

1ª edição – 2018

© Copyright

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro / Leonardo Greco / Humberto Dalla

Presidente do Conselho Editorial

Nelson Nery Costa

Diagramação

Olga Martins

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

T278

Temas controversos na arbitragem à luz do código de processo civil de 2015 / Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ... [et al.] ; organização Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. - 1. ed. - Rio de Janeiro : LMJ Mundo Jurídico, 2018.

330 p. ; 24 cm.

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-9524-050-6

1. Processo civil. 2. Arbitragem e sentença. 3. Arbitragem e sentença - Brasil. 4. Processo judicial. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. II. Greco, Leonardo. III. Dalla, Humberto.

18-52589

CDU: 347.918

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
EDITORA GZ

Av. Erasmo Braga, 299 – sala 202

CEP: 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ

Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511

contato@editoragz.com.br

www.editoragz.com.br

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

l deve seguir o prece-
p-precedente-judicial-

aneiro: Freitas Bastos,

são geral, força vincu-
do objeto do controle
ulo – USP, 2008, 332p.

podivm, 2017.

aticamente aplicado
16798898/relembra-
ocedimentos-arbitrais,

2014.

al da sentença arbitral.

so; CRAMER, Ronaldo.

A preclusão no processo arbitral

Yuri Maciel Araujo

Sumário: 1. Introdução. 2. Notas sobre a preclusão no processo estatal. 3. Flexibilidade e preclusão no processo arbitral. 4. Parâmetros para a aferição da preclusão na arbitragem. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Com origens históricas remotas,¹ a arbitragem apresenta-se no Direito contemporâneo como uma forma de solução de conflitos potencialmente mais técnica, célere e adequada a determinadas² espécies de litígios do que a tradicional jurisdição estatal.

Um dos objetivos mais marcantes do processo³ arbitral consiste em viabilizar a construção participativa de uma solução justa pelas partes e pelos árbitros, desprovida de formalismos exagerados e atenta às peculiaridades do caso concreto.⁴ Além de os interessados optarem livremente por essa via, ainda têm a prerrogativa de escolher o local em que a arbitragem será conduzida, os árbitros que decidirão a controvérsia, o procedimento a ser adotado e, até mesmo, o direito material aplicável à espécie.

- 1 “Aliás, para estudiosos do tema, a arbitragem em diversas civilizações teria precedido até mesmo a justiça estatal, e mesmo estruturada esta jurisdição, muitas vezes por opção das partes buscava-se a solução por pessoa de confiança e respeito dos envolvidos, como, por exemplo, uma autoridade religiosa, um reconhecidamente sábio entre a comunidade, ou mesmo um membro da família experiente e idôneo” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010, 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33).
- 2 Com efeito, a arbitragem não constitui necessariamente a melhor via para a solução de todos e quaisquer tipos de conflitos. “Atualmente, mesmo aqueles defensores mais ferrenhos da arbitragem sabem que nem todos os conflitos patrimoniais, nem todos os direitos e obrigações disponíveis, nem todas as disputas econômicas devem, a melhor interesse das partes contratantes, ser resolvidas por arbitragem” (GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da Lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 9). Nas palavras de Barbosa Moreira, é certo que “não há, nem pode haver, receita que se mostre igualmente adequada ao tratamento eficaz de toda e qualquer situação litigiosa” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de Direito Processual (sexta série)*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 55).
- 3 “A arbitragem manifesta-se, extrinsecamente, como um procedimento realizado em contraditório, motivo pelo qual podemos falar aqui em processo arbitral, posto que presente o já mencionado ‘módulo processual’, referido por Fazzalari, e que consiste exatamente neste procedimento em contraditório, revelador da existência de um processo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 59).
- 4 WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 23, jan.-jun./2009, p. 32.

Esses fatores apontam para um cenário propenso à intensa simplificação da resolução da disputa, orientado precipuamente a garantir que os litigantes tenham reais condições de participação, podendo arguir e comprovar suas razões com todos os meios ao seu dispor e exercer, assim, efetiva influência sobre a formação das decisões que os irão vincular.⁵

Todavia, se é manifesta a flexibilidade do procedimento arbitral, é igualmente certo que essa circunstância não pôde ensejar carência de segurança às partes e violação a direitos processuais básicos.⁶ A observância ao devido processo legal é mandatária, na linha do que preceituam o art. 5º, LIV, da Constituição Federal e, muito embora incompleto,⁷ o art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Apenas é preciso ter em mente que os princípios informativos do devido processo demandam uma releitura à luz das características que marcam o *sistema* próprio da arbitragem,⁸ em especial, (i) o intenso prestígio conferido à autonomia da vontade das partes, um de seus pilares principais,⁹ (ii) o fato de se tratar de uma jurisdição exercida no âmbito privado e (iii) os específicos objetivos perseguidos pelas partes com a adoção da via arbitral, em larga medida distintos daqueles historicamente atribuídos ao processo judicial.

- 5 Explorando a repercussão da democracia deliberativa no direito processual, v. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 106-111.
- 6 DINAMARCO, Cândido Rangel. Possibilidade de emendas e alterações a pedidos e o princípio da estabilização no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 35, out.-dez./2012, p. 238.
- 7 “Chega a ser dispensável, além de incompleta, a disposição contida no art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem, segundo a qual ‘serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento’. Com ou sem essa disposição, todos os princípios e garantias do processo, contidos na Constituição Federal, aplicam-se inexoravelmente ao juízo arbitral por força própria, sendo inócua uma disposição infraconstitucional como essa. [...] A garantia constitucional do devido processo legal constitui um polo de convergência de todos os demais princípios e garantias enunciados pela Constituição Federal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25-26).
- 8 “O processo arbitral, embora inserido na teoria geral do processo, tem instrumentos próprios, produzidos em sua realidade. Possui fechamento operacional. Isso o torna autorreferencial e autônomo relativamente aos demais sistemas de direito, inclusive quanto ao processo estatal. Entre os elementos peculiares do processo arbitral destacamos a presença de regras e, fundamentalmente, de princípios. Isso leva a uma leitura absolutamente típica de institutos do processo estatal, que, quando ingressam no seu ambiente, alteram-se por completo. É o caso, por exemplo, da integração do conceito de devido processo legal arbitral, formado primordialmente pela autonomia da vontade e pelo poder diretivo do árbitro quanto ao procedimento” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 309). Com entendimento análogo, SILVA, Eduardo Silva da. Regras arbitrais brasileiras: a fase dos regulamentos. In: *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015*. CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 182.
- 9 LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da lei de arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 51, out./1997, p. 32.

