of giving meaning to our public values”. (FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, nº 1, 1979, pp. 30-31).

⁵² NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 58.

⁵³ Carlos Alberto Carmona dá especial destaque ao fim da necessidade de homologação do laudo arbitral como forma de identificar a opção do legislador nacional pela tese da jurisdicionalidade da arbitragem: *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45.

Aliás, não há qualquer óbice ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem em virtude de não serem os árbitros dotados do poder de império para promover a execução forçada de suas decisões. Calha transcrever, nesse aspecto, as observações de Georges Abboud:

“Destarte, entendemos que a atividade arbitral possui natureza jurisdicional, o árbitro atua como juiz de fato e de direito, aplicando o direito à espécie, com o escopo de solucionar controvérsia jurídica. Em nada se altera a natureza jurisdicional da arbitragem pelo fato de o árbitro não poder executar suas decisões, isso porque a coerção (*imperium*) não é o requisito, necessariamente, caracterizador da arbitragem. É dizer que o que essencialmente caracteriza a atividade jurisdicional é a possibilidade de solucionar juridicamente controvérsias e não a possibilidade de utilizar meios coercitivos para garantir a execução dos julgados”.⁵⁴

Também releva destacar o poder de os árbitros concederem tutelas cautelares ou de urgência (i) antes de instituída a arbitragem, oportunidade em que a parte interessada deverá endereçar a solicitação ao Poder Judiciário (art. 22-A da Lei de Arbitragem), e, se for o caso, (ii) depois de instituída a arbitragem, ocasião na qual o pleito deverá ser remetido ao Tribunal Arbitral, que, inclusive, poderá manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Estado-juiz em hipótese pretérita (art. 22-B da Lei de Arbitragem).

Ademais, não se pode olvidar do disposto no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, que encampa o princípio da competência-competência, por meio do qual o árbitro tem poderes para, em primeira mão, antes do juiz estatal, decidir a respeito de sua própria jurisdição (não competência, frise-se), pronunciando-se sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória.

Interessante registrar a mudança de posicionamento de alguns doutrinadores brasileiros que, de início, adotaram uma posição ortodoxa acerca da jurisdicionalidade da arbitragem.

Cândido Dinamarco é um deles. O referido jurista vislumbrava na atividade do árbitro uma natureza *parajurisdicional*, que estaria aquém da própria jurisdição, pois a eficácia do laudo arbitral dependia da homologação pelo Estado-juiz. Dinamarco reviu seu posicionamento, passando a adotar a tese já há muito defendida por Carmona quanto à jurisdicionalidade da arbitragem, a partir do momento em que se deu conta de que, “[e]liminada a necessidade de homologação e portanto sendo a sentença arbitral eficaz

⁵⁴ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 1.035.

por si própria, ela é, tanto quanto a do juiz, um ato de *pacificação social* e, portanto, jurisdicional”.⁵⁵

Outro exemplo é Arruda Alvim, para quem a atividade do árbitro poderia ser considerada, antes do advento da Lei nº 9.307/1996, como “equivalente jurisdicional”. Sem passar por cima das clássicas definições de jurisdição, Arruda Alvim defende que, na atualidade, o conceito de acesso à justiça deve ser ampliado, não se limitando ao mero acesso ao Poder Judiciário, de modo que a função jurisdicional deve ser compreendida de maneira mais ampla, abrangendo também os métodos adequados de solução de controvérsias (v.g. arbitragem, mediação, etc.).⁵⁶

Paralelamente a essa mudança de paradigma, Arruda Alvim pincela alguns aspectos da jurisdição que, a seu ver, encontram-se presentes no instituto da arbitragem, em maior ou menor escala, a saber: (i) *substitutividade*, pois o árbitro detém poderes para substituir a vontade das partes ao aplicar o direito ao caso concreto; (ii) *imutabilidade*, na medida em que a decisão dos árbitros também produz coisa julgada, sujeitando-se à imutabilidade; (iii) *imparcialidade*, já que o árbitro, assim como o juiz, atua – ao menos, deveria atuar – na qualidade de terceiro não interessado no deslinde da disputa; (iv) *poderes decisórios*, pois a decisão arbitral se equipara à decisão judicial; (v) *contraditório regular*, eis que a arbitragem deve observar o amplo contraditório, guardadas as diferenças com o processos judicial; e, por fim, (vi) *inércia*, dado que o árbitro depende de provocação dos interessados para poder exercer seu papel de julgador privado.

Uma última constatação se afigura oportuna. Sustentar que a arbitragem é dotada de jurisdicionalidade não implica negar o caráter contratual que permeia esse instituto. A arbitragem desenvolve-se em duas etapas distintas (natureza *híbrida*, para alguns⁵⁷). Num primeiro momento, é privada, de caráter eminentemente contratual, na medida em que as partes plenamente capazes, por meio de um negócio jurídico processual (convenção arbitral), decidem submeter eventuais litígios futuros à solução dos árbitros. Num segundo momento, a atuação do árbitro é autorizada e regulamentada por lei, detendo

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41.

⁵⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133.

⁵⁷ “Defluem das considerações acima expendidas ser mais acertado definir a natureza jurídica da arbitragem como híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional, o que nos autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos e corolários informadores do processo judicial, a fim de que se garanta a tutela jurídica efetiva”. (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 1, 2014, p. 222

poderes para proferir decisões a nível do Poder Judiciário, que se sujeitam à coisa julgada e são passíveis de execução.⁵⁸

Acertadas, então, as palavras de José Rogério Cruz e Tucci, que assevera que, a “despeito de ser instituído por meio de um instrumento negocial de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal”, sendo certo que “o legislador atribuiu natureza publicística ao juízo arbitral, consubstanciado em equivalente jurisdicional, por opção das partes”.⁵⁹

7. Arbitragem também é processo: o processo arbitral

Aceitar a arbitragem como mecanismo jurisdicional permite ver o instituto, como já bem disse Carmona, em perfeita equivalência com o processo judicial, que igualmente é dotado de natureza jurisdicional.⁶⁰ Levando-se isso em consideração e sem perder de vista que é através do processo que se exerce a atividade jurisdicional, vislumbra-se na arbitragem um efetivo *processo arbitral*, no qual o papel do árbitro equivale ao exercício da judicatura pelo juiz togado em âmbito estatal.⁶¹

Eduardo Parente, nesse diapasão, escreve:

“Falar do processo arbitral, portanto, significa equivaler as 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 designios da Lei de Arbitragem, elaborada justamente para trazer um mecanismo que seja apto a resolver controvérsias com respaldo do Estado, pacificando situações, dizendo o direito exatamente como o processo judicial”.⁶²

Elio Fazzalari assim também entendia ao registrar que as “arbitragens são *processos*, porque deles participam os destinatários dos efeitos do laudo (a pronúncia com que cada uma de tais seqüências termina), em pé de simétrica paridade: à qual corresponde a imparcialidade do árbitro”.⁶³

⁵⁸ ABBOUD, Georges. Op. cit., p. 1.036.

⁵⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 273.

⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 3, 2014, p. 134.

⁶¹ Sem embargo, a existência de um processo arbitral não atrai a aplicação das normas do Código de Processo Civil à arbitragem. Quando muito, aplicam-se à arbitragem alguns princípios do processo civil, mas não as regras dispostas no referido Código.

⁶² PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *O processo arbitral como sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91.

⁶³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 567.

Desvendando o processo arbitral, Cândido Dinamarco e Bruno Lopes:

“O chamado *juízo arbitral* é um *processo* e nesse processo está presente o exercício da *jurisdição* pelos árbitros, da *ação* pelo autor (ou requerente) e da *defesa* pelo réu (requerido). Tanto quanto o processo estatal, tudo quando no arbitral se faz visa à oferta de uma *tutela jurisdicional* ou, por outras palavras, de *acesso à justiça*. E, por ser um *processo* e nele exercer a *jurisdição*, a arbitragem está sujeita aos superiores ditames do *direito processual constitucional*, sem cuja observância nenhuma decisão arbitral seria legítima, nem a própria inclusão da arbitragem entre os meios de solução de conflitos (...)”.⁶⁴

Eduardo Arruda Alvim e André Ribeiro Dantas vão além ao mencionar a existência de um *direito processual arbitral*, que seria um novo ramo do direito processual objetivando a “adequada transposição e adaptação das garantias constitucionais do processo (já consolidadas no âmbito do processo civil), para a rica e peculiar realidade da arbitragem”.⁶⁵

É preciso diferenciar *processo arbitral* de *procedimento arbitral*, expressão esta comumente utilizada em litígios submetidos ao crivo dos árbitros.⁶⁶ O procedimento arbitral “é o *conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o árbitro exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses*”, vale dizer, as “atividades do árbitro e das partes no processo arbitral realizam-se e se coordenam em um *procedimento* no qual cada um desses sujeitos dispõe de poderes, deveres, faculdades e ônus, todos exercidos mediante a prática do contraditório que os envolve”.⁶⁷

Pode-se, portanto, falar em processo arbitral e em procedimento arbitral. São dois termos distintos, mas que guardam intrínseca relação, notadamente quando se tem o processo como sendo o procedimento realizado em contraditório.⁶⁸

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 151.

⁶⁵ ARRUDA ALVIM, Eduardo; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do Direito Constitucional Processual. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 3, 2014, p. 179.

⁶⁶ “*Proceso y procedimiento*. Históricamente estas nociones aparecen como equivalentes y significan una realidad única; mas, hoy en día, puede hacerse una cuádruple distinción conceptual, dependiente de los factores que siguen: a) el procedimiento es el conjunto de formalidades externas, de trámites, de ritualidades; el proceso, en cambio, es el conjunto de actos, unidos por un fin común, que ese procedimiento organiza para mejor conseguir su objeto; b) el proceso denota la idea de unidad, de continencia, esto es, que constituye la determinación de lo uno en lo diverso, si queremos recordar a Carnelutti em este respecto; c) el proceso es uno; los procedimientos, muchos; así, existe um procedimiento de cognición, que puede ser lata o sumaria, y un procedimiento para la ejecución (común o especial); procedimientos ordinarios y especiales. Ahora bien, aunque los procedimientos varían, la idea de proceso se mantiene inalterable.” (HENRECHSON, Francisco Hoyos. *Temas fundamentales de derecho procesal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 147).

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, Op. cit., pp. 51-52; itálico no original.

⁶⁸ O contraditório será abordado em tópico específico a seguir.

Pois bem. O elemento identificador do processo arbitral, ou ao menos aquele que mais é invocado pela doutrina arbitralista, por dar-lhe estrutura, é a *autonomia da vontade*⁶⁹⁻⁷⁰, que tem influência direta, de certa forma, nas três fases do processo de arbitragem, quais sejam, nas fases pré-arbitral, arbitral e pós-arbitral, e justifica a flexibilização, simplificação e informalidade dos processos arbitrais.

A autonomia da vontade é importante na fase pré-arbitral porque somente as pessoas capazes de contratar poderão “valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, na forma do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996. Disso decorre que a escolha pela arbitragem deve ser feita sem vícios de consentimento, por partes capazes e que queiram, de comum acordo, submeter a resolução de brigas futuras a um juízo arbitral. Sem manifestação da vontade, a arbitragem torna-se inviável na prática, salvo algumas raras exceções, que não constituem o objeto deste estudo.

A escolha pela arbitragem dá-se mediante a celebração de uma *convenção de arbitragem*, gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A redação da convenção de arbitragem é um dos passos centrais para o sucesso da arbitragem, devendo ser “cheia”, de tal modo que se possa ao menos alcançar a instituição arbitral responsável pela administração do conflito. Cláusulas “vazias, que não permitem a instituição direta e imediata da arbitragem, devem ser evitadas, pois retardam a solução da lide.”⁷¹

⁶⁹ “Assim, a autonomia aqui confirma o poder das partes de modelar, em conjunto, toda a arbitragem, desde sua eleição e seu início, até a sua conclusão, passando pelo seu conteúdo. E assim, este princípio é da essência deste instituto”. (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 138).

⁷⁰ “O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. v. 3. 9ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41).

⁷¹ Francisco Maia Neto diferencia as cláusulas “cheia” e “vazia” assim: “Torna-se imperativo apontar a distinção entre cláusula compromissória cheia e vazia, sendo a primeira aquela onde está prevista a instituição da arbitragem conforme as regras de um determinado órgão especializado, enquanto a outra contém apenas a obrigação de submeter futura controvérsia oriunda do contrato ao juízo arbitral”. (MAIA NETO, Francisco. *Arbitragem: a justiça alternativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 33). Nessa mesma toada, ensina José Maria Rossani Garcez: “A cláusula compromissória chamada ‘cheia’ deve referir-se ou a normas de arbitragem de uma determinada entidade especializada ou àquelas normas que as próprias partes possa criar, por meio de um documento escrito. Já a cláusula compromissória dita ‘vazia’ (ou em branco) contempla apenas a estipulação das partes no sentido de que as controvérsias originárias do contrato que firmaram serão solucionadas por arbitragem”. (GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 181-182).

