LUCAS BRITTO MEJIAS

CONTROLE DA ATIVIDADE DO ÁRBITRO

Dissertação de Mestrado

Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2015

LUCAS BRITTO MEJIAS

CONTROLE DA ATIVIDADE DO ÁRBITRO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonício.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2015

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonício

“Jesus respondeu-lhe: Meu amigo, quem me constituiu juiz ou árbitro entre vós?” (Lucas, 12:14)

AGRADECIMENTOS

Finda uma longa jornada, é momento de agradecer. Começo agradecendo a todos aqueles que, embora não sejam pessoalmente mencionados neste curto espaço, de alguma forma me ajudaram a concluir a missão. Esta dissertação é a conclusão de um projeto de 4 anos, em que diversas pessoas queridas passaram pela minha vida. Todas elas colaboraram para que hoje eu esteja escrevendo essas linhas finais e sou a todas elas grato. Ainda assim, não poderia deixar de registrar alguns agradecimentos especiais:

Inicialmente, a toda a minha família, especialmente aos meus avós Ignês e Perci, meus exemplos de vida. Vem deles a mais valiosa lição: Vale a Pena!

Ao meu Orientador, professor Marcelo, que me apoiou intensamente nesses anos de mestrado. Por todos os trabalhos analisados, reuniões, conversas, lições, indicações, enfim, pela valiosa orientação. Certamente, nada disso será esquecido.

A todos os meus colegas de Yarshell Mateucci e Camargo Advogados, responsáveis por fazer, diariamente, minha vida mais alegre. Aqui, dois agradecimentos especiais: à Heloisa, por me trazer ao escritório e por colaborar, desde então, dia a dia com meu desenvolvimento profissional. É uma satisfação imensa fazer parte da sua equipe! Ao Dr. Flávio, por tanto incentivar minha carreira acadêmica e profissional, sempre demonstrando uma generosidade ímpar.

A todos os meus amigos, um a um lembrados neste momento, mas especialmente ao meu amigo (irmão) Thiago, que está ao meu lado desde os bancos do nosso primeiro ano nas Arcadas e com quem hoje tenho a alegria de compartilhar a maior parte do meu dia. Quantas boas memórias!

A Deus, o maior responsável por tudo, em especial por eu estar rodeado de tantas pessoas especiais.

Finalmente, a minha mãe Glória, porque amar é desistir dos próprios sonhos em favor do próximo.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o controle da atividade do árbitro. Parte-se da premissa de que o papel desempenhado pelo árbitro na condução do processo - denominado atividade do árbitro – em contraposição ao resultado dessa atividade: a resposta jurisdicional - está sujeito a desvios. A assunção dessa função pode ser viciada, já que o exercício da arbitragem somente é admitido dentro de determinados limites e condicionado ao consentimento das partes. Da mesma forma, as providências adotadas pelo árbitro no curso do processo podem apresentar inconsistências em relação às disposições legais e contratuais a elas aplicáveis.

Diante disso, investiga-se de que forma tais desvios podem ser controlados, estudando-se, para tanto, (i) os órgãos responsáveis por tal controle, (ii) o momento em que tal controle pode ocorrer, (iii) os mecanismos pelos quais tal controle é admitido, e (iv) os vícios na atividade que ensejam controle.

Palavras-chave: Arbitragem; Atividade do Árbitro; Controle; Órgãos Responsáveis; Momento; Mecanismos; Vícios.

ABSTRACT

This paper addresses the control of arbitrator's role in developing arbitration. It assumes that the role of the arbitrator in developing arbitration – what contrasts with the role in deciding the case – is subject to irregularities. The assumption of the arbitrators' function can be irregular, as arbitration is authorized only within certain limits and conditions and if the parties agree with it. Besides, the steps taken in developing the arbitration might violate legal and contractual rules applied to it.

Given that, this paper deals with how such irregularities can be controlled, analyzing (i) the courts responsible for such control, (ii) the moment when this control is allowed (iii) its legal remedies, and (iv) which irregularities authorize control.

Keywords: Arbitration; Arbitrator's role; Control; Courts; Moment; Legal remedies; Irregularities

Sumário	
AGRADECIMENTOS	5
RESUMO.....	6
ABSTRACT	7
I.INTRODUÇÃO.....	11
I.1.Delimitação temática.....	11
I.2.Justificativa do objeto de estudo	14
I.3.As premissas. Jurisdicionalidade e contratualidade: A natureza híbrida da arbitragem	16
I.4.Considerações iniciais acerca da necessidade de controle da atividade do árbitro ...	21
II. OS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELO CONTROLE DA ATIVIDADE DO ÁRBITRO	28
II.1. O controle interno da atividade do árbitro	29
II.1.a. Segue: as disposições legais prevendo o controle pelo próprio árbitro	30
II.1.b. Eleição de outros órgãos controladores	37
II.2. O controle externo da atividade do árbitro	41
II.2.a. O duplo regime de controle externo: um sistema de competência internacional coordenada.....	44
II.2.b. Competência internacional para o controle primário.....	63
II.2.c. Competência interna para o controle primário	69
II.2.d. Competência internacional e interna para o controle secundário	72
II.2.e. Eliminação consensual de órgãos responsáveis pelo controle externo?	74
III. O MOMENTO PARA O CONTROLE DA ATIVIDADE DO ÁRBITRO. 79	
III.1. O efeito negativo do Princípio <i>Kompetenz-Kompetenz</i> e suas diversas aplicações e interpretações em âmbito internacional	79
III.2. <i>Kompetenz-Kompetenz</i> no ordenamento jurídico brasileiro	89
III.3. Segue: necessária flexibilização excepcional da regra de prioridade do controle interno	103
III.4. Segue: Os critérios de flexibilização do <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	108
III.5. Necessária submissão ao controle interno de questões relacionadas à jurisdição e aptidão do árbitro.....	121

III.6.	A regra de impugnação no primeiro momento possível e suas implicações	140
III.7.	Extensão, para todo o controle interno, das regras até aqui estabelecidas.....	153
III.8.	O momento para o exercício do controle externo primário: a regra prevista no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem e suas exceções	158
III.9.	O momento para o exercício do controle externo secundário	164
IV.	OS MECANISMOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE DO ÁRBITRO	166
IV.1.	Mecanismos de controle interno da atividade do árbitro.....	167
IV.1.a.	As impugnações dirigidas ao órgão arbitral	167
IV.1.b.	Os embargos arbitrais	180
IV.1.c.	Os recursos arbitrais	184
IV.1.d.	As impugnações dirigidas a outros órgãos de controle interno	185
IV.2.	Mecanismos de controle externo primário da atividade do árbitro	188
IV.2.a.	Mecanismos de controle da atividade do árbitro no momento próprio	189
IV.2.a.1	A ação anulatória de sentença arbitral.....	189
IV.2.a.2.	A impugnação à execução de sentença arbitral	209
IV.2.a.3.	Ação rescisória?.....	213
IV.2.b.	Mecanismos de controle prematuro da atividade do árbitro.....	216
IV.2.b.1.	Ações judiciais com objeto englobado por convenção arbitral	216
IV.2.b.2.	As “ações antiarbitragem”.....	220
IV.2.b.3.	Ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem.....	225
IV.2.b.4.	Ação judicial para concessão de tutelas de urgência.....	231
IV.2.b.5.	Medidas de apoio judicial ao árbitro	234
IV.2.b.6.	Conflito de competência?	237
IV.2.b.7.	Mandado de segurança?	243
IV.2.c.	Mecanismos de controle retardado da atividade do árbitro	245
IV.2.c.1.	Ação declaratória de inexistência de sentença arbitral	245
IV.2.c.2.	Reconhecimento de inexistência jurídica ou ineficácia da sentença arbitral em execução ou em demanda judicial ou arbitral em que a sentença seja invocada.....	250
IV.3.	O mecanismo de controle externo secundário da atividade do árbitro: ação homologatória de sentença arbitral estrangeira	252
V.	OS VÍCIOS PASSÍVEIS DE CONTROLE	257
V.1.	Vícios na atividade do árbitro passíveis de controle interno	257
V.1.a.	O controle exercido pelos painéis arbitrais.....	257
V.1.b.	O controle exercido no âmbito dos recursos arbitrais	261
V.1.c.	O controle exercido por órgãos não jurisdicionais	261

V.2. Vícios passíveis de controle externo primário	264
V.2.a. A suficiência e a taxatividade do rol previsto no artigo 32 da Lei de Arbitragem.....	264
V.2.b. Segue: Inadmissibilidade de controle do mérito da sentença arbitral?.....	270
V.2.c. Segue: extensão das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem para o controle prematuro e retardado da atividade do árbitro.....	273
V.2.d. Análise específica dos vícios na atividade do árbitro que admitem controle externo primário	274
V.2.d.1.O controle da consensualidade da arbitragem	275
V.2.d.2.O controle das limitações legais ao exercício da arbitragem.....	281
V.2.d.3.O controle do Devido Processo Legal	284
V.3.Vícios na atividade do árbitro passíveis de controle externo secundário	290
V.3.a.A equivalência entre as hipóteses previstas na Lei de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque e sua similaridade com as hipóteses de controle externo primário.....	290
V.3.b.Análise específica dos vícios na atividade do árbitro que admitem controle externo secundário.....	293
V.3.b.1.O controle da consensualidade da arbitragem	293
V.3.b.2.O controle das limitações legais ao exercício da arbitragem.....	296
V.3.b.3.O controle do Devido Processo Legal	297
V.3.b.4.O controle da inobservância a questões de ordem pública	298
 VI. SÍNTESE CONCLUSIVA.....	 303
 VII. REFERÊNCIAS.....	 307

I. INTRODUÇÃO

I.1. Delimitação temática

O papel assumido pelo árbitro envolve tanto a função desempenhada para desenvolvimento do processo arbitral quanto o exercício cognitivo que dá resultado a essa atividade. O árbitro, tal qual o juiz estatal, não é responsável somente pela palavra final acerca de determinada controvérsia, mas dirige o processo desde seu início, adotando as providências necessárias para que tal processo possa atingir sua finalidade: a resposta jurisdicional aos conflitos que integram seu objeto.

Isso se dá porque arbitragem é exercício de jurisdição (capítulo I.3) e, como tal, deve se desenvolver mediante um procedimento¹ disciplinado pelas partes e, supletivamente, pelos árbitros², mas sempre com observância à lei especial (a Lei de Arbitragem) e aos dispositivos constitucionais norteadores do Devido Processo Legal (capítulo I.4), temperados pelas características próprias da arbitragem.

Esse papel desempenhado pelo árbitro na condução do processo, aqui denominado atividade do árbitro – em contraposição ao resultado dessa atividade: a resposta jurisdicional –, está sujeito a desvios. A assunção dessa função pode ser viciada, especialmente porque, como será visto, o exercício da arbitragem somente é admitido dentro de determinados limites e condicionado ao consentimento das partes. Da mesma forma, as providências adotadas pelo árbitro no curso do processo podem apresentar inconsistências em relação às disposições a elas aplicáveis, sejam elas legais, sejam definidas pelas próprias partes, que, como dito, estabelecem a regra do processo arbitral.

É o controle desses desvios que se pretende investigar. O enfoque se mostra palpitante pois, ao contrário do que ocorre no âmbito estatal, o diploma legal da arbitragem prevê mecanismos de controle por outros órgãos tão somente após prolatada a sentença arbitral, seja por força da assim denominada ação anulatória de sentença arbitral – e equivalente impugnação à execução de sentença (vide artigos 32 e 33 da Lei

¹“sequência de atos encadeados que se dirigem à consecução de um determinado resultado” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 298).

²Art. 21 da Lei de Arbitragem. Por todos, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 290.

de Arbitragem), seja por ocasião da ação homologatória de sentença arbitral estrangeira (vide artigos 34 a 38 da Lei de Arbitragem), atribuindo o controle de tal atividade no curso de seu desenvolvimento somente ao próprio árbitro, mediante mecanismos internos de impugnação (vide artigos 8º, 15, e 20 da Lei de Arbitragem). Além do mais, os dispositivos relacionados ao controle judicial preveem hipóteses limitadas em que tal controle é admitido.

Isso leva a diversos questionamentos acerca de como vícios e desvios constatados no desenvolvimento da arbitragem podem ser controlados. Tal controle caberia tão somente ao árbitro enquanto a arbitragem estiver em curso? Deveria o Judiciário sempre aguardar a conclusão da arbitragem para então controlar vícios constatados no seu desenvolvimento? Como devem se relacionar o controle exercido pelo árbitro e pelo Judiciário? Poderia uma arbitragem que se anteveja inadmissível ser inclusive evitada por atuação judicial? São esses e outros assuntos relacionados que pretende aqui abordar.

Para tanto, a investigação está dividida em (i) órgãos responsáveis pelo controle da atividade do árbitro; (ii) momento para o exercício desse controle; (iii) mecanismos pelos quais o controle é exercido (o que abrangerá a legitimidade para, por meio deles, postular-se tal controle, assim como suas consequências); e (iv) vícios na atividade do árbitro que admitem controle.

Essa proposta levou o estudo a receber uma titulação aparentemente abrangente, podendo ser considerada, em um primeiro momento, genérica. Esse ponto foi objeto de discussões junto à banca de qualificação do trabalho³, tendo surgido diversas sugestões, tais como “controle da arbitragem”; “controle judicial”, ou “jurisdicional” da atividade do árbitro; controle ou “interno”, ou “externo”, ou “primário”, ou “secundário” dessa atividade, dentre outros.

O título “controle da arbitragem” sugeriria também o estudo da forma como os vícios incorridos especificamente na resposta jurisdicional podem ser controlados, o que não se pretende. “Controle judicial” ou “controle jurisdicional” são insuficientes pois,

³Composta pelos Professores Flávio Luiz Yarshell e Carlos Alberto de Salles, além do orientador do trabalho, Professor Marcelo José Magalhães Bonício.

como será visto, o estudo aqui proposto não está embasado apenas no controle judicial (exercido pela jurisdição estatal) ou mesmo jurisdicional (exercido pela jurisdição estatal e privada). Será visto que não apenas os árbitros e o Judiciário exercem tal controle, mas também outros órgãos, não dotados de Poder Jurisdicional. Controle “interno” ou “externo” também trariam limitação indesejada na medida em que se pretende avaliar ambas as espécies de controle (exercidos pelo árbitro e pelo Judiciário). O mesmo pode ser dito em relação a controle “primário” ou “secundário”.

Isso demonstra que a denominação mais adequada para o trabalho é aquela que o limita pelo seu objeto, apresentando da melhor forma o corte metodológico escolhido para investigação.

Com o objetivo de permitir um estudo aprofundado e exauriente do tema escolhido, será desconsiderado o controle de desvios incorridos especificamente na resposta jurisdicional concedida pelo árbitro. Isso porque, por um lado, tal controle não leva aos mesmos adiantados questionamentos relacionados ao controle da atividade do árbitro. Por outro lado, traz outras inquietações que merecem investigação própria e sob outro enfoque, tais como a possibilidade de eventual desconsideração da coisa julgada arbitral ou então a eventual submissão do resultado da arbitragem a súmulas vinculantes e precedentes judiciais. Esses e outros problemas igualmente intrigantes merecem abordagem em trabalho específico e com enfoque diverso.

Na mesma linha, o tema objeto do trabalho será investigado com foco no Direito brasileiro. Essa ressalva é importante porque a arbitragem é campo propício para solução de conflitos internacionais e, ademais, é comum nas mais variadas ordens jurídicas que as partes possam, dentro de determinados limites, eleger a Lei que regerá tanto processualmente quanto materialmente suas controvérsias. Isso influi diretamente no controle da atividade do árbitro, que também será regido pelas leis processuais eleitas pelas partes.

Isso não impede pesquisas de doutrina e jurisprudência estrangeiras acerca de ordenamentos similares ao nosso e também não desencoraja a análise de outros ordenamentos ao menos para fins comparativos. A experiência alienígena também será

considerada e, no que for útil, aproveitada para o estudo, mas sempre com lentes focadas nas delimitações aqui expostas.

Finalmente, não se pretende, aqui, avaliar profunda e especificamente cada possível desvio na atividade do árbitro. A intenção é investigar como tais vícios podem ser controlados, o que exigirá uma incursão, realizada no capítulo V, nas hipóteses que admitem tal controle, mas não uma exaustiva investigação das circunstâncias diante das quais se manifestam. As lentes dessa investigação não estão focalizadas nos vícios na atividade do árbitro, mas sim na forma como seu controle deve ser exercido.

I.2. Justificativa do objeto de estudo

Da exposição do objeto do estudo, já se extrai a justificativa para sua escolha, bem como sua importância para o campo acadêmico. O tema é instigante não apenas sob o aspecto científico, mas também – e inclusive – prático, diante da recente expansão da utilização da arbitragem no Brasil, mesmo para a solução de controvérsias domésticas.

Embora essa constatação seja empírica – sentida no dia a dia das atividades de qualquer jurista – vale aqui mencionar que, conforme dados obtidos perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – uma das mais tradicionais na administração de arbitragens institucionais – mais de 95% das arbitragens até então ali processadas foram iniciadas já nesse século, após (i) o advento da nossa lei de arbitragem, e (ii) a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade de relevantes dispositivos dessa lei (SE 5.206)⁴.

Essa disseminação da arbitragem gera, por consequência, maiores preocupações com a garantia da segurança e confiabilidade do instituto. É natural que, com isso, se dilatem os problemas que a permeiam, mas também as situações de utilização inadequada, abusiva, e até mesmo maliciosa desse mecanismo. Diante disso, mostra-se essencial a

⁴Vide tabela e gráfico apresentados por FREDERICO JOSÉ STRAUBE, presidente do CAM-CCBC, em seu artigo sobre o novo regulamento de arbitragem do referido centro (STRAUBE, Frederico José. *Uma primeira análise do novo regulamento do CAM/CCBC*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2/3. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 227 | Jan / 2012 DTR\2012\2280).

sistematização de um método de controle que garanta, ao final do dia, uma arbitragem segura e eficiente entre nós.

Isso se torna ainda mais relevante quando se lembra que a arbitragem mundialmente se desenvolveu no seio de relações comerciais e empresariais especialmente internacionais, possuindo papel de destaque na pacificação dessas relações. Talvez seja até o desenvolvimento político e econômico pelo qual nosso país passou nas últimas décadas, tanto no campo doméstico quanto internacional, uma das justificativa pela qual a arbitragem tanto se desenvolveu⁵. Sistematizam essa ideia as palavras do Professor Modesto Carvalhosa, em reportagem publicada em 01.12.2011, no Jornal Valor Econômico: “Se o país respeita a arbitragem, aumenta a segurança jurídica”⁶.

O empenho em se garantir uma arbitragem segura e eficiente poderá colaborar, também, para o incentivo a outros métodos de solução de conflitos. É fato que nosso Judiciário não consegue, sozinho, atender aos anseios de eficiência e qualidade exigidos pela sociedade, e isso passa pela impossibilidade de se garantir ao julgador estatal tempo e conhecimento específico suficientes para solucionar satisfatoriamente toda a sorte de conflitos que lhe são apresentados. Nesse contexto, garantir uma arbitragem segura e confiável poderá levar a sociedade a, satisfeita com esse experimento, buscar outras vias alternativas ao Judiciário para a resolução de seus conflitos.

