

O PROCEDIMENTO ARBITRAL E OS DIREITOS DAS PARTES A PARTIR DA EQÜIDADE. A CRIAÇÃO DE PRECEDENTES PROCEDIMENTAIS.

Luiz Fabião Guasque

1. Introdução; 2. Os standarts do juízo arbitral; 3. As fontes do Direito e o procedimento arbitral; 3.a. Costume; 3.b. A cláusula compromissória ou convenção arbitral; 4. A integração da lei no procedimento arbitral; 5. Os efeitos dos atos das partes no juízo arbitral; 6. O valor dos precedentes.

1. Introdução.

Antes que o Estado avocasse a missão de fazer justiça, outras foram as maneiras de solucionar os litígios.

Se duas pessoas pretendiam o mesmo bem (material ou imaterial) , surgia entre elas um conflito de interesses. O modo primitivo de resolver os contrastes deve ter sido o emprego da força, solução puramente física que não enseja a paz e que , portanto, torna impossível a coexistência harmônica, a vida em consonância, a segurança, a tranqüilidade e a ordem. Por isso, o homem , muito cedo, recorreu a uma forma de solução transacional, econômica, utilitária, pelo menos para aqueles casos em que a generosidade superlativa de qualquer das partes em conflito não levasse a uma solução caritativa, consistente na renúncia, na disposição do próprio interesse. Qualquer desses três tipos de desenlace, físico, econômico ou moral, nem sempre assegura a justiça. Daí a necessidade de confiar a um terceiro, alguém de fora do conflito, a tarefa de dirimi-lo. Surgiu assim o arbitramento, e com ele a figura do árbitro (arbiter).

Por vezes, ao se formar a relação jurídica, antes, pois , de qualquer litígio , as partes incumbiam , também , a outrem , da função de completá-lo, como por exemplo, no contrato de compra e venda em que a fixação do preço era deixada ao arbítrio alheio. A figura que então aparecia era a do arbitrador (arbitrator).

O arbitramento, que já figurava nas Ordenações Filipinas, no Livro III, títi. XVI (Dos Juízes e árbitros) e Tít. XVII (Dos arbitradores), aparecia, também no Código Civil de 1916, art. 1.037 e segs. e no Código de Processo Civil, arts. 1.072 e segs. (arbiter) e no mesmo Código Civil, art. 1.123 e ainda no Código de Processo Civil, em matéria de liquidação de sentença (art. 606) (arbitrador).

A lei 9.307 de 23 de dezembro de 1996, trouxe nova regulação para a atividade arbitral, estabelecendo normas gerais a serem seguidas nesta espécie de composição de conflitos, mas deixando ao prudente arbítrio dos árbitros, todas as questões procedimentais da relação jurídica arbitral, decorrentes de atos, fatos e negócios jurídicos, que venham a ocorrer no seu curso.

Os tribunais arbitrais, nas hipóteses específicas dos interesses conflituosos das partes no procedimento, não julgam *secundum legem*, mas *secundum aequitatem*, posto que, no caso, a lei não existe, e também, não se pode recorrer aos preceitos do Código de Processo Civil, para integrar por analogia seus comandos, pois as relações têm natureza diversa, sendo a primeira de direito privado (coordenação) e a segunda de direito público (subordinação), o que inviabiliza a aplicabilidade do princípio: *ubi eadem ratio ibi eadem ius* (onde há a mesma razão de decidir, deve ser aplicado o mesmo preceito).

O árbitro tem que decidir, não de acordo com a lei, mas em consonância com as aspirações e ideais jurídicos, em outras palavras: *secundum ius fieri*, devendo haurir o direito nas mesmas fontes materiais em que o encontra o legislador.

Desta forma, tem o árbitro, freqüentemente, na relação jurídica estabelecida pelas partes, concessão de poder discricionário, o que lhe aproxima da função administrativa.

2.Os standarts do juízo arbitral.

Afora isso, o árbitro leva em conta certos padrões flexíveis, baseados mais propriamente no razoável do que no estritamente justo. Em lugar de tipos definidos, de fórmulas rígidas, como os contidos na lei, os standarts apresentam moldes elásticos, dentro dos quais os fatos podem caber sem se deformar e sem mutilações. Assim, o árbitro

avalia os comportamentos tendo em consideração os padrões de lealdade, consciência ética, prudência, zelo e assim por diante.

