

A DECISÃO POR EQUIDADE: EQUIDADE E JUSTIÇA NA ARBITRAGEM BRASILEIRA

EQUITY DECISION: EQUITY E JUSTICE IN BRAZILIAN ARBITRATION

Arthur Montenegro Candemil*

RESUMO

Este artigo disserta acerca da decisão por equidade na arbitragem brasileira. Estabelece um panorama sobre este tipo de decisão, analisando a equidade propriamente dita, as relações subjetivas próprias de um conceito de justiça e os limites que devem ser seguidos pelo árbitro ao julgar por equidade, tanto os positivos, quanto os negativos. Por fim, são analisadas respostas de árbitros brasileiros sobre as suas opiniões e as experiências deles com a decisão por equidade, bem como analisados dados de Câmaras Arbitrais Brasileiras acerca do uso do julgamento por equidade para possibilitar uma conclusão mais acertada sobre a decisão por equidade na arbitragem brasileira.

ABSTRACT

The object of this article is equity decision in Brazilian arbitration. It sets an outlook on this kind of decision, studying equity itself, the subjective relationships particular to a concept of justice, and both the positive and negative limits the arbitrator is bound to observe when judging with equity. Finally, this article studies Brazilian arbitrators' opinions on and experiences with equity decision, as well as analyses Brazilian Arbitration Chambers' data on equity judgment, so as to bring about a sound conclusion on equity decision in Brazilian arbitration.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem brasileira. Decisão por equidade. Equidade. Limites para a decisão por equidade.

KEYWORDS

Brazilian arbitration. Equity decision. Equity. Limits on equity decision.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Decisões de direito e por equidade na arbitragem. 3. Concepções em torno da equidade. 4. Limitações objetivas a decisão por equidade. 4.1. Limites negativos à decisão por equidade. 4.2. Limites positivos à decisão por equidade (princípios inerentes à justiça). 5. O uso da decisão por equidade na arbitragem brasileira. 5.1. A decisão por equidade para os árbitros brasileiros. 5.2. A decisão por equidade nas Câmaras Arbitrais brasileiras. 6. Conclusão.

REFERÊNCIA: CANDEMIL, Arthur Montenegro. A decisão por equidade: equidade e justiça na arbitragem brasileira. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 242-257, abr. 2018.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem assume importância, no contexto atual em que estamos inseridos, devido à lentidão e burocracia com que a jurisdição estatal é prestada (ROCHA, 2008, p. 6), pois ela configura um dos tipos que são propostos pelo sistema multiportas, sistema este que propõe a resolução dos litígios sem o uso do judiciário, sendo a mediação outro exemplo proposto por este sistema. A arbitragem condiz, nesse passo, com uma justiça contratual, na qual as próprias partes podem decidir quais seriam os parâmetros a serem usados como embasamento para a resolução do conflito caso utilizem o modelo de cláusula compromissória cheia, definindo, assim, os parâmetros a serem utilizados para a

* Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

resolução do litígio¹. Os limites para tanto seriam o respeito à Ordem Pública e os costumes tidos como usuais (SANTOS, 2004, p. 42).

A ideia do procedimento arbitral, nos tempos contemporâneos, surge da busca por um meio célere, especializado, independente, discreto, entre outras qualidades existentes (SILVA, 2005, p.147). Partindo-se da ideia da autonomia das vontades, há a possibilidade de os contratantes utilizarem o procedimento arbitral, que terá um procedimento ajustável às peculiaridades e às vontades dos contratantes, como método de resolução dos conflitos que possam surgir a partir da relação contratual ao ajustarem cláusula compromissória cheia ou ao firmarem compromisso arbitral, resultando em uma sentença que vinculará as partes.

2 DECISÕES DE DIREITO E POR EQUIDADE NA ARBITRAGEM

Uma das características marcantes da arbitragem é o poder das partes de definir qual será o embasamento utilizado pelo árbitro para proferir a sentença: de direito, embasado na lei, *lex mercatoria*, entre outras fontes; ou por equidade, com base no senso de justiça do árbitro (CARMONA, 2009, p. 64).

Quando a arbitragem é de direito caberá ao árbitro utilizar normas jurídicas do direito positivo, seja do ordenamento jurídico vigente no país onde está estabelecida a relação jurídica entre as partes, seja de ordenamento jurídico estrangeiro. Em qualquer dos casos, viabiliza-se o uso de princípios gerais de direito. Nesse viés a decisão basear-se-á em princípios que “constituem o substrato comum das diversas normas positivas” (CARMONA, 2009, p. 71).

A referência a princípios gerais de direito, que de um modo ou outro dialogam com a noção de equidade, não desnatura a decisão como de direito. Assim porque o princípio deve estar reconhecido como integrante do ordenamento positivo. Um uso comum dessa aplicação condiz com a ingerência do princípio da boa-fé para fins de sustentar decisão, porque ainda que se trate de princípio geral do direito, está-se diante de norma positivada e assim reconhecida sua juridicidade no ordenamento.

