Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

ARBITRAGEM POR EQUIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: DIFICULDADES E LIMITAÇÕES

EQUITY IN ARBITRATION IN BRAZILIAN LAW: CHALLENGES AND LIMITATIONS

Artigo submetido em 30 de abril de 2024
Artigo aprovado em 09 de maio de 2024
Artigo publicado em 30 de junho de 2024

Cognitio Juris
Volume 14 – Número 55 – Junho de 2024
ISSN 2236-3009

.

Autor(es):
Herbert Targino Filho[1]
Marcos Diaz Junior[2]

.

Resumo: O presente artigo objetiva delinear e traçar contornos sobre as principais características da arbitragem por equidade no direito brasileiro, abordando suas raízes históricas e as dificuldades enfrentadas, bem como as limitações na aplicação do instituto. A pesquisa se realizou mediante consulta à legislação, à doutrina e à jurisprudência no tocante à arbitragem por equidade, com especial enfoque na análise filosófica da obra de Aristóteles para analisar se a equidade resta, de fato, materializada na arbitragem por equidade.
Palavras-chave: Arbitragem. Equidade. Jurisdição. Justiça.

Abstract: This article aims to outline the main characteristics of equity in arbitration in Brazilian law, addressing its historical roots and the difficulties faced, as well as the limitations for its application. The research was carried out by consulting the legislation, doctrine and jurisprudence regarding arbitration in equity, with special focus on the philosophical analysis of Aristotle's work to analyze whether equity remains, in fact, materialized in arbitration in equity.
Keywords: Arbitration; Equity; Equity in arbitration; Law.

1. INTRODUÇÃO E CONTEXTO:

O tema deste trabalho centra-se na análise da arbitragem por equidade, que consiste na prerrogativa do árbitro de decidir uma controvérsia com base nos elementos que considerar mais justos, sem estar restrito à aplicação das normas positivas. Essa prerrogativa está disciplinada no artigo 2º da Lei n° 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), destacando a função substitutiva da equidade.

A arbitragem desempenha um papel crucial na busca pela segurança jurídica nas relações comerciais e contratuais, uma vez que proporciona às partes um meio alternativo de solução de controvérsias, evitando a morosidade e os entraves do sistema judicial tradicional. A importância da segurança jurídica nesse contexto não pode ser subestimada, pois representa a confiança e previsibilidade necessárias para o bom funcionamento das relações sociais.

No entanto, a segurança jurídica não deve ser vista apenas como um fim em si mesma, mas sim como um instrumento para a consecução da justiça. Afinal, a busca pela justiça é o objetivo primordial do ordenamento jurídico, e a segurança jurídica é um dos pilares para alcançá-la. Nesse sentido, a equidade desempenha um papel importante e facilitador para se atingir a justiça em sua forma suprema.

Ao permitir que o árbitro decida uma controvérsia com base em critérios de equidade, sem ficar adstrito às normas positivadas, a arbitragem oferece a flexibilidade necessária para

adaptar a solução às particularidades do caso concreto. A equidade permite que sejam consideradas as circunstâncias específicas, os valores e as necessidades das partes envolvidas, contribuindo para um resultado mais justo e equilibrado.

A problemática apresentada levanta uma reflexão sobre a possibilidade de alcançar uma sentença arbitral justa sem recorrer a normas positivadas, especialmente sob a perspectiva aristotélica. Nesse sentido, é necessário analisar se a equidade aristotélica é alcançada na prática e se a utilização de normas de direito positivo representa um obstáculo para sua concretização.

A metodologia adotada neste trabalho baseia-se nos métodos dedutivo, dialético e explicativo. Além disso, a pesquisa possui natureza descritiva e utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica, com consulta à legislação, doutrina, artigos, jurisprudência, trabalhos científicos e, em especial, a obra "Ética a Nicômaco" escrita por Aristóteles.

Diante disso, o presente artigo se propõe a realizar a análise da equidade, utilizando como base a visão aristotélica como ponto de partida para melhor compreensão de como esse conceito pode ser aplicado para o atingimento da noção geral da justiça em julgamentos jurídicos.

O objeto presente artigo é traçar contornos e delinear as principais características da arbitragem por equidade no direito brasileiro, resgatando suas raízes históricas e abordando as dificuldades enfrentadas na aplicação do instituto. Ademais, o artigo também tem a finalidade demonstrar as limitações imposta à arbitragem por equidade.

2. NOÇÃO HISTÓRICA DE EQUIDADE

O termo equidade é um termo que está sujeito a diversos significados e conceituações, que podem variar conforme a escola doutrinária e o momento histórico.

Desde a Grécia antiga, a equidade é objeto de discussões e de conceituações. Ainda que não

tenha sido o primeiro a alcunhar o termo, Aristóteles foi o primeiro a se aprofundar sobre o assunto[3], em especial em sua obra "Ética a Nicômaco", viabilizando discussões doutrinárias pertinentes ao tema julgamento por equidade.

Aristóteles possui duas grandes obras sobre a equidade: *Ética a Nicômaco* e *Arte Retórica*.

Na obra Arte Retórica, há uma celebre passagem que evidencia que, na Grécia antiga, era possível a prolação de decisão por equidade na arbitragem, em detrimento decisões fundamentadas exclusivamente na lei:

"Mostrar-se equitativo é ser indulgente com as fraquezas humanas; é também ter menos consideração pela lei do que pelo legislador; ter em conta não a letra da lei, mas a intenção do legislador; ter em conta não a letra da lei, mas a intenção do legislador, não a ação em si, mas a ação premeditada; não a parte, mas o todo; não o estado atual do acusado, mas sua conduta constante, ou sua conduta na maioria das circunstâncias. É também lembrar-nos do bem, mais do que o mal que nos foi feito, dos benefícios recebidos mais do que dos concedidos. É ainda suportar uma injustiça que nos fere, preferir resolver uma desavença amigavelmente a apresentar uma ação no tribunal; recorrer a uma arbitragem mais do que a um processo, porque o árbitro considera a equidade e o juiz a lei. Os árbitros foram instituídos justamente para permitir o exercício da equidade."[4]

Da leitura da referida passagem, é possível concluir, pois, com razoável certeza, que, desde a Grécia antiga, existia a possibilidade de decisão de arbitragem baseada na equidade[5].

A definição clássica de equidade utilizada por Aristóteles é a *epieikeia*,[6] que, para ele, seria uma virtude que visa a retificação e correção das deficiências da lei quando esta falha em lidar com situações particulares.