⁵É o que destaca ADRIANA BRAGHETTA, ressaltando que “de fato, até a década de 80 a arbitragem estava praticamente restrita à Europa Ocidental e aos Estados Unidos da América, o aumento das trocas internacionais tornou imperioso que diversas outras nações passassem a admitir e regular esse método de solução de disputas”. (BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 3). De forma análoga, ainda em 2005, MIGUEL REALE destacou que “se não me engano, é crença predominante, nos círculos empresariais, e até mesmo nas classes dos advogados, de que o processo de arbitragem seria mais propriamente destinado aos negócios internacionais, e quando estiverem em jogo questões de apurada técnica, cujo julgamento exija altos conhecimentos especializados tanto dos peritos, que geralmente atuam no foro, quanto dos magistrados. Ora, se há algo que vai adquirindo cada vez maior consciência, é a *opção normal* – ou seja não excepcional – da arbitragem como processo para resolver qualquer espécie de conflito entre as partes de contratos de significativo valor, desde que se trate, é óbvio, de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (REALE, Miguel. *Crise da Justiça e Arbitragem*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 2. N° 5. Abril-junho de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 11/13).

⁶Para WILLIAM W. PARK, a arbitragem é tão crucial no atual cenário político-econômico que, “Não havendo possibilidade de arbitragem vinculante, alguns negócios não serão consumados. Outros serão concluídos somente a preços elevados, refletindo os riscos de uma potencial adjudicação tendenciosa” (PARK, William W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 1. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528).

Não se pretende, aqui, defender que a arbitragem é a solução para os problemas do Judiciário. Parece igualmente empírico que esse mecanismo de solução de conflitos, embora tenha crescido de forma notável, ainda é, entre nós, restrito a litígios com substanciais cifras envolvidas. Ainda assim, não há dúvidas de que a sua adequada e segura utilização, mesmo que exclusivamente para esses casos, abrirá portas para a vinda de outros métodos de solução de conflitos que possam atingir uma maior diversidade de controvérsias.

Ainda, o descolamento dos conflitos mais intricados para outros mecanismos de resolução permitirá ao julgador estatal dedicar seu tempo à solução dos litígios mais propícios à jurisdição estatal, o que, no longo prazo, pode significar ganhos em termos de eficiência.

Por fim, e talvez até por sua recentíssima expansão, ainda há bastante espaço para estudos e reflexões acadêmicas sobre a arbitragem, especialmente no instigante campo de seu controle. Diversas das obras existentes sobre o assunto são ainda muito recentes, o que naturalmente abre campo para testes, questionamentos, e discussões.

I.3. As premissas. Jurisdicionalidade e contratualidade: A natureza híbrida da arbitragem

Embora seja método histórico de solução de conflitos, relevando-se já nos primórdios do sistema jurídico romano⁷, a arbitragem se desenvolveu internacionalmente no último século – e entre nós nas últimas décadas – como uma alternativa à justiça estatal. Ganhou destaque como uma opção para os negócios internacionais na medida em que permite a solução de litígios em ambiente neutro, imparcial, e destacado de regras específicas, garantindo, assim, maior igualdade de condições entre as partes.

⁷TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p. 39/49; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 35; BASILIO, Ana Tereza Palhares, FONTES, André R.C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 4. N° 14. Julho-Setembro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 48/51.

Não são essas, no entanto, as únicas vantagens da arbitragem. O incentivo ao sigilo⁸, a flexibilidade do procedimento⁹, a atmosfera de menor enfrentamento, mais propícia a acordos¹⁰, a celeridade do processo¹¹, a possibilidade de eleição de juízes especialistas na matéria controvertida¹², e até mesmo seus custos¹³ tem tornado esse método de solução de litígios bastante sedutor mesmo para disputas oriundas de negócios intranacionais, especialmente quando comparado ao Judiciário.

Essa conscientização leva parte da Doutrina a classificar a arbitragem como um método alternativo de solução de conflitos; uma saída à justiça estatal, de onde ninguém pode escapar sem a concordância do adversário¹⁴. Outros preferem classificar a

⁸Como bem destaca JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, “A confidencialidade visa permitir que quaisquer controvérsias sejam dirimidas de forma amigável sem que a existência daquelas possa afetar a continuidade das relações contratuais, nem que sejam essas controvérsias entendidas pelos terceiros como ruptura de relações contratuais. Casos haverá em que a simples ciência de existir uma controvérsia poderá afetar direitos associados a essa relação que se tornou litigiosa, tais como a expectativa de desempenho de companhias e de seus negócios, sem mencionar a sua relativa posição concorrencial”. (NUNES PINTO, José Emílio. *A confidencialidade na arbitragem*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 25 | Jul / 2005. DTR\2005\810). Vale lembrar, ainda, dos riscos fiscais a que as sociedades se submetem ao revelarem suas transações ao judiciário, fortemente mitigadas quando da migração para a jurisdição arbitral. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 61).

⁹EDUARDO PARENTE alerta que flexibilizar o procedimento não é a expressão mais adequada a ser utilizada no trato do processo arbitral. O procedimento arbitral é, por si, flexível, ao contrário do procedimento judicial que, sendo a princípio rígido, admite certa flexibilização. A característica flexível do processo arbitral advém justamente da autonomia da vontade, na medida em que, cabendo às partes eleger o procedimento adequado para o seu litígio, não há como se falar em rigidez, mas somente em um procedimento amoldável às necessidades dos combatentes (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 50).

¹⁰SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 33/34.

¹¹Recente pesquisa conduzida pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (“CBAr”) com o apoio do Instituto de Pesquisas IPSOS apontou que, para os entrevistados, essa é a maior vantagem da arbitragem em relação ao Judiciário (37% dos votos). (http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf). O resultado merece reflexão. Embora não se negue que o tempo é fator extremamente relevante na justa e adequada solução de conflitos, é de se indagar se deveria se sobrepor a fatores como, por exemplo, o caráter técnico e a qualidade das decisões. Uma solução rápida deve ser preferida a uma solução correta?

¹²“Empirical evidence confirms that the ability to participate in the selection of the arbitrators remains a key attraction of international arbitration for users today. The process of selecting a tribunal continues today to offer peculiar opportunities to the parties, which are distinct to arbitration. Parties may, and often do, select a tribunal which includes experts in a particular substantive discipline (e.g., insurance practitioners, construction lawyers/experts, maritime, or commodities practitioners)”. (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1639). De forma análoga: SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p.49/50.

¹³SELMA LEMES observa que o fator tempo torna o custo-benefício do processo arbitral mais interessante do que o custo-benefício do processo judicial. Segundo a Professora, a opção pela arbitragem pode representar uma economia de mais de 58% em relação à jurisdição estatal (LEMES, Selma Ferreira. *Sete motivos para eleger a arbitragem em contratos empresariais e públicos*. In Revista Resultado. Março/abril 2008. p. 20/23).

¹⁴BALL, Markham. *The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration*. Arbitration International. Volume 22. Issue 1. 2006. p. 73; DINAMARCO, Cândido

arbitragem como método adequado de solução de conflitos¹⁵, lembrando, com isso, que apenas certas espécies de litígios são adequadas para a arbitragem, que não deve ser considerada uma mera alternativa.

De fato, a arbitragem é uma alternativa para aqueles que não querem enfrentar as desvantagens da Justiça Estatal. Por outro lado, não há como se negar que a via arbitral também pode se mostrar desvantajosa, especialmente dependendo de características específicas do litígio a ela desenvolvido. O custo de partida do processo arbitral costuma ser bastante alto ao menos nos mais tradicionais centros de arbitragem, o que já torna esse mecanismo ineficiente para uma infindável gama de controvérsias de menor valor envolvido, a princípio mais adequadas para o Juízo Estatal, subsidiado.

Daí que ambas as classificações são oportunas, sob o ângulo em que construídas. A arbitragem deve ser vista tanto como uma alternativa quanto como um meio adequado para a solução de certas controvérsias. O mais importante, ao menos para os fins desse estudo, é ter em mente que a arbitragem é um método *convencional* de solução de conflitos, decorrente, portanto, da livre manifestação de vontade.

Embora isso esteja sendo adotado como premissa, é de se ressaltar ser indiscutível que, ao menos atualmente e entre nós¹⁶, o processo arbitral sempre nasce de um vínculo contratual estabelecido entre as partes. O próprio artigo 1º da Lei 9.307/96 levaria a essa conclusão, reiteradamente destacada em extensa doutrina¹⁷, sendo esse,

Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013, p. 31; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 42.

¹⁵FALECK, Diego. ALVES, Rafael. *Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 4/5. Fonte original citada: Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 DTR\2014\586.

¹⁶Não se está, aqui, descartando terminantemente a arbitragem obrigatória. Embora a hipótese mereça investigação aprofundada, fato é que, atualmente, a consensualidade é uma forte característica da arbitragem. Ao menos de acordo com o último entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, é isso inclusive o que concilia a via arbitral com o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

¹⁷Ao tratar do compromisso arbitral, já dizia PONTES DE MIRANDA que “o *compromissum* é acordo para a decisão por árbitro”. (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXVI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1971. p. 317). Ao menos em âmbito nacional, a lição continua atualizada. A consensualidade é, conforme doutrina unânime, um dos mais importantes traços da arbitragem. Nessa linha, FLÁVIO LUIZ YARSHELL (YARSHELL, Flávio Luiz. *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 207/2012 | p. 13 | Mai / 2012 DTR\2012\38924) e CARLOS ALBERTO CARMONA (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 15/16), dentre outros. Da doutrina alienígena, pode-se citar as palavras de FERNANDO GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, para quem “hoy se entiende que el arbitraje nunca puede ser forzoso, porque su base

inclusive, um dos fundamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal para decidir pela constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei de Arbitragem¹⁸.

Ainda assim, a arbitragem não deixa de ser exercício de Jurisdição. É sabido que, atualmente, a convenção de arbitragem¹⁹ possui o condão de impedir a apreciação, pelo Poder Judiciário, dos litígios objeto desse pacto. Basta a existência da avença para que a Justiça Estatal esteja substituída, no que for possível, pela arbitragem²⁰.

Parte da Doutrina ainda assim nega que a arbitragem seja jurisdicional²¹. Parte-se da ideia de que a manifestação de vontade não poderia usurpar uma função exclusiva do Estado, tal qual a Jurisdição. Esse trabalho partirá, no entanto, da expressa adesão à corrente que concilia a origem eminentemente negocial com o caráter jurisdicional da arbitragem.

Os fundamentos desse convencimento são: (i) não há nada na Constituição Federal que restrinja a atividade jurisdicional ao Estado; (ii) a Lei de Arbitragem expressamente confere poder jurisdicional ao árbitro²²; (iii) os elementos e escopos da Jurisdição estão presentes na arbitragem²³; (iv) a própria lei de arbitragem exige respeito

legitimadora se encuentra en la voluntad de las partes que confían en la solución que provoca y propicia”. (GONZALEZ, Fernando Gomez de Liaño. *El proceso civil*. 3ª ed. Oviedo: Forum. 1996. p. 571).

¹⁸“A constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema da arbitragem.” Voto Vencedor de Nelson Jobim no AgR na SE nº 5206-7, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ. 12.12.2001.

¹⁹Convenção de arbitragem é gênero, do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Cláusula compromissória é o pacto entabulado no bojo de determinado contrato, em que as partes acordam submeter à arbitragem quaisquer conflitos que venham a surgir. Compromisso arbitral é a avença celebrada à luz de determinado conflito, em que as partes convencionam submeter esse conflito específico à arbitragem. Vide, por todos, CARLOS ALBERTO CARMONA (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 16/22), bem como CARLOS ALBERTO DE SALLES (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 41).

²⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei 9.307/96*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 25 e FIGUEIRA JÚNIOR. Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p.119.

²¹SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 12ª ed. Padova: Cedam. 1996. p. 1038; GONZALEZ, Fernando Gomez de Liaño. *El proceso civil*. 3ª ed. Oviedo: Forum. 1996, p. 571; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei 9.307/96*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 11/15.

²²CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 26/27.

²³Em sua mais recente obra sobre arbitragem, DINAMARCO revela ter aderido integralmente a tese da jurisdicionalidade da arbitragem. Dentre as diversas razões apresentadas, lembra que a arbitragem inegavelmente pacifica litígios, fazendo-se presente o primordial escopo da Jurisdição. O processualista também enxerga na arbitragem o papel de educação da sociedade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 39/40). A nosso ver, embora com

a valores político-sociais garantidores de uma atividade jurisdicional proba e transparente (contraditório, igualdade, imparcialidade do julgador, e livre-convencimento), levando à constatação de que, embora a Arbitragem nasça da vontade das partes, há inegável interesse público no seu desenvolvimento e conclusão; (v) a arbitragem é dotada dos mesmos elementos formadores da jurisdição²⁴; e (vi) já adentrando ligeiramente o objeto desse estudo, a arbitragem é externamente controlada.

É com base em ideias semelhantes que, além de CARLOS ALBERTO CARMONA²⁵ e, mais recentemente, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁶, também endossam essa teoria CARLOS ALBERTO DE SALLES²⁷, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁸, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR²⁹, dentre outros.

Para esse estudo, é essencial a compreensão de que ter a arbitragem, ao menos atualmente, origem em um acordo de vontades não se contrapõe ao seu caráter jurisdicional. A arbitragem é exercício de jurisdição, assim como o processo estatal. A diferença é que este é decorrente do poder imperativo do Estado, enquanto que aquela advém da vontade das partes. A origem é diversa, mas o fim é o mesmo: ambos são métodos de heterocomposição de litígios; não por outro motivo, a sentença arbitral e a judicial são equiparadas por lei (artigo 31 da Lei de Arbitragem).

menor intensidade dado o seu caráter privatista e a sua tendência ao sigilo, a arbitragem não deixa de colaborar para a imperatividade da atividade estatal (já que aplica normas de conduta imperativamente impostas à sociedade), além de garantir respeito à liberdade e permitir a participação da sociedade nas atividades jurisdicionais (escopos políticos). Ainda, confere efetividade às regras jurídicas que disciplinam as relações sociais (escopo jurídico), nesse ponto até com mais intensidade do que a justiça estatal, na medida permite solução tomada por especialistas na matéria discutida, e com tempo para dedicação específica ao litígio; portanto com maiores chances de acerto. Também parece mais efetiva no ponto de vista do escopo social, pois admite solução mais célere e, portanto, efetiva do ponto de vista da pacificação. Sobre os escopos do processo, reportamo-nos ao trabalho de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 177/263),

²⁴Quais sejam: (i) poder, na medida em que o árbitro decide imperativamente uma controvérsia; (ii) função, pois pacifica conflitos aplicando o Direito e por meio de processo; e (iii) atividade das partes e do árbitro (CINTRA, Antônio Carlos De Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 22ª Ed. São Paulo: Melhoramentos. 2006. p. 145).

²⁵Vide, também, CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 1993. p.30/37.

²⁶Vide nota de rodapé 23, supra.

²⁷SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. p. 92.

²⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 327.

²⁹FIGUEIRA JÚNIOR. Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 96.

Diante do confronto das ideias acima expostas, a Doutrina de vanguarda passou a considerar a arbitragem como método de solução de litígios de natureza híbrida, ressaltando tanto sua origem convencional como seu caráter jurisdicional³⁰. É essa a maior premissa norteadora desse estudo.

I.4. Considerações iniciais acerca da necessidade de controle da atividade do árbitro

O primeiro questionamento que surge diante do objeto deste estudo é se há sentido em se impor algum controle à atividade do árbitro. A questão não é despropositada, mesmo sabendo-se que mecanismos de controle estão, de qualquer forma, previstos na Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (“UNCITRAL”), assim como – e consequentemente – na legislação dos mais variados Estados. Captar a razão e o espírito desse controle é essencial para que seja corretamente estudado, permitindo inclusive uma interpretação adequada dos dispositivos que o regulam. A essência do controle é, portanto, o ponto de partida para que se possa sistematizar o seu exercício.

Não se pretende, nesse momento introdutório, exaurir a questão, até porque compreender o espírito do controle da atividade do árbitro passa pelo estudo sistêmico do controle. Somente após reflexões sobre todas as facetas do controle da atividade do árbitro será possível obter-se uma resposta madura acerca da sua essência.

Não obstante, parece ser um bom ponto de partida confrontar o objeto desse estudo com a assertiva reiterada em âmbito doutrinário de que o processo arbitral deve se desenvolver da forma mais independente possível, evitando ao máximo interferências especialmente do Poder Judiciário³¹.

³⁰Sobre a (incorreta) dicotomia estabelecida entre o caráter jurisdicional e contratual, e a corrente conciliatória aqui aderida, vide BASILIO, Ana Tereza Palhares. FONTES, André R.C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 4. Nº 14. Julho-Setembro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 48/51; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 54/60.

³¹VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 210 ; ALVES, Rafael Francisco. A

Isso se dá porque, ao celebrarem convenção arbitral, as partes optaram por renunciar à Jurisdição Estatal. É o que se chama de efeito negativo da convenção arbitral³². Daí que permitir profundas interações entre a Jurisdição Estatal e a Jurisdição Privada desprestigiaria a própria vontade manifestada pelas partes - raiz de qualquer exercício arbitral - desnaturando esse método *consensual* de solução de controvérsias.

Justamente com esse espírito, nossa legislação arbitral (i) não mais exige a homologação judicial da sentença arbitral; (ii) equipara a sentença arbitral à judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem); (iii) determina a suficiência de uma cláusula compromissória para que se inicie uma arbitragem (art. 5º da Lei de Arbitragem); e (iv) equipara os árbitros, no exercício de suas funções, aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal (art. 17 da Lei de Arbitragem)³³.

Transpondo essas ideias para o campo do controle, é correto dizer que o mero arrependimento com a opção de arbitrar; a simples discordância com o desenvolvimento da arbitragem e, especialmente, a má-fé da parte ao se ver diante de uma situação desfavorável, não podem justificar interferências externas. Isso já poder ser, desde logo, descartado³⁴, ou, de outra forma, estar-se-ia ignorando a própria vontade manifestada

inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas. 2009. p. 15/16; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 107/108.

³²Nessa linha, “a exclusão da jurisdição estatal, nos seus devidos limites, é um dos principais objetivos buscados pelas partes com a arbitragem. (...), ao optarem pelo instituto, as partes consagram sua preferência em submeter o caso a uma solução privada, em oposição aos mecanismos estatais de solução da controvérsia. Ao estabelecerem uma convenção, as partes realizam um verdadeiro *opt out* do sistema de justiça estatal” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 37/38).

³³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 210/211. Em sua apresentação da obra *A inadmissibilidade das medidas antiarbitrais no Direito Brasileiro*, de RAFAEL FRANCISCO ALVES, CARLOS ALBERTO CARMONA expõe que “O legislador, ao editar a Lei de Arbitragem, teve que lidar com uma série considerável de *blindagens*, sem o que o mecanismo – então ressuscitado – não encantaria os operadores. (...). O sistema montado em 1996, portanto, apontava claramente para a desnecessidade de recorrerem as partes ao Poder Judiciário quando houvessem escolhido a via arbitral, o que, em última análise, fortalecia de modo considerável a sede escolhida para dirimir o litígio” (CARMONA, Carlos Alberto. Apresentação à obra *A inadmissibilidade das medidas antiarbitrais no Direito Brasileiro*, ALVES, Rafael Francisco. São Paulo: Atlas. 2009).