A *cláusula compromissória*, nos termos do art. 4º da Lei de Arbitragem, “é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Por seu turno, o *compromisso arbitral* “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”, *ex vi* do art. 9º, *caput*, da Lei de Arbitragem.

A diferença significativa entre as espécies do gênero “convenção de arbitragem” residem no aspecto temporal: a cláusula compromissória é celebrada anteriormente ao surgimento do litígio, ao passo que o compromisso arbitral é contemporâneo à disputa.⁷²

Havendo convenção de arbitragem, as partes deverão levar eventual dúvida para ser dirimida perante um tribunal arbitral (*efeito positivo* da convenção). Não há espaço para uma das contratantes simplesmente “não querer” mais participar de arbitragem (*efeito negativo* da convenção, que derroga a jurisdição estatal). A escolha é sem volta, a não ser que as partes renunciem consensualmente a convenção de arbitragem.⁷³

Também como expressão da autonomia da vontade, externada em pura flexibilidade procedimental⁷⁴, podem as partes, ao convencionar a arbitragem como método de resolução de conflitos, estabelecer as regras que serão aplicadas ao procedimento – regulamento de arbitragem de uma determinada câmara arbitral, por exemplo –, as leis que serão aplicadas ao julgamento de mérito da causa – direito

⁷² “Lembremos que a cláusula compromissória é aquela pactuada no momento da celebração do negócio, antes de surgido o litígio. O compromisso arbitral é celebrado posteriormente, depois de surgido o conflito. Ambas as formas são suficientes para excluir o mérito da apreciação estatal”. (BRAGHETTA, Adriana. *Cláusula compromissória – auto-suficiência da cláusula cheia. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 2, 2014, p. 37).

⁷³ Carmona, sempre impecável, afirma: “A Lei de Arbitragem está centrada numa pilastra importantíssima que é a autonomia da vontade. Mas autonomia com responsabilidade, o que tem preço. Em termos vulgares, quem disser: ‘quero arbitragem’, não se livra mais dela, a não ser que os dois contratantes resolvam, consensualmente, abandonar a via arbitral em prol da solução negociada ou da solução judicial”. (CARMONA, Carlos Alberto. *O processo arbitral*. Op. cit.).

⁷⁴ Sobre o tema, digno de nota é o trabalho de doutoramento de Marcos André Franco Montoro, no qual apresenta duas vertentes da flexibilidade da arbitragem: “O primeiro aspecto (vertente) da flexibilidade do procedimento arbitral é a possibilidade de criação – eleição, escolha – das regras procedimentais aplicáveis a uma arbitragem determinada. Ou seja, o poder que as partes, o árbitro, o órgão arbitral institucional (que eventualmente administrará a arbitragem) e o juiz estatal (na ação do art. 7º da Lei 9.307/1996, quando essa for proposta), têm de criar as regras procedimentais, normalmente antes mesmo de instituir-se a arbitragem ou de iniciar-se o procedimento arbitral. (...) O segundo aspecto (vertente) da flexibilidade do procedimento arbitral é a possibilidade de adaptação – modificação, flexibilização –, das regras antes escolhidas para reger o procedimento. A arbitragem este em curso, já tem regras procedimentais definidas, mas essas precisam ser adaptadas, modificadas, flexibilizadas, para melhor regular a arbitragem em questão (...)”. (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, pp.71-72).

brasileiro, por exemplo⁷⁵ – e, ainda, decidir se a arbitragem poderá ser dirimida por equidade.⁷⁶ Aqui, as partes têm um espectro de atuação mais do que razoável para exercer livremente a autonomia da vontade, podendo ditar, de antemão, as “regras do jogo”.

Na fase arbitral, as partes podem aproveitar a autonomia da vontade para escolher os árbitros que querem para dirimir o conflito.⁷⁷ Essa escolha, é importante salientar, deve ser feita de maneira consciente e prudente, sob pena de se optar por um árbitro que não supra as expectativas objetivas das partes litigantes e, com isso, torne o processo arbitral menos produtivo, fadado ao malogro. Afinal, não raro se diz que tanto é boa a arbitragem quanto são bons os árbitros.

Ainda na fase arbitral, é praxe que, após a instituição da arbitragem, os árbitros convoquem as partes para uma audiência inicial, na qual definirão alguns aspectos procedimentais do processo. Trata-se da audiência para assinatura do chamado “Termo de Arbitragem” (ou “Ata de Missão”), que tem por finalidade, dentre outras e ressalvadas as peculiaridades de cada caso concreto, a fixação de um calendário processual para o cumprimento de prazos atinentes à fase postulatória (v.g. alegações iniciais, resposta, réplica e tréplica), bem como as delimitações objetiva e subjetiva da demanda, a partir da indicação dos argumentos, dos pedidos e das partes.

Na fase pós-arbitral, isto é, após a prolação da sentença arbitral final, ocasião em que restará esgotado o poder do árbitro, a autonomia da vontade faz-se presente quando se tem em conta que a prolação de decisão pelo tribunal arbitral que afete terceiros não partícipes do processo pode dar ensejo à anulação da sentença arbitral, com supedâneo em um dos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem. Sendo o pilar do processo arbitral, uma sentença proclamada sem observância da autonomia privada certamente será objeto de questionamento no Poder Judiciário, embora não se desconheça a existência de teorias que propagam a possibilidade de extensão subjetiva da cláusula compromissória a partes não signatárias (v.g. teorias do grupo de sociedades e da desconsideração da personalidade jurídica).

Não é, todavia, só a autonomia da vontade que consiste em vetor principal do processo arbitral. Enquanto mecanismo jurisdicional destinado a pacificar controvérsias

⁷⁵ Lei de Arbitragem, art. 2º, § 1º: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

⁷⁶ Lei de Arbitragem, art. 2º, *caput*: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

⁷⁷ Em regra, tratando-se de arbitragem institucional, cada parte escolhe um árbitro, que juntos escolherão o árbitro presidente.

com justiça, o processo arbitral deve observar também o modelo constitucional, de modo a se pautar pelos princípios de cunho processual que se encontram insculpidos na Constituição Federal.

Foi dito alhures que nenhuma área do direito deve ser entendida se não a partir do texto constitucional. E com a arbitragem isso não pode ser diferente. O *modelo constitucional do processo arbitral* permite, assim, que seja a arbitragem estudada, examinada, aplicada e interpretada nos moldes constitucionais.

Pelo modelo constitucional, o processo arbitral deve ser visto sempre e a todo momento a partir das linhas mestras da Constituição, cabendo ao árbitro tocar a marcha processual da arbitragem e decidir o conflito segundo os princípios constitucionais que versam sobre processo. Essa a percepção de Dinamarco:

“A consciência da *natureza jurisdicional da arbitragem* e de sua inserção na teoria geral do processo põe à margem de qualquer dúvida a imperiosidade de abrigá-la sob o manto do *direito processual constitucional* – o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição a todos os institutos processuais e particularmente àqueles de caráter jurisdicional”.⁷⁸

É indubitável, portanto, que a arbitragem deve observar o modelo constitucional de processo e, por conseguinte, não pode desprezar a incidência dos princípios constitucionais, “sob pena de afrontar a unidade do ordenamento jurídico, deixando-o à míngua de qualquer ordem e unidade, permeando-o de contradições e casuísmos, a dispersá-lo, na célebre expressão de Canaris, ‘numa multiplicidade de valores singulares e desconexos’”.⁷⁹

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, op. cit., p. 24.

⁷⁹ BASILIO, Ana Tereza. A arbitragem e a sua controversa vinculação aos precedentes do novo Código de Processo Civil. *Revista Justiça & Cidadania*, nº 217, set./2018.

§ 4º - CONTORNOS DE TEORIA GERAL DO DIREITO PARA EXAME DO OBJETO DE ESTUDO

8. Distinção entre texto e norma

Para se discorrer acerca de princípios, é preciso compreender, preliminarmente, a diferença entre texto normativo e norma.

O texto normativo, como o nome sugere, é a redação da lei constante em determinado artigo. É o próprio texto em abstrato, isto é, o que está escrito, *ipsis litteris*, na legislação codificada. O texto legal é tão claro quanto a sua redação. Nessa perspectiva, numa situação hipotética, em que o legislador pátrio escreveu na lei “é proibido ingerir bebida alcoólica e dirigir”, quis ele exatamente dizer que a condução de veículo sob os efeitos do álcool é vedada, ou seja, a inobservância do comando inserido no texto legal configura crime.

A norma é o resultado do processo interpretativo do texto normativo. A norma não nasce instantaneamente; ela é fruto da interpretação de um enunciado de lei pelo intérprete. A partir de uma visão ontológica do fenômeno, tem-se que a norma é o que se extrai do texto legal mediante um exercício complexo de compreensão. A norma, diferentemente do texto, não é abstrata; ela surge apenas no caso concreto, diante de alguma especificidade real. É dizer: “a norma não é nem está contida na lei (apesar de ela ser elemento importante para formação da norma). Somente após a interpretação jurídica, destinada a solucionar caso concreto (real ou fictício), é que surge a norma jurídica.”⁸⁰

No ponto, Lenio Streck escreve que “*o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica*; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação”.⁸¹ Ressalta Streck que a norma é, pois, “a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar)”.⁸²

Humberto Ávila assim se manifesta a esse respeito:

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu

⁸⁰ ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 374.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227; itálico no original.

⁸² *Ibidem*.

resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”.⁸³

E Nelson Nery Junior:

“A normatividade não se relaciona com o texto da norma, é o resultado da interpretação que se apresenta como norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o ‘texto da norma’ é a sua *validade*, que consiste, de um lado, na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem com esta o seu comportamento e, do outro, na obrigação dirigida ao juiz (ou a autoridade habilitada a interpretar) de utilizar na sua integralidade os textos das normas jurídicas adequados ao caso particular e de trabalhar corretamente de um ponto de vista metódico”.⁸⁴

9. Norma enquanto gênero das espécies regra e princípio

Ainda em caráter preliminar, posta a separação entre texto e norma, sem embargo da brevidade na exposição, cumpre-nos apresentar a norma jurídica como gênero das quais são espécies a regra e o princípio.⁸⁵

Robert Alexy afirma que tanto regras quanto princípios “são normas, porque ambos dizem o que deve ser”, vale dizer, “podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Nesse sentido, entende que princípios “são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”⁸⁶⁻⁸⁷

É recorrente na doutrina a referência à literatura de Alexy para tratar de regras e princípios, principalmente tendo em conta a técnica da ponderação de princípios por ele propagada, que não será objeto deste trabalho por extrapolar o seu escopo. Regras,

⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Op. cit., p. 36.

⁸⁵ Pedro Lenza afirma que a “doutrina vem se debruçando sobre a importante e complexa distinção entre regras e princípios, partindo da premissa de que ambos são espécies de normas e que, enquanto referenciais para o intérprete, não guaram, entre si, hierarquia, especialmente diante da ideia da unidade da Constituição”. (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145).

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

⁸⁷ Em sentido análogo, ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 271-272.

segundo o jusfilósofo em apreço, são *mandamentos definitivos*, na medida em que consistem em normas que ordenam algo definitivamente no tempo e espaço.⁸⁸

Por outro lado, princípios são tidos como *mandamentos de otimização*, em contraposição às regras que, como visto, são mandamentos definitivos. Conforme os ensinamentos do referido jurista, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”.⁸⁹

E prossegue, aduzindo que, enquanto mandamentos de otimização, os princípios têm por característica o fato de poderem “ser cumpridos em graus diferentes e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas”, sendo estas, as possibilidades jurídicas, “além de pelas regras, essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário”.⁹⁰

Virgílio Afonso da Silva apresenta uma distinção semelhante à proposta por Alexy. Para ele, tendo como pressuposto a teoria dos princípios, o principal traço diferenciador entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas asseguram. Em breves linhas, escreve que as regras garantem direitos definitivos (ou se impõem deveres), ao passo que os princípios garantem direitos *prima facie* (ou são impostos deveres).⁹¹

Embora concordem com a ideia de Alexy, no sentido de que princípios e regras são normas com características diversas, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas discordam da terminologia por ele utilizada; *in verbis*:

“(...) Princípios também são regras, ou normas (embora de formulação genérica e quase abstrata), já que, para nós, as duas expressões (normas e regras) são sinônimas.

Princípios jurídicos são regras jurídicas, no sentido *lato*, podendo, ou não, ser positivados. Todavia, embora haja princípios que não sejam diretamente mencionados por normas escritas, sua existência há de ser inferida, pelo menos indiretamente. (...)

Com isso, pretende-se indicar que, a partir das normas, procedendo-se a sucessivas generalizações hipotéticas, chega-se à formulação de princípios. Em

⁸⁸ A explicação seguinte bem resume o conceito de regras de Alexy: “A maioria das regras ordena algo para o caso que determinadas condições sejam cumpridas. Elas são, então, normas condicionadas. Mas também regras podem adquirir uma forma categórica. Um exemplo seria uma proibição de tortura absoluta. Decisivo é que então, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado definitivamente fazer rigorosamente aquilo que ela pede. Se isso é feito, a regra está cumprida; se isso não é feito, a regra não está cumprida. Regras são, por isso, normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132).