simplificação da re-
gantes tenham reais
ações com todos os
rmação das decisões

ral, é igualmente cer-
a às partes e violação
o legal é mandatória,
eral e, muito embora
. Apenas é preciso ter
mandam uma releitura
agem,⁸ em especial, (i)
s, um de seus pilares
mbito privado e (iii) os
via arbitral, em larga
judicial.

sual, v. CABRAL, Antonio do
ança e validade *prima facie*

edidos e o princípio da esta-
35, out.-dez./2012, p. 238.

o art. 21, §2º, da Lei de Ar-
to arbitral os princípios do
de seu livre convencimento'.
so, contidos na Constituição
, sendo inócua uma disposi-
vido processo legal constitui
nunciados pela Constituição
do processo. São Paulo: Ma-

n instrumentos próprios, pro-
na autorreferencial e autôno-
ao processo estatal. Entre os
regras e, fundamentalmente,
tos do processo estatal, que,
o, por exemplo, da integração
nte pela autonomia da vont-
TE, Eduardo de Albuquerque.
ntendimento análogo, SILVA,
s. In: *Arbitragem: estudos so-*
HO, Thiago; FREIRE, Alexandre

m. *Revista do Advogado*, v. 51,

Nesse contexto, dentre outros pontos controvertidos, avulta discussão de extrema relevância: mesmo diante dessas qualidades inerentes ao processo arbitral, das quais se sobressai a acentuada flexibilidade procedimental, seria possível falar na aplicação do instituto da *preclusão*, tão caro ao processo estatal e a princípios como o contraditório, a duração razoável, a boa-fé objetiva e a segurança jurídica? Quais seriam os limites para o seu aproveitamento no âmbito da arbitragem?

Apesar de reconhecer o papel da preclusão na jurisdição estatal, a doutrina especializada tende a refutar a sua importância na arbitragem. Há autores que afirmam que, tal como concebido para o processo estatal, o instituto praticamente *inexistiria* no processo arbitral, e ponderam que, de um modo geral, os árbitros unicamente se valeriam de seu poder de coibir condutas dolosas, aplicando sanções processuais que seriam somente *semelhantes* à preclusão.¹⁰

É a esse tema, que suscita ampla e reiterada discussão na doutrina e na prática arbitral, que o presente trabalho será dedicado. Em primeiro lugar, serão traçadas as principais características da preclusão, tal qual desenvolvida no processo estatal. Depois, serão investigados os fundamentos para a sua aplicabilidade no bojo da arbitragem. Por fim, ainda que a tarefa dependa da ponderação com os elementos do caso concreto, serão analisados princípios processuais que despontam como essenciais ao devido processo legal e desenvolvidos parâmetros para o correto emprego da preclusão no sistema arbitral.

Em razão do escopo e dos estreitos lindes deste estudo, a investigação estará limitada à preclusão relacionada a atos e omissões das *partes*, excluindo-se da apreciação a preclusão incidente sobre as atividades dos árbitros.

2. Notas sobre a preclusão no processo estatal

Para alcançar o seu objetivo de pacificação social, substituindo-se com êxito à indesejável autotutela, apenas autorizada em casos excepcionais, o processo deve caminhar para a frente.¹¹ Da forma mais breve possível – considerando, evidentemente, as particularidades do caso e as garantias dos envolvidos –, o processo tem de assegurar a tempestiva entrega da tutela jurisdicional.

Se, de um lado, é assente a necessidade de um amplo espaço para o diálogo democrático, em que as partes possam promover verdadeira “competição pública em torno dos melhores motivos”,¹² de outro, é igualmente incontroverso que o procedimento não pode se alongar em excesso ou levar a resultados meramente formais,

10 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Op. cit., p. 120-121.

11 “Nisso consiste qualquer processo: atos ordenados, que se praticam sucessivamente, de modo que ao ocaso do anterior se siga a alvorada do posterior, até que se atinja um objetivo” (BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 79).

12 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Op. cit., p. 124.

inócuos na realidade social. A norma jurídica enunciada pelo julgador deve ser apta a solucionar a controvérsia de maneira eficaz, de modo que os embates processuais precisem necessariamente se encerrar em tempo razoável.¹³

Não por outra razão, são diversas as figuras processuais que exibem alguma relação com a manutenção da contínua marcha processual, como é o caso, em especial, da preclusão e de outros institutos a ela relacionados (v.g. a revelia e a regra da eventualidade).

Sistematizada por Chiovenda, a preclusão correspondia, na sua acepção original, à perda de uma faculdade processual em consequência de terem sido atingidos os limites ao seu exercício.¹⁴ À primeira vista, o instituto restringiria seu campo de atuação apenas a atos das partes.¹⁵ Com o seu posterior desenvolvimento, porém, ficou claro que também deveria abarcar limitações aos poderes do magistrado.

No estágio atual da doutrina, há algum consenso de que se trata de fenômeno que impede, a partir de um determinado ponto, que certas matérias sejam suscitadas no processo, seja pelas partes, seja pelo próprio juiz,¹⁶ com a função principal de permitir o desenvolvimento do feito de forma segura, ordenada e coerente.¹⁷

Como já pontuou Humberto Theodoro Júnior, o compromisso com a rápida e justa composição dos litígios é da essência do devido processo legal, de modo que seria mesmo “impensável uma relação processual arbitrariamente movimentada, sem limites temporais e lógicos para a prática dos atos que a compõem e que condicionam o provimento jurisdicional esperado pelos litigantes”.¹⁸

Assim, embora sua aplicação possa se dar em maior ou menor grau, dependendo do gênero da controvérsia e dos valores preconizados pelo respectivo ordenamento processual,¹⁹ a existência de alguma espécie de preclusão revela-se fundamental para oportunizar a adequada tutela jurisdicional.