³⁴Como bem sintetiza CARLOS ALBERTO CARMONA, “Em termos vulgares, quem disser: ‘quero arbitragem’, não se livra mais dela” (CARMONA, Carlos Alberto. *O processo arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 1. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 21 | Jan / 2004 DTR/2004/8). Na mesma linha, ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 16.

pelas partes, fechando-se os olhos para um dos mais primordiais princípios das relações contratuais: o *pacta sunt servanda*.

Isso não basta, evidentemente, para encerrar a questão, até porque um dos objetivos deste estudo é demonstrar que a atividade do árbitro não é controlada apenas pelo Judiciário. Negar às partes a possibilidade de partir para a Jurisdição Estatal diante de mero revés não é o mesmo que dizer que o desenvolvimento da arbitragem não deve sofrer nenhum tipo de controle. Equivaleria, quando muito, à assertiva comum em âmbito doutrinário de que o mérito da sentença arbitral não pode, em princípio, ser judicialmente revisto (vide capítulo V.2.b, com reflexões sobre esse posicionamento).

Primeiro, retomando a premissa de que a arbitragem é exercício de jurisdição, e tendo em mente que esse exercício deve respeitar os limites e ditames constitucionais do Devido Processo Legal, Direito Fundamental³⁵ e um dos Pilares do Estado Democrático de Direito³⁶, alguma forma de controle é necessária para impedir que tal atividade jurisdicional se consolide sem que tais relevantes ditames tenham sido respeitados³⁷, sob pena de se colocar em xeque tais relevantes garantias do jurisdicionado.

Isso significaria um retrocesso às conquistas próprias de uma ordem jurídica social e democrática, assim como verdadeira renúncia às raízes em que fincado nosso natural sistema de solução adjudicatória de conflitos, a serem, como já adiantado, observadas também no âmbito da Jurisdição Privada, ainda que com temperos próprios.

³⁵Não por outro motivo, a garantia ao Devido Processo Legal e, mais precisamente, ao Contraditório e à ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”, estão inseridos no título da Constituição Federal reservado aos Direitos Fundamentais (artigo 5º, incisos, LIV e LV). Oportunas, sobre o tema, as palavras de MOACYR AMARAL SANTOS, para quem “ainda a natureza pública das normas de direito processual civil se põe em evidência quando se considera que elas, em geral, não são derogáveis por vontade das partes, como o são, predominantemente, as normas de direito privado. Por outras palavras, as normas de direito processual civil, na sua quase-totalidade, são cogentes, também ditas imperativas ou absolutas, e, assim, inderrogáveis por vontade dos interessados, que não poderão dispor quanto a elas nem se subtrair às suas consequências. Sua observância é obrigatória, não só às partes como aos órgãos jurisdicionais.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. Vol I. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 27).

³⁶Como bem destacado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, “não há liberdades públicas senão quando se disponha de meios jurídicos que impeçam seu desrespeito; e esses meios se exercem através da função jurisdicional, primacialmente. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky. 1975. p. 4).

³⁷De acordo com MAKHAM BALL, “The job of the reviewing court is to ensure that required procedures are followed and other statutory criteria are met” (BALL, Markham. *The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration*. In Arbitration International. Volume 22. Issue 1. 2006. p. 81). Na mesma linha, RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 69/91.

Ademais, sendo a arbitragem uma escolha, natural que haja mecanismos de controle capazes de garantir que seu exercício é consensual³⁸, sob pena de anuência ao exercício impositivo desse método de solução de conflitos, desnaturando-se uma de suas mais primordiais características, que inclusive justificaram o reconhecimento judicial da constitucionalidade de dispositivos-chave da legislação arbitral.

Assim, o que autoriza, em princípio, a autonomia e independência da arbitragem, também justifica a existência de certa interferência e controle. A arbitragem somente pode ser reconhecida como adequado exercício de Jurisdição e somente será verdadeiramente consensual se o sistema for suficientemente eficaz para evitar ou extirpar seu exercício em desrespeito às garantias do Devido Processo Legal, à vontade manifestada pelas partes³⁹.

Ainda, é inequívoco que nosso sistema impõe limitações legais ao exercício da Jurisdição Privada, envolvendo tanto os sujeitos (arbitrabilidade subjetiva) quanto o objeto (arbitrabilidade objetiva) da arbitragem, assim como quanto ao sujeito a ser indicado como árbitro (pessoa capaz). Sumariamente: para contratar – e, portanto, para convencionar a arbitragem e julgar conflitos – o sujeito precisa ser capaz. Além disso, podem ser objeto de arbitragem apenas controvérsias acerca de direitos disponíveis. A única forma de se garantir que tais limitações sejam respeitadas é prevendo alguma forma de controle.

³⁸Para ADRIANA BRAGUETTA, o controle da atividade arbitral se justifica, dentre outras razões, pois “a legitimidade do árbitro decorre do poder livremente conferido pelas partes, independentemente de qualquer relacionamento impositivo com o poder estatal.” (BRAGUETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem – Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 8). Na mesma linha, as considerações de EDOARDO RICCI, para quem “dado que a arbitragem fundamenta-se, sob o aspecto legal, no princípio da vontade das partes (art 1º da Lei de Arbitragem), é imprescindível que a vontade expressada seja respeitada no seu conteúdo essencial”. (RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 69/91)

³⁹De forma análoga, escreveu PAULO ISSAMU NAGAO que “Busca-se, na verdade, na fiscalização exercida pelo Estado quando é chamado para outorgar o uso da força no cumprimento das decisões proferidas pelos árbitros e para aferir a eventual desconformidade do procedimento e da sentença arbitrais, o equilíbrio, em termos sintéticos, entre, de um lado, a garantia constitucional do devido processo legal, com o propósito de assegurar às partes a segurança do processo equo e a preservação da ordem pública e, de outro, o respeito aos princípios que governam a arbitragem, em especial a autonomia da vontade.” (NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 200). Na mesma linha, as ponderações de PIERRE MAYER (MAYER, Pierre. *Seeking the middle ground of court control: a reply to I. N. Duncan Wallace*. In Arbitration International. Volume 7. Issue 4. 1991. p. 310).

Essas justificativas para o controle da atividade do árbitro se mostram ainda mais relevantes quanto se tem em mente que a arbitragem, além de possuir origem consensual, é um exercício completamente privado de Jurisdição, alheio ao Estado e, portanto, não sujeita a mecanismos semelhantes aos que objetivam garantir um exercício correto, probo, e imparcial da Jurisdição Estatal. O Árbitro não está, a título de mero exemplo, sujeito a provas no âmbito das quais sua aptidão para exercer função adjudicatória será avaliada; não precisa ser sujeito de comprovada reputação ilibada e não está submetido ao controle disciplinar de órgãos específicos.

É correto que assim seja diante da já ressaltada característica consensual da arbitragem, que leva as partes a influírem diretamente no processo de escolha do árbitro, nele depositando sua confiança. Ainda assim, permitir-se o livre e descontrolado exercício da arbitragem abriria portas para conluíus, falcaturias, fraudes, e outras ilicitudes. Tanto é assim que os demais atos e negócios privados também estão sujeitos a controle. Mesmo a atividade administrativa, como se sabe, sofre controle externo.

Isso incentiva o próprio árbitro a comandar o processo da forma mais adequada possível⁴⁰. A consciência de que desvios poderão levar o resultado de sua atividade ao descarte pressiona o julgador a dirigir a atividade adjudicatória com mais cuidado e serenidade, além de desencorajar conluíus.

Isso tudo garante confiabilidade à própria arbitragem. A sociedade não irá rejeitá-la se estiver ciente de que não será arena de abusividades, assim como que suas garantias constitucionais deverão ser igualmente respeitadas no curso do processo, ainda que privado⁴¹. Por outro lado, a existência de arbitragens impositivas e contrárias aos

⁴⁰Correta, nessa linha, a percepção de WILLIAN W. PARK, para quem “o bom senso comum sugere que é menos provável que ocorra uma má-conduta quando o comportamento está sujeito ao controle público e à sanção. Por exemplo, a perspectiva de revisão judicial pode tornar os árbitros mais sensíveis ao potencial benefício de admitir o depoimento de uma testemunha que eles talvez não desejassem ouvir esse controle inclusive desencoraja condutas ímprobos” (PARK, Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528).

⁴¹De forma análoga, WILLIAN MICHAEL REISMAN escreveu que “when we deal with optional international decision processes, that is those in which, for the most part, participation is voluntary and in which the expectation of the operation of the control mechanism may be an important factor in decisions opting to use a particular process, an actual and anticipated control breakdown such as this is likely to induce many actors henceforth to refrain from using the process. Thus, controls in international adjudication and

princípios norteadores do Devido Processo Legal, em figuras análogas a verdadeiros tribunais de exceção, trará insegurança jurídica não apenas ao usuário da arbitragem, mas à toda a sociedade⁴².

Também é verdade que, por outro lado, a existência de amplos e excessivos mecanismos de controle pode igualmente levar a arbitragem ao insucesso⁴³, tornando esse método, sob outro ângulo, igualmente inseguro e desinteressante. Retornando ao início, para que seja eficiente, é importante que esse mecanismo de solução de conflitos caminhe da forma mais independente possível – não totalmente independente, mas no limite para que seja funcione adequadamente⁴⁴.

arbitration are not simply conditions of efficient operation. They are conditions of operation. Much as lawyers cannot practice law without clients, international tribunals cannot decide disputes without litigants. Litigants come on an entirely voluntary basis and have no reason to come to an uncontrolled process.” (REISMAN, Willian Michael. *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration. Break down and repair*. Durhan: Duke University Press. 1992. p. 2/3). Na mesma linha, BALL, Markham. *The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration*. In Arbitration International. Volume 22. Issue 1. 2006. p. 90.

⁴²Novamente válidas, nessa linha, as ponderações de WILLIAN MICHAEL REISMAN, ao tratar da mesma questão: “controls are techniques or mechanisms in engineered artifacts, whether physical or social, whose function is to ensure that an artifact works the way it was designed to work. In social and legal arrangements in which a limited power is delegated, control systems are essential. Without them the putative restriction disappear and the limited power may become absolute. (...) In this sense controls are a sine qua non of liberty”. Ainda, ressalta que, “When social and legal control arrangements break down, the decision process does not fail. But it certainly changes, as more power shifts to the now comparatively less-controlled decision-maker. This is particularly the case in arbitration. With controls, it remains a delegated and restricted power. Without controls it becomes absolute. Thereafter, the arbitration, like the Roman Emperor, may be tempted to say ‘quod voluit arbiter habet vigorem legis’: ‘whatever the arbitrator wants is the law.’ Hence the linkage between controls, limited power, and liberty.” (REISMAN, Willian Michael. *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration. Break down and repair*. Durhan: Duke University Press. 1992. p. 1/2). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle judicial*. In Nova Era do Processo Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 55/56; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2013. p. 223; BRAGHETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem – Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 10; PARK, Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 2/3. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528.

⁴³Semelhante é o raciocínio de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem “A liberação desse controle pelos juízes estatais, quando levada a patamares de abuso, seria um perigosíssimo fator de esvaziamento do instituto da arbitragem, pois comprometeria os fundamentos e objetivos deste (...)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle judicial*. In Nova Era do Processo Civil. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 43), e de ADRIANA BRAGHETTA: “o norte da análise do controle é a eficácia, na medida em que a arbitragem procura ser um mecanismo eficiente de solução de controvérsias” (BRAGHETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p.15). Análogas, ainda, as ponderações de PEDRO A. BATISTA MARTINS (MARTINS, Pedro A. Batista. *As três fases da arbitragem*. in Revista do Advogado. nº 87. São Paulo. Associação dos Advogados de São Paulo. setembro/2006. p. 93).

⁴⁴“Embora nenhum sistema concilie perfeitamente os resultados rivais de finalidade e de lealdade, o meio-termo seria admitir a revisão judicial para as formas mais grosseiras de injustiça processual. Para esse fim, legisladores e tribunais judiciais devem se unir num processo de fina sintonia legal que busque uma composição razoável entre a autonomia da arbitragem e os mecanismos judiciais de controle.” (PARK,

Isso passa, como dito, pela correta censura a desvios, mas também por um adequado apoio aos processos arbitrais corretamente desenvolvidos. A arbitragem será interessante se somente os excessos forem controlados, apoiando-se o que for adequado⁴⁵.

São essas as reflexões oportunas para a início do estudo dedicado à sistematização do controle da atividade do árbitro. Talvez sejam tais assertivas introdutórias o maior desafio daqueles que se propõem a estudar o instigante campo do controle da arbitragem: encontrar o equilíbrio apto a permitir que o exercício arbitral se desenvolva se forma célere e, ao mesmo tempo, segura e adequada, ou, em outras palavras, de forma eficiente⁴⁶. Esse um dos nortes do estudo aqui proposto.

Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR(2004\528).

⁴⁵“Arbitration cannot exist and operate as a legal mechanism for settlement of disputes, domestic and international, unless it is tolerated and supported by States.” (BROZOLO, Luca G. Ricarti di. *The present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A pro-arbitration critique of Michael Reisman’s “Architecture of International Commercial Arbitration*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert (coord). ICCA Congress Series. V. 16. Kluwer Law International. 2012. p. 74.

⁴⁶“Now it is obvious that, in this scheme, an exceedingly fine balance must be struck between arbitral autonomy on the one hand, and the role of national judicial review, the other, in order for arbitration to remain both an effective and credible method of legal recourse. Too much autonomy for the arbitrators creates a situation of moral hazard. If abuses occur – and the theory of moral hazard holds that they will in the absence of controls – national courts will become increasingly reluctant to grant what amounts to a preferred, fast-track enforcement of awards. But too extensive and searching national judicial review that begins to approximate appeal will transfer real decision power from the arbitration tribunal, selected by the parties in order to be non-national and neutral, to a national court whose party neutrality may be significantly less (REISMAN, W. Michael (em coautoria), RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). *Arbitration: The Next Fifty Years*. ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p.23/24).

II. OS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELO CONTROLE DA ATIVIDADE DO ÁRBITRO

A investigação proposta neste trabalho será iniciada com os órgãos responsáveis pelo controle da atividade do árbitro. A mais empírica resposta é que o Judiciário deve exercer tal papel. É isso, inclusive, o que preveem a nossa Lei de Arbitragem (artigos. 33 e 35 da Lei 9.307/96)⁴⁷, a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras⁴⁸, nossa Constituição Federal (Art. 105 inciso I, letra “i”⁴⁹), e nosso Código de Processo Civil (art. 483)⁵⁰.

Essa conclusão não encerra a questão. Já foi introduzido que a atividade do árbitro é controlada no âmbito da própria arbitragem. Diante disso, válido investigar os órgãos aptos a realizar esse controle interno, resposta que, como será visto, não se resume ao painel arbitral constituído para a solução do litígio.

Ainda, especialmente diante da corriqueira utilização da arbitragem para a solução de disputas internacionais, necessário estabelecer critérios de definição de competência internacional e interna para o controle judicial. Para tanto, importante ter em mente a tendência internacional à previsão legal de um duplo regime de controle externo da atividade do árbitro, cuja adequação é objeto de questionamentos doutrinários.

⁴⁷“Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

“Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.” Válido aqui ressaltar que, conforme desenvolvido no desenvolver do trabalho, a atividade homologatória envolve o controle da atividade do árbitro.

⁴⁸A Convenção já é, por si, dirigida ao Judiciário dos países signatários, prevendo regras para a homologação de sentença arbitral estrangeira.

⁴⁹“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.” Lembra-se aqui que, por força de Lei (art. 31 da Lei de Arbitragem), a sentença arbitral é equiparada à judicial, o que por si já bastaria para que as sentenças arbitrais estrangeiras passassem pelo juízo deliberatório do Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁰“Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal”.

II.1. O controle interno da atividade do árbitro

Sendo necessária a existência de meios de controle da atividade do árbitro, é correto e adequado que tal controle seja, antes de mais nada, exercido pelo próprio árbitro. Como já antecipado, a arbitragem é jurisdição, estando seu microssistema inserido no macrossistema do Processo⁵¹⁻⁵². Deve a arbitragem, assim, observar os preceitos e ditames norteadores das atividades adjudicatórias, dentre os quais estão o da efetividade⁵³, instrumentalidade⁵⁴, e razoável duração⁵⁵.

Partindo-se disso, não seria correto afastar do árbitro a função de controlar vícios no curso da arbitragem para, somente uma vez concluída⁵⁶, seu resultado possa vir a ser invalidado. Permitir o desenvolvimento e a conclusão da atividade do árbitro por mero diletantismo é completamente contrário à ideia de que o processo não é um fim em si mesmo, mas está a serviço do direito material⁵⁷. Ademais, isso alonga indevidamente o tempo necessário para a solução do litígio, tornando esse mecanismo ao mesmo tempo inseguro e desinteressante.

⁵¹Definido por DINAMARCO como “técnica de solução imperativa de conflitos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 37).

⁵²reconfirma-se que é imperiosa a inclusão da arbitragem na teoria geral do processo, considerando que ela contém em si um autêntico *processo civil* no qual se exerce um verdadeiro *poder*, a jurisdição, e que as atividades inerentes a esse exercício têm natureza inegavelmente processual. É pois natural que, destinando-se o processo arbitral a produzir efeitos sobre a esfera jurídica de dois ou mais sujeitos mediante a prolação de decisões proferidas por um outro (o árbitro), as atividades ali realizadas se submetam aos ditames contidos naquelas garantias superiores” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 123). Na mesma linha, as ponderações de FLÁVIO LUIZ YARSHELL (YARSHELL, Flávio Luiz. *Breves considerações sobre arbitragem e prova*. In Carta Forense. Edição de 5.11.2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/breves-consideracoes-sobre-arbitragem-e-prova/9779>).

⁵³Nessa linha, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, para quem “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 49). No mesmo sentido, DINAMARCO: “a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 331).

⁵⁴“O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade. Essa é postura metodológica preconizada de início e caracterizada pela tônica da instrumentalidade do sistema processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 326).

⁵⁵Positivado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

⁵⁶Já que, como desenvolvido no capítulo III, não se admite intervenção judicial com fim repressivo no curso da arbitragem, mas somente ao seu cabo.

⁵⁷Por todos, YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 39.

Confirma isso o fato da nossa lei processual também estabelecer hipóteses em que cabe aos juízes estatais o controle de sua atividade. Nessa linha, a eventual alegação de incompetência, impedimento, ou suspeição são dirigidas inicialmente ao Juiz da causa (arts. 112, 123, 297, 304, e 312 do CPC). É essa, aliás, expressão legal do Princípio *kompetenz-kompetenz*, tão caro ao processo arbitral (capítulos III.1 a III.4), mas originalmente concebido no seio do processo judicial⁵⁸.

Da mesma forma, há, na disciplina do recurso de agravo - próprio para decisões interlocutórias, corriqueiramente relacionadas ao desenvolvimento do processo -, previsão expressa de juízo de retratação (art. 523, § 2º). Nosso sistema também prevê um recurso direcionado ao próprio prolator da decisão (embargos de declaração), o qual, embora possua hipóteses específicas e limitadas de cabimento, não deixa de ser uma oportunidade para correção de eventuais desvios relacionados inclusive ao desenvolvimento do processo (arts. 535 a 538).