Por essa razão, diz-se que, na doutrina de Aristóteles diferencia-se a justiça entre *justo* e *equânime*. A equidade deve ser compreendida como um temperamento ao critério geral de

que a lei contém o justo[7]. O equitativo é, pois, o justo, "*...mas não o legalmente justo e sim uma correção da justiça legal*"[8], que tem por principal objetivo a preservação da *Eudaimonia*, i.e., o bem-estar humano.

A equidade desempenha um papel central na filosofia ética e jurídica de Aristóteles, pois atua corrigindo as limitações da lei para garantir a justiça individualizada (princípio corretivo), a partir do momento em que substitui a natureza geral da lei, preenchendo as lacunas legais.[9] Ou seja, ao considerar as circunstâncias particulares de cada caso, a equidade permite que se alcance uma decisão justa e razoável, adaptando a lei aos desafios concretos da vida em sociedade. Neste sentido, vale mencionar a comparação proposta por Aristóteles entre equidade e a "régua de Lesbos", uma régua flexível capaz de se adaptar às singularidades de cada caso, buscando a melhor solução para cada situação.

Portanto, para ele, ser equânime é superior a ser justo, pois embora ambos sejam formas de justiça, a equidade é o encontro com o princípio do que é naturalmente justo, enquanto o justo é o cumprimento das leis.[10]

As leis são dotadas um altíssimo grau de generalidade e têm o objetivo de regular uma ampla variedade de atos jurídicos. Contudo, mesmo leis produzidas de forma correta podem apresentar lacunas e/ou deficiências, de modo que o direito positivo, em algumas hipóteses, pode dar uma solução injusta em determinadas situações. A propósito, o termo lacuna, para Maria Helena Diniz, é definido como "*faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora*"[11].

Assim, ao atuar apegando-se sobremaneira à literalidade da lei, mas contradizendo a vontade do legislador, ou seja, julgando de modo contrário a como ele procederia diante de uma nova situação, seja porque não prevista, seja porque não prevista de maneira integral, é agir contra a própria lei[12].

Alípio Silveira[13], por exemplo, enumera 19 (dezenove) distintas definições de equidade. Em quase todas as definições abrangem o conceito de "justo", "justiça" ou de "justiça ideal". Nesse contexto, os debates sobre a equidade são, invariavelmente, vinculados ao tema da justiça no Direito.

Miguel Reale nos ensina que os romanos alertavam, com razão, que, em muitas oportunidades, a simples e estrita aplicação do direito enseja consequências danosas à justiça: *summum jus, summa injuria*, adágio latino que significa o máximo do direito é também o máximo da injustiça. Não são raras as oportunidades em que uma injustiça é praticada por um magistrado, que, insensível e formalista, aplica rigorosamente as disposições contidas no texto legal. Há hipóteses, portanto, em que é necessária uma temperança ao texto legal, operando-se tal temperança por meio da equidade, que é, pois, a justiça amoldada às características e especificidades de uma situação concreta[14].

No mesmo sentido, Nelson Nery assevera que a decisão por equidade não significa um julgamento contra a lei, mas, sim, que o julgador "*tempera o rigor da lei de acordo com as necessidades do caso concreto*"[15]. O saudoso Caio Mário da Silva Pereira lecionava que, equiparada ou aproximada da definição de justiça ideal, a equidade impossibilita que o rigor dos preceitos conduza a um atentado ao próprio direito[16]. Como bem assevera Gustav Radbruch, "*a justiça vê o caso singular do ponto de vista da norma geral; a equidade busca no caso singular a sua própria lei*"[17].

Dessa forma, conclui-se que as normas jurídicas são regras gerais que não podem abranger completamente a equidade se forem aplicadas de maneira igual para todas as situações. Para resolver essa situação, as normas precisam ser adaptadas às situações concretas.

Em conclusão, a equidade é uma forma de julgamento com natureza corretiva, não só ajustando a lei ao caso concreto, mas também corrigindo a ordem jurídica na falta de norma aplicável. A equidade tem uma dupla função: (i) corrigir as consequências injustas das

normas jurídicas, individualizando a justiça *contra legem*, e (ii) preencher as lacunas da lei por meio de processo hermenêutico.

Desse modo, segue-se com a análise objeto deste artigo, adotando a partir deste momento a premissa de que a equidade aristotélica estaria dissociada da noção de direito positivado, no qual aquela estaria num plano superior quando comparada a esta.

3. BREVÍSSIMO HISTÓRICO DO ARCABOUÇO NORMATIVO DA ARBITRAGEM POR EQUIDADE NO BRASIL:

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem por equidade tem sido admitida ao longo do tempo. A primeira norma a tratar desse tema foi a Lei nº 1.350, de 14.09.1866, que previa a possibilidade de prolação de decisão arbitral por equidade, ao estabelecer, em seu art. 1º § 2º que "*podem as partes autorizar seus os seus árbitros para julgarem por equidade independemente das regras e fórmas de direito*".

No Decreto 3.900, de 1867, possuía, em seu art. 10, uma previsão idêntica disposição[18]. Além disso, o aludido decreto mencionava a possibilidade de julgar por equidade quando autorizado pelas partes (art. 46)[19] e tinha a preocupação de definir o conceito de equidade no art. 47[20], que seria o poder de julgar independente de regras formais do direito.

O Código Civil de 1916, por sua vez, estatuiu, em seu art. 1.040, IV, dispositivo semelhante sobre a possibilidade de julgamento por equidade, em sede de arbitragem[21]. Mais tarde, o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 1.045, IV, se limitou a fazer referência a decisão por eqüidade somente como uma exceção para as hipóteses de nulidade da sentença arbitral[22]. Já o art. 1.075 do Código de Processo Civil de 1973 dispôs sobre a arbitragem por eqüidade em termos similares aos do Código Civil de 1916[23].

4. O PRIMEIRO CASO EM QUE FOI PROFERIDA UMA DECISÃO POR EQUIDADE EM UMA ARBITRAGEM NO BRASIL: HEDEIROS DO ALMIRANTE LORD COCHRANE *VS*.

GOVERNO BRASILEIRO

Petrônio R. G. Muniz leciona que a primeira vez em foi proferida uma decisão por equidade em uma arbitragem em 1873, cerca de 7 (sete) anos após a sua positivação na legislação brasileira, em um litígio envolvendo o Governo Brasileiro e os herdeiros de Almirante Lord Cochrane[24].