Igualmente se deve levar em conta, em especial por seu uso comum em arbitragens comerciais internacionais, a *Lex Mercatoria*, que é uma variável dos princípios gerais do direito, pois se trata de um compilado de princípios gerais e regras resultantes do comércio internacional, sendo frequente seu uso em conflitos de comércio internacional (STRANGER, 1996, p. 145). Os bons costumes e usos, traços do direito consuetudinário, também configuram uma decisão por direito, caso sustentem

¹ Faz-se a ressalva quanto à possibilidade de no contrato haver a cláusula compromissória vazia que não prevê detalhes maiores do procedimento, mas apenas afasta do Judiciário o poder de decidir sobre eventuais litígios futuros e prevê a arbitragem como o meio a ser utilizado em caso de conflito, sendo oposta à cláusula compromissória cheia.

a decisão, pois o árbitro, ao julgar, vale-se de um critério já definido anteriormente, cuja juridicidade é previamente reconhecida (CARMONA, 2009, p. 72-73).

Por sua vez, o julgamento por equidade apresenta-se diferentemente, dado que não vincula necessariamente a decisão com o direito positivado, pois pode estar associado com a controvertida noção de justiça. O árbitro só poderá decidir por equidade se devidamente autorizado pelas partes,² sob pena de a sentença arbitral que vier a ser prolatada ser nula. A decisão do árbitro ou do colegiado, nesse cenário, estará ligada com os critérios escolhidos e tidos como justos para esses, não necessariamente representados pelo direito positivo. Quando diante de decisões por equidade, portanto, o árbitro poderá afastar o uso das regras de direito positivo para a resolução da questão quando julgar necessário para promoção de julgamentos mais justos. Como é de se constatar, a viabilidade desse critério para decisão é oriunda de um possível fator gerador de disparidades (CARMONA, 2009, p. 65). A decisão é proferida sob essa forma se, após a análise do caso em questão e das provas produzidas, não se vislumbra legislação aplicável ou se do direito positivo resultar iniquidade, sendo feita, portanto, com prudência (LEMES, 2007, p. 189-190).

O árbitro relativizará a aplicação da norma ao caso antes de proceder com o uso da equidade como parâmetro a ser utilizado, isto é,

[...] se o resultado prático está concordando com as expectativas das partes, tal norma deverá reger a hipótese concreta. Ao invés, caso a norma suscetível de aplicação, perante a hipótese intersubjetiva litigiosa, contrariar os valores, os anseios e as expectativas dos sujeitos envolvidos no compromisso arbitral, o árbitro jamais deverá aplicá-la. (FURTADO; BULOS, 1998, p. 31).

A decisão por equidade em algumas situações pode ser a única solução para a resolução do conflito (MARTINS, 2011). A possibilidade do julgamento por equidade, se assim for escolhido pelas partes, decorre da ideia de justiça “aplicada à situação da vida, através da interpretação, integração, individualização judiciária, adaptação da norma etc. Nessa acepção, equidade é a revelação do justo no caso concreto” (FURTADO; BULOS, 1998, p. 30). Desta forma, a equidade proposta pelo art. 2º da Lei de Arbitragem não serve apenas para preencher vazios existentes nos textos, mas serve também como técnica interpretativa, sendo essa em seu sentido amplo, considerando a integração, a adaptação, a individualização, entre outros (FURTADO; BULOS, 1998, p. 30).

Importante anotar que o julgamento por equidade não faz dispensar ao procedimento arbitral a garantia de uma gama de direitos fundamentais processuais (MUNIZ, 2015, p. 73). Por esse motivo, mesmo que o árbitro esteja autorizado pelas partes para decidir por equidade, manter-se-á o dever de

² “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes; [...]”

fundamentar,³ a sua decisão colacionando os fatos que julgou pertinentes, além dos motivos que o fizeram chegar a tal conclusão sob pena de nulidade da sentença proferida⁴ (FURTADO; BULOS, 1998, p. 105).

Embora seja corrente a dicotomia entre decisões fundadas em direito positivo, de um lado, e em equidade, de outro, deve-se reconhecer que é efetivamente difícil, senão impossível, que reste aplicado o direito positivo sem recurso a equidade, ao menos como parâmetro interpretativo da legislação. Também é interessante ter em conta que as autorizações para decisões por equidade realizam pragmaticamente a oportunidade de libertar o árbitro das amarras previamente tratadas pelo direito positivo, mas não se impõe sejam ignoradas essas previsões. Até porque, espera-se que na maior parte das vezes, que das regras de direito positivo decorram soluções também equânimes.