13 Cf. art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

14 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 450.

15 Celso Agrícola Barbi aponta, entretanto, que nos próprios trabalhos de Chiovenda já se encontram referências à perda de poderes processuais pelo juiz, com a vedação ao julgamento de questões já decididas (BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, v. 158, mar.-abr./1955, p. 60).

16 RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 35.

17 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 19.ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 474-476.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, v. 273, jul./2000, p. 6.

19 “A sua definição como técnica emerge, pois, justamente do fato de o instituto poder ser aplicado, com maior ou menor intensidade, tornando o processo mais ou menos rápido, impondo ao procedimento uma maior ou menor rigidez na ordem entre as sucessivas atividades que o compõem, tudo dependendo dos valores a serem perseguidos prioritariamente pelo ordenamento processual de regência de uma determinada sociedade, em um dado estágio cultural” (RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Op. cit., p. 35-36).

No âmbito do processo estatal brasileiro, é há muito conhecida a valia do instituto. Consolidaram-se na doutrina e na jurisprudência as três vertentes da tradicional classificação *chiovendiana* de preclusão: (a) temporal, referente à inobservância de prazos peremptórios ou da ordem legal de atividades; (b) lógica, consistente na vedação à realização de atos incompatíveis com as atividades anteriormente efetuadas; e (c) consumativa, que obsta a prática de atos já antes realizados.²⁰

Em rigor, a discussão mais substancial que remanesce diz respeito às espécies aplicáveis aos poderes do juiz: parte da doutrina indica que apenas seria cabível a preclusão consumativa, com a vedação do rejuízo de matérias já decididas,²¹ enquanto outra parte adverte, com acerto, que as preclusões temporal e lógica também dão azo à limitação da atividade do magistrado.²²

Seguindo a tradição do Código de 1973, o CPC/15 foi pródigo ao tratar do instituto. Além de mencioná-lo em dispositivos esparsos, o novo diploma ainda reiterou previsões genéricas no sentido de que é vedado à parte discutir questões já decididas no processo, sobre as quais se operou a preclusão (art. 507, *caput*), e de que, decorrido o prazo, é extinto o direito de praticar ou de emendar o ato processual, sendo somente assegurado à parte provar que não o realizou por justa causa (art. 223, *caput*).

Outra disposição intimamente ligada à preclusão é a do art. 342 do CPC/15, que manteve a regra da concentração da defesa e da eventualidade, estabelecendo que, depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações em determinadas hipóteses.

São previsões que, em prestígio aos princípios informativos do devido processo legal, delineiam o instituto da preclusão e corroboram a sua inegável importância no ordenamento processual brasileiro.

Não obstante, se a doutrina já se ocupou de traçar as principais linhas para a utilização da preclusão no processo estatal – que, é bem verdade, ainda carecem de uma melhor ressignificação à luz de princípios como o contraditório, a boa-fé objetiva e a instrumentalidade do processo –, há de se inquirir a sua incidência ao processo arbitral, sobretudo considerando a ampla margem existente para a formação do procedimento pelas partes e a sua maior flexibilidade.

3. Flexibilidade e preclusão no processo arbitral

Ainda que hoje se observe um claro movimento de maior abertura à adequação e adaptabilidade processual,²³ o processo civil estatal é configurado historicamen-

20 PINHO, Humberto Dalla. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 330-331.

21 RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Op. cit., p. 142-143.

22 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 130.

23 Deve-se recordar, assim, que o CPC/15 prevê a possibilidade de realização de ajustes procedimentais tanto pelo juiz (art. 139, VI), como diretamente pelas partes, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais (art. 190).

te como um rito segmentado e descrito minuciosamente em lei.²⁴ A arbitragem, ao contrário, obedece ao procedimento estabelecido pelas partes, que podem criá-lo livremente, incumbir o árbitro dessa função ou se reportar aos regulamentos de instituições arbitrais.²⁵

A flexibilidade é, por certo, um traço importante do processo arbitral.²⁶ Com o intuito de alcançar uma tutela jurisdicional satisfatória e apta a gerar paz social, as partes e os árbitros não devem estar jungidos a um rito burocrático e formal; antes, devem sempre poder buscar, de modo criativo e cooperativo, a melhor compreensão possível dos fatos e dos direitos controvertidos.

No âmbito da verdadeira comunidade de trabalho²⁷ instaurada na instância arbitral, é essencial que as partes se valham de ampla liberdade para expor seus argumentos, contraditar as teses contrárias e produzir todo o arcabouço probatório necessário à instrução do feito, sendo por isso recomendável que o procedimento esteja livre de algumas das restrições típicas do processo estatal.

Com efeito, a menor preclusividade constitui uma característica básica dos procedimentos flexíveis e abre maior margem, no âmbito da arbitragem, para que as partes introduzam alterações na demanda inicial e se utilizem de um vasto campo de atuação no exercício do contraditório.²⁸

No entanto, a despeito de sua enorme significância, é preciso ter em mente que *flexibilidade não significa anarquia*.²⁹ Se, por um lado, é valiosa a possibilidade de

24 Isso se deve, especialmente, ao fato de o processo judicial precisar acomodar a enorme variedade de conflitos que podem surgir na sociedade. Daí por que, em alguma medida, permanece válido o entendimento de Niklas Luhmann, segundo o qual “os procedimentos judiciais não são descobertos e ajustados caso a caso. É que isso constituiria uma espera ociosa no acaso e seria tão demorado que, entretanto, se desfaria a organização da sociedade ou se recairia numa situação extremamente primitiva. Em todas as sociedades com uma certa complexidade, os procedimentos têm de ser ‘instruídos’ de forma a poupar tempo, por meio da escolha dum modelo pré-constituído” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 53).

25 Cf. art. 21 da Lei 9.307/96.

26 É importante ressaltar que, apesar de a flexibilidade estar diretamente ligada aos objetivos do processo arbitral e constituir realmente um dos seus atributos mais destacados, nada impede que as partes optem por prever, no âmbito da sua autonomia da vontade, que o procedimento será rígido, dispondo consensualmente sobre um forte regime de preclusões. Essa hipótese, entretanto, não corresponde minimamente à prática arbitral e retiraria parcela significativa das vantagens usualmente atribuídas à arbitragem.