Há mais de um século, iniciou-se na Alemanha, um “movimento” (Bewegung) em favor da maior liberdade do juiz na aplicação do Direito e na criação dele¹. Em maior ou menor escala essa atividade criativa dos juízes, essa jurisprudência construtiva sempre existiu. Com o Pretor, ela ajudou a erguer o monumento do Direito Romano. O Lord Chancellor, na Inglaterra, com ela completou o Common Law. E até nos países em que o juiz está mais agrilhado à lei, ela consegue impor-se, travestida de interpretação do texto legal.

Ainda aqui, o drama da conciliação entre a segurança e a justiça: a primeira coloca o juiz na camisa de força das normas legais; a outra exige que se lhe afrouxem os laços para que ele possa fazer obra mais perfeita, como de regra, ocorre no procedimento arbitral.

3.As fontes do Direito e o procedimento arbitral.

A primeira tarefa de quem fala em fonte do Direito é a de assentar bem em que sentido essa expressão deve ser usada. Com razão afirma Legaz y Lacambra², que o problema das fontes do Direito é complexo exatamente porque essa expressão equívoca compreende sentidos diversos, cada um dos quais suscita uma questão diferente. Em seguida mostra nada menos de sete significados respectivamente correspondentes a outros tantos distintos problemas.

Convém no entanto, advertir, que vários deles não são jurídicos. Assim, não é jurídico, mas histórico, o problema do conhecimento das fontes históricas do Direito, v.g., documentos, testemunhos de contemporâneos, monumentos, inscrições etc. Não é jurídico, mas sociológico, o problema dos fatores sociais geradores ou inspiradores das normas jurídicas. Não é jurídico, mas filosófico, o problema do fundamento ético, psicológico, econômico, etc, das normas de Direito.

¹ Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 1º, nota 98, págs. 388 e segs. “Movimento do Direito Livre” (Freirechts Bewegung).

² Introducción a la Ciencia del Derecho, pag. 344.

São, ao contrário, jurídicos os problemas relativos ao órgão criador do Direito (fonte de produção) e ao processo de manifestação do Direito (fonte de cognição): legislação, costume, etc. Para o árbitro, o problema das fontes pode ser colocado nos seguintes termos: onde encontrar a solução de um caso proposto em relação ao procedimento e seus efeitos para às partes, que o desafia na relação jurídica arbitral? No Código Civil? Na Lei de Falências? No Código Comercial, etc? Então são estas as fontes em que ele deve se abeberar para sorver o Direito e resolver os conflitos e os efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos na relação arbitral?

Tomada a palavra fonte em sentido corrente, a do Direito, em que se vai socorrer o árbitro, não seria propriamente a lei, esta seria a que emana da fonte³. Mas não há erro, senão apenas verdadeira metonímia, no uso da palavra lei como fonte do Direito⁴.

3 a. Costume.

Por ordem de aparição histórica, a primeira fonte do Direito é o costume, que consiste no conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira constante e uniforme pela convicção de sua obrigatoriedade e utilidade.

O costume compõe-se de um elemento objetivo: a reiteração, a constância, a uniformidade, a generalidade da prática de determinados atos, e de um elemento subjetivo: a opinio iuris, o convencimento geral da necessidade jurídica, da obrigatoriedade de observância daquela prática.

Daí que nem todo uso, mesmo constante, uniforme e reiterado é costume, não se podendo afirmar que uma prática se torna obrigatória só pela repetição. Os fatos, por si mesmos, são fatos, e ainda quando acumulados exprimem o que é e não o que deve ser. Não tem força normativa, porque a norma pressupõe uma valoração, isto é, uma operação da inteligência que julga os fatos e uma adesão da vontade aos que são reputados bons para a convivência social, e no caso da arbitragem, os que permitem a valoração do que é necessário para alcançar uma solução justa para os interesses econômicos e sociais pretendidos pelas partes em conflito.

³ Goldschmidt, Problemas Generales de Derecho, págs. 66 e segs; Legaz, Introducción, pág. 346.

⁴ A afirmação é de Tornaghi, Instituições de Processo Penal, Vol, 1º, pag. 101.