3 CONCEPÇÕES EM TORNO DA EQUIDADE

A equidade é uma das ferramentas criadas para solucionar o problema da distância entre o texto presente na legislação e a particularidade do caso concreto (ALVAREZ, 2015, p. 33). De acordo com Rawls “o princípio da equidade tem duas partes: a primeira estabelece que as instituições ou práticas em questão devem ser justas; e a segunda caracteriza os atos voluntários exigidos [de cada indivíduo para um convívio harmonioso]” (RAWLS, 2016, p. 134). Quando o árbitro percebe que a aplicação de uma dada previsão legislativa resultaria em decisão injusta, a ideia de equidade sustentaria o afastamento de seu uso, dando conta de um julgamento a partir de análise tópica.

Os sentidos possíveis dessa aplicação são variados, sendo pertinente a referência aos tipos de equidade, consoante exposição de Giovanni Verde, para assim correlacionar com qual é o tipo presente na arbitragem por equidade. Trata-se dos vieses formativo, supletivo e substitutivo da equidade (VERDE, 2005, p. 125).

Como explica o autor italiano, a equidade formativa tem lugar de incidência quando existe uma vagueza na previsão legislativa e é permitido o uso de equidade para preencher e esclarecer os textos vagos (VERDE, 2005, p. 125-126). Como exemplo para tal tipo de equidade é possível a citação da previsão do art. 421 do CC que prevê que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, isto é, o juiz terá de realizar uma análise se o caso fático se enquadra na vagueza presente no texto, sendo a equidade formativa o meio para se chegar a uma conclusão.

³ “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: [...]; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; [...].”

⁴ Interpretação sistemática do art. 32, IV e do art. 26, II da Lei 9.307/96: “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...]; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; [...].”

Por sua vez, na chamada equidade supletiva o texto trará apenas a hipótese de aplicação da lei, sem efetuar uma ligação com a consequência jurídica. Nesse cenário, caberá ao juiz utilizar sua determinação equitativa (VERDE, 2005, p. 126), como ocorre na definição de valores ou elementos não constantes na norma jurídica, como em uma quantificação do valor da indenização decorrente da condenação ao pagamento de indenização por danos morais causados.

Por fim, a equidade substitutiva importa a autorização de o juiz decidir o caso de modo diverso da previsão legal. Parte-se da ideia de que as leis são formuladas abstrata e abrangentemente, sendo que o caso concreto, embora se enquadre nas hipóteses de subsunção, produz resultados que em sua excepcionalidade precisam ser revistos (VERDE, 2005, p. 126).

As chamadas decisões por equidade, quando previstas na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, fazem, a rigor, referência à última expressão de equidade, ao passo que as primeiras são inerentes à aplicação do direito codificado, não podendo ser afastadas sequer em julgamentos chamados de direito. A equidade substitutiva, quando autorizada pela vontade das partes, permite ao árbitro afastar o uso da lei, caso julgue se tratar de questão de justiça no momento de arbitrar.

4 LIMITAÇÕES OBJETIVAS NA DECISÃO POR EQUIDADE

Pergunta importante e inerente ao julgamento por equidade, quando for afastado o uso da lei, é “o que é justiça?”. O subjetivismo do termo justiça é enorme, fazendo com que haja vagueza e ambiguidade em seu significado, configurando como justiça o código de valores necessários a serem seguidos por um indivíduo ou por um grupo social, assim compreendida a sua ideologia (CARVALHO, 2005, p. 228). Nesse passo, há larga variabilidade da noção de justo conforme o contexto sociocultural em que se inserir o árbitro.

Nesse ponto, o direito positivo congrega formas de distribuição de bens da vida a partir de uma dada concepção de justiça, que em ambientes democráticos devem ser fundadas em um pacto de representatividade e cidadania, com a consideração de direitos e participações na vida política. Quando, no entanto, se relega à escolha do árbitro a aplicabilidade ou não da legislação, instituindo julgamentos por equidade, se dá espaço a uma sujeição fundada em ato de vontade dos contratantes, cujo conteúdo ou critérios de distribuição de bens da vida são deles, *a priori*, desconhecidos, pois dependerão dos modos de perceber o mundo, das hierarquias de valores e das ideologias presentes no árbitro, que não necessariamente são coincidentes com a dos contratantes, nem precisam estar amparadas em dinâmicas políticas democráticas envolvendo coletividades.

Assim sendo, são de grande importância a preservação e observância de limites ao árbitro quando decide por equidade. Ditos limitadores são presentes na Lei de Arbitragem e também decor-

rentes das fundações do ordenamento jurídico. Dessa forma, figuram como limites intransponíveis, ainda que o árbitro conceba compreensão de justiça disforme. Dão por assim dizer, um tom de objetividade no julgamento por equidade, estabelecendo parâmetros mínimos de sua aplicação.

4.1 Limites negativos à decisão por equidade

No *caput* e no §1º do art. 2º da Lei de Arbitragem⁵ não há previsão expressa acerca dos limites a serem seguidos pelo árbitro quando resolver por equidade, pois estabelece que as partes poderão escolher qual será o direito aplicável à solução do conflito, entretanto, no julgamento por equidade, quando afastado o uso da lei, o árbitro não usará legislação alguma. Todavia, depreende-se que a ordem pública também neste tipo de decisão servirá de limitador (VALLE, 2012, p. 142) além dos bons costumes (CARMONA, 2009, p. 68), mediante uma interpretação mais aberta do artigo em questão.