27 O conceito de *comunidade de trabalho* é referido por OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90, e também por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 496.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Op. cit., p. 58.

29 É o que expõe MORALES, Nicolás Gamboa. “Notes on collection of evidence in international arbitration. Witnesses and experts”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, out.-dez./2005, p. 148:

A arbitragem, ao que podem criá-lo regulamentos de ins-

o arbitral.²⁶ Com o gerar paz social, as co e formal; antes, o melhor compreensão

a na instância arbi- por seus argumen- obatório necessário ento esteja livre de

tica básica dos pro- ragem, para que as um vasto campo de

o ter em mente que a possibilidade de

odar a enorme variedade dida, permanece válido o diciais não são descober- acaso e seria tão demo- iria numa situação extre- e, os procedimentos têm modelo pré-constituído" da Conceição Côrte-Real.

e ligada aos objetivos do acados, nada impede que que o procedimento será s. Essa hipótese, entretan- significativa das vantagens

Alberto Alvaro de. *Do for-* São Paulo: Saraiva, 2009, z; MITIDIERO, Daniel. *Novo* dos Tribunais, 2016, p. 496. o. Op. cit., p. 58.

ence in international arbi- 7, out.-dez./2005, p. 148:

uma interação menos estanque entre os sujeitos processuais, por outro, é certo que a obediência a fases ou etapas minimamente delineadas também tem sua razão de ser. Funcionalizadas à luz da Constituição, as formas processuais servem justamente para permitir que o processo desfrute da máxima eficiência possível e o diálogo entre partes e julgadores flua de maneira proveitosa.³⁰

Em virtude disso, a Lei de Arbitragem entrega a escolha do procedimento aos interessados, mas determina que sempre deverão ser respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, §2º).

A essa previsão ainda se soma, naturalmente, a observância aos demais princípios constitucionais que integram o conteúdo mínimo do devido processo legal, na medida em que aplicáveis a qualquer procedimento que envolva os valores vida-liberdade-patrimônio.³¹

Nesse quadro, considerando que a existência do fenômeno da preclusão é essencial para o bom desenvolvimento do processo e para a concretização de princípios como o contraditório, a duração razoável, a segurança jurídica e a boa-fé – Fredie Didier Jr. chega mesmo a afirmar que “não há processo sem preclusão”³² –, a sua incidência ao processo arbitral é irrefutável, ainda que as partes não a tenham expressamente previsto ao eleger o procedimento aplicável. A preclusão unicamente terá um âmbito de incidência reduzido, de modo que as hipóteses que autorizam o seu afastamento serão maiores, em razão da maior flexibilidade inerente à arbitragem.

Afinal, (i) se a preclusão recai sobre o processo arbitral em decorrência dos princípios constitucionais que visa a proteger, e (ii) se tais princípios devem ser interpretados especificamente para o sistema da arbitragem, tem-se que a preclusão deverá ser sempre superada quando a sua incidência se dissociar dos valores e objetivos que regem o processo arbitral,³³ não podendo jamais constituir um fim em si mesma.

“[p]rocedural flexibility does not mean, at all, anarchy thereof, with parties and arbitrators organizing the proceeding according to esoteric rules alien to reality. To the contrary, arbitral proceedings are fully and permanently subject to ‘procedural fairness’ in order to guarantee the strict observance of the ‘due process’ principle, which some authors regard as the sole ‘procedural public order principle’”. Tradução livre: “flexibilidade procedimental não significa, de forma alguma, anarquia, com partes e árbitros organizando o procedimento de acordo com regras esotéricas, alheias à realidade. Ao contrário, procedimentos arbitrais são total e permanentemente sujeitos ao ‘processo justo’, de modo a garantir estrita observância ao princípio do ‘devido processo’, que alguns autores consideram como o único ‘princípio processual de ordem pública’”.

30 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. Op. cit., p. 86-90.

31 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100.

32 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*. Op. cit., p. 475.

33 “[A] consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como supe-

Em outras palavras, a existência de preclusão na arbitragem é inequívoca, mas será necessário, a cada caso concreto, promover o cotejo das condutas comissivas e omissivas das partes com os princípios informativos do que se pode denominar de *devido processo legal arbitral*,³⁴ para aferir se a preclusão deverá ter mesmo aplicação ou se, ao revés, terá de ser desconsiderada.³⁵

4. Parâmetros para a aferição da preclusão na arbitragem

A Lei nº 9.307/96, que sistematizou a arbitragem no Brasil e trouxe enormes avanços para a sua consolidação e prestígio, não apresenta qualquer regra geral sobre o fenômeno preclusivo.

O único dispositivo legal que prevê uma hipótese de preclusão é o art. 20, segundo o qual a parte deverá arguir questões atinentes à competência, suspeição ou impedimento do árbitro, bem como sobre a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral, na primeira oportunidade em que tiver de se manifestar após a instituição da arbitragem.

Com uma orientação diversa, é possível fazer referência à Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal, que estipulou, no art. 35 da Lei nº 63/2011, um regime próprio para *omissões e faltas de qualquer das partes*.³⁶ Atenta às peculiaridades do processo arbitral, a legislação portuguesa orientou-se para um equilíbrio entre o regular prosseguimento do feito e a garantia de ampla participação dos interessados, evitando, sempre que possível, a aplicação de sanções desnecessárias à parte que deixar de praticar determinado ato processual.³⁷

riores àquelas que justificam a própria regra" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 68).

34 A expressão foi utilizada por PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Op. cit., p. 103-107.

35 Na mesma linha, TAMAKI, Luiz Henrique. *A preclusão no processo de arbitragem*. Dissertação de mestrado – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016, p. 118.