Nesse ponto, o paralelismo entre o processo estatal e o arbitral é proveitoso. Não há porque se excluir daquele que está desempenhando a atividade jurisdicional, seja juiz ou árbitro, o controle de sua própria atividade, se esse controle será, em regra, posteriormente efetuado por outrem. É útil e saudável que tal controle também possa ser realizado internamente, seja em prol da eficiência, seja para embutir na consciência do próprio painel arbitral seu dever de zelar por um processo regular.

II.1.a. Segue: as disposições legais prevendo o controle pelo próprio árbitro

O quanto até aqui exposto se confirma pelo fato de nossa Lei de Arbitragem também possuir previsões expressas de controle da atividade do árbitro pelo próprio

⁵⁸Para ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “é dever do primeiro juiz, ao lhe ser concluso um processo, o de verificar se é competente, conforme os critérios da *competência absoluta*, para dele conhecer. Todo juiz, assim, ‘é competente para apreciar sua própria competência’. (...) Assim, o princípio que denomina os incidentes e questões sobre competência ‘é o de que todo órgão judiciário é juiz da própria competência (a chamada *Kompetenz-Kompetenz* dos alemães)’”. (CARNEIRO. Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 262). Na mesma linha: FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006DTR\2006\225.

árbitro. É o que se extrai, inicialmente, do disposto no artigo 8º, parágrafo único, da Lei da Arbitragem, segundo o qual que cabe ao árbitro decidir “as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Isso também decorre do já citado Princípio *Kompetenz-Kompetenz*, de origem alemã⁵⁹, igualmente aplicável ao nosso processo estatal e, no campo arbitral, definido pela assertiva de que cabe ao árbitro decidir toda e qualquer questão relacionada a sua própria jurisdição e aptidão⁶⁰⁻⁶¹.

Esse princípio é mais profundamente abordado pela doutrina sob o seu efeito negativo. Será visto (capítulos III.1 a III.4) que muito se discute acerca da conveniência de uma regra prevendo prioridade ao controle interno no que toca à solução de questões relacionadas à jurisdição e aptidão do árbitro, assim como de sua eventual relativização em determinadas hipóteses.

É proveitoso para esse estudo também destacar o efeito positivo desse princípio, bem como suas razões⁶². Antes de prever uma ordem de preferência, esse princípio

⁵⁹É o que destaca, dentre tantos, CARMEN TIBÚRCIO, quem inclusive aborda decisão de 2005 do Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão revendo as premissas desse princípio (TIBÚRCIO, Carmen. *O Princípio da Kompetenz-Kompetenz Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof)*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. LEMES, Selma Ferreira *et al.* (Coord). São Paulo: Atlas. 2007. p. 425/435).

⁶⁰“The concept of Kompetenz-Kompetenz – known also as compétence-compétence – means giving arbitrators the power to rule on any question relating to their jurisdiction or the effectiveness of an arbitration agreement as such, without prior recourse to the courts. This principle allows them to rule on any point of law relating to the existence, the validity or the scope of an arbitration agreement” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632). No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 93; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 175; MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Poder Judiciário - Princípio da autonomia da cláusula compromissória - Princípio da competência-competência - Convenção de Nova Iorque - Outorga de poderes para firmar Cláusula compromissória - determinação da lei aplicável ao Conflito - Julgamento pelo tribunal arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 173 | Out / 2005DTR\2005\825; dentre diversos outros.

⁶¹Aptidão do árbitro é o termo aqui escolhido para tratar de quaisquer exigências, legais ou contratuais, para que determinada pessoa possa figurar como árbitro em determinado litígio arbitral. Assim, para a pessoa estar apta a assumir tal posição, deve ser independente e imparcial, mas também preencher eventuais requisitos estabelecidos entre as partes (tais como especialidade em determinado assunto, fluência em determinada língua etc.).

⁶²Muito embora tais disposições legais não serem imprescindíveis para que o árbitro possa controlar sua própria atividade (capítulo III.2).

determina justamente o controle interno da atividade do árbitro, deixando claro que cabe ao árbitro também exercê-lo. Isso, inclusive, é ponto comum às variadas formas de interpretação e aplicação do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* (capítulo III.1)⁶³.

Essa disposição possui relevantes fundamentos. Inicialmente, por “conveniência lógica e funcional”, na medida em que outorgar-se a terceiro a função de avaliar a “competência” do árbitro seria o mesmo que, de plano, presumir-se sua “incompetência”⁶⁴, o que, ademais, iria na contramão do Princípio do *favor arbitral*⁶⁵. Além disso, há que se destacar o ganho de efetividade, já mencionado. Se haverá controle na jurisdição e aptidão do julgador para resolver a controvérsia, nada mais adequado do que eventual impugnação ser dirigida inicialmente ao próprio juiz, já em contato com o litígio⁶⁶.

E não se trata apenas de efetividade sob o ângulo da celeridade. Há, também, um ganho qualitativo⁶⁷, na medida em que é o próprio julgador quem normalmente possui

⁶³“The fact that an arbitral tribunal has the power to consider and decide on the existence and extent of its own jurisdiction is accepted in virtually all jurisdictions. Although this power, known as the principle of *compétence-compétence*, is well accepted, there is far less consensus among jurisdictions on quite a number of important aspects of the principle (RAGN WALDH, Jakob. *Compétence-compétence – The Power of an Arbitral Tribunal to Decide the Existence and Extent of its Own Jurisdiction*. In *International Arbitration: The Coming of a New Age?*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. v. 17. Kluwer Law International. 2013. p. 224). No mesmo sentido, ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009.

⁶⁴SALLES, Carlos Arberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 39/40. De forma análoga, RANZOLIN, Ricardo. *Controle Judicial da Arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ. 2011. p. 139.

⁶⁵“O *favor arbitralis* é a expressão ‘de um princípio que universal que presume a arbitrabilidade do conflito’ (Nelson Eizirik). *Presumir a arbitrabilidade* é aceitá-la enquanto a inarbitrabilidade não vier a ser demonstrada (presunção relativa) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 93/94). Da doutrina estrangeira, pode-se citar JUDIAN LEW, para quem “in principle, national courts should aim always to give effect to the agreement to arbitrate and the resultant award, as well as the effects of this approach. (LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International*. LCIA. Kluwer Law International. Volume 22. Issue 2. 2006. p. 195).

⁶⁶“A arbitragem ficaria paralisada e se obstaculizaria a célere solução da controvérsia, caso o problema da competência arbitral tivesse que ser solucionado pelo Poder Judiciário” (RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 42/43).

⁶⁷“Efetividade do processo não pode ser simplesmente sinônimo de agilidade. Deve traduzir algo maior. (...), pois o processo é inútil se não for para, na medida do possível e consideradas as patologias da realidade jurídica, entregar o que redundaria do cumprimento voluntário da obrigação. Esse foco nos leva justamente a concluir não ser correto identificar efetividade apenas e tão somente com respostas rápidas. Deve ser o vértice entre dois vetores: presteza na entrega de tutela, mas qualidade nesta tutela, de modo que a efetividade traga alteração virtuosa no campo substancial. Até porque, fazendo analogia com qualquer prestação de serviços, entregar rapidamente, mas não exatamente o produto que o comprador espera, ou que não funcione, por óbvio não é suficiente” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 131/132).

melhor consciência de fatos que possam prejudicar sua aptidão para resolver o litígio. Ele certamente possui, por exemplo, conhecimento da maior parte das questões que possam comprometer sua imparcialidade.

Não por outro motivo, já adiantando parte do que virá (capítulo III.2), o modelo mais eficiente para o *Kompetenz-Kompetenz* é aquele segundo o qual o controle interno deve ocorrer, em regra, anteriormente ao controle externo, ao qual cabe eventual revisão. Essa ordem é a mais adequada já que a palavra final deve ficar a cargo do Juiz, mas, também traz o benefício de permitir ao próprio julgador impugnado que esclareça as questões arguidas pelo impugnante, dando, assim, maiores condições para uma acertada revisão de seu próprio controle.

Ainda nessa esteira, o Princípio *Kompetenz-Kompetenz* está relacionado Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória⁶⁸. Como visto, a existência da cláusula compromissória é, por si, suficiente para que as controvérsias havidas entre as partes sejam dirigidas diretamente ao corpo arbitral, e por ele resolvidas, o que em regra afasta, ao menos em um primeiro momento, a atividade judicial. Se é assim para o fundo dos litígios, não há porque se excluir do árbitro eventuais discussões quanto ao desenvolvimento de sua atividade⁶⁹.

Até porque, é certo que questões afeitas à atividade do árbitro podem também significar o próprio mérito da arbitragem – ou parte dele (capítulo III.5). Daí que excluir do árbitro o dever de controlar a sua atividade significaria, nessas hipóteses, ignorar o poder jurisdicional conferido pelas partes⁷⁰. Aliás, é justamente por isso que, embora não

⁶⁸O princípio está positivado no artigo 8º da Lei de Arbitragem e a principal utilidade dessa regra é, como bem destaca CARLOS ALBERTO DE SALLES, “garantir ao juízo arbitral a apreciação de alegações quanto à validade do contrato. Caso inexistisse essa regra, qualquer alegação de invalidade do contrato, em sede de ação ou de defesa, subtrairia do juízo arbitral a competência para o exame do caso, levando-o à jurisdição estatal” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 39).

⁶⁹Na mesma linha, NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 213.

⁷⁰“The Kompetenz-Kompetenz doctrine is consistent with the parties’ implied or expressed intent that any and all disputes arising from their relationship will be arbitrated, including disputes on the parties’ agreements. This is particularly true with respect to international transactions, where the primary motivation of a party entering into an arbitration agreement is to avoid having to submit her case to a national court, particularly when it is likely to be the foreign court of his opposing party, where his opponent will enjoy the many tactical benefits of the home court advantages” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632).

esteja completamente correta a afirmação doutrinária de que o mérito da arbitragem nunca pode ser controlado judicialmente, a tendência é a inexistência desse controle (capítulo V.2.b) e, quando admitido, apenas após concluída a atividade arbitral (capítulos III.2 e III.8).

A atuação conjunta de ambos os princípios é uma arma eficaz contra a recalcitrância e a má-fé⁷¹. Será visto que, não fossem tais preceitos, mera alegação de tais vícios, mesmo quando puramente protelatória, poderia colocar em xeque o desenvolvimento do processo arbitral. Da mesma forma, coubesse exclusivamente ao Judiciário resolver questões relacionadas à jurisdição arbitral, a arguição de tais questões exigiria imediata interferência judicial⁷²⁻⁷³, ou o desenvolvimento do processo arbitral sem a solução de tal questão, tornando o sistema, em quaisquer das hipóteses, obsoleto e inseguro.

Não bastassem essas justificativas, é certo que o controle interno vai ao encontro dos anseios doutrinários de se evitar, na medida do possível, intervenções judiciais no processo arbitral. Havendo uma etapa interna de controle da atividade do árbitro, há justa expectativa de que tal etapa solucione a questão arguida.

⁷¹De forma análoga, VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632; MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Poder Judiciário - Princípio da autonomia da cláusula compromissória - Princípio da competência-competência - Convenção de Nova Iorque - Outorga de poderes para firmar Cláusula compromissória - determinação da lei aplicável ao Conflito - Julgamento pelo tribunal arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 173 | Out / 2005DTR\2005\825.

⁷²“The kompetenz-kompetenz and “separability” ideas enable arbitrators to proceed without the delay, vexation, and frustration of applications (whether or not made in good faith and on objectively reasonable grounds) to state courts, with the possibility of further delay consequent on appeal(s)”. (ANDREWS, Neil. *Global perspectives on commercial arbitration (parte 1)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 201 | p. 249 | Nov / 2011DTR\2011\4800). Na mesma linha, PARK, Willian V. *The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-kompetenz has crossed the atlantic?* Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 11 | p. 142 | Out / 2006DTR\2006\579; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006DTR\2006\225.

⁷³CARMONA preleciona que era justamente essa a regra – prevista no Código de Processo Civil - antes da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, o que “funcionava como mais uma – entre tantas – intervenção extemporânea do juiz togado na arbitragem, o que deveria ser evitado” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 256)

E, aqui, não convence o argumento de que é da cultura do litígio a busca pela revisão de quaisquer decisões desfavoráveis. É que, sendo a ação anulatória (ou a impugnação ao cumprimento de sentença) o caminho ordinário para controle externo da atividade do árbitro, a parte que lançou, no curso da arbitragem, eventual impugnação relacionada à atividade do árbitro pode vir a sair vitoriosa na arbitragem e, diante disso, perder interesse em retomar sua impugnação perante o Judiciário (capítulo IV.2.a.1). Por outro lado, a parte que aquiesceu com o desenvolvimento da arbitragem não poderá lançar eventuais impugnações ao seu cabo (capítulo III.5).

Assim, o controle externo somente será, na maior parte das vezes, admitido se houver prévia sucumbência no controle interno e, em outra gama de hipóteses, se a parte ainda sair derrotada da arbitragem. Isso, além de prestigiar os princípios e ideais abordados nesse capítulo, ainda homenageia a boa-fé das partes, a ser observada com especial rigor nos processos arbitrais, de origem contratual⁷⁴.

O quanto exposto tem o condão de impedir que a existência de questionamentos relacionados à jurisdição arbitral prejudique a equação econômico-financeira do contrato⁷⁵. É correto que as partes considerem o custo da solução de disputas pela via arbitral – possivelmente mais vantajoso do que o custo da solução pela via judicial - ao negociarem seus contratos. Sendo assim, a “judicialização” da disputa desequilibra essa equação, trazendo prejuízos às partes. Por outro lado, a solução interna de questionamentos relacionados à jurisdição arbitral preserva esse balanço, mantendo, nesse ponto, a avença eficiente.

⁷⁴Na mesma linha, YARSHELL, Flávio Luiz. *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 207/2012 | p. 13 | Mai / 2012DTR\2012\38924.

⁷⁵De forma análoga, FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6-9. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006DTR\2006\225; Nessa linha de ideias, JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO assevera que “a cláusula compromissória constitui-se em elemento integrante da equação econômico-financeiro do contrato”. E, assim, conclui: “Consequentemente, a recalcitrância da parte contrária em dar seguimento à instituição do procedimento arbitral ou a patologia na estrutura da cláusula dá lugar à ruptura desse equilíbrio. Situações dessa natureza, por outro lado, acarretam consequências de natureza econômica, mas precisamente o incremento dos denominados ‘custos de transação’” (NUNES PINTO, José Emilio. *A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição*. In Revista do Advogado nº 87, setembro de 2006. p. 68).

Também nessa linha, nosso diploma arbitral ainda prevê que eventual impugnação a um ou mais árbitros deve ser arguida mediante exceção “diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral” (art. 15 da Lei de Arbitragem) e, em seguida, reforça que a parte que pretende arguir questões afeitas à “competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem” (art. 20 da Lei de Arbitragem).

Há, portanto, previsão expressa acerca do mecanismo a ser utilizado, bem como regra específica segundo a qual o controle interno da aptidão do árbitro deve ser (sempre em regra) tanto prévio quanto necessário (capítulo III.2). Isso apenas confirma o espírito da Lei de homenagear, sempre que possível, o controle interno da atividade do árbitro.

Ainda, há a previsão dos denominados “embargos arbitrais”⁷⁶, mecanismo semelhante ao recurso de embargos de declaração previstos em nossa legislação processual estatal e destinado a sanar erros materiais na sentença arbitral, assim como esclarecer quaisquer obscuridades, dúvidas, contradições, ou omissões⁷⁷.

Esse recurso possui hipóteses restritas de cabimento. Não é meio de simples e ampla revisão da sentença, até porque isso feriria o espírito norteador das regras de preclusão, inclusive da coisa julgada, instituto de extrema relevância em nosso sistema processual⁷⁸, igualmente presente no âmbito arbitral⁷⁹.

⁷⁶Não obstante a lei não conferir qualquer denominação ao mecanismo, a Doutrina não hesita em denominá-lo “embargos arbitrais” ou até mesmo de embargos de declaração. Isso se dá pela equivalência entre os mecanismos (capítulo IV.1.c).

⁷⁷Art. 30, incisos I e II da Lei de Arbitragem.

⁷⁸“Se esse ato produz efeitos para fora do processo, sobre a relação material, a solução dada precisa estabilizar-se, sob pena de não conduzir à eliminação do litígio, frustrando-se por completo os escopos da função jurisdicional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 114/115).

⁷⁹Sem ignorar as calorosas discussões acerca da sentença arbitral ser suscetível à coisa julgada, mas tendo em mente que o profundo enfrentamento da questão foge aos limites deste estudo, ressalva-se aqui aderência à corrente que enxerga na sentença arbitral a autoridade da coisa julgada. E isso se dá porque (i) a atividade arbitral é jurisdicional, inclusive com extrema capacidade de pacificar litígios (talvez até superior à do processo estatal), (ii) o árbitro é juiz de fato e direito, não havendo motivo para suas decisões deixarem de adquirir imutabilidade, (iii) a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem). Essa última afirmativa reproduz os termos da Lei, cuja leitura com olhos estritamente técnicos poderia levar à afirmação de que, como a coisa julgada não é um efeito da sentença, não estaria incluída na equiparação ali prevista. Fato é que, como bem alerta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, inobstante uma possível infelicidade técnica da Lei, uma leitura sistemática do dispositivo leva à conclusão de que a intenção do legislador foi equiparar o resultado da atividade arbitral ao resultado

Não obstante, mesmo dentro das hipóteses previstas em Lei, semelhantes às do processo estatal, esse mecanismo pode – e deve - ser utilizado como meio de controle da atividade do árbitro (capítulo IV.1.c).

Diante disso, resta exposto que o controle da atividade do árbitro é atribuído, antes de mais nada, ao próprio painel arbitral, a quem caberá zelar pela regularidade de suas atividades, em prol de um mecanismo eficiente e seguro de solução de conflitos.

II.1.b. Eleição de outros órgãos controladores

Dentro do exercício da autonomia de sua vontade, as partes também podem atribuir a outros órgãos o controle da atividade do árbitro realizado no âmbito da arbitragem. Isso se dá justamente em razão do ambiente consensual dentro do qual gira o exercício da arbitragem⁸⁰, cabendo às partes não apenas a opção por esse método de solução de conflitos, mas também de questões relacionadas ao seu desenvolvimento, tais como sua sede⁸¹; as regras materiais a serem observadas na solução do litígio⁸², as regras processuais a que submetida a arbitragem⁸³, o número de árbitros que decidirão o litígio, sua forma de eleição⁸⁴, e as regras que regerão o procedimento arbitral⁸⁵.

da atividade jurisdicional (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 202).

⁸⁰Como bem pendera RAFAEL FRANCISCO ALVES, “Assim conceituada a autonomia privada, pode-se dizer que ela será tanto mais prestigiada, no âmbito da arbitragem voluntária, quanto maior for a liberdade conferida aos litigantes para a regulação e a disciplina de todo o procedimento e do direito aplicável. Em termos mínimos, as partes devem, ao menos, ter liberdade quanto à escolha da própria arbitragem como técnica compositiva, quanto à delimitação do objeto a ser decidido e quanto à nomeação dos árbitros. De modo complementar, também é possível permitir que as partes decidam livremente sobre o direito aplicável, as regras do procedimento, o prazo para a prolação da sentença, o local e o idioma da arbitragem, o modo de divisão das despesas, tal como ocorre na lei brasileira” (ALVES, Rafael Francisco. *A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia Privada ou devido processo legal?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 109 | Out / 2005DTR\2005\604).