A ideia de ordem pública consagra “um conceito extremamente vago”, cuja apreensão depende do contexto, merecendo “ser lido de tempos em tempos, conforme a realidade da época” (BERALDO, 2014, p. 47). Essa conceituação, porém, possui reconhecimento do ordenamento jurídico, correspondendo respeito à vida, à organização da vida social e à isenção de perigo da prosperidade da comunidade (DINIZ, 2010, p. 455). Assim entendida, a ordem pública é reconhecida como o conjunto de valores fundamentais de uma sociedade – nos quais estão ao centro a ideia de direitos fundamentais – em seus níveis nacional e internacional. Condição, portanto, à totalidade das normas que são essenciais à convivência nacional (DINIZ, 2010, p. 457).

Usualmente a noção de ordem pública opera como limitadora de atos do Estado à aplicação do direito ou de reconhecimento de atos estrangeiros (VALLE, 2012, p. 178), como é assaz comum em exame para *exequatur* em cartas rogatórias ou para homologação de sentenças estrangeiras no Superior Tribunal de Justiça (CF/1988, Art. 105, I, i).

No que concerne à arbitragem internacional, é possível afirmar que há uma aplicação mais restritiva e variada do conceito de ordem pública quando for o caso de reconhecimento de sentença estrangeira como bem aponta Joaquim de Paiva Muniz ao analisar o SEC 802 do STJ (MUNIZ, 2015, p. 68). Em relação ao julgado referido, nele havia o pedido de homologação de sentença estrangeira por parte da requerente, Thales Geosolutions INC, mas a requerida alegou que não seria possível proceder com tal homologação, pois a requerente não teria obedecido o previsto na Portaria da Marinha nº 0308/90 de entregar os “Dados Brutos” oriundos de levantamentos realizados no Rio, ofendendo,

⁵ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

assim, a Ordem Pública. A requerente não realizou tal procedimento previsto na Portaria sob força do previsto no artigo 1.092 do CC/1916⁶. Mesmo não tendo obedecido o previsto na legislação, a requerente teve a sentença estrangeira homologada, ou seja, foi conferida a possibilidade de uma restrição do viés da Ordem Pública, pois a não obediência do previsto na legislação não acarretou em nulidade e a sentença estrangeira foi homologada.

Coadunando com o exposto, é possível afirmar que a interpretação da Ordem Pública e de sua infringência, gerando nulidade na sentença arbitral, será vista de maneira restritiva, a fim de garantir que a autonomia que foi conferida ao árbitro seja posta em prática.

Em relação aos bons costumes, pode-se falar que a definição ficou a critério da doutrina e jurisprudência, dado que não se encontra na legislação sua definição (BERALDO, 2014, p. 45). Nessa linha, curiosamente, a própria noção de bons costumes como limitador de julgamentos por equidade pressupõe a aplicação de uma regra de equidade supletiva, nos termos antes descritos. De qualquer modo, é possível afirmar que como bons costumes se tem a honestidade e o comportamento adequado que se espera das pessoas (CARMONA, 2009, p. 68). Ademais, autores contemporaneamente consideram que a ideia de bons costumes se imiscua com a de ordem pública (MUNIZ, 2015, p. 65).

4.2 Limites positivos à decisão por equidade (princípios e postulados inerentes à justiça)

Limites positivos são as questões que precisam ser avaliadas e consideradas quando diante da prática de um julgamento por equidade se afastar o uso da lei. Esse modo de julgar impõe não somente vedações (não violação da ordem pública e bons costumes), mas também a atuação ativa de enquadramentos para proceder ao julgamento. Assim sendo nada tem em relação com a positivação de atuações em lei, mas sim com aspectos que peremptoriamente devem ser respeitados para que a decisão por equidade se mostre juridicamente válida.

Como se observará, tratam-se de considerações necessárias para a vida em sociedade organizada, bem como regras gerais de conduta e enfrentamento do direito. Nessa linha, dado que alguns são pressupostos de organização da vida em sociedade, no entendimento de Rawls (RAWLS, 2016, p. 158), a respectiva consideração importa parâmetros de segurança jurídica à arbitragem, sendo assim afastando a possibilidade da ocorrência de arbitrariedade e discricionariedade na decisão a ser proferida, além de estar abrangido dentro dos limites pré-estabelecidos.

⁶ “Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfaze-la.”

Nessa linha, fala-se de repercussões acerca da noção de igualdade, tanto no relativo ao tratamento equânime, como na consideração das desigualdades econômicas e sociais. Adicionalmente se impõem as noções de adequação e de proporcionalidade. Assim sendo, mesmo que autorizadas decisões *de lege ferenda*, ainda assim há critérios indispensáveis para a respectiva aplicação, estabelecendo-se limites que impõe um agir ao árbitro diante de julgamentos autorizados por equidade.