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 45.

seguida, procura-se ‘legitimar’ o princípio historicamente, para, depois, verificar-se a incidência efetiva daquele princípio, a partir do critério *dela fecondità*. A manifestação abundante de certo princípio é a prova inequívoca de sua existência”.⁹²

Humberto Ávila tem uma visão distinta daquela defendida por Alexy.⁹³ Entende que as espécies normativas, tidas como hipótese de trabalho para o processo aplicativo, podem ser laboradas em razão do seu significado frontal, o que significa dizer que “o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).”⁹⁴ Ou seja: norma, nessa concepção, seria não apenas regra e princípios, como salientado acima, mas também *postulado*.

As regras são definidas pelo referido jurista como sendo as “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.”

Princípios, afirma Ávila, não são normas descritivas, a exemplo das regras; são, por outro viés, “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.”⁹⁵

Os postulados normativos encontrados na doutrina em testilha, diferentemente das regras e dos princípios, constituem “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.”⁹⁶

É de se notar, com efeito, que a doutrina diverge substancialmente sobre o que vem a ser o gênero *norma jurídica* e seus respectivos desdobramentos. Repita-se que não compete a nós, aqui, tomar algum partido nessa discussão, tampouco ir a fundo ao seu

⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 91.

⁹³ Para um estudo aprofundado sobre algumas críticas direcionadas à doutrina alexyana, ver: TREVISAN, Leonardo Simchen. *Ponderação, argumentação, racionalidade*: Robert Alexy e seus críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017.

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 129.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, p. 130.

exame. Cumpria-nos apenas trazer a separação entre normas como sendo regras e princípios, indicando, inclusive, outras visões no âmbito acadêmico.

10. Princípios constitucionais

A despeito da relevância – teórica e prática⁹⁷ – da distinção entre as espécies de norma, para fins deste trabalho será adotado um conceito mais objetivo, com enfoque preponderante, para não se dizer exclusivo, no termo *princípios constitucionais*. E diferente não poderia ser, já que o cerne deste trabalho é estudar os princípios constitucionais do processo arbitral.

Contudo, tampouco há certeza doutrinária quanto à definição de princípios constitucionais, daí por que ser necessária a adoção de uma corrente específica, a partir da qual se tirará uma breve conclusão a ser adotada como glossário do capítulo seguinte, em que serão esmiuçados os aqui chamados de *princípios constitucionais do processo arbitral*.

Ao caracterizar os princípios que se traduzem em normas da Constituição Federal, José Afonso da Silva, com base em Canotilho, cinde os princípios constitucionais em duas categorias. São elas: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais.⁹⁸

Quanto à primeira categoria, os princípios político-constitucionais, José Afonso da Silva afirma que eles constituem “decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo”. E continua constatando que tais princípios se manifestam “como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que ‘traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição’, segundo Gomes Canotilho, ou, de outro quadrante, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação na concepção de Carl Schmitt”.⁹⁹

A segunda categoria, todavia, é aquela que se enquadra ao objeto de estudo. Isso porque, ensina José Afonso da Silva, que os princípios jurídico-constitucionais são

⁹⁷ Tanto na teoria quanto na prática, com maior inclinação para essa última, pode se destacar a relevância de se perquirir a respeito da resposta a ser dada em caso de conflito entre regras, em caso de conflito entre princípios e, para aqueles que assim entendem possível, em caso de conflito entre regra e princípio. O desdobramento dessa questão, em termos práticos, é da maior relevância, sobretudo nos tempos atuais, em que se verifica uma tendência à *principiologia* no julgamento dos tribunais brasileiros.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 92.

⁹⁹ *Ibidem*.

“princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional”, pois decorrem “de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o consequente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia” e, também, “os chamados princípios-garantias”, dentre os quais se podem realçar os princípios do juiz natural e do devido processo legal.¹⁰⁰

Os princípios constitucionais do processo arbitral são verdadeiros princípios jurídico-constitucionais, consoante a acepção de José Afonso da Silva, na medida em que são informadores da ordem jurídica nacional e, se violados, podem macular o processo arbitral. São os princípios constitucionais que serão vistos a seguir que informam o processo arbitral e dão legitimidade democrática à prolação das decisões pelo juízo arbitral.

A definição de José Afonso da Silva, inspirada em Canotilho, é suficiente para prosseguirmos. Nada obstante, parece-nos possível, e até mesmo recomendável, definir princípios constitucionais nos seguintes moldes: princípios constitucionais são normas extraíveis da Constituição, explícita ou implicitamente, que servem de guia, que norteiam toda a aplicação e a interpretação do direito brasileiro, não escapando de sua mandatória observância o direito processual, inclusive o processo arbitral.

Ademais, é importante frisar, na esteira da doutrina de André Ramos Tavares, que “os princípios elevados a esfera constitucional assumem importância maior que os demais princípios jurídicos”.¹⁰¹

¹⁰⁰ Ibidem, p. 93.

¹⁰¹ TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 25-26.

§ 5º - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ARBITRAL

11. Nota introdutória

A Lei de Arbitragem brasileira impõe a observância de alguns princípios no seio do processo arbitral, sob pena de nulidade da sentença a ser proferida pelos árbitros. Consoante o § 2º do art. 21 da Lei nº 9.307/1996, serão sempre “respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

De logo, é preciso esclarecer que os princípios indicados no dispositivo acima referido não se confundem com os princípios gerais do direito mencionados no § 2º do art. 2º da Lei de Arbitragem, que estão igualmente previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Princípios gerais de direito constituem categoria mais ampla do que aquela que se está atribuindo neste trabalho, conforme se pode constatar pela lição clássica de Miguel Reale, para quem “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, que para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.¹⁰²

Feita essa observação preliminar, a primeira questão que se coloca diante da redação do art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem é esta: será que esses quatro princípios (contraditório, igualdade, imparcialidade do árbitro e livre convencimento do árbitro) são princípios constitucionais do processo arbitral? E mais: será que são só, e somente só, esses quatro princípios previstos na lei de regência que norteiam o processo arbitral? Vale dizer, o rol principiológico do art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem é taxativo ou exemplificativo?

A importância desses questionamentos salta aos olhos, porque as respectivas respostas influenciam na interpretação do art. 32, VII, da Lei de Arbitragem, que cuida de hipótese de anulação de sentença arbitral por afronta justamente aos princípios insculpidos no art. 21, § 2º.

Este trabalho adotará, para fins metodológicos, o que a doutrina mais abalizada considera, com pequenas oscilações, como sendo os princípios constitucionais do processo civil, para então analisar se é cabível a transposição de alguns desses princípios ao processo arbitral. Eis os princípios constitucionais do processo civil que serão levados

¹⁰² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 300.

em consideração em seguida: (i) acesso à justiça; (ii) devido processo legal, aqui incluídos o contraditório e a ampla defesa; (iii) juiz natural; (iv) duplo grau de jurisdição; (v) igualdade; (vi) publicidade; (vii) motivação; (viii) vedação de prova ilícita; (ix) assistência jurídica integral e gratuita; e (x) duração razoável do processo.

Adiante-se que, antes de qualquer conclusão, os princípios constitucionais não se aplicam “com a mesma intensidade à jurisdição estatal e à jurisdição arbitral; não porque tenham natureza ou finalidade diversa, mas devido à própria estrutura de seus órgãos e à forma como se constituem (uma é permanente; a outra transitória), e ao procedimento que, num caso, é necessariamente legal, e, noutro, parcialmente convencional.”¹⁰³

12. Acesso à justiça

O princípio constitucional do acesso à justiça, também conhecido por princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que preconiza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A menção à *lesão* ou à *ameaça* a direito tem razão de ser. Em casos de lesão a direito, deve o processo atuar, sob o enfoque constitucional, num sentido retrospectivo da função jurisdicional, a fim de que sejam reparados os eventuais prejuízos causados à parte que bate às portas do Poder Judiciário. Em casos de ameaça a direito, atua o processo, também sob o enfoque constitucional, num sentido prospectivo, com o fito de evitar a consumação de lesões a direito, “é dizer, a emissão de uma forma de tutela jurisdicional que *imunize* quaisquer ameaças independentemente de elas converterem-se em lesões.”¹⁰⁴

Tradicionalmente, esse princípio era entendido como o mero *ingresso em juízo*, isto é, a possibilidade de se socorrer do Poder Judiciário era suficiente para se materializar o acesso à justiça. Tal princípio chegou a ser considerado por alguns como o *direito constitucional de ação*, no sentido de acionar o Estado-juiz, tirando-o da inércia que lhe é peculiar. No entanto, essa ideia incompleta de acesso à justiça, eis que fundamentada apenas no aspecto formal do princípio em questão, já está ultrapassada.¹⁰⁵

Nos dias de hoje, além de uma garantia efetiva de acesso à jurisdição para que determinado conflito seja dirimido, o princípio constitucional do acesso à justiça

¹⁰³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Problemas da arbitragem por equidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. III, nº 9, 2006, p. 52.

¹⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., p. 40.

¹⁰⁵ Sobre a evolução do acesso à justiça, consulte-se: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

“representa a garantia de outorga, a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional *efetiva, adequada e tempestiva* (Kazuo Watanabe), além de impedir a imposição de óbices ilegítimos à concessão da tutela eventualmente devida”.¹⁰⁶ Trata-se, aqui, da garantia material do acesso à justiça.

O que se extrai do aspecto material do acesso à justiça é que qualquer parte interessada que provocar o Poder Judiciário, apresentando-lhe alegações e pedidos, deverá obter uma resposta satisfatória do órgão judicial. E a resposta satisfatória não implica o reconhecimento do direito vindicado pelo postulante. O que se espera do Estado-juiz, diante da faceta dúplice do acesso à justiça (formal e material), é que o Poder Judiciário dê ao requerente uma resposta bem fundamentada acerca da pretensão que lhe foi sujeita à apreciação, ainda que em sentido negativo, ou, ainda que o juiz se manifeste no sentido de não haver condições mínimas para auferir se a parte autora tem ou não o direito que alega.

Dito isso, questiona-se: qual a relação, se é que realmente há alguma, entre o princípio do acesso à justiça (ou da inafastabilidade do controle jurisdicional) e a arbitragem?

Uma leitura apressada e mais restritiva do inciso XXXV do art. 5º da Lei Maior pode levar a crer que o princípio constitucional do acesso à justiça se aplica unicamente aos processos judiciais, e não aos arbitrais. Afinal, o texto constitucional é de indubitável clareza ao dispor que não se excluirá do *Poder Judiciário* a apreciação de ameaça ou lesão a direito.

Essa conclusão não parece correta a partir das premissas fixadas neste trabalho, em especial tendo em conta a jurisdicionalidade da arbitragem e a sujeição do processo arbitral ao modelo constitucional do direito processual.

O princípio constitucional do acesso à justiça é perfeitamente aplicável à arbitragem.¹⁰⁷ Levando-se em consideração as necessidades sociais e a evolução dos métodos de resolução de conflitos, que tiraram do Poder Judiciário o *status* de “único

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 55.

¹⁰⁷ Observa Rodolfo Mancuso: “Quanto ao *acesso à Justiça*, para que seja entendido em dimensão realista e aderente à realidade contemporânea, não pode degradar-se numa oferta prodigalizada, generalizada e incondicionada, a projetar nos jurisdicionados – efetivos ou eventuais – uma expectativa exagerada quanto à *solução adjudicada*, a que o Estado não consegue atender; ou, pior, tentando fazê-lo, envereda pela armadilha da justiça de massa, tisonada pela busca obsessiva de *celeridade a qualquer preço*, tudo resultando numa resposta de baixa qualidade, muito aquém daquela que devera receber o jurisdicionado, revelando-se excessivamente demorada, onerosa, imprevisível e, no tocante aos comandos condenatórios ou prestacionais, pouco eficiente no plano prático”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 353; *itálico no original*).

julgador”, é possível sustentar, como ora se faz, que o dispositivo constitucional em testilha abrange a *justiça arbitral*, de modo que se tem a inafastabilidade do controle jurisdicional dos árbitros para dirimir conflitos que versem lesões e ameaças a direito.