Durante a guerra da independência do Brasil, o Lord Cochrane, como Primeiro-Almirante da Marinha Imperial, empreendendo corajosa campanha, obteve êxito em bloquear área estratégica da Bahia, expulsando um exército português e uma esquadra de navios mais numerosa de volta para Portugal. Assegurou, ainda, a evacuação de militares portugueses do Pará e do Maranhão, de modo que as províncias do Norte livres, a fim de declarar a sua lealdade ao Império Brasileiro.

Assim, no final de 1823, o Almirante Lord Cochrane recebeu diversas honras de Estado e o reconhecimento como grande estrategista militar. Essas horarias, contudo, não foram suficientes para ele. Pela legislação vigente à época, Almirante Lord Cochrane entendia que os bens da guarnição portuguesa apreendidos durante aquele período pelos seus homens lhe pertenceriam[25]. O Governo Brasileiro, por outro lado, não comungava do mesmo entendimento. Teve início, a partir daí, um litígio que durou décadas.

Passados 50 anos, o litígio ainda não tinha sido solucionado. Em fevereiro 1873, após muita pressão do Governo Britânico, o Governo Brasileiro concordou que a controvérsia fosse resolvida através de uma arbitragem. Ato contínuo, em 06.10.1873, foi proferida a decisão dos árbitros dando solução ao litígio, utilizando como fundamento a equidade[26].

5. A ARBITRAGEM POR EQUIDADE NA LEGISLAÇÃO ATUALMENTE VIGENTE

Com a promulgação da Lei de Arbitragem em 1996, e sua posterior declaração de constitucionalidade em 2001, a previsão de julgamento por equidade foi mantida, desde que

haja uma convenção específica das partes nesse sentido (art. 11, II da Lei de Arbitragem)[27], sob pena de se prolatar uma sentença arbitral nula (arts. 26, II e 32, III da Lei de Arbitragem).

A nova Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23.09.1996) apresentou inegável evolução, ao reestruturar o regime da arbitragem no Brasil. Em seu art. 2º, a Lei nº 9.307/96, além de admitir a decisão por equidade, divide as arbitragens em duas espécies, quais seja, a arbitragem de direito e de equidade.

Nesses casos, a noção de equidade para Aristóteles nota-se preservada, porquanto o árbitro possui a prerrogativa de decidir a questão por equidade, sem se vincular estritamente aos parâmetros objetivos estabelecidos em disposições de direito material positivo (art. 2º, Lei 9.307/96).

Percebe-se que a equidade presente no mencionado dispositivo legal constituiria uma cláusula geral. As cláusulas gerais podem ser classificadas como disposições normativas abertas, que concedem discricionariedade ao julgador para interpretá-lo diante do caso concreto.

Analisando o positivismo jurídico, Norberto Bobbio conceitua os juízos de equidade como:

aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida. O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material. Os limites materiais ao poder normativo do juiz não derivam da lei escrita, derivam de outras superiores, como pode ser o costume ou o precedente judiciário.[28]

No mesmo sentido, Selma Lemes afirma que o vocábulo equidade é polissêmico, possui vários significados. O conceito de equidade, assim, pressupõe um papel importante de sugerir uma norma, quando falte no ordenamento jurídico, assim como atuando como

subordinação às normas existentes, para procurar sua mais apropriada aplicação.[29]

Essa liberdade conferida ao julgador evidencia-se na exclusão da estrita aplicação de preceitos jurídicos, ou seja, não há vinculação da decisão ao direito positivado, seja a respeito de regras de procedimento ou de mérito estabelecidas no ordenamento jurídico.

Ademais, o art. 26 do aludido diploma legal determina, ainda, que a sentença arbitral deve mencionar expressamente se os árbitros julgaram o caso por equidade:

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 eqüidade.

Como se vê, desde o Brasil império, há previsão legal que fundamente a possibilidade de decisão por equidade em arbitragens, sendo certo que, nos períodos seguintes, a legislação brasileira sempre manteve essa possibilidade.

6. FUNÇÕES DA EQUIDADE

Além disso, para melhor aplicação da equidade ao caso concreto, devemos recorrer às funções que operam neste conceito. A doutrina destaca as diversas funções atribuídas à equidade no ordenamento jurídico: interpretativa, supletiva, corretiva e substitutiva.[30]

No contexto da arbitragem, a função da equidade prevista no artigo 2º da Lei de Arbitragem é a substitutiva.

A função substitutiva, também chamada de processual, quando o julgador está autorizado a invocar uma norma diversa da lei, em face das particularidades do caso concreto. É um conjunto de princípios e diretrizes que o julgador utiliza de forma alternativa, quando permitido pela lei ou requerido pelas partes, como ocorre nos casos de arbitragem.

Isso significa que o árbitro tem o poder de afastar a aplicação da lei e resolver a questão de acordo com seu critério de justiça, fundamentando sua decisão no bom senso jurídico. Na decisão por equidade, o árbitro pode afastar a lei e amenizar as disposições contratuais, buscando uma solução mais justa e equilibrada.

7. AS DIFICULDADES NA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM POR EQUIDADE

Atualmente, 150 anos depois da primeira experiência com a arbitragem por equidade, é possível constatar que o instituto não é utilizado no Brasil com a mesma frequência que a arbitragem de direito[31].

Em interessante pesquisa de campo conduzida por Martin Dell Valle, foi possível concluir que, dos entrevistados que já afirmaram terem atuado como árbitros em arbitragens por equidade, 73% (setenta e três por cento) por cento informaram que, proporcionalmente, as arbitragens por equidade em que atuaram representam menos de 10% do total de arbitragens que atuaram como árbitro. Na mesma linha, dos entrevistados que asseveraram terem atuado como advogados em arbitragens por equidade, 78% (setenta e oito por cento) informaram que, proporcionalmente, as arbitragens por equidade em que atuaram representam menos de 10% do total de arbitragens que atuaram como advogado[32].

7.A. A IMPREVISIBILIDADE, A INCERTEZA E A INSEGURANÇA

Além disso, a aludida pesquisa concluiu que 54% (cinquenta e quatro por cento) dos entrevistados não recomendariam aos seus clientes a utilização da arbitragem por equidade, ao passo que 45% (quarenta e cinco por cento) responderam que poderiam fazer essa recomendação. E a principal razão indicada pelos entrevistados que não recomendariam a arbitragem por equidade foi a sua imprevisibilidade[33].