36 Artigo 35 da Lei nº 63/2011: "Omissões e faltas de qualquer das partes. 1. Se o demandante não apresentar a sua petição em conformidade com o nº 2 do artigo 33.º, o tribunal arbitral põe termo ao processo arbitral. 2. Se o demandado não apresentar a sua contestação, em conformidade com o nº 2 do artigo 33.º, o tribunal arbitral prossegue o processo arbitral, sem considerar esta omissão, em si mesma, como uma aceitação das alegações do demandante. 3. Se uma das partes deixar de comparecer a uma audiência ou de produzir prova documental no prazo fixado, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo e proferir sentença com base na prova apresentada. 4. O tribunal arbitral pode, porém, caso considere a omissão justificada, permitir a uma parte a prática do acto omitido. 5. O disposto nos números anteriores deste artigo entende-se sem prejuízo do que as partes possam ter acordado sobre as consequências das suas omissões".

37 A propósito, o autor português António Menezes Cordeiro esclarece que "o escopo da lei de arbitragem, perante a revelia do demandado ou, mais latamente, em face das omissões ou faltas de qualquer das partes (*default proceedings*) é triplo: (a) dignificar a arbitragem; (b) prevenir

Em linha
clusão no pr
para otimiz
compõem o
cesso estata
a um espaço
tido, sendo i

Por ess
passar nece
a defesa de
a isonomia,
jamais se de

Sucinta
princípios pa

De inici
se além ao
envolve tam
demanda e o

No âmb
cíprocas seja
pré-estabele
comum aco
seja organiz
lugar e poss
provas corre

Nesse c
como verda
ma sanatório

obstruçõ
Tratado d
p. 330).

38 CABRAL,
e validad
de partic
partes, p
relevante
das pelo-
de analis
amplo co
elaboraça
(SCHENK
São Paul

Em linhas gerais, essa parece ser realmente a melhor diretriz para o tema da preclusão no processo arbitral: o fenômeno preclusivo existe, mas apenas deve ter lugar para otimizar a realização dos objetivos principais da arbitragem e os princípios que compõem o devido processo legal arbitral. Afinal, ao contrário do que ocorre no processo estatal, a arbitragem se caracteriza justamente por garantir o acesso das partes a um espaço apropriado para um vasto e completo diálogo sobre o direito controverso, sendo incompatível com uma valorização da forma pela forma.

Por essa razão, a fixação de parâmetros para a ocorrência da preclusão deve passar necessariamente pela análise da sua relação, em cada caso concreto, com a defesa de princípios processuais de índole constitucional, como o contraditório, a isonomia, a imparcialidade do julgador e a boa-fé processual, não podendo deles jamais se desvincular.

Sucintamente, cumpre investigar as principais repercussões de cada um desses princípios para a ocorrência do fenômeno preclusivo.

De início, observa-se que o conceito contemporâneo de contraditório não mais se atém ao binômio ciência-reação, que marcou a origem do instituto. Atualmente, envolve também o direito das partes de efetivamente influenciarem o julgamento da demanda e condicionarem a atuação dos demais sujeitos no processo.³⁸

No âmbito de um procedimento flexível, a ideia é que as trocas e influências recíprocas sejam ainda mais intensificadas, em virtude da ausência de um rito formal pré-estabelecido em lei e da ampla autonomia da vontade conferida às partes. Em comum acordo ou sob a direção dos árbitros, importa que essa “arena de debates” seja organizada da forma mais propensa a permitir que todas as alegações tenham lugar e possam interferir no provimento final, inclusive com a produção de todas as provas correlatas.

Nesse cenário, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o contraditório atuaria como verdadeira norma de superdireito e o seu atendimento constituiria uma legítima *sanatória geral* para eventuais nulidades no processo arbitral, revelando-se apta a

obstruções ao processo; (c) evitar, no possível, prejudicar o faltoso” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem: Comentário à Lei 63/2011*, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015, p. 330).

38 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Op. cit., p. 112. Segundo Leonardo Schenk, “o direito de participação e influência, conteúdo mínimo atual do contraditório renovado, deve assegurar às partes, para além da audiência bilateral, a possibilidade real de propor e produzir todas as provas relevantes para a defesa do direito material em juízo, podendo ainda participar daquelas requeridas pelo adversário ou de ofício determinadas, impondo ao julgador, em contrapartida, a obrigação de analisar adequada e detidamente todos os pedidos, argumentos e provas levados aos autos em amplo contraditório, devendo tomá-los em consideração no momento de formação do juízo e de elaboração da decisão, como verdadeira condição para a sua legitimidade, justiça e imutabilidade” (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67).

excluir “o prejuízo que os aditamentos ou alterações pudessem causar, e também por essa razão infraconstitucional nada haverá a anular, o que é uma imposição do princípio da instrumentalidade das formas”.³⁹

Não obstante essa embasada opinião, e a despeito de ser inegável a importância do contraditório, a simples concessão à parte contrária de oportunidade para se manifestar sobre matérias preclusas não é suficiente para sanar todos os vícios na arbitragem.

Como anota o próprio Dinamarco em outra passagem de sua obra, o equilíbrio do sistema arbitral inclui a “necessidade de não permitir que os desideratos de simplicidade e adaptabilidade cheguem ao ponto de transgredir os parâmetros livremente estabelecidos pelas partes com observância de normas da instituição arbitral escolhida e da lei aplicável, bem como das garantias, princípios e normas estabelecidos na Constituição”.⁴⁰

Nessa linha, o princípio do contraditório terá duas principais repercussões quanto ao tema das preclusões no processo arbitral.

Em primeiro lugar, a observância do contraditório representará um requisito mínimo para a análise da preclusão. Antes de se decidir sobre a ocorrência do fenômeno preclusivo, deverá ser garantido às partes que se manifestem sobre a matéria suscitada, defendendo ou impugnando a ocorrência da preclusão. Os árbitros não poderão apreciar a questão sem oportunizar a prévia manifestação dos interessados.

Em segundo lugar, o princípio do contraditório impedirá que a preclusão seja aplicada quando puder tornar *incompleto* o diálogo travado no processo arbitral, inviabilizando que as partes tenham efetivas condições de participar na formação da convicção dos árbitros.⁴¹ Como dito, a arbitragem prima por oportunizar um ambiente flexível e aderente ao debate promovido pelas partes, devendo, por esse motivo, prestigiar o contraditório na maior extensão possível.