⁸¹Ou, nos termos da Lei, “o lugar em que será proferida a sentença arbitral (art. 10, inciso IV). Tal disposição é relevante no que toca à fixação do Judiciário a quem caberá o controle primário da arbitragem (capítulos II.2.a e II.2.b).

⁸²Art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem.

⁸³Art. 11, inciso IV.

⁸⁴Art. 13, *caput* e § 1º a 3º da Lei de Arbitragem.

⁸⁵Art. 21 da Lei de Arbitragem.

Embora a questão esteja melhor tratada no capítulo destinado aos vícios passíveis de controle, adianta-se que optar por regras de instituições arbitrais muitas vezes leva as partes a conferirem às próprias instituições arbitrais o poder de apreciar impugnações e recusar ou substituir árbitros⁸⁶, em determinadas circunstâncias inclusive sem hipótese de revisão, tanto interna quanto externa. Da mesma forma, e até como um critério de administração da própria arbitragem, os regulamentos conferem às instituições arbitrais certo poder de investigação da regularidade da convenção arbitral que autorizaria o início da arbitragem (capítulo V.1.c)⁸⁷.

Embora se fale que o papel da instituição arbitral é administrar ou organizar o processo arbitral - até porque, como corretamente se diz, a instituição não decide o litígio⁸⁸ -, suas funções muitas vezes impactam diretamente no desenvolvimento do processo e na solução do conflito.

Esse ponto às vezes passa despercebido pelos praticantes da arbitragem, mais preocupados com a reputação, os custos, e o corpo de árbitros dos centros arbitrais. Mas, conhecer a fundo o regulamento que se pretende eleger e, mais do que isso, estudá-lo sob o enfoque aqui proposto é igualmente essencial, inclusive para que o controle ora abordado não traga surpresas e, conseqüentemente, insegurança às partes.

⁸⁶De forma análoga, BENEDIKT SPIEGELFELD, SUSANNE WURZE, e HEIDRUN E. PREIDT, em interessante estudo de Direito Comparado acerca das impugnações ao árbitro, no âmbito do qual exaltam o controle interno por instituições arbitrais. Para os juristas, “there are two different kinds of regulation which are relevant to any challenge procedure. First, the procedure agreed upon by the parties, which in most cases will be the procedure according to the arbitration rules of the respective arbitral institution chosen by the parties. (...) It has been said that institutional challenge procedures are preferable, since they are normally less time consuming and institutions like the ICC are most likely more experienced in dealing with challenges than national courts”. (SPIEGELFELD, Benedikt. WURZE, Susanne. PREIDT, Heidrun E. *The Arbitrator and the Arbitration Procedure - Challenge of Arbitrators:Procedural Requirements*. Austrian Yearbook on International Arbitration. In KLAUSEGGER, Christian et ali. (ed). Manz’sche Verlags: und Universitätsbuchhandlung. 2010. p 44). Na mesma linha: BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1637; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 257.

⁸⁷Na mesma linha, CALVIN CHAN, para quem “such administrative determinations are an aspect of institutional work that until recently have received little attention” (CHAN, Calvin. *Of Arbitral Institutions and Provisional Determinations on Jurisdiction, Global Gold case*. Arbitration International. Kluwer Law International. Volume 25. Issue 3. 2009. p. 402).

⁸⁸CARMONA, Carlos Alberto. Apresentação à obra *A inadmissibilidade das medidas antiarbitrais no Direito Brasileiro*, ALVES, Rafael Francisco. São Paulo: Atlas. 2009, p. 127; NUNES, Thiago Marinho, SILVA, Thiago Silva da. GUERRERO, Luis Fernando. *O Brasil como sede de arbitragens internacionais a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 119 | Jul / 2012DTR\2012\450629, dentre outros. Ambos os trabalhos citados reconhecem, no seu desenvolvimento, as funções das instituições arbitrais ora tratadas.

De relevante para o momento: não há qualquer impedimento a essa ampliação consensual dos órgãos responsáveis o controle interno da atividade do árbitro. Isso é fruto, como antecipado, de mais uma manifestação de vontade das partes, dentre tantas a que submetido o exercício da arbitragem.

Inclusive, essa possível ampliação não se limita apenas à eleição da instituição que irá administrar a arbitragem. É comum na experiência alienígena a eleição de *appointing authorities* para a seleção e controle dos árbitros que decidirão determinado conflito submetido à arbitragem⁸⁹, mecanismo bastante útil no campo das arbitragens *ad hoc*⁹⁰, justamente diante da ausência de instituição arbitral administrando o processo.

Da mesma forma, e embora a experiência mostre que essa opção é bastante incomum, nada impede que as partes contratem a possibilidade de eleição de um segundo (ou mais) painel arbitral para revisão das decisões proferidas pelo corpo original de árbitros – tanto interlocutórias quanto sentenças – e, pelo mesmo raciocínio, tanto relacionadas à atividade do árbitro quanto ao exclusivamente ao resultado da arbitragem; nesse último caso, inclusive do mérito da sentença arbitral (capítulo (capítulo V.1.b). Podem as partes, em outras palavras, prever um completo sistema revisional, com mecanismos próximos ao agravo de instrumento, ao recurso de apelação, e até aos

⁸⁹“The basic notion of an Appointing Authority is quite a simple and straightforward one. An Appointing Authority appoints an arbitrator or an arbitral tribunal” (KEE, Christopher. *The Evolving Role of an Appointing Authority*. In *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. KRÖLL, Stefan Michael *et alli* (ed). Kluwer Law International. 2011. p. 300). Não obstante, ao tratar do Regulamento de Arbitragem UNCITRAL de 1976, o jurista pondera que “there is surprisingly little discussion in the *travaux préparatoires* regarding the decision to empower Appointing Authorities to determine challenges. It appears to have been considered a natural power to be assumed by the Appointing Authority, and this may have had much to do with the equation of the role of the Appointing Authorities with the role of institutions” (*ibis idem*. p. 305). De fato, embora a mais natural tarefa de uma *Appointing Authority* seja indicar árbitros (ou “autoridades” em geral, mesmo para procedimentos que não sejam arbitrais), a real extensão de suas funções dependerá, mais uma vez, da vontade das partes e das regras entre elas estabelecidas. O atual Regulamento de Arbitragem UNCITRAL, por exemplo, além de ter mantido as funções de indicar árbitros e decidir impugnações, traz a possibilidade de indicação de todo o tribunal arbitral nos casos de arbitragens entre múltiplas partes, assim como de subtração da prerrogativa de uma ou mais partes de indicar árbitro, e ainda, de revisão do custo e remuneração do tribunal arbitral (*ibis idem*, p. 305 em diante).

⁹⁰Arbitragens *ad hoc* são aquelas mas conduzidas exclusivamente pelas partes, sem qualquer apoio administrativo. A esse conceito opõe-se o de arbitragens institucionais; aquelas administradas por instituições arbitrais. Por todos: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 450.

embargos infringentes (no caso de decisões por voto majoritário) do nosso processo estatal⁹¹.

Aliás, uma das importantes convenções que tratam da arbitragem internacional (a convenção de Washington sobre Investimento Estrangeiro) - no âmbito da qual constituiu-se o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (“ICSID”) - prevê recursos internos no âmbito das arbitrais desenvolvidas sob suas regras, inclusive em substituição controle externo primário e secundário (capítulo II.2.a).

É evidente que isso poderá alongar o tempo de conclusão do processo arbitral, tornando-o mais complexo e, conseqüentemente, demorado, e enfraquecendo, ou talvez até eliminando, uma das vantagens da arbitragem em relação ao processo estatal⁹². Mas, estando as regras procedimentais nas mãos das partes, nada impede que assim procedam, talvez motivadas por um processo que amplie as chances de acerto em sacrifício de celeridade, mas, de qualquer forma, pautado pelas demais vantagens do processo arbitral (sigilo, especialidade do árbitro, etc).

Dentro dessa mesma linha de raciocínio, as partes igualmente podem optar por restringir os órgãos para o controle externo da atividade do árbitro, excluindo de suas arbitragens justamente as mencionadas previsões de regulamentos arbitrais nesse sentido. Isso fica, no entanto, condicionado à admissão pelas instituições arbitrais⁹³, sendo lícito a elas se recusarem a administrar arbitragens submetidas a outros regulamentos, assim como sem observância integral ao seu próprio regulamento.

⁹¹De forma análoga, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 270.

⁹²Também nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 270. GILBERTO GIUSTI e ADRIANO DRUMMOND C. TRINDADE asseveram que uma crítica severa que se faz às regras das arbitragens ICSID é “o excesso de recursos de que uma parte dispõe no procedimento arbitral”. (GIUSTI, GILBERTO (em coautoria), TRINDADE, ADRIANO DRUMMOND C. *As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 49 | Out / 2005 Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 5 | p. 1209 | Fev / 2012 DTR\2005\606).

⁹³A título de exemplo: os termos do artigo 1.2 do regulamento do CAM-CCBC, “Qualquer alteração ao presente Regulamento, que tenha sido acordada pelas partes em seus respectivos procedimentos, só terá aplicação ao caso específico e desde que não altere disposição sobre a organização e condução administrativas dos trabalhos do CAM/CCBC”.

Prestando a instituição um serviço à parte, nada mais natural do que estabelecer os critérios e condições em que oferece tais serviços. É correto que a instituição zeze pelo bom desenvolvimento das arbitragens por ela administradas, até porque o sucesso nessa tarefa significará vantagem concorrencial.

De qualquer forma, as partes poderão utilizar o regulamento, ainda que alterado, para arbitragens *ad hoc*, assim como para arbitragens submetidas à administração de outras instituições, desde estas concordem em administrar arbitragens nesses termos.

Em suma, e com as ressalvas acima expostas, exceção ao controle interno exercido pelo próprio árbitro, a eleição de outros órgãos para controle interno da atividade do árbitro, assim como a eliminação de órgãos previstos em regulamentos pré-dispostos, dependerá exclusivamente da vontade das partes, cabendo a elas sempre estabelecer o desenho processual que melhor se encaixa aos seus negócios, seus potenciais litígios, e suas expectativas.

II.2. O controle externo da atividade do árbitro

Os anseios expostos no capítulo dedicado às considerações iniciais sobre a necessidade de controle da atividade do árbitro somente serão atingidos se tal atividade for externamente controlada.

Com efeito, sendo a arbitragem eminentemente privada e, portanto, imune aos mecanismos concebidos para garantir que a jurisdição estatal seja exercida de forma proba e correta (rigorosos concursos públicos, análise da vida pregressa do candidato a magistrado, órgãos administrativos de controle e avaliação do magistrado, diversos mecanismos de revisão das decisões judiciais, ampla publicidade, dentre outros), está a jurisdição privada mais sujeita a vícios e desvios incompatíveis com o seu exercício, tais como arbitragens impostas, processos desenvolvidas em inobservância às garantias integrantes do Devido Processo Legal, ou que ultrapassem os limites definidos por Lei para sua admissão, e até mesmo conluio e falcaturas.

Necessária, assim, a modelagem de remédios que garantam à jurisdição privada proteção semelhante àquela oferecida à jurisdição estatal pelos mecanismos acima mencionados. Tal antídoto precisa ser ministrado por órgão externo à arbitragem e já sujeito a outros meios de controle, justamente para não estar exposto aos mesmos vícios e desvios que se pretende evitar.

Surge, assim, o Poder Judiciário - órgão que controla a legalidade e licitude das condutas e negócios jurídicos, públicos ou privados - como o candidato certo para tal tarefa. Sendo a arbitragem exercício de jurisdição, adequado que seja controlada por outro ente jurisdicional; aquele que exerce a jurisdição impositiva, fruto do poder de império e da soberania dos Estados, e já protegido por outros mecanismos de controle⁹⁴, dentre os quais os acima citados.

Há quem inclusive defenda que a existência de meios de controle judicial da arbitragem concilia esse método de solução de conflitos ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁹⁵. Não se concorda totalmente com a afirmativa, na medida em que, fosse o controle externo requisito para a constitucionalidade da arbitragem, sob pena de se deixar lesão ou ameaça de lesão a direitos a par do Judiciário⁹⁶, tal controle deveria ser amplo, permitindo uma completa revisão do mérito da sentença arbitral. Afinal, uma decisão arbitral reputada incorreta também causa lesão a direitos.

⁹⁴De forma análoga, PIERRE MAYER: “Since arbitrators are not public officials, one cannot accept that they should exercise powers which the parties did not agree to confer upon them, or disregard rules of public policy established by the legislature; one party should have the right to judicial intervention in such cases” (MAYER, Pierre. *Seeking the middle ground of court control: a replay to I. N. Ducan Wallace*. LCIA. Kluwer Law International. v. 7. Issue 4. 1991. p. 310). Na mesma linha, PARK, Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004 DTR\2004\528. Para ADRIANA BRAGUETTA, o controle da atividade arbitral pelo Judiciário se justifica, dentre outras razões, pois “a legitimidade do árbitro decorre do poder livremente conferido pelas partes, independentemente de qualquer relacionamento impositivo com o poder estatal” (BRAGHETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem – Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 8).

⁹⁵“Tal disposição [artigo 5º, inciso XXXV, da CF] não suscita problemas no que concerne à arbitragem, porque o acesso ao Poder Judiciário é resguardado mediante a possibilidade de impugnação da sentença arbitral” (RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 69/91). De forma análoga, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6/8. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 31 | p. 279 | Out / 2011 DTR\2011\5135.

⁹⁶RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 69/91

O controle externo não possui, no entanto, tal amplitude em nosso sistema e, já adiantando parte do que virá, é adequado que não possua (capítulo V.2.a). Como já visto, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal impede que a Lei exclua a apreciação de litígios quando menos do Judiciário, mas não impede que a parte voluntariamente busque outras formas de resolver seus conflitos, inclusive abrindo mão de parcela do pretense direito. É isso, aliás, o que ocorre quando as partes chegam a uma composição⁹⁷.

O raciocínio não deve, ainda assim, ser totalmente descartado. Sendo a arbitragem uma opção da parte, isso também é passível de lesão e, portanto, a Lei não pode impedir sua apreciação judicial. Isso justifica inclusive constitucionalmente a necessidade de meios de apreciação judicial da voluntariedade dos processos arbitrais⁹⁸.

Ademais, possuindo a parte direito fundamental ao Devido Processo Legal, imperioso que se admita a apreciação judicial de eventual desrespeito esse direito. Por fim, e também conforme já dito, na medida em que o direito à arbitragem possui limitações, necessário que eventuais lesões a essas limitações também sejam judicialmente controladas, justamente para que não se arbitre o que a Lei não permite⁹⁹.

São esses os três grandes pilares relacionados à atividade do árbitro que justificam o seu controle externo. Sendo a arbitragem consensual, tendo sido

⁹⁷“*Transação é o ato bilateral com o que o autor e o réu definem a solução do conflito que os envolve, repartindo renúncias. Quando celebrada no curso do processo, ela tem um pouco de reconhecimento do pedido, na medida em que o réu se submete em parte à pretensão do autor; e um pouco de renúncia a direito, na medida em que o autor se resigna a obter um resultado menos vantajoso que o pleiteado*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 266).

⁹⁸No mesmo sentido, as ponderações de GUSTAVO TEPEDINO, ao tratar do disposto no artigo 8º da Lei de Arbitragem: “Ora, qualquer interpretação do art. 8.º que levasse a restringir aos tribunais arbitrais o exame da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, mesmo nos casos de flagrante ausência do elemento volitivo das partes com relação à eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos, seria necessariamente inconstitucional, por implicar, em última análise, uma arbitragem obrigatória, imposta a partes que não concordaram com sua instituição”. (TEPEDINO, Gustavo. *Cláusula compromissória no acordo de acionistas*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Soluções Práticas - Tepedino | vol. 3 | p. 221 | Nov / 2011DTR\2012\462).

⁹⁹Ao tratar do papel do árbitro e do Juiz no que toca às decisões acerca da competência do árbitro, DINAMARCO assevera que é “razoável, em face da garantia constitucional do controle judicial, que, a prevalecer alguma dose de subjetivismo, prevaleça a do juiz sobre a do árbitro” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 97). Ao tratar da irrenunciabilidade do direito de propor demanda anulatória, CARMONA expressa pensamento semelhante: “Embora a Lei brasileira não tenha expressamente estabelecido tal irrenunciabilidade, esta pode ser deduzida do próprio texto constitucional, pois impedir a análise dos motivos de nulidade significaria impedir a submissão ao Poder Judiciário de lesão de direitos, retirando qualquer controle sobre a atividade dos árbitros” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 422/423)

desenvolvida em atenção às exigências constitucionais para qualquer atividade adjudicatória, e tendo respeitado os limites legais dentro dos quais se admite o exercício da arbitragem, não razões para interferência judicial ao seu exercício (capítulo V.2.d).

II.2.a. O duplo regime de controle externo: um sistema de competência internacional coordenada

Confirma o quanto exposto a já adiantada tendência internacional à previsão legal de um duplo regime de controle externo da atividade do árbitro: o denominado controle primário¹⁰⁰, cujo objetivo é, nas diretas palavras de CARMONA, “destruir” sentenças arbitrais viciadas¹⁰¹, mas também se estende, em hipóteses bastante específicas, a impedir o início de arbitragens (capítulo III.3); e o denominado controle secundário¹⁰², cujo objetivo é avaliar se sentenças arbitrais alienígenas estão aptas a surtir efeitos sob determinada ordem jurídica.

É assim na nossa Lei de Arbitragem. Seus artigos 32 e 33 preveem as hipóteses que levam à invalidade da sentença arbitral e regulam o mecanismo a ser ordinariamente utilizado para tal fim (a denominada “ação anulatória de sentença arbitral” e a correspondente impugnação à execução de sentença arbitral). Já seus artigos 34 e 35,

¹⁰⁰Essa mesma classificação é utilizada por PHILIPPE FOURCHARD (FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997. p. 329), MICHAEL REISMAN e BRIAN RICHARDSON, (REISMAN, W. Michael. RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In Arbitration: The Next Fifty Years. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16. Kluwer Law International. 2012. p. 24), e ADRIANA BRAGHETTA (BRAGHETTA, Adriana. *The Framework of the International Arbitration System: the Challenge Derived from the Improper Conduct of Judicial Courts*. In International Arbitration: The Coming of a New Age? VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). ICCA Congress Series. Volume 17. Kluwer Law International. 2013. p. 448).

¹⁰¹CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 423.

¹⁰²Idem à nota de rodapé 100. Sobre a classificação aqui aderida, REISMAN e RICHARDSON asseriam que “secondary jurisdiction may only decide whether or not to enforce the award. There are not to be any ‘nullificatory’ consequences for decisions in secondary jurisdictions: they are limited to the question of enforcement and only in that secondary forum and have no wider radial effects. By contrast, nullificatory (as opposed to non-enforcement) consequences of decisions in primary jurisdictions have a universal effect. In terms of the dynamic of the Convention, once an award has been set aside in a primary jurisdiction, it is not – as we understand the architecture of the Convention – supposed to be enforceable anywhere else (REISMAN, W. Michael (em coautoria), RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In Arbitration: The Next Fifty Years. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 6).

dispostos logo em seguida, regulamentam a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“Convenção de Nova Iorque”), promulgada pelo Brasil em 2002, possui estrutura semelhante. Não obstante seja destinada ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, prevê a existência do controle primário quando elenca, em seu artigo V(1)(d), que a suspensão ou anulação de sentença arbitral na sede é motivo de denegação de reconhecimento e homologação. Também é assim na Lei Modelo da UNCITRAL¹⁰³, e na Lei de diversos outros Estados¹⁰⁴.