Dinamarco, a propósito, não deixa de notar: “Na medida em que se insere entre os meios alternativos de solução de conflitos, a arbitragem tem realmente essa missão de abrir portas à adequada solução dos litígios, pacificando os litigantes com a realização da justiça – e daí a afirmação do *acesso à justiça* como um bem a ser obtido mediante a atuação dos árbitros, tanto quanto do juiz togado”.¹⁰⁸

Naturalmente, não se está aqui dizendo que toda e qualquer controvérsia poderá ser relegada à decisão do juízo arbitral pura e simplesmente em decorrência da interpretação que se entende mais adequada do inciso XXXV do art. 5º. Afirmar a aplicabilidade do princípio constitucional do acesso à justiça à arbitragem consiste no seguinte: se as partes plenamente capazes estipularem, por convenção de arbitragem, que eventual controvérsia envolvendo direito patrimonial disponível será resolvida pela via arbitral, é obrigatório que os árbitros decidam a disputa, sem qualquer ingerência do Poder Judiciário no tocante ao pano de fundo da desavença. Melhor dizendo, a opção pela arbitragem torna inafastável o controle jurisdicional dos árbitros a respeito da disputa abrangida pela convenção arbitral, cabendo ao Poder Judiciário exercer apenas função de apoio enquanto perdurar a investidura dos árbitros. Ora, ao mesmo tempo em que a celebração de uma convenção arbitral derroga a jurisdição estatal, ela fixa a jurisdição arbitral.

Vale ressaltar que a Lei de Arbitragem brasileira foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no emblemático julgamento do pedido de homologação de sentença estrangeira nº 5.206, oriundo da Espanha, cuja relatoria foi incumbida ao Ministro Sepúlveda Pertence. É dizer, a compatibilidade da arbitragem com o princípio do acesso à justiça foi confirmada pela Suprema Corte brasileira. A esse respeito, concluem Eduardo Arruda Alvim, Rennan Thamay e Daniel Granado: “Devidamente entendida a jurisdição em sua concepção moderna, ou seja, tendo-se em vista os fins a que se destina, configura-se acertado dizer que a arbitragem configura verdadeira jurisdição privada”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. Op. cit., pp. 69-70.

¹⁰⁹ ARRUDA ALVIM, Eduardo; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 35.

Um outro ponto interessante que bem relaciona a arbitragem ao princípio constitucional do acesso à justiça reside no fato de que podem os árbitros rejeitar a sua própria jurisdição para decidir um dado caso, em virtude de alguma mácula insanável da cláusula compromissória, por exemplo. Na medida em que compete aos árbitros dizer, em primeira mão, se detêm ou não jurisdição para decidir uma causa a eles submetida (princípio da competência-competência), nada impede que apontem algum defeito que impeça o prosseguimento da arbitragem. Nessa situação hipotética, se as partes assim desejarem o mesmo litígio anteriormente submetido ao juízo arbitral será direcionado ao Poder Judiciário que, diante da negativa arbitral, deverá processar e julgar o conflito, porque assim determina o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

13. Devido processo legal: contraditório e ampla defesa

O princípio do devido processo legal, inspirado na cláusula do *due process* do direito alienígena, tem previsão constitucional no art. 5º, LIV, assim redigido: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Melhor seria dizer que, contudo, princípio do *devido processo constitucional*, na medida em que a pauta de reflexão sobre o direito não é a lei em si, mas a Constituição Federal, como reiteradamente defendido neste trabalho.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, que serão abordados conjuntamente com o devido processo legal para fins didáticos, estão previstos no inciso LV do referido artigo da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa (...)”.

O termo “devido” está atrelado ao processo porque a atuação jurisdicional deve se dar dentro dos parâmetros preestabelecidos pelo ordenamento jurídico, obedecendo principalmente as normas constitucionais. Além do mais, o processo somente é devido quando também confere às partes amplas oportunidades para que se manifestem nos autos e para que produzam provas, de modo a permitir a elas uma maior influência na construção da convicção do julgador, seja ele um juiz togado, seja ele um árbitro.

É fundamental que num Estado Democrático de Direito tenham as partes a possibilidade de influírem nas decisões daquele a quem foi incumbido o papel de julgar

o litígio. Numa palavra: *participação*. Às partes deve-se assegurar o poder de participar ativamente no processo.

O contraditório implica o binômio *ação e reação*. É dizer, as partes não só podem atacar, mas também contra atacar, responder alegações deduzidas contra elas. A ampla defesa leva a crer que as partes devem ter chances reais e efetivas de se manifestarem no processo.

Por decorrência do que se disse, parece-nos equivocado que o julgador surpreenda as partes, justificando a decisão com fundamento legal ou fático não antes discutido em sede de contraditório. As decisões surpresas, ainda que digam respeito à matéria de ordem pública, não podem ter o condão de prejudicar as partes, sob pena de afrontar justamente os princípios do devido processo legal (constitucional), do contraditório e da ampla defesa, podendo ensejar, a depender do caso, a anulação da decisão – tanto no processo estatal quanto no processo arbitral.

A Lei de Arbitragem não se refere individualmente ao princípio do devido processo, mas elenca o respeito ao princípio do contraditório como uma obrigação dos árbitros, conforme se vê do art. 21, § 2º. Por força do modelo constitucional do processo arbitral, não parece haver dúvidas de que o referido dispositivo deve ser interpretado de maneira extensiva, nele inserindo também o devido processo e a ampla defesa. Com relação a esta, veja-se que a única alusão expressa à “ampla defesa” na Lei de Arbitragem a considera uma decorrência do princípio do contraditório. É o que se infere do art. 38, III, que trata de hipóteses em que a sentença arbitral estrangeira não será homologada: “não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa”.

Os princípios do devido processo, que basicamente resume todos os outros princípios constitucionais, do contraditório e da ampla defesa são de suma relevância para que o processo arbitral seja democrático e possa, de fato, seguir o modelo constitucional do processo.

Sobre o tema, veja-se o escólio de Alexandre Freitas Câmara:

“Ao afirmar a Lei de Arbitragem que o procedimento arbitral deve ser realizado em contraditório (o que faz dele mais que um ‘mero’ procedimento, transformando-o em processo), impõe-se a estrita observância deste princípio, segundo o qual as partes deverão tomar conhecimento de todos os atos e termos do processo, podendo ainda manifestar-se sobre os mesmos. Assegura-se, com

isso, a participação efetiva dos interessados na formação do provimento que irá solucionar o conflito de interesses existentes entre os litigantes. Tal participação se dará através da assunção, pelos litigantes, de posições jurídicas ativas e passivas ao longo do procedimento, podendo as partes praticar atos na defesa de seus interesses (como, por exemplo, inquirir testemunhas ou apresentar documentos), e devendo as partes, ainda, se sujeitar à eficácia dos atos praticados pelo adversário (tendo de se submeter, por exemplo, à produção de efeitos no processo de um documento trazido pela parte contrária)”.¹¹⁰

Nenhum empecilho há para que as partes convençionem, por exemplo no Termo de Arbitragem, que não desejam produzir provas, ou que não desejam se manifestar sobre as Alegações Iniciais da parte contrária. Podem as partes livremente pactuar o calendário processual. Vale dizer, o contraditório pode ser convençionado pelas partes de acordo com os interesses em disputa. Pode ser que a sentença arbitral tenha que ser proferida em dois meses e, nesse caso, é perfeitamente possível que as partes abdicuem de parcela das garantias inerentes ao devido processo, a exemplo do contraditório e da ampla defesa.

14. Juiz natural

O inciso XXXVII, do art. 5º da Constituição Federal, prescreve que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, ao passo que o inciso LII do mesmo dispositivo proclama que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Esses dois incisos do conclamado art. 5º juntos consagram o princípio constitucional do juiz natural.

A finalidade do referido princípio, num primeiro momento, é identificar o órgão jurisdicional competente antes da concretização do fato conflituoso, que será objeto da ação a ser proposta perante o Poder Judiciário. O “juiz natural” é aquele que a Constituição Federal diz ser.

Paulo Roberto de Figueiredo Dantas anota que, por força do princípio do juiz natural, “todos têm direito de ser julgados por membros regulares do Poder Judiciário, investidos em conformidade com os comandos constitucionais e legais, inclusive relativos à fixação de suas competências”. Ao prosseguir, assegura que os jurisdicionados, ainda pelo princípio em voga, têm direito “de não serem julgados por órgãos jurisdicionais criados após a ocorrência de um fato, justamente para julgá-lo, os denominados *juízos ou tribunais de exceção*”.¹¹¹

¹¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei nº 9.307/96. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 81.

¹¹¹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

Nesse primeiro viés, o princípio constitucional do juiz natural não se amolda à arbitragem. Isso porque os árbitros são indicados pelas partes e, posteriormente, nomeados pela instituição arbitral responsável pela administração do procedimento após o afloramento do litígio; além disso, as partes remuneram os árbitros para julgar o conflito. O fato de as partes poderem escolher quem elas querem indicar como árbitro é um dos maiores atrativos da resolução de controvérsias pela via arbitral.

Em regra, cada polo processual indica um árbitro, sendo que caberá aos dois profissionais indicados (os coárbitros) indicar o árbitro que presidirá o tribunal arbitral. As partes e seus causídicos costumam, inclusive, analisar os currículos e o *background* dos árbitros antes de indicá-los. O assunto é sério: a má escolha dos julgadores pode comprometer o processo arbitral e o resultado final da arbitragem.

A faculdade de escolher, na arbitragem, quem julgará a causa não se coaduna com o princípio do juiz natural enquanto visto como freio ao direcionamento da pretensão jurisdicional a um determinado julgador. Não há, portanto, “árbitro natural” nesse sentido técnico do princípio. Assim, num primeiro momento, o *modus operandi* da arbitragem vai de encontro ao conceito do princípio constitucional do juiz natural.

Mas há outra faceta do princípio constitucional do juiz natural, ainda mais importante que a primeira, a nosso ver. É que, ultrapassada essa análise inicial, o princípio em comento oferece também ao jurisdicionado a garantia, de ordem positiva, de que a controvérsia será decidida por um julgador imparcial. Não é à toa que a doutrina reconhece a íntima relação “entre a garantia do juiz natural e o dever de imparcialidade”.¹¹²

Adstrito à segunda faceta, o princípio constitucional do juiz natural ganha ares de relevância no processo arbitral, haja vista que a imparcialidade, da qual decorre a independência, são dois princípios muito caros à arbitragem, especialmente porque dizem respeito à idoneidade dos árbitros. Tanto é que o princípio da imparcialidade, de manifesto cariz constitucional, encontra guarida no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem.

À vista disso, o § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem institui a imparcialidade como efetivo dever dos árbitros no desempenho de sua função. Mais do que isso, na esteira da atuação imparcial, o legislador ainda obriga os árbitros a procederem de maneira independente, competente, diligente e com discrição. Não é demais acentuar que tais

¹¹² PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76.

deveres dos árbitros, ao mesmo tempo em que assim caracterizados, constituem garantias para as partes.

Os pilares mestres da arbitragem, nesse semblante, são a imparcialidade e a independência. Isso porque, desrespeitados algum deles, a sentença arbitral poderá ser anulada pelo Poder Judiciário, com arrimo nos arts. 32, VIII, e 33 da Lei de Arbitragem. É, portanto, salutar e imprescindível que, antes de aceitar a função, os árbitros revelem objetivamente¹¹³ “qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”, conforme o art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem (dever de revelação, ou *disclosure*).

Para José Carlos de Magalhães o dever de imparcialidade, comum a toda atividade de julgar controvérsia alheia, “impõe o dever de não proceder com tendenciosidade em favor de uma das partes”, o que não implica dizer que o árbitro deverá ser neutro, “pois o árbitro, como qualquer pessoa, carrega conteúdo próprio de sua formação, cultura, religião, profissão, meio social, enfim todo um universo que o cerca e do qual não se aparta, ainda que atue com imparcialidade relativamente às partes em litígio”.¹¹⁴

Sobre a imparcialidade, o lusitano Manuel Pereira Barrocas escreve: “À imparcialidade diz respeito à liberdade de o árbitro ou juiz decidir sem constrangimentos de ordem moral ou intelectual”.¹¹⁵

No que concerne o dever de independência, é necessário que os árbitros sejam pessoas independentes dos pontos de vista econômico, social, político, profissional e moral, a fim de se sentirem livres para, com base nos fatos e nas provas do processo, julgar a disputa como bem entender.¹¹⁶ Os árbitros, por conta do dever de independência, não devem ter o que temer com relação às partes, tampouco quanto aos causídicos que

¹¹³ Sobre a adoção de critério objetivo para a verificação da independência, veja-se o que diz Marcelo Ferro: “O interesse na adoção de um critério objetivo para a verificação da independência do árbitro advém da necessidade de se evitar uma apuração – de resto, impossível – do que o árbitro subjetivamente considerou quando se confrontou com determinada situação que pudesse afetar sua independência. Na verdade, o dever de revelar imposto ao árbitro é corolário de um dever maior, uma verdadeira obrigação de resultado, que ele assume ao aceitar o encargo: trata-se do dever de assegurar a prolação de uma sentença que solucione o litígio de forma válida, isto é, uma sentença que possa ser executada no local desejado pelas partes, blindada de qualquer impugnação eventualmente direcionada pela parte sucumbente”. (FERRO, Marcelo Roberto. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 853-854).

¹¹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. Os deveres do árbitro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 228.

¹¹⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295.

¹¹⁶ BERALDO, Leonardo Faria de. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238.

patrocinam os interesses dos litigantes. A possibilidade de desagradar alguém não pode interferir no ato decisório dos árbitros a ponto de gerar decisões salomônicas.