A propósito, ao comentar a arbitragem por equidade, Carlos Alberto Carmona, em uma visão realista, nota que o instituto "*submete as partes a sérios riscos, pois o que parece justo a*

elas pode não parecer ao árbitro (e vice-versa)", arrematando que "*podendo ser negligenciadas limitações legais e regras de direito material, a decisão assemelha-se a um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual o placidamente resolvem sentar-se as partes!*".[34]

Pontes de Miranda, lembre-se, era um grande crítico do conceito de equidade, ao asseverar que "*a rigor, equidade é a palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação*", pontuando, ainda, que, a fim de que "*se atenue a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, senão inequívoca, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites*"[35].

Edoardo Flavio Ricci manifesta um considerável receio com a possível violação, na arbitragem por equidade, ao princípio do contraditório, expressamente garantido pela Constituição Federal (art. 5º, LV)[36] e pela Lei de Arbitragem (art. 21, § 2º)[37]. Em síntese, é objeto de sua preocupação a circunstância de que as partes não terem conhecimento, a priori, de quais regras seriam aplicáveis ao caso concreto, de modo que podem ser surpreendidas, dada a imprevisibilidade do instituto[38].

Eduardo de Albuquerque Parente, do mesmo modo, entende que a imprevisibilidade inerente à arbitragem por equidade poderá ensejar um estado de incerteza, o que explicaria a sua rara utilização no Brasil[39].

Por outro lado, há doutrinadores com uma abordagem otimista com a arbitragem por equidade. Nesse sentido, Selma Lemes reputa equivocada a posição daqueles que, no Brasil, resistem em autorizar os árbitros a decidirem por equidade. Em primeiro lugar, porque, ao escolher um árbitro, as partes confiam nele. Em segundo lugar, a equidade está vinculada ao bom senso de um critério vivo de justiça. Ao final, Selma Lemes arremata que julgar por equidade é "*decidir com prudência*"[40].

7.B. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES EM ARBITRAGENS POR EQUIDADE

Além da questão da imprevisibilidade e incerteza para as partes, a arbitragem por equidade ainda representa um desafio para os árbitros quando da motivação de suas decisões[41].

Eduardo Albuquerque Parente destaca a dificuldade dos árbitros em motivar as suas decisões em arbitragens por equidades, uma vez que não estão obrigados a aplicar a lei, arrematando, ao final, que os árbitros "*precisarão convencer as partes de que aquele é o senso correto de equilíbrio, de boa solução, de justiça. O que certamente não é tarefa fácil*"[42].

Diante desse panorama, a utilização da arbitragem por equidade para a solução de conflitos deve ser minuciosamente pensada pelos operadores do direito, devendo ser evitada em casos nos quais existe um legítimo interesse das partes na aplicação concreta da lei, e podendo ser atrativa, especialmente, em casos em que a contenda sobre o direito substancial aplicável se revela um obstáculo à eficiência do procedimento arbitral.

8. LIMITAÇÕES AO JULGAMENTO POR EQUIDADE NA ARBITRAGEM

Conforme mencionado anteriormente, a tradição jurídica brasileira reconhece que, na arbitragem de equidade, o árbitro tem a possibilidade de afastar-se do direito positivado e decidir fora das regras e formas do direito. No entanto, a utilização da equidade só é permitida quando há autorização expressa em lei ou funciona como uma regra hermenêutica para sua aplicação. Além disso, há uma restrição para o uso da arbitragem por equidade nos casos em que o conflito envolve a administração pública (art. 2º, §3º da Lei de Arbitragem). Nessas situações, a arbitragem será sempre de direito e em conformidade com o princípio da publicidade.

A interpretação natural da distinção presente no artigo 2º da Lei de Arbitragem leva à conclusão de que, no Brasil, o julgamento por equidade na arbitragem difere do julgamento

de direito. Por esse motivo, a lei autoriza as partes a escolherem entre uma ou outra forma de apreciação da controvérsia. Não faria sentido a Lei de Arbitragem estabelecer essa distinção entre arbitragem de direito e arbitragem de equidade se o árbitro, ao decidir com base na equidade, tivesse que se manter dentro das regras e formas do direito.

Segundo Nelson Nery Junior, julgar por equidade significa decidir pelo que é mais justo, inclusive permitindo que o árbitro decida de forma contrária à lei. Nem tudo o que é legal é justo, e cabe ao árbitro, com poderes para decidir por equidade, fornece a solução que lhe pareça mais justa, sem preocupação com a legalidade.[43]

No entanto, quando o caso se enquadra na falta de regulamentação, o juiz pode suprir a lacuna utilizando critérios equivalentes, como princípios gerais do direito, analogia e equidade. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro estabelece no artigo 4º que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". Além disso, o Código de Processo Civil estabelece no artigo 127 que "o juiz decidirá por equidade apenas nos casos previstos em lei".

É importante destacar que equidade não pode ser confundida com arbitrariedade. O poder discricionário do julgador não deve levar ao arbítrio, rigorosamente banido das constituições modernas. Trata-se somente uma apreciação razoável, baseada sobre as considerações de justiça e utilidade que servem de fundamento necessário às regras de conduta que se impõem à sociedade.[44]

Nestes casos há legislações que dispensam a motivação da decisão, como por exemplo, a espanhola, e outras, como a brasileira, que não obstante permitir o julgamento por equidade, determina que a decisão seja motivada.[45]

A fundamentação da decisão é, portanto, essencial, haja vista que a sentença arbitral deve conter relatório, fundamentação (mencionando expressamente se os árbitros julgaram por equidade), dispositivo, data e local em que foi proferida (artigo 26, II, da Lei de Arbitragem).

Esclarecidas as dificuldades enfrentadas, cumpre analisar os limites da atuação arbitragem por equidade, que podem ser elencados em: (i) autonomia privada, (ii) ordem pública e (iii) devido processo legal.[46]

Na prática, o julgamento por equidade acaba sendo permitido quando, após a análise do caso concreto e das provas produzidas, não se visualiza uma legislação aplicável, ou quando a aplicação do direito positivo puder resultar em iniquidade.

Contudo, isso não significa que o árbitro poderá prolatar uma decisão não jurídica. Ora, o fato de não ficar adstrito à aplicação de regras legais, não implica em discricionariedade ou arbitrariedade do julgador, até porque como visto o que se busca tutelar é a justiça, e no contexto atual a forma mais adequada de alcançá-lo é através da aplicação do direito.