Esse regime decorre da tradicional assertiva de que os processos arbitrais, ainda que fruto da vontade das partes, não deixam de estar vinculados a determinado sistema jurídico nacional. É esse sistema que, ao admitir o exercício da arbitragem, confere legítimo Poder Jurisdicional ao árbitro¹⁰⁵, sendo responsável por reger importantes questões de governança da arbitragem, tais como os requisitos formais da convenção arbitral, a arbitrabilidade do litígio, os meios de composição do painel arbitral, e as

¹⁰³ Artigos 34 e 36.

¹⁰⁴ Segundo PHILIPPE FOUCARD, essa é a “tradicional” fórmula no plano internacional. (FOUCARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997. p. 329). A título exemplificativo, a Lei inglesa (Arbitration Act of 1996) prevê o aqui denominado controle primário da sentença arbitral em seus artigos 66 a 71, e trata do “reconhecimento e execução” das sentenças arbitrais estrangeiras em seus artigos 99 a 104, prevendo, no artigo 99, que o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas em Estados que não ratificaram a Convenção de Nova Iorque seguirá as disposições da *Arbitration Act* de 1950, que, por sua vez, prevê “condições para o reconhecimento e execução” em seu artigo 37. Já as sentenças proferidas nos Países que ratificaram a Convenção de Nova Iorque devem ser reconhecidas e executadas nos termos dessa convenção (artigo 100 e seguintes do *Arbitration Act* de 1996). Da mesma forma, o Federal Arbitration Act estadunidense prevê, em suas sessões 9, 10, e 11, o controle primário da sentença arbitral por suas cortes e, em sua Sessão 201, a ratificação da Convenção de Nova Iorque. No mesmo sentido, os artigos 827 a 830 do Código de Processo Civil Italiano acerca do controle da sentença arbitral nacional pelo Judiciário Italiano e, em seu artigo 839, o “reconhecimento e execução” de sentença arbitral estrangeira, com hipóteses expressas de denegação de homologação. A Lei de Arbitragem Espanhola (Ley 60/2003), reformada em 2011, prevê o duplo regime em seus artigos 8(5) e 8(6), ao tratar da competência para os controles primário e secundário. Em seus artigos 40 a 42, prevê as hipóteses de controle primário e o procedimento da ação competente e, em seus artigos 46, o controle secundário.

¹⁰⁵ “Arbitration cannot exist and operate as a legal mechanism for settlement of disputes, domestic and international, unless it is tolerated and supported by States” (BROZOLO, Luca G. Ricarti di. *The present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A pro-arbitration critique of Michael Reisman’s “Architecture of International Commercial Arbitration*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert (coord). ICCA Congress Series. V. 16. Kluwer Law International. 2012. p. 74). O Jurista admite, no entanto, arbitragens imunes ao controle primário.

garantias processuais fundamentais das partes¹⁰⁶. Diante disso, cabe ao Judiciário desse sistema apoiar e, de certa forma, controlar a arbitragem¹⁰⁷.

Assim como a eleição desse mecanismo jurisdicional fica a cargo das partes, a opção pelo mecanismo tal como instituído e regulamentado por determinada ordem jurídica também fica¹⁰⁸. Elas escolhem a arbitragem tal como instituída e regulamentada pela Lei Brasileira, ou Inglesa, ou qualquer outra. Elas decidem, em outras palavras, a qual sistema jurídico irão atracar o mecanismo por elas eleito para a solução de seus conflitos.

Por outro lado, e ainda que a arbitragem esteja submetida a determinado sistema jurídico nacional, é lícito aos outros Estados avaliarem se as sentenças arbitrais atendem aos requisitos para que sejam reconhecidas e executadas dentro de suas respectivas ordens jurídicas.

Disso, já se pode extrair que o duplo regime de controle é, de certa forma, ligado e limitado pelo mútuo respeito à soberania de cada Estado¹⁰⁹. À ordem jurídica segundo a qual realizada a arbitragem é atribuído o papel de dizer se o processo respeitou as condições impostas para se desenvolver e produzir efeitos. Aos demais Estados, a quem não cabe interferir na ordem jurídica da sede, cumpre dizer se o resultado daquele processo é apto a ser recebido por sua respectiva ordem jurídica.

¹⁰⁶Para Willian Park, “the country where the award is rendered traditionally has legitimised arbitral authority subject to conditions, in the form of mandatory procedural rules imposed on the arbitral proceedings. (...) The lex arbitri is not necessarily the law governing the substance of the dispute, nor the procedural rules applied by the arbitrators. Rather, the lex arbitri governs the validity of the arbitral process itself” (PARK, Willian W. *The lex loci arbitri and international commercial arbitration*. International and Comparative Law Quarterly. 32. 1983. p. 21/23). De forma análoga, CARLOS LOBO (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *A definição de sentença arbitral estrangeira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. P. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 62 | Abr / 2006DTR\2006\220).

¹⁰⁷BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth*. ASA Bulletin. Association Suisse de l'Arbitrage. Kluwer Law International. Volume 31. Issue 2. 2013. p. 265/67; BRAGHETTA, Adriana. *The Framework of the International Arbitration System: the Challenge Derived from the Improper Conduct of Judicial Courts*. In van den Berg, Albert Jan (ed). International Arbitration: The Coming of a New Age?. ICCA Congress Series. Volume 17. Kluwer Law International. 2013.

¹⁰⁸BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1540.

¹⁰⁹Essa hipótese de limitação de competência é denominada por DINAMARCO de exclusão por razões de convivência internacional. Para o Professor, “regras de boa convivência internacional aconselham que cada Estado vá além do respeito à soberania alheia, abstendo-se de exercer jurisdição sobre bens e interesses de outros Estados soberanos, de seus agentes diplomáticos e de certas entidades internacionais, como a Organização das Nações Unidas, o Mercosul ou a Comunidade Européia” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V I. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 346).

Especialmente no campo dos estudos relacionados a arbitragens internacionais¹¹⁰ - cujas decisões corriqueiramente necessitarão de cooperação dos órgãos judiciários de mais de um país para que sejam respeitadas e cumpridas¹¹¹ – esse duplo regime é objeto de críticas e questionamentos, especialmente por parte dos adeptos à assim denominada Teoria da *Deslocalização*.

Discute-se se, e em que medida, a arbitragem internacional poderia ser desconectada das peculiaridades legais do Estado de sua sede, permitindo que, sem

¹¹⁰A Doutrina há muito tenta definir o conceito de arbitragem internacional. São inúmeras as variações, as quais decorrem também das definições extraídas dos mais variados ordenamentos jurídicos. É comum, no entanto, o recurso ao critério geográfico e econômico para se alcançar uma definição (vide NUNES, Thiago Marinho. SILVA, Eduardo Silva da. GUERRERO, Luis Fernando. *O Brasil como sede de arbitragens internacionais a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2/5. Fonte original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 119 | Jul / 2012 DTR\2012\450629). O que se verifica é que nenhum dos dois critérios é suficiente, embora também não possam ser descartados. De fato, as partes envolvidas possuírem domicílio em países diversos torna a arbitragem em questão internacional, na medida em que estarão de certa forma submetidas aos ordenamentos jurídicos de seus próprios países, os quais potencialmente influenciarão na arbitragem. Da mesma forma, a arbitragem envolver negócios que exigem a circulação de bens, serviços, ou pecúnia para além de um Estado também atrai, potencialmente, mais de uma ordem jurídica para o conflito. WILLIAN PARK adota ambos os critérios para sua conceituação (PARK, Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528). A obra de FOUCARD, GAILLARD e GOLDMAN relaciona, por sua vez, nove elementos que podem tornar uma arbitragem internacional, asseverando ainda que “an arbitration involving elements which are foreign vis-à-vis a particular country would be considered to be international” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 45). Nesse cenário, que torna a definição extremamente complexa, é mais adequado que se estabeleça um critério amplo, deixando a conceituação específica à casuística. Assim, arbitragem internacional é aquela que possui elementos de conexão com mais de um ordenamento jurídico nacional. Também ampla, e bastante próxima, é a definição de IRINEU STRENGER, para quem arbitragem nacional é aquela “cujo objeto é a solução de litígio no qual todos os aspectos são internos, nascidos entre brasileiros, decidido no Brasil por árbitros brasileiros com aplicação de lei brasileira”, enquanto que arbitragem internacional é aquela em que qualquer desses elementos se “vincular a uma ordem jurídica nacional diferente” (STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr. 1998. p. 14). Próximas, embora mais focadas em conceito econômico, são as recentes definições encontradas na Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (artigo 49-1) e na reforma da legislação arbitral francesa (artigo 1504 do Código de Processo Civil francês), segundo as quais arbitragem internacional é aquela que coloca “em jogo interesses do comércio internacional”.

¹¹¹Sendo válido, no entanto, o alerta de JAN PAULSSON: “The sometimes-used expression ‘floating arbitration’ is not entirely satisfactory, because *all* arbitral awards may, and frequently do, ‘float’. Even the most national of awards — involving residents of the country where the arbitration took place and the award was rendered, concerning a transaction completely localized there, and established in accordance with domestic procedural rules under the supervision of a local arbitration institution — may be enforced in other countries under an ever-increasing range of circumstances” (PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981. p 358).

controle interno, a sentença arbitral circule, ou se espalhe, livremente entre os mais variados Estados¹¹².

De forma a validar sua hipótese, os entusiastas dessa teoria partem do raciocínio de que a autoridade do árbitro advém da manifestação de vontade das partes¹¹³, inexistindo razão para que não possam decidir estabelecer um processo arbitral livre de regras nacionais, mas desenvolvido dentro de parâmetros internacionalmente aceitos.

Argumentam que a existência de um duplo regime gera maior insegurança jurídica, na medida em que leva uma mesma sentença a avaliação por juízes diversos - submetidos a ordenamentos jurídicos distintos, e influenciados por questões políticas, economias e sociais próprias de seus respectivos Estados, podendo, portanto, chegar a conclusões opostas quanto à validade de determinado laudo¹¹⁴.

Afirmam que, ao escolherem a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos oriundos de contratos internacionais, as partes buscam um juiz neutro e desconectado de um específico ordenamento jurídico, equilibrando, assim, suas posições no litígio. Diante disso, até em respeito à própria vontade das partes, não faz sentido submeter sentenças arbitrais ao controle e às regras de um Estado específico¹¹⁵.

¹¹²“On the other hand, if detachment were accepted, the choice of the place of arbitration is of marginal importance; the award, once rendered, would be cast adrift, its effects to be controlled by no other authority than its (unvarying) contractual foundation and the (varying) requirements of the particular jurisdictions in which it may be sought to be relied on” (PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981. p 358). De forma análoga, FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997; LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International*. LCIA. Kluwer Law International. Volume 22. Issue 2. 2006; BROZOLO, Luca G. Ricarti di. *The present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A pro-arbitration critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert (coord). ICCA Congress Series. V. 16. Kluwer Law International. 2012; DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011.

¹¹³PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981. p 362; LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International*. LCIA. Kluwer Law International. Volume 22. Issue 2. 2006. p. 180; BROZOLO, Luca G. Ricarti di. *The present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A pro-arbitration critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert (coord). ICCA Congress Series. V. 16. Kluwer Law International. 2012. p. 85.

¹¹⁴FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997. p. 329.

¹¹⁵“It is essential to remember that, in every international arbitration, parties and arbitrators are invariably from different jurisdictions. The place of arbitration is frequently selected as a neutral country. The parties

Defendem ademais que, na eleição da sede da arbitragem, as partes concentram-se também nas vantagens geográficas para do litígio, como um local eficiente para a produção de provas. Segundo essa linha de raciocínio, as vantagens legais da sede são pouco consideradas, quando não desconhecidas¹¹⁶. Diante disso, as regras específicas de determinado Estado podem acabar limitando ou até mesmo contrariando a vontade manifestada pelas partes ao submeterem seus litígios internacionais à arbitragem¹¹⁷.

Por fim, asseveram que a Convenção de Nova Iorque, ao contrário do quanto tradicionalmente afirmado, não estabelece um genuíno regime duplo e coordenado de controle das arbitragens, pois permite ao controle secundário ignorar o quanto decidido no controle primário. Se é assim, então também admite arbitragens imunes a controle primário no local da sede¹¹⁸.

have rejected the normal jurisdiction offered by national courts. They have intentionally placed themselves and their dispute settlement mechanism in a neutral, non-national domain. For this reason, national laws have no interest in controlling the arbitration process” (LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International*. LCIA. Kluwer Law International. Volume 22. Issue 2. 2006. p. 179). No mesmo sentido: FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997; PAULSSON, Jan. *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and why it Matters*. International and Comparative Law Quarterly. 32. 1983. p. 57.

¹¹⁶PAULSSON, Jan. *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and why it Matters*. International and Comparative Law Quarterly. 32. 1983. p. 55 e 59/60. Em outro trabalho, citando PIERRE LAVIVE, PAULSSON estabelece criativa comparação: “the notion that the international arbitrator must fit into the mold of the legal system of the place of arbitration recalls the myth of Procrustes, who seized unsuspecting travelers and made them fit his bed, cutting off their legs if they were too long, stretching them if they were too short. Parties to international arbitration are indeed sometimes like unsuspecting travelers when they end up in a particular country. Whilst, if their contract had stipulated the jurisdiction of that country's courts, they may have expected the local judge to fit the Procrustean bed of the municipal legal system, which would be his exclusive source of authority, the same need not be true with respect to arbitrators whom the parties, as it were, brought along” (PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981. p. 363). De forma análoga, DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011. p. 454.

¹¹⁷DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011. p. 444. A principal vantagem citada pela jurista no curso de todo o trabalho citado é justamente a imunização da arbitragem a regras específicas de determinado Estado. “If we have delocalization of the arbitration process, the peculiar mandatory procedural laws of the place of arbitration would no longer be an issue and national courts at the place of arbitration could no longer disrupt the arbitration process”. (*ibis idem*. p. 458).

¹¹⁸BROZOLO, Luca G. Ricarti di. *The present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A pro-arbitration critique of Michael Reisman's “Architecture of International Commercial Arbitration*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert (coord). ICCA Congress Series. V. 16. Kluwer Law International. 2012. p. 82/84.

A teoria acabou sendo, de certa forma, encampada pelas Cortes francesas ainda na década de 80. A sentença oriunda de arbitragem com sede em Paris, entre Gotaverken Arendal AB, um estaleiro localizado na Suécia, e Libyan Maritime Co, uma transportadora marítima da Líbia, foi desafiada por Libyan Maritime Co perante tais cortes. O Judiciário francês entendeu não possuir Jurisdição para a demanda sob o fundamento de que, não obstante a arbitragem tenha sido sediada em Paris, em arbitragens internacionais, as partes são livres para decidir a qual ordem jurídica o processo arbitral estará vinculado, e que tal liberdade se estende até mesmo à exclusão de qualquer ordenamento jurídico nacional.

Diante disso, e considerando ainda que (i) nem as partes nem o negócio que originou o litígio tinham qualquer ligação com o ordenamento francês; (ii) as regras da CCI então vigentes, aderidas pelas partes, não determinavam que as arbitragens devem seguir o ordenamento da sede, mas sim a vontade das partes, mesmo que não façam referência a “*municipal procedural law*”¹¹⁹; e (iii) em momento algum as partes manifestaram vontade de vincular o processo à Ordem Jurídica francesa, a Corte de Apelação chegou à conclusão de que a sentença não possuía nacionalidade da França, tampouco estaria por qualquer razão submetida ao seu ordenamento¹²⁰.

Esse entendimento embasou diversas decisões do Judiciário Francês reconhecendo e concedendo exequatur a sentenças arbitrais anuladas pelo Judiciário de sua sede. No célebre caso Hilmarton vs. OTV, a sentença oriunda de arbitragem com sede na Suíça, no âmbito da qual o contrato havido entre as partes foi declarado nulo, veio a ser invalidada pelo Judiciário Suíço em ação movida pela sociedade Hilmarton, o que não impediu o Judiciário Francês de admitir a execução da sentença em seu território. Concomitantemente, a Hilmarton iniciou nova arbitragem com sede na Suíça, que resultou em sentença contrária àquela inicialmente proferida e anulada, reconhecendo a validade do contrato e determinando à OTV o pagamento da obrigação pecuniária ali estabelecida.

¹¹⁹Artigo 11 do regulamento ICC revisto em 1975.

¹²⁰Nessa linha: PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981. A fundamentação da decisão francesa, traduzida para o inglês, está anexada ao artigo.

Essa segunda sentença arbitral recebeu *exequatur* de outro órgão do Judiciário Francês, aumentando ainda mais as tensões existentes, e gerando a perplexa situação em que duas sentenças arbitrais contraditórias são reconhecidas e executadas pelo mesmo Judiciário. Ao final, a Suprema Corte Francesa - que já havia referendado a decisão de reconhecimento e execução da primeira sentença arbitral sob o fundamento de que a tal sentença é oriunda de arbitragem interacional, desconectada do sistema jurídico suíço, o que permite seu reconhecimento mesmo na hipótese de anulação pelo Judiciário da sede - acaba reformando a decisão de reconhecimento e execução da segunda sentença arbitral, mantendo o *exequatur* da primeira e solidificando o entendimento anteriormente asseverado¹²¹.

Antes desse caso, o Judiciário francês já havia se posicionado de forma semelhante em duas outras oportunidades. Em 1984, no caso Norsolor, sob o fundamento de que não pode se negar a reconhecer e executar sentença arbitral estrangeira se a lei nacional a admite¹²², e em 1993, diante de sentença oriunda de arbitragem com sede na Polônia, sob o fundamento de que a anulação da sentença arbitral na sede não se encontra entre os motivos previstos na Legislação Francesa para denegação de *exequatur*¹²³.

Duas controvérsias já haviam sido solucionadas da mesma forma pelo Judiciário belga. A primeira, sob os fundamentos de que (i) o ordenamento jurídico belga não impedia o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais anuladas na sede, e (ii) ao aderirem ao regulamento da CCI, as partes haviam se comprometido a cumprir a decisão arbitral, renunciando a quaisquer meios de impugná-la. A segunda, análoga, ignora medidas previstas na lei da sede para impugnar sentenças arbitrais sob o fundamento de que as partes, ao estabelecerem que a sentença é final e vinculativa, renunciaram a qualquer impugnação judicial¹²⁴.

¹²¹FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997. p. 337/341; LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International*. LCIA. Kluwer Law International. Volume 22. Issue 2. 2006. p. 197.

¹²²FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997. p. 336/337; DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011. p. 459.

¹²³FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997. p. 336/337.

¹²⁴FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997. p. 333/338.

Mais recentemente (2005), no caso *Department of Civil Aviation of the Government of Dubai vs. International Bechtel Co.*, o Judiciário Francês reiterou seu posicionamento sob o fundamento de que decisões de anulação de sentenças arbitrais pelo Judiciário da sede (Dubai) não precisam ser reconhecidas internacionalmente na medida em que são expressão da soberania interna do Estado¹²⁵. Em 2007, o posicionamento foi reiterado no caso *P.T. Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*, em que o Judiciário francês reconheceu e determinou a execução de sentença arbitral anulada pelo Judiciário inglês, sob o fundamento de que uma sentença arbitral desconectada do ordenamento legal de um Estado específico é uma decisão internacional, cuja validade deve ser examinada pelo Judiciário do país em que se pretende reconhece-la e executá-la¹²⁶.