No direito interno, o valor do costume é secundário, embora no Brasil, a partir da introdução na Constituição da República de 1988 do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), autêntico remédio das jurisdições de equidade, seu valor entre nós foi redimensionado, o que nos permite afirmar a existência de um sistema misto de jurisdição, o que é confirmado pelo advento da súmula vinculante, atividade criadora do Direito pelo Supremo Tribunal Federal.

No direito internacional, entretanto, continua a ser fonte importantíssima como o grande manancial de regras jurídicas, ainda mais poderosa que os tratados, porque onde há costume, há persuasão de que convém respeitar.

No juízo arbitral, o árbitro, ao dar forma explícita à norma costumeira flutuante na consciência de todos, a enriquece e adorna, com elementos que estão na sua mente, e são aferidos dentro da realidade dos interesses das partes. Com isso, ele também cria o Direito positivo, e com esta obra pretoriana, ele contribui para opulentar e perfazer o Direito, para lhe dar organicidade e vida, e, principalmente, alcançar a solução justa.

A jurisprudência, e no nosso caso específico, as decisões dos árbitros, em princípio não são fontes do Direito, mas como a arbitragem se estabelece pela existência de um negócio jurídico de direito privado, através da denominada “cláusula compromissória”, onde a lei de regência não estabelece os efeitos para os atos (lato sensu) no procedimento arbitral dos contraentes, o preenchimento das suas lacunas sem dúvida é atividade criadora da norma jurídica.

3.b . A Cláusula compromissória ou convenção arbitral.

A cláusula compromissória ou convenção arbitral, tem conteúdo civil ou comercial, e exprime o concerto pelo qual duas ou mais partes, criam vínculos jurídicos entre si e estabelecem normas sobre como se resolverão os conflitos decorrentes de relação jurídica anterior. Funciona como fato constitutivo de obrigação ou fonte de normas gerais e abstratas; ora são contratos, ora atuam como leis entre as partes.

Como negócio privado, exige: capacidade dos contraentes, consenso, causa verdadeira e lícita, objeto possível e também lícito.

Quanto a forma, deve se dizer , que são escritos e solenes, nada impedindo , entretanto, que quando escritos, resultem de correspondência ou troca de notas por quaisquer meios eletrônicos, como por exemplo: e-mail.

4. A integração da lei no procedimento arbitral.

O procedimento arbitral é uma imensa lacuna, no que concerne aos efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos que ocorrem no seu curso, pois a lei de regência lhe dedica apenas quinze artigos (art. 19 a 33) , o que nos leva afirmar, que tais lacunas foram desejadas pelo legislador, que deixa seu preenchimento ao consenso das partes ou ao prudente arbítrio do árbitro.

Em sentido histórico, o problema das lacunas da lei não é novo. Já Aristóteles dele tratou de passagem na *Ética a Nicômaco* (V,13, II, 38 a I) e, mais cumpridamente, na *Arte Retórica* (I, 13, I, 374 a 28 – I 374b22). Distinguiu as lacunas desejadas pelo legislador das involuntárias.

As primeiras, isto é, as voluntárias, têm lugar quando “não podendo tratar precisamente de todas as coisas, o legislador se vê forçado a estabelecer regras gerais , aplicáveis à maioria dos casos, mas não a todos”. As outras, as involuntárias, “quando o legislador deixa de prever um fato”. Como instrumento para preencher as lacunas da lei, Aristóteles sugere a equidade, a respeito da qual discorre com grande beleza na *Ética a Nicômaco*, em páginas nas quais atinge o sublime.

Entre os romanos tornou-se famoso o ensino de Juliano (10 D.1,3): “Nem as leis nem as Constituições do Senado podem ser escritas por forma compreensiva de todos os casos que, eventualmente , possam ocorrer...”Fadda e Bensa, em nota (t) ao § 23 do Tratado de Windscheid, lembram ainda outras passagens desse título (*De legibus, Senatusque Consultis, et longa consuetudine*) que traduzem o mesmo pensamento⁵. A solução apontada por Juliano era a do recurso à analogia: *ad similia procedere atque ita jus dicere debet*. Mas como assinalam os dois notáveis anotadores das *pandectas windscheidianas*, o jurista romano “facilmente encontrava, na mina inesgotável do *jus gentium* e do *aequum et bonum*, os materiais com que preenchia as freqüentes lacunas da

⁵ Tornaghi, *Instituições*, Vol.1º ,pag. 142.

lei escrita”. E, às observações de Fadda e Bensa, pode acrescentar-se que o magistrado romano era dado também recorrer à *naturalis ratio* e que ele tinha o poder de dizer qual a norma aplicável ao caso concreto, até quando a lei não fosse lacunosa, quando mais quando o fosse. As Institutas de Justiniano mandam preencher as lacunas com o recurso ao *bonnum et aequum* (25 I.3,24).