Por certo, a incompletude de que ora se trata não se confunde com toda e qualquer ausência de manifestação de algum dos envolvidos. Afinal, também das condutas omissivas pode-se extrair um ato de vontade, apto a cumprir o seu papel no diálogo processual.⁴² Para o fim de afastar a preclusão, o diálogo apenas será considerado incompleto quando algum dos sujeitos processuais houver deixado de tratar de algum

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. Op. cit., p. 146.

40 Ibid., p. 57.

41 “É claro que, em última análise, a preclusão sempre significa uma limitação ao direito de defesa e de participação das partes. A perda de uma faculdade ou poder é a perda da possibilidade de reação, comprometendo-se um dos termos do binômio da audiência bilateral. Novamente, caberá ao árbitro, no caso concreto, ponderar a extensão do prejuízo causado à participação dos envolvidos, sendo este o metro a ser seguido para se avaliar a eventual desconsideração de determinada regra procedimental. Mais importante do que a ordem e a rigidez do procedimento é a igualdade de participação das partes” (ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 404).

42 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Op. cit., p. 152.

ponto que, naquele momento específico, ainda não era tido, de forma inequívoca, como pertinente para o deslinde da controvérsia.

Ilustra-se essa consideração com a hipótese em que uma das partes não tenha apresentado todas as teses sucessivas de defesa que, a princípio, possuiria ao seu dispor, por guardar razoável expectativa de que algumas delas não seriam relevantes para a definição da lide. A regra da eventualidade, que, no processo estatal, poderia conduzir à preclusão de tais matérias (cf. art. 342 do CPC/15), não terá efeito caso as novas questões possam ser oportunamente introduzidas no debate e não representem uma quebra das expectativas legítimas da parte contrária (os desdobramentos da boa-fé ainda serão delineados adiante).⁴³

Em sentido contrário, entretanto, se o silêncio de uma das partes não se inserir nesse quadro, a preclusão não será superada. É o caso, por exemplo, de uma determinada alegação fática, já posta no processo e com objetiva aptidão para alterar o resultado do julgamento, não ter sido refutada pelo interessado na primeira oportunidade em que se manifestou. A questão estará, em princípio, preclusa e não poderá ser retomada pela parte mais à frente.

Veja-se que não se está aqui a defender a utilização do princípio da revelia, que reconhecidamente não tem o mesmo alcance na arbitragem do que na jurisdição estatal.⁴⁴ A hipótese é outra: caso a parte se pronuncie tempestivamente, mas deixe de impugnar uma determinada matéria, incidirá a preclusão.

Em complemento a essas observações, é importante ressaltar ainda – e aqui há uma nítida interação com o princípio da igualdade, parcialmente inserido no âmbito do contraditório⁴⁵ – que, uma vez fixados prazos para a apresentação de alegações,

43 Nesse caso, para além da repercussão sob o viés do contraditório, é igualmente válido consignar que, “se o sistema preclusivo é rígido demais, corre-se o risco de observarmos ‘superesforços’ dos litigantes na condução dos litígios: se aumentamos as preclusões por omissão, p.ex., como as preclusões temporais, podemos estar diante do risco de que os sujeitos do processo sintam-se pressionados a formular alegações que talvez não desejassem, ou ainda que se debruçam sobre cada especial aspecto de cada mínimo ponto do debate com uma precisão e dedicação desnecessárias, o que tornará mais complexa a lide e mais demorada a solução do processo. Se o processo civil contemporâneo tem o escopo de evitar procedimentos excessivamente complexos e demorados, deveríamos buscar desenhar um modelo com menos preclusões” (CABRAL, Antonio do Passo. *Cóisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Op. cit., p. 333).

44 Segundo Carlos Alberto Carmona, “o legislador, ao referir-se – atecnicamente – à revelia no processo arbitral, quis deixar claro que tanto a situação de total alheamento de uma das partes (a começar pela falta de colaboração na constituição do tribunal arbitral) como a falta de participação ativa em qualquer um dos atos do processo, não terá a menor influência quanto aos poderes dos árbitros, e a atitude negativa da parte não será um fator impeditivo da prolação da sentença” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 331).

45 “Outra projeção do princípio do contraditório é a garantia denominada de igualdade concreta, que nada mais é do que a aplicação ao processo judicial e também ao arbitral do direito fundamental à igualdade, inscrito no caput do artigo 5º da nossa Carta Magna. As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final,

esses deverão, salvo hipóteses estritamente justificadas, ser cumpridos por todos os sujeitos do processo. O descumprimento não poderá trazer vantagens apenas para um dos jurisdicionados.⁴⁶ Assim, a ausência de manifestação tempestiva acarretará preclusão temporal, sendo, contudo, facultado à parte participar das fases subsequentes do feito.

Como se expôs, o processo precisa andar para a frente e essa caminhada não pode se dar a passadas desiguais, impondo-se a apenas um dos interessados o pesado ônus de preparar suas manifestações no prazo estipulado, em nítida desvantagem em relação à parte contrária.

No limite, o tratamento enviesado das partes pelos árbitros é capaz de implicar, até mesmo, violação objetiva ao requisito da imparcialidade, que apresenta extraordinária relevância na arbitragem, por consistir em atividade jurisdicional⁴⁷ exercida por particulares. Afinal, a conduta do árbitro de conferir, sistematicamente e sem fundamentos sólidos, tratamento mais benevolente a um dos litigantes pode suscitar questionamentos sobre a sua conduta, valendo sempre lembrar que basta a existência de dúvidas ou de perigo concreto de favorecimento para que se levante o óbice da imparcialidade.⁴⁸

Seguindo adiante, outro princípio pertinente para que se avalie corretamente a cominação dos efeitos da preclusão é o da boa-fé objetiva. Isso porque, apesar de não

em face das circunstâncias da causa” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 12, jul.-dez./2013, p. 588).