Quando se perquire sobre igualdade, a sua primeira expressão condiz com a garantia e a existência de liberdades fundamentais para haver um exercício pleno da cidadania democrática (MOLLER, 2006, p. 67). Nisso resta consagrada a ideia de que todos devem ser tratados de maneira igualitária, sem favorecimentos. Por conta disso, é indispensável limitar disparidades sociais e econômicas decorrentes de um contexto erigido sob a organização social centrada em propósitos particulares (MOLLER, 2006, p. 73) e, também por vezes, egoísticos. Nessa linha, para reduzir os efeitos de desigualdade, ainda que não se a elimine, é regra de justiça que se admita e considere materialmente a igualdade, por meio do tratamento diferenciado de desiguais, sendo essa uma importantíssima projeção sua.

Na arbitragem, o ideal é que as situações de desigualdade materiais não estejam minimamente presentes, permitindo-se um tratamento isonômico inclusive na sua feição formal, dando-se a isso um campo de ótimo aproveitamento ao procedimento arbitral. Contudo, se desiguais os contratantes, dita desigualdade não pode interferir a ponto de impedir ou dificultar a livre manifestação das vontades e das posições de interesse juridicamente tuteláveis, nem mesmo criar óbices aos espaços argumentativos e processuais inerentes ao litígio, sob pena de esmorecer os fundamentos de liberdade que são necessariamente correlatos à viabilidade da arbitragem.

O postulado da adequação utiliza uma relação empírica entre o meio e o fim, de modo que o meio deverá ser o adequado para que se alcance ao fim almejado (ÁVILA, 2016, p. 209). Na arbitragem, o meio utilizado pelo árbitro deverá ser adequado para uma resolução inteligente e efetiva do caso, para assim solver-se o conflito em questão. Condizendo, portanto, de forma indissociável com a noção de justiça a escolha de meios que melhor promovam o fim, de forma a produzir a menor gravosidade possível às partes (ÁVILA, 2016, p. 212).

Por exemplo, um caso em que esteja sendo discutido apenas a eficácia ou não das deliberações ocorridas em uma Assembleia Geral Extraordinária de uma sociedade que destituiu determinado acionista do cargo de administrador, bem como o excluiu da sociedade, o árbitro deverá, na sentença arbitral, proferir uma decisão apenas sobre a validade ou não da deliberação e não também sobre a necessidade de haver uma reparação, por parte do excluído, à sociedade, dado que não seria adequado.

O postulado da proporcionalidade realiza um paralelo entre importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos (ÁVILA, 2016, p.217). A sanção que será imposta à(s) parte(s) terá que ser bem justificada, isto porque haverá uma restrição a algum direito, ainda que seja direito disponível, pois assim cumprirá com o previsto no art. 26, II da Lei de Arbitragem⁷.

A título exemplificativo, pode-se citar o caso hipotético de uma convenção arbitral sediada no Brasil em que a requerente pede a oitiva de testemunhas na Argentina, alegando que elas são de extrema importância para a resolução da controvérsia, o Tribunal Arbitral realiza videoconferência para a oitiva das testemunhas, mas elas em nada acrescentam para ajudar na produção de provas. A parte que requereu a oitiva de testemunhas acaba por ganhar a causa, sendo que a parte derrotada será quem arcará com os honorários do Tribunal, mas o árbitro deverá usar a proporcionalidade para realocar a porcentagem das despesas, pois quem requereu a oitiva das testemunhas que em nada acrescentaram na arbitragem foi a outra parte.

5 O USO DA DECISÃO POR EQUIDADE NA ARBITRAGEM BRASILEIRA

5.1 A decisão por equidade para os árbitros brasileiros

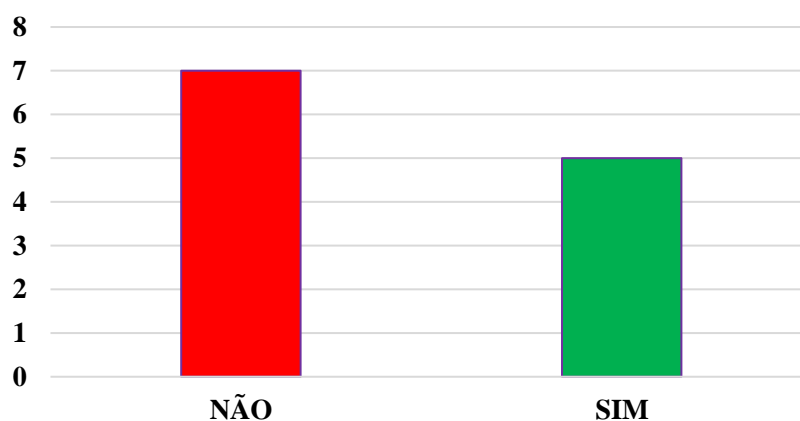
A partir do permissivo para julgamento na arbitragem por equidade, propõe-se questionar, na experiência pragmática da arbitragem no Brasil, como se portam diferentes árbitros diante desse tipo de julgamento. Nessa linha, visando a uma elucidação, foi efetuado contato com 12 experientes árbitros e árbitras, tendo muitos desses atuado diretamente para o desenvolvimento da arbitragem doméstica. Os contatos foram efetuados por e-mail, viabilizando um alcance maior no número de entrevistados, uma agilidade maior na obtenção dos resultados e na apuração, para que relatassem:

- i) “A/O Senhor(a) já decidiu por equidade em algum procedimento arbitral?”;
- ii) “O que a/o Senhor(a) usaria para decidir usando a equidade?”; e
- iii) “Como a/o Senhor(a) se sentiria para decidir usando a equidade?”.

Ressalva-se que não será efetuada a divulgação dos árbitros e árbitras participantes da pesquisa, pois se assumiu a confidencialidade para não haver a possibilidade de antecipação de posicionamento que cada um possui sobre a decisão por equidade, bem como que não serão divulgadas as respostas que foram dadas por cada um, respeitando, assim, a discrição característica das questões envolvendo procedimentos arbitrais.

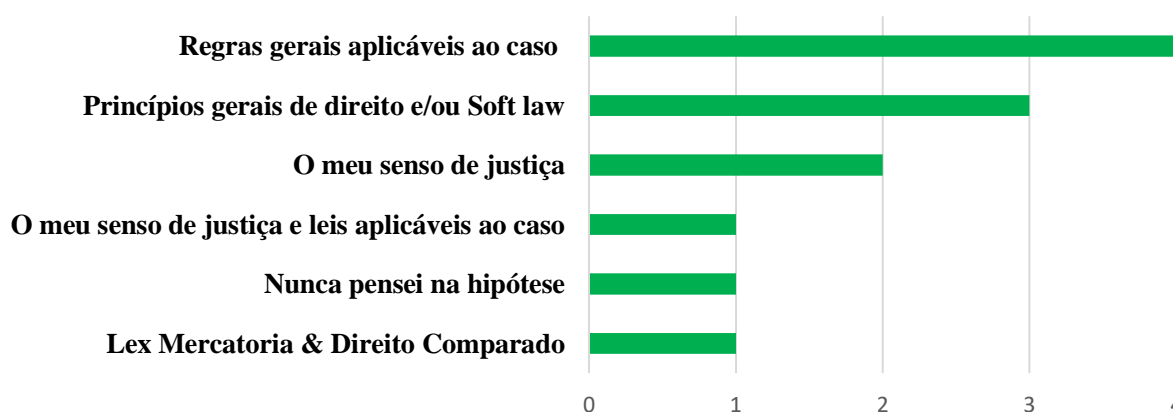
⁷ “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: [...]; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; [...]”

A primeira pergunta, “A/O Senhor(a) já resolveu por equidade em algum procedimento arbitral?”, teve por intenção perceber a ambientação dos árbitros com o proceder de decisões por equidade na prática brasileira, assim designando as respostas:



Vê-se que dos 12 entrevistados, 5 já tiveram contato com um procedimento arbitral ao qual tiveram que afastar o uso do direito positivado para resolver o caso, enquanto que os outros 7 restantes não tiveram contato com o proferimento de uma sentença arbitral resolvida por equidade. O que se depreende, em uma primeira análise, é que o uso da decisão por equidade é menor do que o uso da decisão por direito, sendo pequena a diferença entre o número de árbitros e árbitras que tiveram experiência com o julgamento por equidade e os que não tiveram, essa pequena diferença talvez esteja associada com o fato de que são árbitros que realizam diversos procedimentos arbitrais. Entretanto, essa diferença pequena não leva em conta a diferença entre a totalidade de procedimentos arbitrais de direito e os por equidade que os entrevistados e entrevistadas realizaram, fazendo com que não se possa afirmar que a diferença entre o uso dos dois seja pequena em números totais.

A segunda questão, “O que a/o Senhor(a) usaria para decidir usando a equidade?”, teve como escopo trazer à tona critérios objetivos para proceder o julgamento por equidade, na prática de árbitros e árbitras. No caso, para apuração das respostas, consolidou-se as palavras chave e ideias gerais trazidas, viabilizando um estudo comparativo entre as variadas gamas de respostas:



Pelas respostas dadas, ainda que algumas sejam próximas umas das outras e mais objetivas, percebe-se que não existe uma definição coesa de o que cada árbitro se embasaria para resolver o litígio quando se encontrasse em uma situação de ter de afastar o uso das fontes de direito, demonstrando quão complexa é a definição de qual parâmetro seria o utilizado pelos árbitros no momento de resolver por equidade. A resposta “*meu senso de justiça*”, respondida por 2 árbitros, representa uma enorme subjetividade a qual torna incerto, em primeiro plano, o que o/a árbitro/árbitra irá usar como balizador para decidir a controvérsia, entretanto, isso não significa que esses árbitros resolveriam ao bel-prazer deles, mas apenas que a fonte orientadora deles seria algo que, à primeira vista, seria de indefinição.