Na Idade Média usou-se largamente do recurso ao Direito natural, e o Direito comum retomou o caminho apontado por Aristóteles, recorrendo à equidade como fonte supletiva: *ubi jus déficit, aequitas supplet*. Na Alemanha medieval os escabinos de um lugar consultavam os de outro. Na Espanha, o Preâmbulo da Compilação aragonesa de 1247, mandava que o juiz suprisse as lacunas da lei usando o bom senso e a equidade: *Ubi dicti fori non sufficerint, ad naturalem sensum vel equitatem recurratur*.

Na Catalunha, o aplicador da lei valia-se dos costumes; em Castela acudia o Rei. E assim, por diante, várias eram as maneiras de preencher as lacunas da lei.

Nos tempos modernos, algumas legislações indicam o remédio para a lei lacunosa. O Código Civil austríaco manda, no § 7º: “Quando não se puder decidir um caso segundo a letra da lei, nem conforme o seu sentido natural, devem levar-se em conta casos semelhantes disciplinados precisamente pela lei e os motivos de leis análogas. Se ainda assim, houver dúvida, há que decidir segundo os princípios do Direito Natural, tendo em consideração as circunstâncias apuradas com toda diligência e maduramente ponderadas”. Na Itália, já antes da unificação, vários Códigos (Sardenha, Este, Estado Pontifício) continham normas a respeito. Na Suíça, o cantão de Ticino ordenava que se recorresse à analogia e, quando impossível, ao Direito comum.

Algumas leis faziam apelo ao Direito Romano; mas como tal devia entender-se o Direito comum, isto é, o Romano com as alterações trazidas pelo Canônico e pelos costumes.

Portanto, a lacuna da lei é a janela pela qual o juiz, e no nosso caso o árbitro, entra na seara do legislador e o Direito natural penetra no Direito positivo.

5. Os efeitos dos atos das partes no juízo arbitral.

A instância arbitral se estabelece a partir do negócio jurídico denominado: “cláusula compromissória”, que é a convenção através da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º da Lei 9.307/96).

A primeira consequência, é o surgimento para os contraentes, da possibilidade de exigir do outro um facere ou omitere, em relação ao estipulado na cláusula, o que traduz a existência de direito subjetivo, pois através desse instrumento, se liga pelo menos duas pessoas, ou seja, a que pode exigir (titular do direito, ayant droit, avente diritto, Rechsträger, derecho habiente) e a que deve fazer (obrigado, lato sensu). Do direito subjetivo decorre a pretensão (ou exigência) (pretesa, Anspruch), que no caso, é a possibilidade de exigir do outro a submissão ao juízo arbitral.

Quem tem direito pode exigir, pode pretender alguma coisa (um facere , lato sensu) de outrem; deste se diz que tem dever, isto é, que deve fazer (omitir e tolerar são formas de fazer, em sentido amplo).

O exercício desse direito subjetivo, confere ao árbitro, verdadeiro poder jurídico de sujeição dos contraentes ao juízo arbitral, que será exercido nos limites da lei e da cláusula compromissória, submetendo-os à sua vontade. A este poder jurídico não corresponde dever jurídico para as partes, mas somente a sujeição ao painel arbitral. O titular desse poder (arbitrator), não tem direito de exigir que os sujeitos da relação arbitral façam alguma coisa, pode é fazer isso a custa da provocação da jurisdição estatal, que determinará que o sujeito da relação arbitral não tenha como se livrar desta situação⁶.

⁶ Art. 22 – Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ou vir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§1º - O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local , dia e hora previamente comunicados, por escrito , e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§2º - Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência de convenção de arbitragem.

§3º - A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§4º - Ressalvado o disposto no § 2º , havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Portanto, o juízo arbitral estabelece sujeição das partes ao painel, determinando esta obrigatoriedade e criando verdadeira situação jurídica.