46 TAMAKI, Luiz Henrique. *A preclusão no processo de arbitragem*. Op. cit., p. 119.

47 Manifestando-se desfavoravelmente ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem no Brasil, Leonardo Greco aduz que “temos de reconhecer que, para que a jurisdição se desprenda do seu vínculo quase umbilical com o Estado, será preciso que esses órgãos ou esses mecanismos privados de solução de conflitos e de tutela de interesses particulares recebam poderes que, hoje, ainda em muitos países, são exclusivos da autoridade pública e, portanto, de órgãos estatais, especialmente o poder de coerção. Este é o poder de impor, pela sua própria atuação, o respeito às suas decisões. Na maioria dos países, contudo, ainda que tenham sido implementados mecanismos não estatais de solução de conflitos, como, entre nós, a arbitragem, através da Lei nº 9.307/96, eles não receberam a totalidade dos poderes que caracterizam a jurisdição. Portanto, nesses países, neles incluído o Brasil, ainda a jurisdição é uma função tipicamente estatal” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil, volume I. 5ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70).

48 “Ressalte-se que também a conduta do árbitro no curso da arbitragem pode comprometer a sua imparcialidade. Assim, a justiça inglesa removeu árbitro que acusou uma das partes de conduta deliberadamente procrastinatória, não deu ouvidos às suas alegações e insistiu em agendar a audiência para data em que as partes não estavam em condições de defender-se adequadamente, porque a finalidade da arbitragem, de acordo com o artigo 1(a) da Lei de Arbitragem do Reino Unido, é obter uma resolução justa da controvérsia por um tribunal imparcial. Não é necessária a prova da parcialidade. Basta a dúvida ou o perigo concreto de que a conduta dos árbitros tenha tratado uma das partes de modo menos favorável do que a outra” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. Op. cit., p. 591-592).

constar do rol do art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem, mencionado princípio decorre diretamente da Constituição Federal.⁴⁹

Marco Antônio dos Santos Rodrigues pondera, quanto ao ponto, que “a boa-fé processual é verdadeiro critério informativo da aplicação de outros princípios e regras inerentes ao processo justo” e, assim, “assume um papel de verdadeiro sobreprincípio, na medida em que possui eficácia rearticuladora e de equilíbrio de outras previsões normativas”.⁵⁰

Desse modo, independentemente do preceito constitucional de que se a extraia, é hoje assente que a boa-fé corresponde a postulado ético que se irradia por todos os ramos do direito⁵¹ e desponta como uma das principais justificativas contemporâneas para a própria existência da preclusão,⁵² sobretudo sob as modalidades lógica e consumativa.

Por mais que os princípios que orientam o processo arbitral apontem para uma maior possibilidade de suplantação do fenômeno preclusivo, impõe-se que a boa-fé esteja sempre presente. As manifestações das partes não podem alterar-se ao sabor dos ventos. Aos sujeitos do processo não é lícito posicionar-se em um sentido e, depois, no momento que lhes parecer conveniente, alterar o seu entendimento sobre fatos ou teses jurídicas, modificando por vezes a própria causa de pedir ou os fundamentos de defesa.

Mudanças podem ser válidas, mas desde que sejam objetivamente justificadas ou aceitas pela parte contrária. Condutas desleais não podem, em qualquer hipótese, ser toleradas. O processo não é um “jogo”⁵³ e, por isso, todos os sujeitos “devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, como prevê, aliás, o art. 6º do CPC/15, em concretização ao mandamento constitucional de boa-fé.

49 O assento constitucional da boa-fé objetiva é tão evidente que a doutrina até mesmo diverge quanto ao dispositivo da Constituição que lhe conferiria melhor suporte: Brunela Vincenzi entende que a boa-fé decorreria do princípio da solidariedade (*A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p.162-163); António Menezes Cordeiro considera que o seu fundamento seria a igualdade (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1276-1281); Joan Picó i Junoy aduz que corresponderia a um instrumento para a efetivação do devido processo legal (“El debido proceso legal. Reflexiones em torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. 9, 2006, p. 346); e Antonio do Passo Cabral reconhece a boa-fé como um desdobramento do princípio do contraditório (O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126, 2005, p. 76).

50 RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 180-181.

51 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.

52 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Op. cit., p. 476.

53 Expressão consagrada por CALAMANDREI, Piero. “Il processo come giuoco”. *Rivista di Diritto Processuale*, v. V, parte I. Padova: Cedam, 1950, p. 29.

Sob essa perspectiva, além de averiguar a incidência de todos os demais princípios normativos já referidos, o árbitro deverá sempre analisar a ocorrência da preclusão sob as lentes da boa-fé objetiva, sobretudo na acepção de tutela à legítima expectativa. Ainda que a livre atuação da parte possa incrementar a discussão promovida no processo, não poderá representar a injustificada quebra da confiança depositada pelos demais sujeitos do processo.

De fato, para que qualquer discussão tenha resultados produtivos – e no processo arbitral não é diferente –, é preciso que as manifestações de cada um dos interlocutores sejam consistentes e minimamente encadeadas, até mesmo porque a postura de cada um deles constituirá em larga medida um reflexo do contexto atual do diálogo em que esteja inserida.⁵⁴ Portanto, mesmo diante de um procedimento flexível, ofende o princípio da boa-fé (e, por esse ângulo, também o do contraditório) a renovação de atos já consumados e a prática de outros que sejam incompatíveis com aqueles outrora realizados. Essa sorte de desvio no debate somente poderá ser aceita no rito arbitral, e, portanto, desconsiderada para fins de preclusão, caso a parte indique causas objetivas para a alteração do discurso. Como se pode antever, tais escusas estarão normalmente ligadas à ocorrência de fatos novos ou ao desconhecimento de circunstâncias que teriam impactado a manifestação original.

Para melhor visualização do entendimento ora exposto, é possível conceber dois exemplos de aplicação da boa-fé no processo arbitral.

Em primeiro lugar, aventa-se a hipótese em que um dos litigantes tenha fundado os seus pedidos em um determinado contrato, que reputara válido, porém, após a formulação de pedidos reconventionais ou contrapostos pela parte contrária com base em outra cláusula dessa mesma avença, passe a sustentar que o instrumento está eivado por vícios na manifestação de vontade, aptos a conduzir à sua absoluta nulidade. Haverá, nesse caso, ofensa à boa-fé e nítida preclusão lógica, porquanto a segunda manifestação de vontade terá sido absolutamente incompatível com a primeira.