Desse modo, o árbitro poderia recorrer, por exemplo, a princípios gerais do direito que orientam a interpretação jurídica do caso, de forma a se alcançar a solução mais justa possível. De igual modo, nada impede que o árbitro recorra a normas de direito positivo, caso entenda que a regra disposta naquele dispositivo legal seja a forma mais justa de se encontrar uma solução adequada ao conflito. Neste caso, temos que o direito positivo deixa de ser uma norma cogente, retirando o dever do árbitro de aplicar-lhe[47], para se tornar uma *soft law*, uma disposição que poderá ser utilizada para basear a decisão, quando o julgador ao analisar as circunstâncias do caso concreto entender pela sua utilização.

Nesse contexto, o árbitro pode, desde que autorizado pelas partes, julgar por equidade, isto é, decidir em sentido oposto àquele indicado pelo direito positivo, o que não significa que ele deva, necessariamente, decidir afastando o direito positivo[48]. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara nos ensina que "*o árbitro de equidade pode, até, decidir com base no direito objetivo, se entender que esta é a solução mais justa para o litígio que lhe foi submetido*"[49]. Para tanto, "*o arbitro deverá se valer de sua experiência, sapiência e sensibilidade na busca por justiça no caso concreto*"[50].

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em expressivo precedente, sedimentou o entendimento de que as partes "*poderão escolher, inclusive, o direito, material e processual, ou mesmo a adoção da equidade, dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e das regras internacionais do comércio, a ser aplicado para tal escopo*"[51]

8.A. A ORDEM PÚBLICA

Não se pretende, neste trabalho, esgotar todas as acepções de ordem pública, tema de extrema complexidade, sendo certo que a sua definição e seu alcance estão longe de serem consenso na doutrina.

Mas antes de analisarmos à ordem pública como um fator limitador à arbitragem por equidade, é conveniente esclarecer que "*a arbitragem convive tranquilamente com a ordem pública*" [52], impondo-se o afastamento de "*qualquer conclusão no sentido de que, se a matéria envolver normas ou preceitos de ordem pública, não pode ser submetida à arbitragem*"[53].

Essa conclusão se deve ao fato de que, muito embora tudo que é indisponível é de ordem pública, o inverso não é verdadeiro. Nem todas as questões que são consideradas matérias de ordem pública envolvem distritos indisponíveis[54]. Pedro Batista Martins alerta que sobre o equívoco em considerar que a matéria de ordem pública não possa ser objeto de uma arbitragem, já que, "*ao árbitro não é vedado decidir questões que contemplem ordem pública, mas, tão-somente, conflitos que tenham por objeto direito indisponível*"[55].

Assim, Carlos Alberto Carmona, citando Clovis Bevilaqua, define questões de ordem pública como "*aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito*"[56]. Ainda segundo o mesmo autor, são "*um conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidios e nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época*"[57].

A legislação pátria distingue a sentença nacional e a estrangeira de pelo critério da localidade em que a sentença é proferida. Em relação às sentenças nacionais, existem dois requisitos a serem observados para que a arbitragem respeite a ordem pública. O primeiro requisito é que, ao definir as regras de direito que serão aplicadas no julgamento da controvérsia submetida à arbitragem, as partes *não* escolham regras de direito que violem a ordem pública[58]. Esse requisito não é relevante para o nosso estudo, já que, as partes, na arbitragem por equidade, não escolhem regras de direito aplicáveis para a solução da controvérsia. Na arbitragem por equidade, esse primeiro requisito, portanto, em nosso entendimento, não seria aplicável.

O segundo requisito da ordem pública se dá em relação à sentença arbitral. O art. 32 da Lei de Arbitragem enumera as hipóteses que justificam a anulação da sentença arbitral. Essas hipóteses restritas são consideradas questões de ordem pública, que justificam a interferência do Poder Judiciário em relação à arbitragem.

Em relação às sentenças arbitrais estrangeiras, as hipóteses para a não homologação (art. 32 da Lei de Arbitragem), seja para o reconhecimento, seja para a execução da sentença arbitral estrangeira são quando, (i) segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; ou, ainda, (ii) a decisão ofende a ordem pública nacional.

Sobre ordem pública interna, Pedro Batista Martins leciona que

[…] quer dizer que, se na formulação da lei aplicável às regras de conflito de lei somente devem afastar a lei de escolha das partes se esta for frontalmente colidente com as normas fundamentais do foro, e não, simplesmente, distintas, com muito maior rigor há de se impor restrição mais ampla à ordem pública no momento do pedido de reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira.[59]

Assim, a observância da ordem pública atua como um limitador da arbitragem por equidade.

8.B. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como já mencionado, outro fator limitador para atuação é o devido processo legal. Pode-se dizer que o devido processo legal, nesse contexto, consiste em um processo justo, ou seja, um processo "em que as partes tenham ampla possibilidade de participar em igualdade de oportunidades para convencer os árbitros de seus pleitos"[60].

Em qualquer arbitragem, seja por equidade, seja de direito, não é permitido aos árbitros, sob a justificativa de sua liberdade de não ter que observar a lei, prejudicar a defesa e a igualdade das partes, bem como a independência do julgamento. O processo justo, ademais, pressupõe a motivação de suas decisões. O árbitro, para a lei brasileira, deverá motivar a sua sentença, sob pena de ensejar a sua anulação.

Assim, a não observância do devido processo legal, a decisão proferida em arbitragem por equidade estará sujeita à anulação[61].

8.C. A VONTADE EXPRESSA NO CONTRATO

A vontade expressa no contrato como um fator limitador da arbitragem por equidade é matéria controvertida e, como essa questão não é regulada pelo direito positivo, tem cabido à doutrina e jurisprudência o papel de precisar a questão. Existem duas posições sobre o assunto: (i) a arbitragem por equidade deve observar a integralidade do contrato ou (ii) a possibilidade de modificações dentro de certos limites.

Martin Della Valle, citando Jean-Denis Bredin, afirma que a primeira posição é um critério de julgamento em relação à lei. Quando a solução parece justa ao árbitro, é facultada a possibilidade de derrogar o direito. Essa faculdade em relação ao direito positivo não alcançaria à vontade das partes e, portanto, ao contrato, à qual os árbitros encontram-se ligados por força da convenção de arbitragem.[62]

A segunda posição admite a derrogação de regras contratuais, sob o argumento de que as

normas contratuais são de direito supletivo. Tendo o poder para promover a derrogação do direito supletivo, o árbitro de equidade também possuiria a mesma faculdade em relação às regras do contrato[63].