Constata-se uma variável da resposta analisada anteriormente, “*o meu senso de justiça e leis aplicáveis ao caso*”, a qual foi respondida por um árbitro, essa resposta traz um limite objetivo ao subjetivismo atrelado ao senso de justiça do árbitro, sendo este limite as regras que o árbitro considere pertinentes ao caso. Quanto as outras duas respostas que foram dadas de maneira única: “*nunca pensei na hipótese*” e “*Lex Mercatoria e Direito Comparado*” representam, respectivamente, que o árbitro tem como pouco usual a decisão por equidade e que diante disso, ele nunca pensou na possibilidade de decidir por equidade; a interpretação que se depreende da resposta seguinte é que procuraria-se uma fonte que servisse de parâmetro para a resolução do caso concreto, procurando como a matéria posta em controvérsia foi resolvida no âmbito internacional através dos usos e costumes do direito internacional comercial.

Os “*princípios gerais de direito e/ou Soft law*”, definidos por três árbitros como meios a serem utilizados em uma decisão por equidade, configuram uma proximidade aos limites positivos e negativos que deverão ser seguidos pelo árbitro conforme visto no terceiro tópico em se tratando dos princípios gerais de direito. Em relação ao *Soft law*, ainda que não seja vinculante, pois configura diretrizes proferidas por órgãos de renome internacional para determinado assunto como, por exemplo, as *IBA Guide Lines* para a matéria de conflitos de interesses em empresas, traz uma maior previsibilidade e redução da discricionariedade que é um dos maiores temores das partes.

Quanto a resposta “*as regras gerais aplicáveis ao caso*”, tem-se que caso o árbitro ou árbitra não encontre vedação a uma legislação específica, ele ou ela poderiam utilizar a regra que julgasse aplicável ao caso e procederiam com o uso da equidade caso fosse necessário. Assim, os árbitros teriam uma maior certeza na fonte a ser utilizada para proferir a decisão, motivo que faz com que se presume porque essa é a resposta com a maior adesão entre os entrevistados.

Por fim, a terceira pergunta, “*Como a/o Senhor(a) se sentiria para decidir usando a equidade?*”, procura demonstrar o conforto com que os árbitros e árbitras possuem ao ter de proferir um laudo arbitral por equidade:

Respostas	<i>Desconfortável até certo momento, após definidos os parâmetros a serem seguidos, confortável</i>	<i>Desconfortável</i>	<i>Confortável</i>
Frequência	1	4	7
Porcentagem	8%	33%	58%

A maioria dos entrevistados e entrevistadas se sentiria confortável ao proferir a decisão por equidade, independentemente de estar ou não usando o direito como suporte da decisão, fato que demonstra que o fato de não haver uso de alguma fonte mais formal de direito, por assim dizer, não traz, necessariamente, uma insegurança aos árbitros até porque, como visto na pergunta acima, eles e elas usariam parâmetros orientadores como *ratio decidendi*. Em relação a resposta “desconfortável até certo momento, após definidos os parâmetros a serem seguidos, confortável” reflete que após uma análise do caso e checar qual parâmetro é passível de ser o balizador da decisão por equidade, a pessoa se sentiria confortável para elucidar o caso, ou seja, uma fonte na qual se basear traz segurança e a aproximaria da decisão por direito.

Quanto as árbitras e aos árbitros que se sentiriam desconfortáveis ao decidir por equidade, talvez tal resposta possa ser explicada pelo fato de não encontrarem um critério mais objetivo que seja o balizador para sentença. A grande preocupação do árbitro sempre será de que a sentença “pare em pé”, isto é, que as partes aceitem o decidido, o que no caso da decisão por equidade resta mais complicado, porque não haverá uma lei que preveja e embase a *ratio decidendi* da sentença.

5.2 A decisão por equidade nas câmaras arbitrais brasileiras

Com o escopo de perquirir sobre a extensão do uso de arbitragens por equidade no direito brasileiro contatou-se quatro conhecidas Câmaras de Arbitragem brasileiras, as quais disponibilizaram informações através de e-mails em que se questionava:

- i.) “Qual o número de procedimentos arbitrais realizados nos últimos 5 anos?”;
- ii.) “Qual o número desses procedimentos que foram decididos por equidade?”.

Os números trazidos por esse estudo são apenas quantitativos, respeitando a discricção usada em procedimentos arbitrais, fazendo com que a matéria arbitrada não seja posta em questão, mas sim que se perceba o emprego da equidade como o critério que o árbitro terá que obedecer no momento da decisão. Ainda se faz a ressalva que não resta preciso se nos casos citados o árbitro realmente resolveu por equidade ou se ele tinha a possibilidade, mas já permite uma reflexão sobre a possibilidade se este tipo de decisão estar permitido.