No terreno da arbitragem internacional, com utilidade na prática arbitral brasileira, as regras da *International Bar Association* sobre conflito de interesses oferecem parâmetros para nortear a revelação dos árbitros com vistas à imparcialidade e à independência (*IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*). Veja-se, pois, o princípio geral dessas diretrizes: “Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so until the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated.”

Com efeito, aplicável o princípio constitucional do juiz natural à arbitragem apenas no que toca os deveres de imparcialidade e independência. Ainda que não se considere a imparcialidade uma extensão do dito princípio constitucional, na prática o efeito é o mesmo, já que a Lei de Arbitragem encampa o princípio da imparcialidade e o impõe como dever dos árbitros, inclusive passível de causar a anulação da sentença arbitral em hipótese de inobservância.

15. Duplo grau de jurisdição

A identificação do princípio do duplo grau de jurisdição na Constituição Federal não se apresente de imediato. Não há alusão expressa ao “duplo grau de jurisdição” em nenhum dos dispositivos constitucionais. Nada obstante, infere-se tal princípio da própria sistemática da Constituição, haja vista que há previsões explícitas acerca da competência de tribunais para decidir em grau recursal as impugnações endereçadas contra as decisões de instâncias inferiores. A bem da verdade, o princípio do duplo grau está interligado com a estruturação do Poder Judiciário, que se divide em instâncias com hierarquias bem demarcadas.

Há quem diga que tal princípio é extraível do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹¹⁷ O só e só fato de estar escrito “recursos” no trecho transcrito não leva a crer, a nosso modo de ver, que a Constituição encampou textualmente o

¹¹⁷ NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Recursos no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 23-24.

princípio do duplo grau. O princípio do “duplo grau” está, dessa forma, implícito no arcabouço constitucional.

O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição pode ser compreendido “como o modelo que garante a revisibilidade ampla das decisões judiciais por magistrados preferencialmente diferentes e localizados em nível hierárquico diverso”, sendo *revisibilidade ampla* “a oportunidade de tudo aquilo que levou o órgão *a quo* a proferir uma decisão e ser contrastado pelo magistrado *ad quem* (...)”.¹¹⁸ “Revisibilidade ampla”, assim, não é sinônimo de recorribilidade irrestrita, até mesmo porque a Constituição Federal comporta dispositivos que tratam da irreacorribilidade de alguns provimentos, tal como o § 3º do art. 121; *in verbis*: “São irreacorribíveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.”

Porém, o que tem o duplo grau de jurisdição a ver com a arbitragem? Alguma coisa, mas não muito.

É sabido e ressabido que a sentença arbitral não se sujeita a recurso, consoante o quanto disposto no art. 18 da lei de regência. Não há que se falar em interposição de recurso contra a sentença arbitral, a fim de se rediscutir as questões de mérito e, eventualmente, de jurisdição decididas pelos árbitros. Proferida a sentença arbitral, o que pode fazer a parte sucumbente é, consoante o art. 30 da Lei de Arbitragem, postular que os árbitros corrijam erro material ou esclareçam obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronunciem sobre eventual ponto omissso.

Não há na arbitragem instâncias ou graus jurisdicionais. O que se tem é um painel arbitral (ou um único árbitro) constituído por profissionais altamente qualificados, que foram previamente indicados pelas partes em disputa, ao qual caberá decidir, com caráter final e vinculante *intra partes*, a controvérsia objeto de arbitragem. Inexiste uma segunda instância arbitral, um órgão revisional ou de cassação. Quem opta pela arbitragem deve estar ciente de que o que for dito pelos árbitros deverá ser cumprido, goste ou não, custe o que custar. Salvo, é claro, as hipóteses de ajuizamento de ação anulatória de sentença arbitral, que tampouco tem o condão de reformar o mérito da sentença arbitral.

Ademais, a corriqueira referência a “tribunal arbitral” não implica divisão do juízo arbitral em instâncias ou graus de jurisdição. Trata-se de mera alusão ao colegiado de julgadores, de árbitros que atuarão para aplicar o direito à espécie litigiosa.

¹¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., p. 45; itálico no original.

Nada impede, apesar disso, que os contratantes estabeleçam, de comum acordo no processo arbitral, os recursos que entenderem cabíveis e necessários para a tutela dos direitos *sub judice*. Aqui, impera a autonomia da vontade das partes, que, em razão da liberdade de contratar, podem criar recursos específicos para o caso concreto. Vale dizer, nas palavras de Carmona, que as partes poderão inserir um recurso que se assemelhe à apelação do processo civil, que é recurso de fundamentação livre; “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 a hipótese de, em órgão colegiado, haver voto vencido”.¹¹⁹

Ressalte-se que existem câmaras arbitrais internacionais que dispõem de regulamentos de arbitragem com possibilidade expressa de interposição de recurso.¹²⁰ No cenário estrangeiro, o regulamento de arbitragem da *American Arbitration Association* traz um apêndice inteiramente dedicado ao recurso arbitral, que é opcional – portanto, depende da convenção expressa das partes, consoante o sistema de *opt-in* (*Optional Appellate Arbitration Rules*). Ainda no exterior, o *JAMS Optional Arbitration Appeal Procedure* igualmente prevê a possibilidade de as partes optarem por adotar as regras procedimentais do recurso arbitral.

Noutro giro, afigura-se inviável cogitar na interposição de recurso para o Poder Judiciário contra a sentença arbitral. As jurisdições estatal e arbitral são distintas, embora complementares em algumas ocasiões, além de não haver hierarquia entre os árbitros e o magistrado. Carmona traz luz ao argumento:

“Isto significa que não haverá contato do juiz togado com o mérito da causa submetida a juízo dos árbitros, sendo inviável o recurso ao Poder Judiciário. Seria nula de pleno direito a avença no sentido de submeter a revisão pelo Poder Judiciário a decisão proferida pelos árbitros, até porque não haveria competência funcional (hierárquica) para julgar tal recurso. A vontade das partes, é sintomático, não pode vincular a competência – de natureza constitucional – dos órgãos judiciais estatais”.¹²¹

O fato de poderem os contratantes estipular recursos internos na arbitragem e se sujeitarem a regulamentos arbitrais que disponibilizem mecanismos para impugnação da sentença arbitral ainda no âmbito da arbitragem não atrai a aplicação do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição à arbitragem. Seria, ao que consta, um atentado à celeridade e efetividade do processo que houvesse um “duplo grau arbitral” mandatório.

¹¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. Op. cit., p. 231.

¹²⁰ Desconhecemos instituições brasileiras com tal previsão em regulamento de arbitragem.

¹²¹ *Ibidem*.

As partes que optam pela arbitragem buscam, via de regra, decisões rápidas e bem fundamentadas, proferidas por quem entende do assunto por trás do conflito.

Importante consignar apenas que, quando se trata de recurso e arbitragem, o assunto não é tão preto no branco como dizem alguns por aí.

18. Paridade de armas

O princípio da igualdade (ou isonomia) encontra-se previsto no *caput* e no inciso I do art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Referido princípio tem ampla extensão, na medida em que preconiza o tratamento igualitário entre partes iguais, o que deve ocorrer tanto mediante o oferecimento de oportunidades idênticas para manifestação no processo quanto à criação de condições para que a igualdade seja colocada em prática. Não só, o princípio da igualdade atinge igualmente situações de desigualdade, a fim de garantir a máxima aristotélica de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, nos lindes das suas desigualdades. Ou seja, tutela-se os interesses da parte desigual como forma de equilíbrio processual, deixando os litigantes em pé de igualdade.

Esse dito equilíbrio remete à ideia de *paridade de armas*, no sentido de que, no processo, os litigantes devem estar munidos de ferramentas se não iguais, muito parecidas para que possam exercer exaustivamente o direito de defesa. A respeito da paridade de armas, não se pode deixar de citar a precisa lição de Joan Picó I Junoy, Professor Catedrático da Universidade de Barcelona:

“Este derecho exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba y impugnación.

En concreto, respecto de la aportación de los hechos al proceso, el derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio”.¹²²

¹²² PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editor, 2012, p. 160.

O princípio constitucional da igualdade foi absorvido pela Lei de Arbitragem no § 2º do art. 21. Por pura opção legislativa, entendeu-se por bem deixar expressa a preferência da lei brasileira pelo prestígio à paridade de armas.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que a amplitude do princípio constitucional da igualdade não é a mesma nos processos judicial e arbitral. Aliás, são bem distintas. Enquanto o juiz togado tem em mãos uma plêiade de mecanismos para transformar a igualdade formal em material (v.g. oferta de advogado público para os mais necessitados), os árbitros muito não devem fazer para equiparar a dinâmica do confronto arbitral, sobretudo porque as partes que litigam em arbitragem estão quase sempre em pé de igualdade; afinal, foram elas que escolheram esse método de solução de controvérsias, que é voluntário.

Os árbitros não têm que carregar o peso de justiceiros. Não cabe a eles promover efetivamente a igualdade material, mas tão somente – o que não é simples – assegurar às partes a mesma oportunidade “de produzir provas, de expor suas razões e de fazer valer suas próprias razões, sem privilégios ou prerrogativas”.¹²³

A paridade de armas, uma das facetas do princípio constitucional da igualdade, tem papel primordial na arbitragem, mas não se pode compreendê-la na perspectiva do processo judicial. A arbitragem tem peculiaridades que não negam a aplicação da isonomia, embora a incidência de tal princípio se dê de forma menos solidária do que no Poder Judiciário.

16. Publicidade

O princípio da publicidade está disposto no art. 5º, LX, da Constituição Federal, e prevê que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

A publicidade, de acordo com a finalidade constitucional, visa a assegurar o escrutínio público da administração da justiça. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci apontam para dois escopos que acompanham o referido princípio. No primeiro, que é o ponto de vista subjetivo, a publicidade do processo “importa a neutralização dos efeitos emocionais que o fato que constitui seu objeto engendra na consciência dos seres integrantes da sociedade”.¹²⁴ O segundo, que cuida do escopo dogmático, informa que a

¹²³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. Op. cit., p. 254.

¹²⁴ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73.

publicidade “delineia-se como requisito formal dos atos processuais”, constituindo, objetivamente, “uma forma de realização dos atos de um procedimento judicial, determinante de sua ampla cognição e consequente participação dos interessados e, até, de desinteressados”.¹²⁵

Os atos processuais do processo que se desenvolve no Poder Judiciário, em regra, são públicos, o que se dá justamente em atenção ao princípio constitucional da publicidade.¹²⁶ Na arbitragem, por se tratar de justiça privada, criou-se a praxe em direção contrária, no sentido de se adotar a confidencialidade como regra dos processos arbitrais.

Abre-se, no ponto, um rápido parêntese para registrar a diferença entre *confidencialidade* e *privacidade*.¹²⁷ Em síntese, a doutrina especializada faz a seguinte distinção:

“Em resumo, enquanto a privacidade é um direito das partes em relação a terceiros estranhos ao processo arbitral consistente na proibição de que eles tenham acesso aos atos do processo arbitral, a confidencialidade é um dever dos sujeitos da arbitragem em relação a eles mesmos de guardar sigilo em relação às informações que obtiveram por estarem participando da arbitragem. Enquanto a privacidade decorre do caráter naturalmente particular e privado da arbitragem, da qual estranhos obviamente não fazem parte, a confidencialidade deriva de previsão legal ou convencional, a depender do que dispuser o ordenamento jurídico aplicável.”¹²⁸

José Emílio Nunes Pinto define confidencialidade enquanto obrigação imposta às partes e aos árbitros e, em alguns casos, especificados em regulamentos de instituições arbitrais, “a terceiros que participem, de alguma maneira, direta ou indiretamente, de procedimentos arbitrais, de não divulgar ou publicar quaisquer dados, informações e quaisquer outros detalhes que tenham tomado conhecimento no curso daqueles.”¹²⁹ A privacidade, em contrapartida, “refere-se à condução do próprio procedimento arbitral e

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ O Código de Processo Civil elenca algumas exceções à regra:

“Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.”

¹²⁷ Para os fins deste trabalho, conquanto haja distinção, e é de relevo destacá-la, adotaremos um único termo para contrapor a publicidade, qual seja, a palavra confidencialidade. Portanto, confidencialidade e privacidade, embora tenham conotações distintas, sobretudo na arbitragem, serão tratadas neste trabalho como sinônimos.

¹²⁸ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de Direito Privado*, v. 49, 2012, pp. 232-233.

¹²⁹ NUNES PINTO, José Emílio. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, 2005, p. 31.