9. EXISTE *EPIEIKEIA* NAS ARBITRAGENS POR EQUIDADE?

Para realizar essa análise, baseamo-nos na noção subjetiva de equidade, por entender que esta não se encontra separada do direito positivo, mas sim integrada a ele, pois, desse modo, permitiria ao julgador a humanização da aplicação da norma, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, sem necessariamente criar uma nova regra.

Diante disso, para análise do entendimento do Judiciário frente à utilização do julgamento por equidade em arbitragens, o presente estudo realizou a análise do caso LRM x VYTTRA, julgado em 2021 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ("TJSP") [64].

No referido caso, o TJSP decidiu anular parcialmente uma sentença arbitral prolatada por equidade, sob argumento de que a sentença (i) conteria vício de fundamentação e (ii) teria violado o contraditório e a ampla defesa.

No caso em questão, havia autorização das partes para o julgamento por equidade, em consonância com o disposto no art. 11 da Lei de Arbitragem. Desse modo, o Tribunal Arbitral utilizou a equidade como critério de julgamento para quantificação de indenização a uma das partes por violação contratual por omissão de informação relevante. No entanto, o TJSP entendeu que a decisão estaria viciada por falta de fundamentação, uma vez que não teriam externado as razões pelas quais entenderam justa a fixação da indenização em 25% do preço, de modo que não seria possível avaliar se o valor da indenização estaria contrariando o art. 944 do Código Civil, ou se poderia ocasionar enriquecimento ilícito, o que seria incompatível com o juízo de equidade.

O Acórdão também apontou parâmetros objetivos, como perda de faturamento, ou EBITD para apuração do prejuízo sofrido. Com isso, resta evidente que o TJSP analisou a equidade a partir das suas funções interpretativa, supletiva e corretiva.

Esse entendimento se afasta da interpretação do art. 2º da Lei de Arbitragem, que adota a função substitutiva da equidade. A decisão do tribunal arbitral estava bem fundamentada, ainda que não estivesse consubstanciada em regras positivadas. É importante destacar, neste sentido, que não haveria margem argumentativa para se apontar eventual arbítrio – o que não se confunde com equidade, visto que a decisão havia considerado as circunstâncias específicas do caso e havia sido pautada em criteriosa e fundamentada análise – este último requisito, ressalta-se não necessitando estar associado com expressa indicação de normas positivadas.

Revela-se, assim um problema de interpretação de equidade entre juízes e árbitros. Desse modo, a unificação de interpretação se demonstra tarefa de extrema valia para delimitar o alcance da equidade como critério nos julgamentos em arbitragens e, mais ainda, para se garantir a tão desejada segurança jurídica.

10. CONCLUSÃO

O artigo demonstrou que o julgamento por equidade possibilita alcançar uma sentença arbitral mais justa e adequada ao caso concreto, sem se socorrer do direito positivado.

Ao contrário do que poderia se supor, a aplicabilidade do direito positivo é uma faculdade na arbitragem por equidade. Isso confere ao árbitro a capacidade de decidir da forma que entenda mais justa, sem estar vinculado a normas gerais, permitindo que soluções mais adequadas sejam aplicadas ao caso concreto. É impossível para o legislador normatizar todas as condutas humanas, tornando evidente a importância da integração da equidade e sua correção como uma flexibilização útil das normas, a fim de evitar injustiças em casos específicos.

A utilização da arbitragem por equidade ainda é escassa no Brasil. Os advogados e árbitros brasileiros ainda demonstram preocupação com a aplicação do instituto essencialmente por dois motivos: (i) a imprevisibilidade e incerteza da parte sobre a solução que será dada pelo árbitro de equidade ao concreto; e, ainda, (ii) o inerente receio das partes à arbitrariedade, o que evidencia a dificuldade de motivar as decisões por equidade, já que, considerando que não tem a obrigação de fundamentar a sua decisão no direito positivo, o árbitro terá dificuldades em convencer as partes, na sua motivação, de que a solução dada é a mais justa para controvérsia que lhe foi submetida.

Porém, é importante ressaltar que a fundamentação em regras positivadas não implica em um direcionamento contrário à equidade aristotélica. O que se deve evitar é ficar preso a regras que não evoluíram ao longo do tempo e que não permitem adaptações às novas realidades sociais.

Por fim, foi demonstrado que a arbitragem por equidade não é uma “carta branca” para o árbitro decidir de acordo com sua ideia subjetiva de justiça. A arbitragem por equidade possui limites a serem observados, sob pena de anulação da sentença arbitral. Os limites a serem observados pela arbitragem por equidade são a ordem pública, o devido processo legal e a expressa vontade das partes.

Na Grécia antiga, a justiça se restringia aos nobres e seguia a tradição e os costumes. Não havia leis ou regras escritas e dessa forma somente os nobres eram detentores do direito e do poder de dizer o que que era justo ou injusto.

A importância de o direito acompanhar a evolução humana sempre foi objeto de discussão, mas a crítica central deste artigo é despertar nos operadores do direito a busca pela evolução em humanidade e ética, a fim de alcançar verdadeiramente a promoção da justiça, que é o principal objetivo de um ordenamento jurídico. Este trabalho não pretende, portanto, apresentar uma solução definitiva para o problema encontrado, mas sim instigar os

profissionais do direito a se inspirarem na ética aristotélica, a fim de não esquecerem o papel fundamental daqueles que operam o direito: a busca pela justiça em seu sentido mais nobre, a *epiekeia*.

VI – BIBLIOGRAFIA

ALVES, Rogerio Pacheco. *O Conceito de Justo em Aristóteles*. In: Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro). Vol. 55. p. 193-198, 2015.

ARISTÓTELES. Arte retórica e a arte poética. 16. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Traduzido por Maria Stephania da Costa Flores. Jandira, SP: Principis, 2021.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo. Malheiros, 2016.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 06 jun. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 março 2015. Disponível em: link. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 06/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Marco Aurélio Bellizze, REsp nº 1.569.422, publicado em 20.05.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº 1048961–82.2019.8.26.0100. Rel. Azuma Nishi. J. 10 de março de 2021.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 4ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Atlas, 2023.

DEL VECCHIO, Giorgio. Los Principios Generales del Derecho, trad. Espanhola. Barcelona, 2ª Ed., 1948.

DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. Coleção Atlas de Arbitragem: Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2012.

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

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GÉNY, François. Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif. 2ª Edição. Paris, 1932, vol. II, nº 176 bis.

JOST, Mariana Silveira Martins. NICOLAU, Jean Eduardo Batista. Arbitragem por equidade. In: Revista de Direito Empresarial: ReDE, ano 2, v. 2, p. 283-301, mar./abri. 2014. p. 283-301.

LEMES, Selma Ferreira. "A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado". In: LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (COORD.) Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. 1 ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *R. Dir. Proc. Geral*, v. 63, Rio de Janeiro, 2008.

MUNIZ, Petrônio R. G. *Questão das Presas*. Revista Navigator v. 1, nº 1, Ano 2005 (Art. 3). p. 47-54. Disponível em http://portaldeperiodicos.marinha.mil.br/index.php/navigator/issue/view/22.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa.* São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Julgamento arbitral por equidade e prescrição*. In: Revista de Direito Privado, n. 45.p. 323-373 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PÊCEGO, Daniel Nunes. Justiça e Prudência: virtudes civis, virtudes políticas. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Prof. Dr. Mauricio Jorge Pereira da Mota e co-orientação do Prof. Dr. Paulo Sérgio Faitanin]. UERJ, Rio de Janeiro, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 26ª ed. Reio de Janeiro: Forense, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICCI, Edoardo Flavio. O contraditório na arbitragem de equidade. In: Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: RT, 2004. p. 152-166.

SILVEIRA, Alípio. *Conceitos e funções da equidade em face do direito positivo*. [s.1.]: [s.n.], 1943.

VALLE, Martin Della. *Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional.* [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Arbitragem por equidade: por que temos medo dela? – Breve análise no campo dos contratos incompletos*. Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/239411/arbitragem-por-equidade–por-que-temos-medo-dela—-breve-analise-no-campo-dos-contratos-incompletos.

---

[1] Advogado e Mestrando do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

[2] Advogado e Mestrando do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

[3] Aristóteles, “Ética a Nicômaco”, Livro V, Capítulo 10.

[4] ARISTÓTELES. **Arte retórica e a arte poética.** 16. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 82.

[5] VALLE, Martin Della. **Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional**. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009. p. 31/30.

[6] Aristóteles, "Ética a Nicômaco", Livro V, Capítulo 10, 1137b1.

[7] ALVES, Rogerio Pacheco. **O Conceito de Justo em Aristóteles**. In: Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro). Vol. 55. p. 193-198, 2015. p. 197.

[8] ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco**. Traduzido por Maria Stephania da Costa Flores. Jandira, SP: Principis, 2021.p. 127.

[9] ARISTÓTELES (384-322 a.C.). Ética a Nicômaco. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. 3ª Edição. Bauru-SP: Edipro, 2009, p. 173.

[10] ARISTÓTELES (384-322 a.C.). Ética a Nicômaco. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. 3ª Edição. Bauru-SP: Edipro, 2009, p. 172.

[11] DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

[12] PÊCEGO, Daniel Nunes. **Justiça e Prudência: virtudes civis, virtudes políticas**. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Prof. Dr. Mauricio Jorge Pereira da Mota e co-orientação do Prof. Dr. Paulo Sérgio Faitanin]. UERJ, Rio de Janeiro, 2012. p. 116.

[13] SILVEIRA, Alípio. **Conceitos e funções da equidade em face do direito positivo**. [s.1.]: [s.n.], 1943. p. 52-53.

[14] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 299.

[15] NERY JÚNIOR, Nelson. **Julgamento arbitral por equidade e prescrição**. In: Revista de Direito Privado, n. 45.p. 323-373 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 349.

[16] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 26ª ed. Reio de Janeiro: Forense, 2013. p. 64.

[17] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

[18] "*Art. 10. Além dos requisitos essenciais do art. 8.º podem as partes acrescentar no compromisso as seguintes declarações*."

[19] "*Art. 46. Os árbitros julgarão de fato e de direito conforme a lei, e as cláusulas do compromisso; salvo se no compromisso (art. 10, § 4.º) as partes os autorizarem para julgar por eqüidade, independentemente das regras e formas do direito*."

[20] "*Art. 47. Quando os árbitros tiverem poderes para julgar por eqüidade, independentemente das regras formais do direito, poderão prescindir do processo estabelecido nos artigos antecedentes, e darão a sua decisão ouvindo verbal e sumariamente as partes e testemunhas; reduzindo a termo os depoimentos das testemunhas, e admitindo os memoriais que as partes oferecerem.*"

[21] Art. 1.040. O compromisso poderá também declarar: [...] IV – A autorização, dada aos árbitros para julgarem por eqüidade, fora das regras e formas do direito.

[22] Art. 1.045 . Será nula a decisão arbitral: [...] IV – Quando infringente de direito expresso, salvo se, autorizado no compromisso, o julgamento tenha sido por eqüidade.

[23] Art. 1.075. O compromisso poderá ainda conter: [...] IV – a autorização para os árbitros julgarem por eqüidade, fora das regras e formas do direito.

[24] MUNIZ, Petrônio R. G. **Questão das Presas**. Revista Navigator v. 1, nº 1, Ano 2005 (Art. 3). p. 47-54. Disponível em http://portaldeperiodicos.marinha.mil.br/index.php/navigator/issue/view/22 (consulta

realizada em 27.06.2023).

[25] VALE, Brian. **O Almirante Cochrane a questão das presas**. Revista Navigator nº 8, ano 1973. p. 63/74.