Da mesma forma, cogita-se da situação em que a parte guarde um argumento como “elemento surpresa” para somente o revelar em sede de exposição oral em audiência. Se a parte não for capaz de demonstrar objetivamente que (i) esse fundamento não se mostrava, ao início do processo, relevante, ou (ii) apenas lhe foi possível

54 “Os participantes têm de partir dos princípios do seu comportamento para esclarecer as expectativas recíprocas como condição prévia duma posterior convivência e isto significa moralizarem-se a si próprios e deixarem entrever consistência também como personalidades morais, como seres racionais. Na vida diária este dever de consistência de interpretação nos processos judiciais é ainda consideravelmente agravado em comparação com as exigências normais. O processo tem de chegar a uma decisão e tem, portanto, de poder referir-se com segurança a informações voluntárias ou involuntárias, fornecidas pelos participantes. Todos eles são exortados por meio do sentido e protocolo do processo judicial, a encarar com seriedade o seu comportamento e a considerar como obrigatório ter em conta estas expectativas como uma cadeia de promessas por meio da prova eliminatória da sua conduta” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Op. cit., p. 80). Sobre o tema, v. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Op. cit., p. 122.

formular a alegação naquele momento, também deverá ser coibido o ato desleal, por meio da regular incidência da preclusão.

Assim, traçadas todas essas considerações, vê-se que, a despeito de o ordenamento jurídico brasileiro ter franqueado grande liberdade às partes e aos árbitros para a fixação do procedimento – não impedindo, por exemplo, que se inove na discussão ou se retorne eventualmente a uma fase já encerrada (v.g. para a produção de uma prova que se mostrou posteriormente relevante) –, os objetivos e princípios informativos do devido processo legal arbitral sempre precisam ser considerados e ponderados com os elementos do caso concreto para a definição acerca da aplicabilidade, ou não, da preclusão.

5. Conclusão

A partir da análise realizada ao longo do presente estudo, é possível chegar às seguintes conclusões:

I. Uma das principais características geralmente atribuídas ao processo arbitral consiste na sua flexibilidade, que permite a fixação do procedimento de acordo com as peculiaridades do processo, fomentando a ampla participação das partes no diálogo processual e a construção, de forma criativa e cooperativa, de uma decisão mais propensa à pacificação social.

II. A flexibilidade do procedimento arbitral, contudo, não significa a inaplicabilidade, em absoluto, do fenômeno preclusivo. A preclusão é fundamental para que qualquer processo tenha regular desenvolvimento e para que possam ser concretizados princípios de cunho constitucional, como o contraditório, a duração razoável, a boa-fé objetiva e a segurança jurídica.

III. É essencial avaliar, em cada caso concreto, se a aplicação da preclusão servirá à implementação dos objetivos e dos princípios informativos do devido processo legal arbitral ou, ao contrário, se atentará contra a sua concretização, caso em que deverá ser afastada.

IV. Na aferição da incidência da preclusão, os atos comissivos e omissivos das partes deverão ser cotejados, em especial, com os princípios do contraditório, da isonomia, da imparcialidade do julgador e da boa-fé objetiva.

V. O princípio do contraditório determina que as partes sejam sempre ouvidas previamente a respeito da ocorrência da preclusão.

VI. Do mesmo modo, o contraditório impede que a preclusão seja aplicada quando puder tornar incompleto o diálogo travado no processo arbitral, inviabilizando a efetiva participação e influência das partes na formação da decisão. Nessa linha, se algum

dos sujeitos processuais houver deixado de tratar de algum tema que, naquele momento específico, ainda não era tido, de forma inequívoca, como pertinente para o deslinde da controvérsia, a matéria não deverá ser declarada preclusa.

VII. De acordo com o princípio da isonomia, a preclusão não poderá ser desconsiderada quando uma das partes deixar de obedecer, injustificadamente, aos prazos estipulados. A ausência de manifestação tempestiva acarretará preclusão temporal, sendo, contudo, facultado à parte participar das fases subsequentes do feito.

VIII. Caso o árbitro conceda benesses processuais a uma das partes, ignorando, de forma sistemática e sem razões legítimas, a ocorrência da preclusão temporal após o descumprimento de prazos processuais, essa conduta poderá suscitar questionamentos sobre a sua imparcialidade.

IX. Para além da análise de todos os demais princípios informativos do processo, é necessário que a boa-fé sempre esteja sempre presente na conduta da parte que será beneficiada com o afastamento da preclusão. Condutas desleais nunca poderão ser aceitas, de modo que não será lícito, por exemplo, que se furtem fundamentos do debate inicial, para se obter um ganho com a posterior apresentação de “elementos surpresa” ao longo do processo arbitral.

X. Como regra, a preclusão será empregada sempre que o seu afastamento puder gerar a quebra da legítima expectativa legitimamente gerada para a contraparte. Entretanto, o ato contraditório poderá ser aceito se a alteração do discurso for justificada de modo objetivo, notadamente diante da ocorrência de fatos novos ou do desconhecimento de circunstâncias que teriam afetado a conduta originalmente adotada.

6. Referências Bibliográficas

- ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, v. 158, mar-abr./1955.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de Direito Processual (sexta série)*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.
- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- _____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126, 2005.
- _____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010, 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CALAMANDREI, Piero. "Il processo come giuoco". *Rivista di Diritto Processuale*, v. V, parte I. Padova: Cedam, 1950.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, jul.-dez./2013.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Tratado da arbitragem: Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 19.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. Possibilidade de emendas e alterações a pedidos e o princípio da estabilização no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 35, out.-dez./2012.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da Lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDEZI, Renato Rezende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil, volume I*, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da lei de arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 51, out./1997.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MORALES, Nicolás Gamboa. "Notes on collection of evidence in international arbitration. Witnesses and experts". *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, out.-dez./2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.
- PICÓ I JUNOY, Joan. "El debido proceso leal. Reflexiones em torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal". *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. 9, 2006.
- PINHO, Humberto Dalla. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012.

- RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.
- RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, Eduardo Silva da. Regras arbitrais brasileiras: a fase dos regulamentos. In: *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015*. CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). São Paulo: Saraiva, 2016.
- TAMAKI, Luiz Henrique. *A preclusão no processo de arbitragem*. Dissertação de mestrado – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, v. 273, jul./2000.
- VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 23, jan.-jun./2009.