à realização de seus atos” e obsta “que estranhos ao procedimento dele participem ou assistam a quaisquer sessões do tribunal arbitral, diferentemente do que ocorre no processo judicial que é, por natureza e salvo exceções, público”.¹³⁰

Na medida em que os processos arbitrais envolvem, no mais das vezes, conflitos societários complexos, que envolvem informações privilegiadas e sigilosas de grandes corporações, que, se abertas ao público, poderiam ensejar complicações concorrenciais e comerciais para os litigantes, é esperado que aqueles que se valem da arbitragem invoquem a confidencialidade do processo. Prevalecendo a flexibilidade procedimental na arbitragem, as partes podem tranquilamente convencionar que o litígio deverá se desenvolver de maneira sigilosa; e isso não é tão simples no processo judicial, dotado de maior rigidez.¹³¹

A confidencialidade afigura-se, de fato, uma das vantagens de se optar pela via arbitral. Investidores estrangeiros e grandes *players* nacionais sentem-se, por isso, mais seguros em litigar sem os holofotes da imprensa e sem o acesso amplo e irrestrito do público às informações e decisões do processo.¹³² Abrir a possibilidade de resolver uma pendenga em caráter confidencial faz toda a diferença para aqueles que evitam a exposição dos negócios. Cabe à parte decidir o que quer: processo judicial ou processo arbitral.

A Lei de Arbitragem brasileira, entretanto, não prevê a confidencialidade como regra do processo arbitral.¹³³ Na verdade, cala-se a esse respeito. Disso decorre que, como bem coloca José Antonio Fichtner, “a confidencialidade não é um princípio inerente à

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Questão espinhosa é saber se as partes, no processo judicial, podem celebrar negócio jurídico processual, com amparo no art. 190 do Código de Processo Civil, para estipular que o caso deverá tramitar sob sigilo, ainda que não estejam preenchidas nenhuma das hipóteses legais como exceção à regra da publicidade.

¹³² “É evidente o dano marginal causado pela pendência de um conflito interno no âmbito de uma sociedade. Nas sociedades fechadas, a existência de conflitos entre os sócios pode levar até mesmo à paralisação das atividades da empresa, na medida em que o desenvolvimento de tais atividades dependa do desempenho e da iniciativa pessoal de um ou mais sócios. Também no âmbito das sociedades abertas o fenômeno pode ter consequências bastante drásticas. A existência de um conflito interno, mesmo que não envolva todos os acionistas, poderá afastar investidores, promovendo uma corrida pela venda dos valores mobiliários de emissão da sociedade, com a consequente desvalorização dos papéis, trazendo prejuízos à empresa e aos acionistas que permanecerem na sociedade. Nesses casos, a resolução de conflitos por meio de arbitragem confidencial tenderia a reduzir os riscos da produção de danos marginais decorrentes do conflito. O ideal, portanto, seria sempre reduzir o número de agentes informados a respeito do litígio, o que se colocaria em prol de um interesse da própria sociedade no seu aspecto institucional potencializado ao extremo, bem como no interesse da própria empresa como atividade”. (FRANZONI, Diego. *Arbitragem societária*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 46).

¹³³ A única referência ao termo está prevista no parágrafo único do art. 22-C da lei de regência, que trata do cumprimento da carta arbitral no Poder Judiciário sob segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade da arbitragem.

arbitragem, que decorreria implicitamente de sua natureza”.¹³⁴ E isso porque, no direito brasileiro, observa Fichtner que “não há como fugir do conceito de que as obrigações derivam apenas da lei ou dos contratos, razão pela qual não se pode imputar às partes uma obrigação de confidencialidade sem que haja previsão legal específica ou disposição convencional nesse sentido”.¹³⁵

O silêncio da Lei nº 9.307/1996 sobre a confidencialidade em nada prejudica a sua adoção na arbitragem. É significativamente comum, quase um hábito do mercado, estipular o caráter confidencial dos negócios em cláusulas dispostas nos instrumentos contratuais¹³⁶, que serão, talvez no futuro, objeto de controvérsia. Ou, então, a referência à confidencialidade pode estar presente na própria cláusula compromissória.

Ressalte-se que nem mesmo é imprescindível que seja combinada a confidencialidade antes de exsurgir o problema a ser dirimido por um corpo de árbitros, já que os regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais costumam prever o sigilo como regra, abrindo às partes, como diferente não poderia ser, a faculdade para excetuar a regra, combinando que o processo arbitral será público¹³⁷ – acredita-se que essa hipótese é pouco crível.

Até aqui não há maiores desafios em se concluir que o princípio constitucional da publicidade não pesa sobre o processo arbitral. A confidencialidade é o que prevalece, seja por vontade das partes, seja por previsão nos regulamentos de arbitragem das mais variadas instituições arbitrais do Brasil e do mundo afora.

¹³⁴ FICHTNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2013. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 173.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Fala-se nas *midnight clauses*, que seriam as cláusulas inseridas exatamente em contratos societários de última hora, na calada da noite, no momento de fechamento do negócio. A particularidade dessas cláusulas é que, por serem disposições referentes ao método de resolução de eventual disputa – geralmente não antevista na negociação da avença –, alguns advogados acabam negligenciando a respeito delas, como se fossem algo de menor importância, quando, na verdade, não o são. Daí a necessidade de se ter cuidado ao redigir a cláusula compromissória, sob pena de prejudicar a instituição futura da arbitragem.

¹³⁷ O Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (“CAM-CCBC”) dedica um tópico para isso. No art. 14, intitulado “Sigilo”, consta o item 14.1, que está assim escrito: “O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.” O Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (“CAMARB”) trata, nas disposições finais, no item 13.1, sobre o sigilo: “O procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado à CAMARB, aos árbitros, aos demais profissionais que atuarem no caso e às próprias partes, divulgar quaisquer informações a que tenham acesso em decorrência de seu ofício ou de sua participação no processo, sem o consentimento de todas as partes, ressalvados os casos em que haja obrigação legal de publicidade e o disposto no presente regulamento.”

O cenário se modifica na medida em que se passa a ter, com frequência progressiva, litígios arbitrais envolvendo não só entidades privadas, mas também órgãos públicos, estes atrelados ao governo brasileiro.

Após anos de insegurança jurídica quanto à questão, a Lei nº 13.129/2015, responsável por reformas pontuais na Lei de Arbitragem, inovou no ordenamento jurídico e em boa hora trouxe previsão expressa acerca da arbitragem com entes da Administração Pública direta e indireta, conforme o § 1º do art. 1º da lei regente: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Evidente que a possibilidade de órgãos do Poder Público participar de arbitragens não se sujeitaria à regulamentação idêntica das arbitragens entre particulares. Daí por que, atendendo ao princípio constitucional da publicidade e o regramento do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que alberga a publicidade no interior da Administração Pública, o legislador impôs duas condições principais para que a entes públicos passem a litigar no juízo arbitral, ambas encontradas no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996: (i) a arbitragem será sempre de direito, vedado o julgamento por equidade; e (ii) a arbitragem deverá respeitar o princípio da publicidade, exatamente em razão da previsão constitucional mencionada na epígrafe deste subtópico.

Sobre a publicidade do processo arbitral envolvendo a Administração Pública, Carmona indica preocupação com a ideia de que as câmaras arbitrais passem a ser vistas – e requisitadas – como cartórios do Poder Judiciário, que expedem certidões e fornecem cópias dos autos, por exemplo.¹³⁸ Tampouco é possível imaginar, conforme Carmona, que todos os atos da arbitragem sejam públicos, a exemplo das audiências arbitrais, pois, do contrário, ter-se-á por inviável e demasiadamente custosa a arbitragem com entes públicos.¹³⁹

Carmona então consigna não parecer “razoável entender a determinação legal, constante do § 3º do art. 2º da Lei de Arbitragem, como uma regra de publicidade total e absoluta para todos os atos da arbitragem”, pois seria “despropositado tornar públicas todas as informações relativas ao processo arbitral”.¹⁴⁰ De outra sorte, entende como adequado, e realmente é, “que sejam franqueados ao público os atos mais relevantes

¹³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano XIII, nº 51, jul./ago./set. 2016, p. 20.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem.

praticados pelas partes (apresentação de pleitos, documentos em que se baseiam os pedidos, sentença arbitral), o que não significa transformar os tribunais arbitrais em areópagos, abertos à curiosidade pública”.¹⁴¹

A sugestão final de Carmona, que prestigia a autonomia das partes também entre particular e ente público, é irreprochável:

“Seja como for, importa que na cláusula compromissória (ou no compromisso arbitral, se for o caso) as partes – entidade pública e entidade privada – deixem claro qual o grau de publicidade que pretendem estabelecer, atribuindo às partes o dever de tornar públicos os atos e os documentos determinados. Tal atribuição – limitada e delimitada – poderá ser carreada aos órgãos arbitrais institucionais (secretarias) que organizarão um *dossier* para informar o público, utilizando até mesmo meios eletrônicos para evitar o colapso de suas instalações”.¹⁴²

Caio Cesar Rocha faz uma observação pertinente quanto a outra feição da publicidade da arbitragem com o Poder Público, que decorre mais da previsão do art. 37 da Constituição Federal do que propriamente do art. 5º, LX. Trata-se da necessidade de se levar em conta o *dever de transparência*:

“O dever de transparência, que é complementar à publicidade dos atos administrativos, também deve ser recordado ao se tratar de arbitragens com o Poder Público. Para a adequação do processo arbitral aos elementos inerentes à Administração, faz-se necessário garantir responsividade (*accountability*), é dizer, qualquer atividade estatal deve estar submetida a controles públicos internos (*responsividade horizontal*) e externos (*responsividade vertical*) à Administração.”¹⁴³

Em resumo, tem-se que o princípio constitucional da publicidade não se encaixa no âmbito das arbitragens entre particulares; todavia, é elemento basilar da arbitragem com a Administração Pública, sendo necessária a sua observância.

17. Motivação

O princípio da motivação (ou fundamentação) está resguardado no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Indo direto ao ponto, o aludido princípio constitucional “expressa a *necessidade* de toda e qualquer decisão judicial ser explicada, fundamentada e justificada pelo

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem, pp. 20-21; itálico no original.

¹⁴³ ROCHA, Caio Cesar Vieira. Em torno da arbitragem público-privada: notas sobre aspectos do procedimento arbitral. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Arbitragem e administração pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, pp. 78-79.

magistrado que a proferiu, levando em conta o direito aplicável e as vicissitudes do caso concreto”, de modo a assegurar não só a transparência da atividade judiciária, mas também viabilizar o controle adequado dos pronunciamentos exarados pelo Poder Judiciário.¹⁴⁴

Pelo princípio da motivação, deve o magistrado, em apertada síntese, “prestar contas” pelo exercício de sua função julgadora. É fundamental que se tenham bem apresentadas as razões e a linha de raciocínio que levaram o juiz a decidir, num caso concreto, repleto de peculiaridades, de uma determinada forma ou de outra, “justamente porque o direito reclama, para sua aplicação, interpretação, e, considerando que a interpretação da regra jurídica reclama, para sua correção, a consideração (consciente) de valores”.¹⁴⁵

A Lei de Arbitragem brasileira, em atenção ao princípio constitucional da motivação, optou por adotar a tríplice estrutura da sentença judicial também para a sentença arbitral ao dispor, no art. 26, que são requisitos obrigatórios desta o relatório, a fundamentação e o dispositivo, além da data e do lugar da prolação da decisão.¹⁴⁶ Especificamente sobre a fundamentação, reza o inciso II do art. 26 que da sentença arbitral deverão constar “os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade”.

A evidenciar ainda mais a adoção do princípio constitucional da motivação na arbitragem, verifica-se que a sentença arbitral proferida sem a devida fundamentação poderá ter sua validade questionada perante o Poder Judiciário, já que é nula a sentença arbitral que não contiver os requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem, dentre os quais, como visto acima, se inclui o dever de fundamentação dos árbitros.

Inegável, portanto, a necessidade de os árbitros fundamentarem toda e qualquer decisão a ser proferida no curso do processo arbitral, em especial a decisão arbitral final, que resolverá, ao fim e ao cabo, o litígio submetido ao crivo do tribunal arbitral. E isso os árbitros fazem bem, tanto que é comum se deparar com sentenças arbitrais contendo inúmeras laudas, nas quais as alegações e os requerimentos das partes são apreciados e

¹⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., p. 48.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Manuel Pereira Barrocas, ao enfrentar a árdua questão da homologação de sentenças estrangeiras em casos de alegada afronta à ordem pública, registra o fato de “muitas serem as leis arbitrais (v.g. a alemã) que não exigem a fundamentação de uma sentença arbitral para que a sentença seja válida”. (BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 58, 2015, p. 58).

enfrentados às minúcias, com base nos dados do caso, nas provas produzidas e no direito aplicável à espécie – se não for o caso de julgamento por equidade.

A bem da verdade, não se vê na arbitragem os problemas relacionados à fundamentação verificados com as decisões judiciais. No Poder Judiciário, talvez em razão do assoberbamento de trabalho dos magistrados – pouco importa a instância –, tem-se com frequência decisões que não apresentam a mínima fundamentação, como aquelas famosas que se limitam a deferir um pleito ou rejeitar os embargos de declaração por ausência dos requisitos legais para a medida integrativa. Aqueles que lidam com o processo judicial sabem que é praxe, em situações específicas, a utilização das famigeradas “decisões-padrão”, uma espécie de modelo decisório para otimizar o escoamento de processos. Não por outro motivo que o legislador elencou, no atual Código de Processo Civil, uma série de deveres do juiz quanto à fundamentação (art. 489).