[26] Neste sentido, pede-se vênia para transcrever um excerto da sentença arbitral, em razão da sua relevância histórica e da aplicação dos princípios da equidade: "*Os árbitros, após um detido exame da questão concluíram não possuírem uma base segura para darem o laudo devido à ausência de provas, cifras e valores. Devido a isto, os árbitros concluíram não ser justo admitirem as cifras ou valores apresentados pelo Conde de Dundonald. Por outro lado, não se pode aceitar completamente os argumentos do governo brasileiro pelos quais as reclamações do suplicante deveriam se basear em provas, uma vez que a destruição e perda das provas não foram por culpa do Lord Cochrane. Os árbitros consideraram que há certos fatos que não podem ser negados – capturas foram realizadas, havendo algumas que foram declaradas improcedentes, quando deveriam ser consideradas procedentes, e que entre os noventa e três navios não julgados houve algumas presas que seriam procedentes. Os árbitros concluíram que não poderia ser negado tudo ao Lord Cochrane, quando este faz jus a alguma coisa, mesmo que não se possa calcular exatamente quanto, sob a alegação do suplicante não apresentar provas, uma vez que não lhe cabe a culpa de tal fato, assim como da negligência ou recusa de atuar do Tribunal das Presas e da longa demora de 50 anos para averiguação dos fatos. Por outro lado, se os árbitros concordassem com a proposta do procurador do Conde de Dundonald, isto significaria impor ao Governo Imperial uma enorme quantia em benefícios em de uma reivindicação de extensão duvidosa, em pagamento de um suposto valor sem suporte legal. A única solução para o problema seria a de pesquisar algum dado que servisse de base para uma conciliação entre as duas partes. Esta base pode ser encontrada na Carta enviada por Lord Cochrane ao Barão de Penedo, embaixador brasileiro em Londres, em 9 de fevereiro de 1860, na qual afirma que a quantia mínima que ele julgaria justa para cobrir todas as suas reivindicações sobre os seus serviços prestados no Brasil seria a de £ 44.000 esterlinas. Já que esta oferta não foi aceita, em 1860, pelo Governo, os árbitros*

supõem que a quantia foi considerada muito grande, mas se for levado em conta a demora do ajuste de contas, a redução que poderia ter sido solicitada pelo Governo, em 1860, seria considerada no momento uma compensação pelo atraso. Deduzindo-se assim do montante oferecido em 1860 o pagamento de £ 9.450, ainda ficará a quantia de £ 34.550 esterlinas. Como a quantia oferecida pela Fragata Imperatriz foi sempre considerada à parte das reclamações do dinheiro das presas, os árbitros concluíram que esta quantia não deve ser deduzida das £ 34.550 esterlinas" [Cópia do Laudo Arbitral (resumo) indicação do fichário 1/5/444/6-20 – SDM, *In:* MUNIZ, Petrônio R. G. **Questão das Presas**. Revista Navigator v. 1, nº 1, Ano 2005 (Art. 3). p. 47-54. Disponível em http://portaldeperiodicos.marinha.mil.br/index.php/navigator/issue/view/22 (consulta realizada em 27.06.2023)].

[27] Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: [...] II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por eqüidade, se assim for convencionado pelas partes.

[28] BOBBIO, Norberto. Teoria geral do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Unb, 1989, p. 56.

[29] DEL VECCHIO, Giorgio. Los Principios Generales del Derecho, trad. Espanhola. Barcelona, 2ª Ed., 1948, p. 117.

[30] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Atlas, 2023. p. 88; LEMES. Selma M. Ferreira. Arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado, p. 196; DELLA VALLE, Martim. Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional, p. 9.

[31] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Arbitragem por equidade: por que temos medo dela? – Breve análise no campo dos contratos incompletos.** Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/239411/arbitragem-por-equidade–por-que-temos-medo-

dela—-breve-analise-no-campo-dos-contratos-incompletos.

[32] VALLE, Martin Della. **Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional**. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009. p. 379-386.

[33] VALLE, Martin Della. **Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional**. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009. p. 379-386.

[34] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Atlas, 2023. p. 88.

[35] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 375.

[36] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[37] Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

[38] "*Uma vez que os árbitros são senhores do mérito, não há hipótese de revisão do julgado arbitral por conta de um eventual deslize equitativo. Não cabe a demanda anulatória. (...) Talvez seja por todos os inconvenientes que podem decorrer da eleição do julgamento por equidade que o instituto não seja utilizado, não sendo aconselhável sua escolha. Embora existam situações que eventualmente podem se mostrar mais propícias à equidade, como na lex mercatoria para situações específicas, ou quando haja gritante preponderância de questões fáticas, (...) tudo poderá se resumir a um grande estado de incerteza, ansiedade e, por fim, frustração.*". RICCI, Edoardo Flavio. O contraditório na arbitragem de equidade. In: Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: RT, 2004. p. 152-166.

[39] PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 287-291.

[40] *"Nota-se, no ambiente jurídico brasileiro, resistência em autorizar os árbitros a decidirem por equidade, o* ***que representa um equívoco****. Primeiro, ao indicar um árbitro confia-se nele (reportamo-nos aos quatro atributos citados anteriormente, ou seja, "sabedoria, justiça, magnanimidade e moderação"). Segundo, por consequência, a equidade vem acompanhada do bom senso e de um critério vivo de justiça. Resolver por equidade é decidir com prudência."*. LEMES, Selma Ferreira. **A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado**. *In:* LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (COORD.) Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. 1 ed. – São Paulo: Atlas, 2007. p. 197.

[41] JOST, Mariana Silveira Martins. NICOLAU, Jean Eduardo Batista. **Arbitragem por equidade**. In: Revista de Direito Empresarial: ReDE, ano 2, v. 2, p. 283-301, mar./abri. 2014.

p. 283-301.

[42] PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 287-291.

[43] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante,* 11 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.527

[44] GÉNY, François. Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif. 2ª Edição. Paris, 1932, vol. II, nº 176 bis, p. 185.

[45] LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. In: Revista dos Tribunais, vol. 686, 1992, p. 82.

[46] VALLE, Martin Della. **Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional**. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009. p. 180.

[47] MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 44.

[48] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Atlas, 2023. p. 88.

[49] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 22.

[50] BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96**, São Paulo: Atlas, 2014. p. 20.

[51] STJ, 3ª Turma, Rel. Marco Aurélio Bellizze, REsp nº 1.569.422, publicado em 20.05.2016.

[52] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Acesso em: 28 jun. 2023. p. 52/53

[53] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Acesso em: 28 jun. 2023. p. 52/53

[54] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Acesso em: 28 jun. 2023. p. 52/53.

[55] MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

[56] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Atlas, 2023. p. 90.

[57] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Atlas, 2023. p. 79.

[58] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Acesso em: 28 jun. 2023. p. 56.

[59] MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 400.

[60] VALLE, Martin Della. **Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial**

Internacional. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009. p. 175/176.

[61] VALLE, Martin Della. **Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional**. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009. p. 176.

[62] VALLE, Martin Della. **Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional**. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009. p. 187/188.

[63] VALLE, Martin Della. **Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional**. [Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista]. USP, São Paulo, 2009. p. 189.

[64] TJ-SP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº 1048961–82.2019.8.26.0100. Rel. Azuma Nishi. J. 10 de março de 2021.