Mas, como resolver questões procedimentais ou efeitos decorrentes desses atos das partes no procedimento, se a lei propositadamente, não regula a prática dos atos e seus efeitos?

A solução, como não poderia deixar de ser, será recorrer-se à equidade, que por tratar-se de direitos patrimoniais disponíveis (art.1º), não submete o árbitro a qualquer limitação em relação aos efeitos dos atos das partes no procedimento.

Entretanto, existem princípios, que decorrem da situação de que os contraentes em conflito, elegeram esta via por interesses comerciais e econômicos, decorrentes da relação jurídica originária.

Nesse sentido, importante decisão proferida no procedimento arbitral 03/2006 da Câmara FGV de Arbitragem, Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e Companhia de Seguros Aliança do Brasil-Aliança), em relação aos efeitos da revelia face a não observância do prazo para a entrega da resposta, mas com manifestação de vontade nesse sentido, demonstra o recurso às fontes como meio de resolver as questões procedimentais por equidade.

No julgamento, os Drs. Pedro Batista Martins e Lauro Gama⁷, entenderam que “se deve afastar o excessivo rigor na contagem do prazo para o oferecimento das razões iniciais, sobretudo diante da incerteza com relação à data da efetiva intimação da parte para fazê-lo”, concluindo que: “desnecessário seria submeter-se a petição a outra parte”, “ainda mais quando a questão envolve dúvidas sobre o início da contagem do prazo”.

Verifica-se que a ausência de preceito, coloca os árbitros no campo do julgamento dos efeitos dos atos da parte a partir da equidade, podendo recorrer apenas ao constante do Termo Arbitral, item 4.3 que: “estabelece que os prazos começam a fluir após o recebimento efetivo da respectiva intimação”, tendo esta se dado quando do recebimento do e-mail.

§5º - Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

⁷ O painel arbitral era composto pelos árbitros: Drs. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião (Presidente); Pedro Batista Martins e Lauro Gama.

De início, na primeira premissa da decisão em sua parte dispositiva, o árbitro presidente conclui que: “não se pode aplicar ao procedimento arbitral, e às partes, o rigor do previsto no Código de Processo Civil”, e no sentido de colocar a questão de fato em relação aos termos *ad quo* e *ad quem* de resposta, o recurso ao art. 57 do Regulamento levou-o a afirmar que “a notificação (intimação), mediante e-mail, não pode prevalecer a da carta, isto é, a luz dos termos constantes da redação do item 4.4 do Termo de Compromisso Arbitral”.

Após percuciente análise quanto à origem e o significado do que vem a ser *revelia* para o Código de Processo Civil, o Presidente Dr. Paulo Sérgio Fabião recorreu às fontes históricas da palavra esclarecendo que: “a raiz da palavra *bellum* significa guerra, como anota Eliézer Rosa: “por castelhanismo, *revel* é rebelde e *revelia* é rebeldia”, esclarecendo que “no processo, por variações semânticas mal explicadas, o *revel* não é aquele que quer guerra, e sim aquele que não a quer, pois *revelia*, no mundo do direito, não significa desobediência e sim inércia, silencia, ausência de espírito de guerra ou de luta”.

Buscou ele a fonte do Direito Romano, para afirmar que: “na mesma linha do Direito Romano, as Ordenações eliminaram as penas contra o *revel*, recusando a *ficta confessio*, derivada do simples fato da *revelia*, cuja única conseqüência estava em se negar ao *revel* o direito de apelar da sentença”.

Também recorreu ao Regulamento 737 bem como a Consolidação Ribas e de forma ampla aos Códigos estaduais, para constatar que essas regulações “não introduziram grandes modificações ao modelo criado pelas Ordenações, que limitaram-se a abolir a restrição imposta ao *revel*, no que respeita ao direito de apelar”.

A pesquisa comparativa da legislação anterior, o auxiliou no estudo da evolução do direito, posto que o Código de Processo Civil de 1939, em consonância com os artigos 34 e 209, considerava o *revel réu confesso*, liberando o autor do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu pedido.