O Judiciário estadunidense também já se posicionou de forma semelhante. No caso *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, a Corte Distrital de Colúmbia reconheceu e autorizou a execução de sentença arbitral anulada pelo Judiciário egípcio, sob o fundamento de que as partes haviam renunciado a qualquer mecanismo de impugnação da sentença arbitral¹²⁷. Por outro lado, a mesma Corte Distrital de Colúmbia, ao se deparar com requerimento de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira proferida no mencionado caso *Department of Civil Aviation of the Government of Dubai v. International Bechtel Co.*, se submeteu à decisão de anulação da sentença arbitral pelo Judiciário da sede, sob o fundamento de que os Emirados Árabes Unidos não haviam ratificado a Convenção de Nova Iorque¹²⁸.

Essa filosofia ainda orientou a Convenção de Washington de 1966, no âmbito da qual constituiu-se o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (“ICSID”), uma instituição com o objetivo de regulamentar a resolução de disputas

¹²⁵VAN DEN BERG, Albert. *France No. 36, Directorate General of Civil Aviation of the Emirate of Dubai v. International Bechtel Co. Limited Liability Company (Panama), Cour d'appel [Court of Appeal], Paris, Not Indicated, 29 September 2005*. In VAN DEN BERG, Albert (ed). *Yearbook Commercial Arbitration 2006*. Volume XXXI. Kluwer Law International. 2006. p. 630.

¹²⁶DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011. p. 459/460.

¹²⁷LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International*. LCIA. Kluwer Law International. Volume 22. Issue 2. 2006. p. 197.

¹²⁸VAN DEN BERG, Albert. *France No. 36, Directorate General of Civil Aviation of the Emirate of Dubai v. International Bechtel Co. Limited Liability Company (Panama), Cour d'appel [Court of Appeal], Paris, Not Indicated, 29 September 2005*. In VAN DEN BERG, Albert (ed). *Yearbook Commercial Arbitration 2006*. Volume XXXI. Kluwer Law International. 2006. p. 629.

relacionadas a investimento estrangeiro¹²⁹, administrando mediações e arbitragens relacionadas ao tema¹³⁰. A Convenção foi ratificada por 159 Estados, mas não conta, até o momento, com a adesão do Brasil¹³¹.

O diploma vem à tona ante o reconhecimento de que disputas dessa natureza possuem caráter internacional, mostrando-se, assim, mais apropriado que sejam submetidas a métodos internacionais de solução de litígios¹³². Com essa mentalidade, e no que interessa para esse trabalho, a Convenção prevê um regime interno¹³³ de impugnação e revisão de sentenças arbitrais, inclusive com a instituição de um novo tribunal arbitral para decidir arguições de nulidade da sentença arbitral¹³⁴.

A intenção é suprimir o controle externo primário e secundário¹³⁵. Isso fica bastante claro na medida em que as disposições sequenciais dessa convenção são relacionadas ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, prevendo que tais sentenças não estarão sujeitas a nenhum mecanismo de controle ou revisão além dos ali previstos, e que os Estados que ratificarem a convenção deverão reconhecer e executar as sentenças fruto de arbitragens ICSID como julgamentos finais de seu Judiciário¹³⁶.

¹²⁹Segundo GARY BORN, “Investment disputes are defined as controversies that arise out of an “investment” and are between a Contracting State (or “host State”) or a designated state-related entity from that state and a [national](#) of another Contracting State (or “investor”). (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 119).

¹³⁰Vide o capítulo “introdução” do documento disponibilizado pela ICSID em seu sítio virtual, com os termos da convenção e o regulamento da instituição (https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf)

¹³¹<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main>

¹³²Vide o preâmbulo da convenção.

¹³³O que já seria admissível apenas pela vontade das partes, conforme abordado no capítulo II.1.b.

¹³⁴Artigos 50 e 52 da convenção.

¹³⁵“Likewise, [ICSID](#) awards are subject to immediate recognition and enforcement in the [courts](#) of Contracting States without set aside proceedings or any other form of other review in [national courts](#), either in the arbitral seat or elsewhere (but subject to local rules of state immunity of state assets). Instead, [ICSID](#) awards are subject to a specialized internal annulment procedure, in which *ad hoc* committees selected by [ICSID](#) are mandated, in limited circumstances, to annul awards for jurisdictional or grave procedural violations; if an award is annulled it may be resubmitted to a new [ICSID](#) arbitral tribunal. This is a substantial difference from the New York Convention model, where awards are subject to annulment (in the [national courts](#) of the arbitral seat) and non-recognition (in [national courts](#) elsewhere). (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 120/121); No mesmo sentido: DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011. p. 4448/449.

¹³⁶Artigo 54(1).

Discute-se a conveniência do Brasil ratificar essa convenção, que exerce papel relevante no cenário político-econômico internacional. Um dos obstáculos a serem enfrentados parece ser justamente a possível incompatibilidade entre a exclusão de quaisquer meios de controle externo e nossa Constituição Federal (capítulo II.2.e)¹³⁷. Para o presente estudo, é importante ficar claro que a convenção pretende afastar das cortes nacionais qualquer forma de controle das arbitragens desenvolvidas sob suas regras, submetendo-as a um órgão transnacional e exclusivamente às regras ali dispostas¹³⁸.

De fato, é inegável que uma das principais razões da eleição da arbitragem para a solução de conflitos internacionais é a busca por um juiz neutro e seguramente imparcial. É natural que, no campo dos negócios internacionais, as partes sintam insegurança com relação ao Judiciário do adversário; não apenas ante um possível receio de favoritismo, mas especialmente porque dificilmente conhecerão tão bem quanto sua contraparte o mecanismo de solução de conflitos que poderão vir a enfrentar. Isso pode levar a um aumento no preço dos contratos, ou até mesmo à desistência de negócios¹³⁹.

Não obstante a eleição da arbitragem em si já reduza tal receio, vez que as partes terão papel decisivo na eleição do julgador e na escolha do procedimento, sua busca por um foro neutro não estará completa enquanto esse mecanismo estiver submetido a cortes

¹³⁷Ciente de que a questão é complexa, envolvendo pesquisas específicas e aprofundadas, assim como de que não deve ser objeto desse estudo, especialmente porque a convenção não foi ratificada pelo Brasil, manifesto aqui uma primeira impressão – não mais do que isso – de que não haveria incompatibilidade. As arbitragens ICSID são instituídas e regulamentadas por uma convenção internacional, o que, aqui sim, as afasta das peculiaridades das ordens jurídicas nacionais, submetendo-as a uma regulamentação própria e transnacional. Ademais, nos termos do artigo 62 da convenção, a sede da arbitragem seria, em regra, o local onde o ICSID está estabelecido (Washington), o que apenas corrobora a impressão de que os processos arbitrais estariam sujeitos a outro sistema jurídico e não seriam, de qualquer forma, objeto de controle externo primário pelo Judiciário Brasileiro. No que toca ao controle secundário, a regra de que as sentenças arbitrais proferidas em outros Estados devem se sujeitar a esse controle advém especificamente da Lei de Arbitragem (art. 34, parágrafo primeiro). Assim, por posterioridade e especialidade, no caso de eventual ratificação da Convenção de Washington, as sentenças fruto de arbitragens ICSID seriam tratadas como se nacionais fossem, não obstante proferidas em outro local.

¹³⁸De forma análoga: DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011. p. 4448/449. Para LEONARDO DE CAMPOS MELO, “No sistema ICSID, portanto, a sede da arbitragem não possui relevância jurídica”. (MELO, Leonardo de Campos. *Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 55 | Jul / 2012DTR\2012\450628).

¹³⁹De forma análoga: REISMAN, W. Michael (em coautoria), RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). *Arbitration: The Next Fifty Years*. ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 18; PARK, Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 2 Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528).

nacionais, ainda que apenas para o exercício de controle. Até porque, por mais que o País invista em um Judiciário receptivo a arbitragens internacionais, não há como se esperar de um juiz que, ao exercer seu controle, abstraia toda a influência recebida da cultura jurídica, econômica, e social de sua nação.

Nesse contexto, o cenário ideal para essas arbitragens seria mesmo um sistema em que o seu controle está submetido a organismos transnacionais, desenvolvidos mediante cooperação internacional e ampla adesão, justamente como o ICSID. Isso garantiria uma maior distância das cortes nacionais, colaborando ainda mais para a neutralidade do mecanismo e para igualdade de condições entre as partes.

Mas, mesmo a ampliação dessa experiência não proporcionaria sistemas completamente isentos de interferência judicial. Retomando o exemplo do ICSID, nos termos da Convenção de Washington, a sentença arbitral ainda deve ser executada e reconhecida pelas cortes nacionais. É, no entanto, inconcebível e até indesejado que tais cortes exerçam essa função de olhos completamente fechados, como se passassem um cheque em branco a um sistema arbitral assim desenvolvido¹⁴⁰. Não se nega que, face a um mecanismo assim desenhado, o envolvimento esperado das cortes seria (ainda mais) excepcional, já que a regra seria a ausência de qualquer controle. Ainda assim, algum envolvimento judicial remanesceria.

Ademais, qualquer mecanismo arbitral somente será realmente eficiente se autorizado e respeitado pelos sistemas jurídicos dos Estados¹⁴¹. De nada adiantaria um acordo para arbitrar se os sistemas jurídicos nacionais não validassem tal iniciativa. É

¹⁴⁰Como bem ponderam REISMAN e RICHARDSON, “as for those courts, how willing would they and the governments (whose instruments they are) be to co-sign a “blank check” for enforcement if their own public interests were not assured? (REISMAN, W. Michael, RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 17). No mesmo sentido, PARK, Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 1. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528)

¹⁴¹“Dès lors, l'efficacité de leur décision, c'est-à-dire de leur sentence, dépend de l'autorité que vont lui conférer les différents Etats (HASCHER, Dominique. *Les recours judiciaires concernant les sentences (reconnaissance, execution, annulation)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 1. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 12 | p. 136 | Jan / 2007DTR\2007\863).

justamente a mútua aceitação da arbitragem o ponto de conexão entre as ordens jurídicas nacionais que permitiu o desenvolvimento da arbitragem internacional¹⁴².

Por isso que ao menos o papel de apoio exercido pelas cortes nacionais sempre será relevante para qualquer mecanismo arbitral. São elas os órgãos naturalmente dotados de Poder Jurisdicional, e com acesso a poderoso arsenal de mecanismos fisicamente coercitivos¹⁴³. Se as cortes nacionais passassem a, por exemplo, aceitar facilmente eventual tentativa de burla à convenção arbitral, ou desarrazoadas investidas para interferência judicial, o sistema arbitral rapidamente entraria em colapso, independentemente do arranjo de controle originalmente estabelecido.

Imagine-se, nessa linha, que a arbitragem não possuísse a adesão e admissão que possui nas diversas ordens jurídicas nacionais, havendo uma tendência de manutenção do exercício de jurisdição exclusivamente nas mãos de órgãos estatais. Uma sentença arbitral proferida em um cenário como esse provavelmente não seria reconhecida ou executada em local algum.

Isso bem demonstra que a arbitragem só produz, internacionalmente, os efeitos conhecidos porque, antes disso, foi aceita e impulsionada em âmbito nacional. Por isso que PARK tem razão ao comparar a ideia de uma arbitragem desconectada de qualquer ordem jurídica a um fenômeno paternogênico como o mitológico nascimento de

¹⁴²“An arbitration clause between parties from different jurisdictions will only be effective if the courts in all relevant jurisdictions will refuse to exercise judicial jurisdiction over the case. – other, perhaps, than to compel, on request, the reluctant party to repair to arbitration”. (REISMAN, W. Michael (em coautoria), RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). *Arbitration: The Next Fifty Years*. ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 19).

¹⁴³Como bem assevera WILLIAN PARK, “Arbitration, however, exists in the shadow of public coercion. When one party to an arbitration agreement regrets the decision to renounce recourse to courts, the state lends its power to enforce the agreement to arbitrate. Court proceedings are stayed; arbitral awards are given res judicata effect; and the loser's assets may be seized. Therefore the contours of an arbitrator's power must concern judges as well as business managers, if for no other reason than to maintain confidence in the integrity of the judicial system on whose power the arbitral process relies” (PARK, Willian W. *The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-kompetenz has crossed the atlantic?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 11 | p. 142 | Out / 2006DTR\2006\579). De forma análoga, GIOVANNI BONATO: “de qualquer forma, a mencionada visão francesa acerca da autonomia da arbitragem não parece ser isenta de críticas, na medida em que a efetividade do instituto fica, contudo, ligada aos ordenamentos nacionais que, por meio dos provimentos dos juízes togados, outorgam à sentença a executividade e decretam a anulação desta”. (BONATO, Giovanni. *Arbitragem na Itália e na França. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 43.. Jul-ago-set 2014. p. 82);

Athenas¹⁴⁴. Em outras palavras, admitir arbitragens “deslocalizadas” é o mesmo que pretender multiplicar maçãs sem macieiras¹⁴⁵.

Além do mais, exceção feita a sistemas tal qual o desenvolvido no âmbito do ICSID - com as ressalvas aqui postas -, e não obstante as judiciosas observações dos adeptos da teoria da deslocalização, a concepção de arbitragens (mesmo internacionais) imunes ao controle primário não é uma alternativa salutar para o sistema.

Retomando em parte o raciocínio já desenvolvido, sendo a arbitragem mecanismo jurisdicional usualmente instituído, autorizado, e limitado pelos ordenamentos jurídicos nacionais, é correto que o Poder Judiciário de cada Estado fiscalize se a arbitragem está sendo corretamente desenvolvida, em atenção às condições impostas pela ordem jurídica que ali impera¹⁴⁶.

E isso se dá justamente pelo exercício do controle primário, em regra capaz de invalidar o resultado das arbitragens viciadas (ou reconhecer sua inexistência/ineficácia jurídica). O controle secundário, como já adiantado, e melhor visto oportunamente (capítulo IV.3), não atinge o âmago da sentença arbitral, mas apenas impede que surta efeitos dentro de outra ordem jurídica.

¹⁴⁴PARK, Willian W. *The lex loci arbitri and international commercial arbitration*. International and Comparative Law Quarterly. 1983. p. 26.

¹⁴⁵Com base em raciocínio análogo REISMAN e RICHARDSON afirmam que “Arbitration tribunals and national courts are certainly very different but they are inseparable” (REISMAN, W. Michael. RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VANDEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 16). RENATA DAVID BRAZIL ressalva que a teoria da deslocalização não chega ao ponto de ignorar os sistemas jurídicos nacionais, limitando-se a propor a redução do papel da sede da arbitragem nas arbitragens internacionais. (DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011. p. 456).

¹⁴⁶Nesse sentido: REISMAN e RICHARDSON asseveram que: “international commercial arbitration, no less than arbitration within nation-states, while conducted in the sphere of private law, is a public legal creation whose operation and effectiveness is inextricably linked to prescribed actions by national courts. (...) Clearly, the decision to externalize some competences to make decisions which will be enforced by the operation of state power must be accompanied by putting some controls in place to address the ever present problem of moral hazard. This is a constant challenge in every delegation of power” (REISMAN, W. Michael (em coautoria), RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In VANDEN BERG, Albert Jan. (ed). *Arbitration: The Next Fifty Years*. ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 16/18); PARK, Willian W. *The lex loci arbitri and international commercial arbitration*. International and Comparative Law Quarterly. 1983. p. 23.

A premissa desse raciocínio é justamente que a sentença arbitral a ser internalizada tenha efetivamente sido proferida em consonância com o sistema jurídico de origem; até porque, se a sentença arbitral produz no destino os mesmos efeitos que produz na origem (capítulo IV.3), então é necessário que, no mínimo, produza algum efeito na origem.

É, nesses termos, juridicamente lógica a existência do duplo regime de controle previsto na nossa Lei de Arbitragem, na Convenção de Nova Iorque, na Lei Modelo da UNCITRAL, e na legislação dos mais variados Estados, assim como a vinculação que, ao contrário do que defendem os adeptos da teoria da deslocalização, existe e deve existir entre o controle secundário e o controle primário.

Além disso, esse duplo regime estabelece um adequado sistema de cooperação e divisão de tarefas em âmbito internacional, permitindo que se defina com clareza e precisão qual é o papel de cada corte judicial no exercício desse controle¹⁴⁷, evitando atropelos e conflitos jurisdicionais (quando menos, lógicos)¹⁴⁸. Nos termos expostos, são facilmente identificáveis o Judiciário responsável por invalidar ou reconhecer a inexistência de uma sentença arbitral (o Judiciário da sede da arbitragem – capítulo II.2.b) e os Judiciários responsáveis por internalizar a sentença (aqueles de outros Estados que não a sede da arbitragem, mas onde a sentença pode produzir efeitos – capítulo II.2.d).

O regime também traz segurança e previsibilidade ao sistema, já que a sentença arbitral, uma vez invalidada na sede, não produzirá efeitos em nenhum outro Estado¹⁴⁹. É verdade que, por outro lado, a sentença que passe ilesa pelo controle primário pode vir a ser recepcionada em determinado Estado e rejeitada em outro. Mas isso se deve à

¹⁴⁷REISMAN, W. Michael, RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 23; BRAGHETTA, Adriana. *The Framework of the International Arbitration System: the Challenge Derived from the Improper Conduct of Judicial Courts*. In VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *International Arbitration: The Coming of a New Age?* ICCA Congress Series. Volume 17. Kluwer Law International. 2013. p. 431/432.

¹⁴⁸De acordo com VAN DEN BERG, “the goal of the New York Convention is to provide a uniform and consistent regulation of the enforcement of foreign arbitral awards” (VAN DEN BERG, Albert. *The New York Convention and its application by brazilian courts*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 36/2013 | p. 15 | Jan / 2013 DTR\2013\2523).

¹⁴⁹Uma vez que, como melhor visto no capítulo IV.3, o provimento homologatório de sentença arbitral estrangeira nada mais faz do que permitir que a sentença produza no Estado de destino os mesmos efeitos produzidos na origem.

prerrogativa soberana de cada Estado de avaliar se a sentença proferida segundo outra ordem jurídica está apta a ingressar em seus domínios. Ademais, gera apenas um conflito aparente, já que nunca haverá o convívio de decisões contrárias acerca do ingresso da sentença arbitral em uma mesma ordem jurídica, mas, quando muito, decisões acerca do ingresso em ordens jurídicas diversas; assim como nunca haverá decisões conflitantes quanto à adequação da sentença arbitral à ordem jurídica a que originalmente vinculada.

Dito de outra forma, o que o sistema corretamente prevê é que, para ser elegível a circular, a sentença arbitral deve atingir um *padrão mínimo*, que é estar de acordo com a ordem jurídica da sede. Partindo disso, se poderá, ou não, ingressar em outros Estados, caberá às respectivas cortes avaliar.

Ainda, o problema que os adeptos da teoria da *deslocalização* enxergam para o controle primário, e que parece ser o principal ponto de sua tese, é o receio dos juízes da sede invalidarem sentenças arbitrais por questões específicas e próprias de sua ordem jurídica, que não deveriam, segundo esse raciocínio, ser aplicadas ao menos para as arbitragens internacionais¹⁵⁰.