É claro que o princípio da motivação não obriga os árbitros a se pronunciarem específica e profundamente sobre todos, excepcionalmente todos os argumentos apresentados pelas partes. Não é disso que se trata o referido princípio. Para a satisfação da exigência da *inteireza da motivação*, afirma Dinamarco, é indispensável que o julgador, com enfoque aqui na figura dos árbitros, (i) “examine todos os pontos fundamentais da causa, desenvolvendo corretos raciocínios dedutivos a partir da *fattispecie legal* e conduzindo-os logicamente às conclusões” e (ii) “apoie suas decisões nos elementos instrutórios constantes dos autos e faça alusão a eles, em raciocínios críticos interligados logicamente e construídos sobre os elementos de convicção examinados e comentados”.¹⁴⁷

O dever constitucional de motivação imposto também aos árbitros foi atrelado pelo legislador arbitral ao princípio do livre convencimento motivado (§ 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem), que, a nosso ver, não tem natureza constitucional. O livre convencimento de que fala a Lei de Arbitragem nada mais é do que a possibilidade de os árbitros decidirem, sem nenhum tipo de amarras psicológicas, as questões postas no processo, sempre tendo em conta os elementos constantes dos autos, e não fatores extraprocessuais. Sob esse ângulo, não se pode confundir “livre convencimento” com arbítrio.

O princípio da motivação aplica-se, diante do exposto, perfeitamente no processo arbitral.

¹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. Op. cit., p. 166.

18. Vedação de prova ilícita

O direito à prova é corolário do processo democrático brasileiro, sendo extraível das normas constitucionais e amplamente regulamentado por leis infraconstitucionais, tais como os Códigos de Processo Civil e Penal. Michele Taruffo assinala que, no contexto da admissão das provas, “ter o direito de provar um fato significa estar a parte autorizada a apresentar todos os meios de prova relevantes e admissíveis para apoiar a sua versão dos fatos em litígio”.¹⁴⁸

A Constituição Federal estabelece uma importante limitação ao direito à prova no processo: trata-se do princípio da vedação à prova ilícita, que reside no inciso LVI do art. 5º, vazado nos seguintes termos: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

As provas obtidas por meios ilícitos, que são vedadas pela ordem constitucional brasileira, afrontam acintosamente direitos fundamentais, cujos exemplos mais corriqueiros são os direitos à inviolabilidade da intimidade e da imagem.

Marinoni e Arenhart lecionam que a “prova que resulta da violação do direito material não pode ser sanada e produzir qualquer efeito no processo”, sendo inaproveitável por inteiro a prova, já que ilícita a sua causa.¹⁴⁹ A prova será ilícita, portanto, “quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando tiver sido obtida ilicitamente”.¹⁵⁰ Ilegal é a prova que ofende o ordenamento jurídico como um todo, independentemente de a ofensa ser material ou processual.¹⁵¹

Diferente disso, se o meio de se obter a prova foi ilícito, a exemplo da violação da comunicação telefônica, “nada impede que uma *nova prova* venha a recair sobre o fato que a prova ilícita tentou esclarecer, desde que essa *nova prova* receba a devida autorização judicial (art. 5.º, XII, CF)”.¹⁵²

A prova obtida por meio ilícito é inadmissível tanto no processo judicial quanto no processo arbitral. Não se pode imaginar que no império da arbitragem, por preponderar a autonomia da vontade, possam as partes convencionar a obtenção e, por decorrência, a

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 267.

¹⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 246.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, pp. 267-268.

admissibilidade de provas ilícitas. Isso é ir além da finalidade da autonomia da vontade, transpassando para a ofensa à ordem pública, que é repudiada severamente na arbitragem.

Os meios de prova devem ser trazidos ao conhecimento dos árbitros por caminhos lícitos, feitos dentro da legalidade e observados os comandos constitucionais. Os poderes instrutórios dos árbitros¹⁵³ não podem servir de argumento para que provas ilícitas sejam apresentadas e, quem sabe, examinadas pelo tribunal arbitral. Nem se diga, ainda, que o chamado “livre convencimento motivado” dos árbitros dê margem para que o tribunal arbitral valora livremente qualquer prova, pouco importando o seu conteúdo e como foi ele alcançado. Se a prova é ilícita, não há convencimento que justifique, na via arbitral, a sua admissibilidade, sendo o caso de desentranhamento dos autos do processo se a prova ilícita houver sido juntada na arbitragem – embora isso possa parecer demasiado heterodoxo para alguns.

O processo arbitral, assim como o judicial, deve seguir regras – no caso, de alçada constitucional –, de modo que não se tem por aceitável a prova que vai de encontro aos direitos fundamentais do cidadão. Interessante notar que, nessa toada, as *Rules on the Taking of Evidence* da *International Bar Association*, conhecidas por serem uma relevante *soft law* sobre regras de instrução probatória em arbitragens internacionais, mas também com incidência nas arbitragens nacionais, no art. 9º, incumbido de tratar de admissibilidade e do acesso à prova (*Admissibility and Assesment of Evidence*), prevê que o tribunal arbitral poderá, por provocação ou de ofício, excluir as provas ou a produção de provas que, dentre outras, afrontem a “justiça” (*fairnes*) das partes. Parece ser justamente esse o caso da obtenção de prova ilícita.

Não se pode perder de vista a doutrina da *prova ilícita por derivação*, na qual uma prova lícita é contaminada pela ilicitude de outra prova. Em razão dessa construção doutrinária, de berço norte-americano, surgiu a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*), que preconiza ser inadmissível a prova lícita derivada de anterior prova obtida por meio ilícito; em tal hipótese, considera-se que a prova lícita teria sido contaminada pela prova ilícita e, portanto, perderia a sua licitude.¹⁵⁴ A contaminação de que ora se fala deve ter, por óbvio, relação de causalidade entre as provas. O Supremo

¹⁵³ Veja-se que o art. 22, *caput*, da Lei de Arbitragem prevê, a nosso ver, expressamente os poderes instrutórios do árbitro, ao dispor: “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou *de ofício*”; itálico nosso.

¹⁵⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 211.

Tribunal Federal tem aplicado a referida doutrina de maneira temperada, à luz de outra teoria também nascida no direito estadunidense: a *teoria da descoberta inevitável*.¹⁵⁵ Em sinopse, o que essa teoria propaga é que, se a prova lícita dita contaminada por uma prova ilícita pudesse ser descoberta por outros meios, então não haveria que se falar em ilicitude.

Como se vê, o princípio constitucional da vedação de prova ilícita é elementar também para a arbitragem. Até como forma de agregar ainda mais credibilidade ao instituto arbitral, que não pode ser transformada num palco de brigas sem limites, como mero instrumento para obtenção de todo e qualquer fim, por mais ilegítimo que seja.

19. Assistência jurídica integral e gratuita

Reza o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

O princípio encampado por esse dispositivo constitucional, que é o princípio da assistência jurídica integral e gratuita, tem relação inegável com o princípio do acesso à justiça, na medida em que o constituinte erigiu como dever estatal a prestação de assistência jurídica não só *gratuita*, como também *integral* aos jurisdicionados que demonstrarem, mediante prova, que não possuem condições de litigar em juízo sem comprometer os recursos financeiros da família e de seu convívio individual.

Esse princípio também não tem utilidade prática na arbitragem.

A arbitragem é, como dito, uma justiça privada, da qual participam aqueles que expressamente optam. O mínimo que se espera é que as partes que escolhem a arbitragem tenham ciência dos gastos que poderão ter na hipótese de surgir a necessidade de levar a solução de um imbróglio para a arbitragem. E a arbitragem, ao menos no curto prazo, é custosa. Em português claro: gasta-se um bom dinheiro para litigar na via arbitral.

Não é qualquer um que tem poderio econômico-financeiro para suportar as despesas procedimentais, os honorários dos árbitros e eventual condenação do processo arbitral. Inclusive, são raras as situações em que há conflitos arbitrais envolvendo pessoas físicas em algum dos polos do processo; a regra, até por decorrência dos assuntos que são usualmente levados para arbitragem, é que haja empresas e/ou entes públicos litigando entre si. Participar de arbitragens não é, na prática, apenas uma questão de querer, mas também de poder (leia-se: poder pagar).

¹⁵⁵ Embora no âmbito do direito penal, cite-se, por todos: HC nº 91.867-PA, rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 24/4/2012.

Sendo uma justiça privada, cabe a cada uma das partes arcar com os custos que lhe cabem, nos termos do regulamento de arbitragem da instituição responsável pela administração do procedimento arbitral. Situações de dificuldade financeira podem ensejar de suspensão até extinção do processo arbitral por falta de pagamento.¹⁵⁶ Alguns regulamentos permitem que a parte adversa pague eventuais custos inadimplidos pela contraparte, para que o processo arbitral possa seguir seu curso natural, sem necessidade de suspensão ou extinção. Outra coisa que se pode fazer para a parte em dificuldade é solicitar o parcelamento do pagamento dos honorários dos árbitros, por exemplo, que constituem a parcela mais expressiva dos gastos com a arbitragem.

Impalpável sustentar que, também na arbitragem, eventual dificuldade financeira de uma das partes litigantes possa ser custeada pelo Estado. A justiça arbitral é privada e cada parte deve se responsabilizar por seus problemas. A propósito, tem crescido no Brasil, mais recentemente, a figura do *third-party funder* em arbitragens.¹⁵⁷ A figura do terceiro financiador, dizendo de maneira resumida, tem relevo na medida em que o *funder* poderá optar, mediante uma análise prévia e criteriosa de uma arbitragem, por cobrir os custos e despesas do processo arbitral de uma determinada parte, a fim de tirar algum proveito econômico sobre, por exemplo, o resultado final da disputa. E, para isso, o financiador deve ter confiança no desfecho da arbitragem, sob pena de se aventurar numa causa perdida.

A assistência integral e gratuita do Estado cinge-se à esfera do processo judicial, não surtindo efeito na esfera arbitral.

20. Duração razoável do processo

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam

¹⁵⁶ O que não assusta, já que os árbitros, diferentemente dos magistrados, não recebem um salário fixo por mês para julgar. A investidura do árbitro como julgador encerra-se com a prolação da sentença arbitral. Os honorários arbitrais são devidos pelo trabalho dos árbitros, que não devem ser compelidos a trabalhar de graça, sobretudo em casos deveras complexos, que envolvem valores de causas expressivos.

¹⁵⁷ Em linhas gerais: “The classic third-party funding mechanism works as a non-recourse financing with repayment contingent on success. It resembles contingency financing by a law firm, except that funders are outside entities disinterested in the dispute. As an outside entity, the institution is not constrained by the same professional and ethical rules as attorneys, which is why it may have more freedom to decide its financial commitment and, in some jurisdictions, even to have a day-to-day involvement in the management of the case. However, it is undeniable that third-party funders retain far less control than a typical insurance company that effectively takes over the control of the entire dispute”. (ANDRADE, Luis Tomás Alves de. Third-party funding in international arbitration and the allocation of costs. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 47, 2015, p. 218).

a celeridade de sua tramitação”. Esse dispositivo consagra expressamente o princípio da razoável duração do processo e garante os meios para que seja atingida a celeridade da tramitação processual.

A relação entre tempo e processo é uma das únicas questões que parece haver consenso na sociedade hodiernamente: há excessiva demora na prestação jurisdicional; os processos demoram muito tempo para serem resolvidos pelo Poder Judiciário.¹⁵⁸ De fato, a busca pela celeridade da tramitação do processo e a duração razoável deste parece ser infundável, sobretudo porque são aspectos que variam de acordo com as peculiaridades do caso concreto e porque o “processo que dura e perdura no tempo, irracional e desnecessariamente, impõe ao cidadão um indevido processo legal”.¹⁵⁹

A duração razoável do processo implica a eficiência da atividade jurisdicional, no sentido de que “a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados*, tornados mais *eficientes*”, sem prejuízo do atingimento de seus objetivos mais amplos.¹⁶⁰

Já a celeridade está atrelada à noção de velocidade na tramitação do processo. Embora seja desejável e, mais do que isso, necessário que a prestação jurisdicional seja célere, mediante a agilidade na atuação processual, é certo que a busca pela celeridade não pode ser feita a qualquer custo, de maneira cega, sob pena de se comprometer outros princípios constitucionais do processo (*v.g.* contraditório). A celeridade não se traduz em precipitação, muito menos é a finalidade primordial do direito processual, nada obstante tenha função de relevo no direito. Afinal, processo justo e efetivo não implica processo rápido, o que mitiga, de certo modo, a famosa expressão italiana *giustizia ritardata*, *giustizia denegata*.

Em comparação ao processo judicial, o tempo de tramitação do processo arbitral é um benefício da solução de litígios pela arbitragem. Isso decorre, em grande medida, da impossibilidade, como regra, de se apresentar recursos contra a sentença arbitral, o que certamente contribui para a celeridade da arbitragem – não duração razoável, frise-se.