As fontes do direito estrangeiro lhe informaram que os Códigos de 39 e 73, se afastaram da tradição italiana, para aderirem a corrente alemã, que trata com rigor o *revel*, pois a legislação desta última de 1977, considerava que a ausência do autor e do réu à audiência de debate oral obrigatório, caracteriza a contumácia.

O recurso às fontes de doutrina brasileira, lhe revelou que as duas expressões: revelia e contumácia significam a mesma realidade jurídica: desatendimento ao ônus de comparecer e que revelia seria a contumácia do réu.

Verificou na decisão, que no direito atual, o Código de Processo Civil de 1973, não deu conceito jurídico à revelia, tratando apenas dos seus efeitos no artigo 319, que determina: “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. E recorrendo mais uma vez a fonte doutrinal, constatou que Carlos Alberto Carmona comunga do mesmo entendimento ao afirmar que: “o legislador utilizou o conceito de revelia para identificar situação diferente daquela vislumbrada no processo judicial: trata-se aqui de identificar a hipótese de um dos contendentes simplesmente não praticar ato algum durante o juízo arbitral. Isto pode ocorrer com arbitragens instituídas por compromisso ou por cláusula compromissória” (Arbitragem e Processo, 2ª Ed. Atlas, São Paulo, 2004, pp.271/272).

Como premissa fática, a constatação de que na hipótese “há pedidos contrapostos, mas não se pode falar em autor e réu, pelo simples fato de ambas as partes terem requerido, **simultaneamente**, a instalação do tribunal arbitral, não se podendo, pois, falar em revelia, que é ausência de contestação”, situação que o levou a afirmar que “não ocorreu inércia processual (contumácia) da CVRD, pois esta manifestou a vontade no sentido de que a questão fosse submetida aos árbitros e, para tanto, compareceu apresentando suas razões iniciais, daí, de todo impossível o deferimento do que pretende a Requerente: decretação da revelia, pela inobservância do prazo de 30 dias para apresentação das razões e o conseqüente desentranhamento da peça”.

Essas premissas levaram o árbitro Presidente Dr. Paulo Sérgio Fabião⁸ a afastar seus efeitos no procedimento arbitral, com as assertivas de que:

1º - revel é uma atitude de rebeldia ao procedimento, não sendo questão só de prazo, mas de atitude;

⁸ 2.Com tais fundamentos, decide-se:

- a) ser desnecessário submeter a petição da Requerente à parte contrária;
- b) desacolher a pretensão da Requerente que pretendia a decretação da revelia da CVRD, com o conseqüente desentranhamento da peça de suas razões iniciais;
- c) dar ciência as partes, mediante carta registrada ou Sedex 10, com protocolo assinado por pessoa devidamente identificada, a ser expedida pela Secretaria da Câmara Arbitral.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2006.

Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião (Árbitro Presidente).

2º - critérios simplesmente formais não são aplicáveis ao procedimento, devendo ser utilizados os que mais favorecem ao suposto revel;

3º - a forma não submete a intenção, que deve ser avaliada de acordo com a finalidade do procedimento;

4º - a simples anuência ao compromisso arbitral, determina a intenção de participar e de submeter os conflitos a um árbitro.

Portanto, afora a garantia do *due process of law*, prevista na Constituição da República como direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incisos LIV, LV) o árbitro⁹ construirá os efeitos dos atos das partes no procedimento a partir da equidade, e nesse sentido, uma maneira célere e segura de garantir este equilíbrio, é criar sistema de precedentes procedimentais, de forma a que nessas questões, o árbitro siga *standarts* que serão utilizados para adequar a situação de fato aos julgamentos anteriores registrados na Câmara de Arbitragem.

6. O Valor dos precedentes.

O Direito anglo-americano vincula o juiz ao precedente, ainda que injusto, por entender que a certeza do Direito e, com ela a segurança, é um bem ainda maior que a justiça. Nesse sentido, o juízo arbitral não precisa chegar a tanto, mas pode se valer de situações semelhantes já enfrentadas anteriormente para fundamentar suas decisões.

Desta forma, o valor do precedente em questões procedimentais, é que, passo a passo, se vai aprimorando os costumes e lapidando o Direito, cada vez mais firmado na segurança e impregnado de justiça. Cabe ao árbitro a missão de obter o máximo de justiça com, pelo menos, o mínimo indispensável de segurança.

Situação semelhante ocorreu no Direito Inglês.