Pois bem, o Centro de Mediação e Arbitragem da OAB/RS, provavelmente, por se tratar de uma câmara recente, não realizou nenhum procedimento arbitral até o presente momento. A CAMERS (Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do CIERGS) nos últimos 5 anos realizou 6 procedimentos arbitrais, os quais nenhum foi decidido por equidade. A ARBITAC (Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná) realizou 71 Arbitragens nos últimos 5 anos, sendo que apenas 5 desses procedimentos foram resolvidos por Equidade. A CBMAE (Confederação Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial) realizou um total de 80 procedimentos arbitrais nos últimos 5 anos, entretanto, nenhum dos laudos proferidos foi decidido por equidade, referindo ainda a CBMAE que em todos os procedimentos arbitrais realizados havia a possibilidade da resolução por equidade.

O fato da CBMAE, não ter realizado nenhum procedimento arbitral decidido por equidade dos 80 que realizou nos últimos 5 anos é bem expressivo no sentido de que as decisões por equidade não costumam ser proferidas nem de maneira esporádica nessa Câmara. Até mesmo a ARBITAC, segunda instituição, entre as entrevistadas, que realizou o maior número de procedimentos arbitrais nos últimos cinco anos, realizou uma quantidade ínfima de apenas 5 arbitragens decididas por equidade em relação a totalidade de 71 procedimentos. Em relação as outras duas Câmaras, tem-se que seria ainda mais improvável o uso da decisão equidade, pois CAMERS processou apenas 6 procedimentos e a Câmara da OAB/RS não realizou nenhum procedimento.

Através dos dados coletados, portanto, resta evidente, ainda que não haja um grande número de procedimentos arbitrais elencados na pesquisa, que a decisão por equidade, mesmo que seja a mera possibilidade de afastamento do uso de leis, usos e costumes, não é um meio usual previsto nas cláusulas compromissórias ou nos compromissos arbitrais.

6 CONCLUSÃO

Na arbitragem busca-se um processo mais célere, especializado, discreto, tendo a perspectiva contratual no centro de sua instituição. Essa consideração permite a eleição pelas partes de um julgamento por equidade. Contudo, apesar de ser conceito historicamente trabalhado no direito, o julgamento por equidade determina incertezas de critérios a serem adotados pelo árbitro, seja pela possível indicação subjetiva de justiça como balizador, seja pela ausência de identificação objetiva de limites e suas extensões a serem seguidas quando diante desse tipo de julgamento.

Entretanto, percebe-se que a decisão por equidade não fica imersa em um éter incerto de “um tudo pode”, pois é notório que a própria Lei de Arbitragem impõe limites negativos positivados, a Ordem Pública e os Bons Costumes. Além que também existem limites positivos como o princípio da

igualdade de tratamento, o princípio das desigualdades econômicas e sociais, princípio da adequação e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

O risco de larga subjetividade em função do permissivo de julgamento por equidade pode ser considerado como um fator de menor incidência de decisões por equidade na arbitragem brasileira, como sugerem os dados coletados. Nisso, a análise das respostas de árbitros e árbitras, bem como os dados disponibilizados pelas Câmaras Arbitrais permitem identificar uma preferência de resolução dos litígios sob a forma de julgamentos por direito, fazendo com que o árbitro fique vinculado à legislação que as partes optaram como embasamento do laudo que virá a ser proferido.

No entanto, conforme defende Martim Della Valle, há uma possibilidade de crescimento do uso de julgamentos por equidade ao longo do tempo, havendo, assim, uma maior sedimentação do conceito de justiça no âmbito arbitral, com maior estabilidade sobre os critérios de decisão de modo que “aos poucos cria um corpus que permite um estudo do que tem sido considerado “justo” no país.” (VALLE, 2013, p. 185). É possível, portanto, afirmar que a arbitragem por equidade no Brasil tem uma perspectiva de crescimento para o futuro, em que em determinadas matérias será mais usada que a arbitragem por direito, neste sentido: “[a equidade] possui um enorme campo de utilização, com a flexibilidade necessária para as questões complexas, que necessitem de soluções de proporcionalidade” (VALLE, 2013, p. 185).

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileira interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lâmega. *Lei da Arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Co-

ords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Pedro Batista. Confiança das partes determina quem será o árbitro do processo. *Valor Econômico*, 01 dez. 2011.

MOLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Antonio Fabris, 2006.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. Rev. téc. e da trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais de arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

VALLE, Martim Della. *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. São Paulo: Atlas, 2012.

VALLE, Martim Della. Arbitragem por Equidade: comentário à sentença arbitral *ad hoc* proferida em 26.01.1989. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 38, abr./jun. 2013.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile: parte generale*. v. 1. Nápoles: Jovene, 2005.