¹⁵⁸ Como bem observa José Rogério Cruz e Tucci em obra de fôlego sobre o tema, é “no plano do direito material que o tempo, interagindo com valores ideológicos e combinado com premissas de política legislativa, constitui um importantíssimo vetor”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual* (civil e penal). São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 20).

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O direito à razoável duração do processo após a emenda constitucional n. 45/2004. In: _____ (coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

¹⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., p. 50.

No que diz respeito à celeridade, o art. 23, *caput*, da Lei de Arbitragem prevê que a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes; porém, não tendo sido tal prazo convencionado, “o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”. Tal prazo, embora prorrogável por convenção das partes, é exíguo e tem finalidade declarada: incentivar a resolução rápida das controvérsias arbitrais.

O prazo semestral para o fim de arbitragem, a despeito de prorrogável, é difícil de ser alcançado. Basta pensar numa disputa de infraestrutura deveras complexa, com necessidade de realização de perícias de engenharia civil e mecânica. Em tal caso, é improvável que a arbitragem seja resolvida em prazo exíguo e esteja de acordo com todas as exigências constitucionais do processo arbitral.

Nada obstante, é necessário que as partes sempre indiquem um prazo para prolação da sentença arbitral¹⁶¹, até mesmo porque a prolação de sentença arbitral fora do prazo é outra causa de anulação do laudo, consoante o inciso VII do art. 32 da Lei de Arbitragem.

Vale mencionar uma curiosidade sobre o tempo e o processo arbitral: estimativas do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (“CAM-CCBC”) indicam que, quanto aos processos arbitrais administrados por tal instituição, a medida de tempo para definição das arbitragens é de 16,6 meses, para procedimentos iniciados e encerrados entre os anos 2013 e 2017.¹⁶² Decidir uma arbitragem em aproximadamente um ano e meio é um feito notável.

Na arbitragem, assim como no Poder Judiciário, a resolução de conflitos deve respeitar a razoável duração do processo, com as suas garantias intrínsecas, otimizando-se e racionalizando-se o tempo para tornar o processo arbitral eficiente. Nesse sentido, caberá ao árbitro, no campo probatório, evitar que sejam produzidas provas impertinentes e indevidas, que em nada contribuirão para a elucidação do contexto fático do caso. Dilações indevidas, a exemplo de requerimentos sem nexo e com intento protelatório, devem igualmente ser combatidas, com o fito de assegurar a razoável duração do processo e não deixar que uma parte, antevendo a derrota, passe a enrolar o desfecho da arbitragem.

¹⁶¹ CAHALI, José Francisco. *Curso de arbitragem*. Op. cit., p. 116.

¹⁶² Fonte: <http://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>. Acesso em 18/9/2018.

Os árbitros devem, no entanto, sempre levar em conta os princípios constitucionais do processo para não transgredir a ordem constitucional no momento de labutar em prol da duração razoável e da celeridade.

§ 6º - À GUISA DE CONCLUSÃO

21. Considerações conclusivas

1. A Constituição Federal é a norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro e, como tal, serve de baliza para todos os ramos do direito, dentre eles o direito processual civil.

2. Em virtude da constitucionalização do processo civil, alguns princípios de conteúdo processual foram previstos pela Constituição Federal de 1988. Os diversos princípios constitucionais do processo dispostos na Constituição informam o sistema processual civil, servindo de diretriz para o estudo, a interpretação, a aplicação e a compreensão do processo civil. Tem-se, nesse sentido, um modelo constitucional do processo civil no direito brasileiro.

3. O art. 1º do Código de Processo Civil de 2015 deixa clara a adoção, pelo Brasil, do modelo constitucional de processo ao reza que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Mas o modelo constitucional de processo não é uma novidade; não é de agora. Pelo contrário, há décadas a doutrina especializada vem estudando esse modelo processual (v.g. Grinover, Dinamarco, Calamandrei, Coutore, dentre outros).

4. Na medida em que o processo deve sempre seguir as linhas mestras da Constituição Federal, pode-se concluir que todo processo é constitucional. A distinção entre direito processual constitucional e direito constitucional processual presta-se para satisfazer interesses didáticos. Este trabalho adotou a linha de estudos propagada pelo direito constitucional processual, que se volta ao estudo dos princípios constitucionais do processo.

5. O conceito de jurisdição, quase sempre atrelado ao poder, à função e à atividade do Estado-juiz, vem passando por significativa reformulação. A arbitragem rompeu o paradigma jurisdicional, trazendo uma nova roupagem à jurisdição. Respeitadas as opiniões contrárias, a arbitragem é dotada de jurisdicionalidade, já que o árbitro é juiz de fato e de direito; a sentença arbitral é equiparável à sentença do juiz togado, inclusive constituindo título executivo judicial; a sentença arbitral faz coisa julgada; a sentença arbitral não mais carece de homologação pela Suprema Corte para que produza efeitos em território brasileiro, como sucedia antes do advento da Lei de Arbitragem. E certamente há outros fatores a corroborarem essa posição. A defesa do caráter jurisdicional da arbitragem não exclui, entretanto, a sua natureza contratual, que se reflete

no momento em que as partes contratantes pactuam uma cláusula compromissória. A arbitragem nasce contratual, mas depende inegavelmente da jurisdição para que o árbitro possa decidir o caso concreto mediante a aplicação das leis à espécie, pacificando o conflito.

6. Se a jurisdição é exercida mediante o processo e se o árbitro tem poder jurisdicional, é evidente que se pode falar em processo arbitral. Aliás, não é só evidente, como necessário. Vislumbra-se, de fato, um processo arbitral, que se desenvolve mediante uma série de atos concatenados na arbitragem – muitas vezes acordados entre as partes e os árbitros –, respeitado, a toda ordem, o contraditório. A pilastra edificante do processo arbitral é a autonomia da vontade, que permite ao juízo arbitral uma maior flexibilidade se comparado ao processo judicial.

7. Sem ignorar o papel fundamental da autonomia da vontade, é preciso passar a ver a arbitragem também sob a ótica da Constituição Federal. Não quer se dizer, aqui, que a arbitragem assim não é vista. O que se busca é enfatizar que, enquanto processo, a arbitragem submete-se aos princípios constitucionais processuais insculpidos na Lei Maior. Fala-se até mesmo em um direito processual arbitral como ramo autônomo do processo, que se enquadra no direito público. Portanto, o processo arbitral também deve se pautar pelos princípios constitucionais do direito processual dispostos na Constituição. Daí por que se pode falar, com certa tranquilidade, em modelo constitucional do processo arbitral que, é claro, possui diferenças substanciais no que toca o modelo constitucional do direito processual desenvolvido na esfera estatal. Essas diferenças não podem ser ignoradas, sob pena de se enfraquecer a arbitragem como meio célere e adequado para a resolução de disputas, principalmente disputas empresariais.

8. Lidar com princípios requer atenção redobrada, dada a sensibilidade e a complexidade do tema. Por isso, é importante separar o texto da norma. O texto é o enunciado posto por escrito; é aquilo que está expresso num artigo de lei. A norma é justamente o resultado obtido mediante a interpretação do texto legal; a norma é, assim, o que se extrai do texto. Relevante pontuar, neste trabalho, que a norma jurídica é vista como gênero das espécies regra e princípio, nada obstante se reconheça a existência de teorias diversas. As diversas definições das espécies normativas demonstram o difícil caminho a se percorrer para adentrar esse quesito. A fim de evitar maiores digressões teóricas e levando-se em conta o objeto específico de estudo, optou-se por definir os princípios constitucionais a partir dos ensinamentos de José Afonso da Silva, que se espelhou em Canotilho, conforme expressamente admite (princípios jurídico-constitucionais). De todo modo,

independentemente de rótulos doutrinários de autoridade, apresentamos alhures este conceito objetivo: “princípios constitucionais são normas extraíveis da Constituição, explícita ou implicitamente, que servem de guia, que norteiam toda a aplicação e a interpretação do direito brasileiro, não escapando de sua mandatória observância o direito processual, inclusive o processo arbitral”.

9. O art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem reputa como necessária a observância, no processo arbitral, dos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro. Desses, os três primeiros podem ser classificados como princípios constitucionais do processo arbitral. O livre convencimento não configura princípio dessa estirpe, eis que, em poucas palavras, não consta da Constituição Federal. O livre convencimento motivado decorre, entretanto, de um efetivo princípio constitucional: o princípio da motivação.

10. Além dos princípios constitucionais inseridos no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, devem ser levados em consideração pelos árbitros os princípios constitucionais do acesso à justiça, da motivação, da vedação da prova ilícita e da duração razoável do processo, a fim de se colocar em prática o modelo constitucional do processo arbitral. Também deve ser considerado o princípio constitucional da publicidade, de acordo com as peculiaridades dos partícipes da arbitragem. Nada obstante, a Lei de Arbitragem brasileira dá conta de prever a publicidade como regra das arbitragens público-privadas. Ressalte-se que o princípio da imparcialidade, mencionado no item 9, acima, é expressão da segunda faceta do princípio constitucional do juiz natural, que, portanto, também tem relação com a arbitragem.

11. Fixadas essas premissas, sugere-se que o art. 32, VII, da Lei de Arbitragem seja interpretado ampliativamente, com o fito de englobar também os outros princípios constitucionais do processo arbitral aqui mencionados. Embora a arbitragem deva ser sempre respeitada, por questões de ordem constitucional é que se sustenta neste trabalho que o rol de hipóteses de anulação de sentença arbitral possa ser interpretado de maneira ampliativa quando se trata de afronta aos princípios constitucionais do processo arbitral. Não se pode cogitar, por exemplo, que uma sentença arbitral proferida com fundamento em prova ilícita seja hígida e passível de execução no Poder Judiciário. É claro que a análise de eventuais alegações de afronta aos princípios constitucionais da arbitragem deve ser feita de maneira casuística, à luz das especificidades de cada caso concreto. Se, de um lado, por uma lógica sistêmica não pode o processo arbitral ignorar outros princípios constitucionais não presentes no art. 21, § 2º, de outro lado não é crível que o

Poder Judiciário passe a anular sentenças arbitrais com supedâneo em alegações superficiais, na maioria dos casos baseada em argumento *ad terrorem*. A violação de algum dos princípios constitucionais do processo arbitral deve ser concreta, grave e danosa a quem se intitula prejudicado pela agressão; do contrário, não se sustenta um pedido de anulação de sentença por ofensa a princípios constitucionais do processo arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

_____; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2015.

ACHOCHE, Munif Saliba. O devido processo constitucional e a súmula vinculante n. 5 do STF. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (coords.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

ANDRADE, Luis Tomás Alves de. Third-party funding in international arbitration and the allocation of costs. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 47, 2015.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do Direito Constitucional Processual. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 3, 2014.

_____; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro – parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. I. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 58, 2015.

_____. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

BASILIO, Ana Tereza. A arbitragem e a sua controversa vinculação aos precedentes do novo Código de Processo Civil. *Revista Justiça & Cidadania*, nº 217, set./2018.

BERALDO, Leonardo Faria de. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória – auto-suficiência da cláusula cheia. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 2, 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, v. 161, 2008.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. O processo arbitral. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 3, 2014.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. [coment. ao art. 1º]. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2015.

CATTONI, Marcelo. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COUTORE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª ed. Montevideo: Editorial B de F., 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. [coment. ao art. 1º] In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; ____ (Orgs.). FREIRE, Alexandre (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER JR., Fredie. [coment. ao art. 1º]. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. 1. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRO, Marcelo Roberto. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

FICHTNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2013. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de Direito Privado*, v. 49, 2012.

FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, nº 1, 1979.

FRANZONI, Diego. *Arbitragem societária*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. v. 3. 9ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora RT, 1973.

_____. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000.

HENRECHSON, Francisco Hoyos. *Temas fundamentales de derecho procesal*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1987.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 1, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo: uma “antiga novidade”. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – Ceapro*. São Paulo: Verbatim, 2018.

MAGALHÃES, José Carlos de. Os deveres do árbitro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017

MAIA NETO, Francisco. *Arbitragem: a justiça alternativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1ª ed. atual. Campinas: Millennium, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MIRANDA, Jorge. Constituição e processo. *Revista de Processo*, v. 98, 2000.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Editora RT, 2016.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª tir. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____; ABBOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: Editora RT, 2017.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Recursos no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NUNES PINTO, José Emílio. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, 2005.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O direito à razoável duração do processo após a emenda constitucional n. 45/2004. In: _____ (coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *O processo arbitral como sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editor, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POSADA, Giovanni F. Priori. La constitucionalización del derecho procesal. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). DOTTI, Rogéria (Org.). *O processo civil - entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora RT, 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Em torno da arbitragem público-privada: notas sobre aspectos do procedimento arbitral. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Arbitragem e administração pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TREVISAN, Leonardo Simchen. *Ponderação, argumentação, racionalidade: Robert Alexy e seus críticos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Problemas da arbitragem por equidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. III, nº 9, 2006.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.