⁹ A decisão se materializou na ordem processual n. 3: Defiro o que se requer na petição da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) datada de 28 de dezembro p.p., subscrita pelos ilustres advogados, Drs. Ricardo Ramalho Almeida e Tatiana Magalhães Florense para, com base no princípio do contraditório, assinar o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação desta decisão, para manifestarem-se a respeito das peças apresentadas pela Companhia de Seguros Aliança Brasil (Aliança), e subscritas pelo ilustre advogado Dr. Luis Felipe Pellon. Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 2007. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião (Presidente).

Como os tribunais do Common Law se tornaram presos aos remédios já existentes, esquecendo o que aconteceu no passado, quando o juiz podia impor ao réu o cumprimento específico da obrigação (specific performance), fosse ela de fazer ou de abster-se, passando a resolver tudo em perdas e danos, as próprias courts of law, isto é , tribunais que julgavam segundo o Common Law, passaram a recorrer aos remédios de eqüidade, tanto da eqüidade individual (epiquéia) , temperando o rigor da lei (duress) , quanto da eqüidade social, com que lhe preenchiem as lacunas, evitando a denegação da justiça (unfairness).

Como sempre acontece, a eqüidade entrou no Direito pela mão esquerda dos juízes preocupados em fazer justiça.

Essa jurisdição de eqüidade foi mais larga e freqüente entre os juízes de circuito (Eyre) que estavam mais à vontade e mais longe dos juízes sedentários, de Londres (Justices in Bank). Isso explica , que o procedimento nos condados distantes da capital, apresentassem características que depois iriam encontrar-se no procedimento in equity.

Nos meados do século XIV, os juízes de circuito (justices in Eyre) começaram a ser substituídos por juízes de paz (Justices in peace). Ao mesmo tempo, começaram a surgir os ritos procedimentais (forms of action); desapareceu a execução específica da obrigação (specific performance), complicou-se a formalística do processo e de tudo isso resultou a dificuldade para os tribunais, de fazer justiça.

Aconteceu, então, que aqueles que se julgavam ultrajados pela denegação de justiça por parte dos tribunais de Common Law invocavam a consciência do Rei para que reparasse o dano sofrido (outrage). E como o “guardião da consciência do Rei” era o Chanceler, a esse era delegado o conhecimento daqueles apelos. Também nos casos em que não houvesse no Common Law remédio adequado (adequate remedy at law), o Chanceler assumia o poder de julgar o recurso ex informata conscientia. Como foi dito acima, aparecia desse modo uma corte de equity, que formulava a regra e a aplicava ao caso concreto (eqüidade social).

Na prática, os pedidos de justiça passaram a ser dirigidos ao próprio Chanceler.

A partir de 1474, esse alto magistrado emanou, em forma de decreto (decree), verdadeiras sentenças baseadas na equity. E passaram a existir, lado a lado, uma jurisdição que aplicava o Common Law e uma quase-jurisdição que julgava por eqüidade:

a Chancery Court. A primeira era exercida quando houvesse norma legal sobre o caso; a segunda, quando ela não existisse.

A Chancery Court julgava discricionariamente, como se estivesse praticando ato administrativo. Por isso é que a sua decisão se chamava decree.

Também em consequência de sua natureza, o procedimento nas cortes de equity (suit in equity) era quase informal. Em simples petição (bill in equity), o reclamante pedia as providências necessárias para a proteção de seu interesse. O tribunal ouvia as partes, aceitava as provas por elas feitas e decidia. Exercia ainda funções consultiva, conselheiral e tutelar; esta última por meio de providências acautelatórias. O decree era concedido rebus sic stantibus: o tribunal podia modificá-lo se houvesse mudança na situação. O vencido, se não fazia o que lhe impunha o decree, era processado por desobediência ao tribunal (contempt of court).

Estas experiências do passado na busca da verdadeira justiça, auxiliam ao árbitro no momento em que se depara com fatos no procedimento, que afetam o direito da parte, e devem ser analisados e dirimidos com o recurso à equidade.

Ao julgar esses incidentes no procedimento arbitral, o árbitro atua discricionariamente. Não arbitrária, mas prudencial e razoavelmente, e forma precedentes que dão segurança e auxiliam a solução dos conflitos no procedimento de maneira célere.