Se é assim, então o problema não está na existência do controle primário em si, mas nos possíveis diferentes padrões dentro dos quais a arbitragem é aceita em cada Estado. Mas, então, mesmo no âmbito do controle secundário, há o risco de aplicação de padrões diversos e específicos.

¹⁵⁰Isso fica bastante claro na seguinte passagem de JULIAN LEW: “In principle, national courts should aim always to give effect to the agreement to arbitrate and the resultant award, as well as the effects of this approach. This means that when matters come to a national court, it should consider such applications with an international approach, looking to the overriding intent of the parties in their arbitration agreement, which is for their dispute to be settled by arbitration in whatever form specified. National standards and preferences should not influence the decisions of national courts whose assistance is sought in connection with an international arbitration. National judges should not seek to impose their parochial or narrow national viewpoint and approach in place of the non-national and international process and approach sought and expected by the parties’ choice of arbitration as their dispute resolution mechanism”. (LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International*. LCIA. Kluwer Law International. Volume 22. Issue 2. 2006. p. 195). De forma análoga: PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981. p. 370; DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011. p. 444.

Por outro lado, o problema é mais eficazmente resolvido, ou ao menos mitigado, mediante uma cooperação internacional para unificação dos padrões¹⁵¹, tal qual já ocorre. É justamente isso o que se pretendeu com a Lei Modelo da UNCITRAL, ao menos parcialmente implementada por diversos Países, assim como com a Convenção de Nova Iorque, voltada ao controle secundário.

Também válido lembrar que legislações extremamente recentes preveem regras específicas no que toca à regulamentação da arbitragem internacional, adotando padrões menos rígidos e internacionalmente aceitos¹⁵². É o caso, por exemplo, das recentes legislações portuguesa¹⁵³ e francesa¹⁵⁴. O caminho é válido, podendo envolver, também, cooperação internacional para que esse padrão seja uniformizado¹⁵⁵.

A tese de arbitragens imunes ao controle primário também geraria, de acordo com diversos ordenamentos arbitrais em vigor, a perplexidade da arbitragem ser executada no País da sede sem controle regulamentado. Afinal, por não ser estrangeira, a sentença arbitral também não estaria sujeita ao controle secundário. O provável é que tal sentença passasse por um algum tipo de controle indefinido e desregulamentado quando de sua execução, já que, como dito anteriormente, é indesejado que as cortes nacionais se privem de qualquer controle¹⁵⁶.

Também levaria a parte perdedora em uma arbitragem a ter de arguir reiteradas vezes eventual vício que poderia ser apreciado e reconhecido uma única vez, o que, para

¹⁵¹BRAGHETTA, Adriana. *The Framework of the International Arbitration System: the Challenge Derived from the Improper Conduct of Judicial Courts*. In VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *International Arbitration: The Coming of a New Age?* ICCA Congress Series. Volume 17. Kluwer Law International. 2013. p. 431.

¹⁵²GIOVANI BONATO denomina tais sistemas de dualistas, em oposição a sistemas tais quais o brasileiro, denominados monistas (BONATO, Giovanni. *Arbitragem na Itália e na França. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 43.. Jul-ago-set 2014. p. 76/85

¹⁵³Artigos 51 a 54 da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa.

¹⁵⁴Artigos 1504 a 1506 do Código de Processo Civil Francês. O disposto no artigo 1507 bem demonstra isso ao prever que a convenção arbitral relacionada a arbitragens internacionais não está sujeita a requisitos formais.

¹⁵⁵Nosso País está perdendo uma boa oportunidade de seguir esse caminho ao trabalhar em uma nova legislação arbitral que nada dispõe nesse sentido (PL 406/2013). Isso certamente colaboraria para tornar o Brasil mais atrativo como sede de arbitragens internacionais.

¹⁵⁶Na defesa da teoria da deslocalização, PAULSSON assevera justamente que “If actions to set aside non-French awards are not to be entertained by French courts, there must be a way to resist execution in France if such awards are contrary to imperative French norms. But where exequatur has not been sought by the winning party of a non-French award — as was the case in Gotaverken — what possibilities are open to the party wishing to challenge the award?” (PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981. p. 370).

além do desperdício de energia e recursos, geraria insegurança jurídica¹⁵⁷. Nesse ponto, não convence o argumento de que isso ocorreria de qualquer forma, já que a adiantada vinculação entre o controle primário e o controle secundário poderia resolver boa parte dos casos e, além disso, o que se discutiria no controle secundário seriam requisitos de cada ordem jurídica para internacionalização da sentença - que até podem coincidir em âmbito internacional, sendo desejável que coincidam.

Sem controle primário, ainda não haveria um caminho para a parte vencida em uma arbitragem viciada submeter a questão novamente à apreciação jurisdicional¹⁵⁸. Diante disso, cabe indagar se a qualidade de coisa julgada da sentença permaneceria íntegra ao menos na sede, ou se caberia à parte iniciar outra demanda arbitral e demonstrar ao novo Tribunal que, por vícios na arbitragem anterior, seu resultado deve ser ignorado. A primeira hipótese equivaleria a verdadeira negativa de prestação jurisdicional. Já no segundo caso, estar-se-ia substituindo o controle externo por mais uma forma (não convencionada) de controle interno, o que, por tudo o quanto exposto acerca da necessidade do controle externo, é inconcebível ao menos de acordo com nossa ordem jurídica (capítulos I.4 e II.2).

Haveria a hipótese de, ao menos por vícios na convenção arbitral, submeter-se a controvérsia ao Judiciário após proferida a sentença arbitral, demonstrando o vício que a invalida e requerendo nova apreciação, agora judicial, do litígio. Mas isso seria apenas um caminho inverso para o controle externo, acarretando no mesmo problema enxergado pelos adeptos da teoria da deslocalização.

Não bastasse, a ausência de controle primário poderia, ao final do dia, significar um desserviço à busca das partes por neutralidade, já que, sem esse regime, o controle ficaria apenas a cargo das cortes dos Estados em que se pretende seja a sentença

¹⁵⁷No mesmo sentido, REISMAN, W. Michael. RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 28; PARK, William W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 3/4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528.

¹⁵⁸PAULSSON também antevê essa dificuldade em seu estudo sobre o assunto: “the detachment principle may be justly criticised on the grounds that it leaves no forum where a manifestly deficient award may be set aside” (PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981. p 371).

reconhecida ou executada, e que podem possuir estreita ligação com uma das partes, sendo, por exemplo, o domicílio de uma delas.

Esse mesmo raciocínio também leva à conclusão de que o duplo regime de controle homenageia, de certa forma, a manifestação de vontade das partes. São elas que, ao estabelecerem determinada sede para a arbitragem, escolherão o Judiciário responsável pelo controle primário, assim como o padrão dentro do qual será exercido¹⁵⁹.

A assertiva de que os usuários da arbitragem não levam tal ponto em consideração ao escolherem a sede do seu processo não faz sentido pois, como será abordado em seguida, a sede da arbitragem não precisa necessariamente ser o local onde os atos processuais são praticados. Ademais, é difícil de aceitar que partes envolvidas em negócios internacionais, onde substanciais cifras normalmente estão em jogo, não estejam suficientemente assessoradas a ponto de terem esclarecidas as consequências da eleição da sede da arbitragem.

De toda a sorte, sua suposta ignorância não pode justificar a alteração de um sistema juridicamente lógico e adequado. O único caminho é as partes passarem a levar as consequências da eleição da sede da arbitragem em consideração. Isso só tem a colaborar para uma arbitragem ainda mais próxima do quanto por elas desejado.

Importa registrar a notícia de que um sistema arbitral sem controle interno foi experimentado na Bélgica em 1985. O resultado consistiu em insegurança aos usuários da arbitragem, que passaram a preterir-la. Em 1998, a experiência foi abandonada e a Bélgica voltou a adotar o sistema tradicional¹⁶⁰.

Não fosse tudo isso, até diante do enfoque desse estudo, é relevante levar em consideração que, em nossa ordem jurídica, não é autorizado às partes renunciar

¹⁵⁹BRAGHETTA, Adriana. *The Framework of the International Arbitration System: the Challenge Derived from the Improper Conduct of Judicial Courts*. In *International Arbitration: The Coming of a New Age?* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). ICCA Congress Series. Volume 17. Kluwer Law International. 2013. p. 449.

¹⁶⁰PARK, Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 3/4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528).

previamente ao controle externo da arbitragem (capítulo II.2.e). Isso já afastaria, não fosse todo o exposto, qualquer expectativa de arbitragem “deslocalizada”, ao menos entre nós.

Por todas essas razões, o sistema de duplo regime de controle externo previsto em nossa legislação é, não só juridicamente lógico, como adequado e necessário mesmo para arbitragens internacionais.

II.2.b. Competência internacional para o controle primário

Diante do exposto, resta claro que, no plano da competência internacional, o controle externo primário da atividade do árbitro deve ficar a cargo do Judiciário da ordem jurídica nacional segundo a qual a arbitragem se desenvolve. É isso o que os estudiosos da arbitragem costumam denominar de sede do processo arbitral¹⁶¹.

Não obstante a denominação utilizada, o conceito de sede da arbitragem não se confunde necessariamente com o local onde realizados os seus atos processuais ou onde proferida a sentença arbitral¹⁶², mas sim, repita-se, com a ordem jurídica que as partes elegeram para regulamentar suas arbitragens¹⁶³, sendo, portanto, uma construção legal e não geográfica¹⁶⁴.

Até porque, especialmente nas arbitragens internacionais, os atos processuais nem sempre são todos realizados em um mesmo local. É possível, por exemplo, que o

¹⁶¹Também é comum que se utilize os termos “local”, ou “lugar”, onde a arbitragem se desenvolverá, ou ainda “local”, ou “lugar” onde a sentença arbitral será proferida. Vode notas de rodapé 163 e 164.

¹⁶²Embora utilize o termo sede da arbitragem para fins diversos dos aqui expostos (local onde serão realizados os atos processuais), CARMONA afirma expressamente que “a escolha do local em que os atos da arbitragem serão praticados não tem entre nós relevância alguma no que se refere à fixação da competência (interna) do juiz estatal para as demandas ligadas ao juízo arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 209).

¹⁶³“The arbitral seat is the nation where an international arbitration has its legal domicile, the laws of which generally govern the arbitral proceedings in a number of significant respects, with regard to both “internal” and “external” procedural matters” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1535).

¹⁶⁴BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1537. Por isso que, segundo o Autor, “The better term for the legal domicile of the arbitration is the arbitral ‘seat’. This term avoids the arguably geographical connotation of the “place” of arbitration, and instead connotes an arbitration’s connection to, or rootedness in, a legal regime. The term “seat” is distinctly preferable to either “forum” or “venue”; these latter terms imply that the designated location will be where meetings or hearings must be conducted, while “seat” more readily implies the possibility of hearings being conducted outside the arbitral seat (as contemplated by virtually all developed arbitration legislation and institutional rules).” (*ibis idem*. p. 1539).

termo de arbitragem seja celerado em um lugar, mas a oitiva de testemunhas se dê em país diverso, e a sentença arbitral seja, ainda, assinada em outro país¹⁶⁵.

Isso é admitido na medida em que, ao contrário do juiz estatal, o painel arbitral não possui, em regra, um posto de trabalho fixo, além de estar investido na função de árbitro para a solução de um específico litígio. Ademais, já foi abordado que o procedimento da arbitragem é estabelecido pelas partes e, supletivamente, pelos árbitros, assim como é dotado de maior flexibilidade e informalidade, justamente para melhor atender ao litígio a ser resolvido¹⁶⁶. Assim é que, se trazer praticidade e eficiência ao processo, válida a realização de atos processuais em mais de um local¹⁶⁷.

Não por outro motivo, nossa Lei de Arbitragem prevê que as partes poderão estabelecer o “local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem” (art. 11, inciso I), embora seja obrigatório indicarem “o lugar em que será proferida a sentença arbitral” (art. 10, inciso IV). Da mesma forma, há dispositivos indicativos dessa possibilidade na legislação de diversos outros Estados¹⁶⁸, assim como na Lei Modelo da UNCITRAL¹⁶⁹.

Não se ouvida que a Lei Brasileira de Arbitragem define a sentença arbitral estrangeira como aquela proferida fora do território nacional¹⁷⁰. Semelhantes são as

¹⁶⁵*ibis idem*.

¹⁶⁶CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 208.

¹⁶⁷CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 317/318.

¹⁶⁸O Arbitration Act of 1996 prevê, em seu artigo 34(2)(a), analogamente que cabe às partes e aos árbitros decidirem o local onde qualquer dos atos procedimentais e de colheita de provas serão realizados. Mais expressas é a Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária “o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir em qualquer local que julgue apropriado para se realizar uma ou mais audiências, permitir a realização de qualquer diligência probatória ou tomar quaisquer deliberações” (Artigo 31-2); a Lei Espanhola de Arbitragem: “A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración” (artigo 26-2), e o Código de Processo Civil Italiano, “gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero” (art. 816).

¹⁶⁹Artigo 19(2): Na falta de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida

¹⁷⁰“Art. 34. (...)”

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”

disposições da legislação francesa, tanto para a arbitragem doméstica¹⁷¹ quanto para a internacional¹⁷².

A Lei Modelo da UNCITRAL já traz redação ligeiramente diversa. Em suma, prevê que suas disposições relacionadas ao controle externo primário serão aplicadas nas hipóteses em que as partes estabelecerem o local da arbitragem no Estado que adote a Lei, e que, independentemente do local em que proferida a sentença, deverá ser considerada como proferida no local eleito pelas partes para a arbitragem¹⁷³. Regulamentação análoga é encontrada nas leis espanhola¹⁷⁴, portuguesa¹⁷⁵, inglesa¹⁷⁶, e italiana¹⁷⁷.

Diante desse cenário, há quem inclusive defenda a possibilidade de arbitragens submetidas a mais de uma ordem jurídica. Seria o caso de uma arbitragem para a qual as partes tenham escolhido Roma como sede, mas cuja sentença tenha sido proferida em São Paulo. Poderia ser dito que essa arbitragem está embasa na ordem jurídica italiana, já que a sede eleita está no território italiano, ao mesmo tempo em que à ordem jurídica brasileira, por ter sido a sentença arbitral proferida dentro do território brasileiro. Possuiria, em suma, dupla nacionalidade¹⁷⁸.

¹⁷¹Em seu artigo 1494, o Código de Processo Civil francês prevê que a ação visando à anulação da sentença arbitral deve ser proposta “cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue”.

¹⁷²O artigo 1519 do Código de Processo Civil francês prevê que, no que toca às sentenças proferidas na França “Le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue”. Já a seção dedicada às sentenças proferidas fora da França regulamenta apenas o seu reconhecimento e execução (artigo 1525).

¹⁷³Em seu artigo 2, a Lei prevê sua aplicação “se o local da arbitragem encontrar-se dentro do território deste Estado”, exceção feita às regras de observância da convenção arbitral pelo Judiciário (artigo 8º), a requerimentos de tutelas de urgência (artigo 9º) às disposições dirigidas às sentenças arbitrais estrangeiras, ao reconhecimento e execução de medidas provisórias (artigo 17-H, 17-I, e 17-J), e ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras (artigo 34 e 35). Já, em seu artigo 20, prevê que as partes podem decidir livremente o local da arbitragem, ficando tal definição a cargo dos árbitros caso não haja consenso, e, em seu artigo 30(1), que a sentença será considerada proferida no local estabelecido pelas partes para a arbitragem.

¹⁷⁴artigos 1º, 26, e 37(5) da Lei Espanhola de Arbitragem.

¹⁷⁵artigos 31(1) e 42(4) da Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária.

¹⁷⁶Artigo 100(2)(b) do Arbitration Act of 1996.

¹⁷⁷Artigos 816 e 828 do código de processo civil italiano.

¹⁷⁸RICCI, Edoardo Flavio. *A sentença arbitral brasileira com nacionalidade de outros países*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 218/219; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 41/44; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 246/247).

A hipótese levaria à perplexa situação em que essa sentença arbitral seria submetida ao controle externo primário tanto do Judiciário Brasileiro quanto do Italiano, não sofrendo, por outro lado, controle externo secundário pelas cortes desses Países¹⁷⁹.

Isso não vinga, pois, como exposto, a arbitragem é um mecanismo de solução de conflitos autorizado e regulamentado pelas ordens jurídicas nacionais, as quais conferem validade e consequências jurisdicionais ao exercício desse mecanismo. Daí que, quando decidem partir para arbitragem, as partes necessariamente escolhem o mecanismo tal como definido, admitido e regulamentado por alguma ordem jurídica nacional.

É como se, retomando as palavras já usadas, atracassem o método eleito para a solução de seus litígios àquela ordem jurídica, que regulamentará o exercício da arbitragem, e cujo judiciário exercerá o controle externo primário¹⁸⁰.

Daí que, o que importa é extrair da vontade das partes qual a ordem jurídica eleita para regulamentar sua arbitragem e, consequentemente, a cargo de qual Judiciário ficará o controle¹⁸¹. Isso é, como visto, não apenas juridicamente lógico, como um adequado método de coordenação de competência internacional.

Mesmo a Lei Brasileira de Arbitragem, embora aparente possuir certo apego ao critério geográfico, não suprime tal prerrogativa das partes. Lembre-se que a Lei determina, em seu artigo 11, inciso IV, que as partes indiquem o local em que será proferida a sentença arbitral e, em seguida estabelece que a sentença proferida fora do território brasileiro deverá ser submetida ao controle secundário (art. 34, parágrafo único). Com isso, nossa legislação, assim como as demais citadas, confere às partes justamente a opção de atracarem, ou não, suas arbitragens ao controle externo primário das cortes brasileiras e, consequentemente, a essa ordem jurídica nacional.

¹⁷⁹ADRIANA BRAGHETTA, ao não concordar com essa hipótese, manifesta perplexidade análoga nessa situação (BRAGHETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 16).

¹⁸⁰BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1549/1551.

¹⁸¹Chegando a conclusão próximas, mas não idênticas às expostas nesse trabalho, ADRIANA BRAGHETTA aduz que “A expressão ‘local de proferimento’ se equipara a ‘sede da arbitragem’. Essa interpretação é a única que preserva a vontade das partes mediante a escolha da sede na cláusula compromissória” (BRAGHETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 18).

Isso deixa claro que o que se denomina escolha da sede ou local da arbitragem não passa de um termo internacionalmente usado para uma manifestação vontade (acerca da ordem jurídica a que submetida uma arbitragem) e que assim deve ser tratado.

É também verdade que nossa Lei evitaria controvérsias se reproduzisse os termos da Lei Modelo da UNCITRAL, deixando expresso que cabe às partes definir a ordem jurídica à qual submetidas suas arbitragens. Ainda assim, a hipótese dos árbitros, por descuido, não seguirem a escolha das partes quando da prolação da sentença arbitral em território brasileiro, e proferirem-na, retomando o exemplo, em Roma, não bastaria para torna-la alienígena para nós e doméstica para a ordem jurídica italiana.

Esse entendimento ignoraria a válida manifestação de vontade das partes, autorizada por ambas as legislações, contrariando os um dos mais primordiais princípios da arbitragem (sua consensualidade), e submetendo, aqui sim, as partes a regramentos e cortes indesejadas.

Nesse cenário, e não obstante a afirmação reiterada em Doutrina de que a competência do Judiciário Brasileiro será definida sempre pelo critério geográfico¹⁸², duas outras saídas se mostram mais corretas, levando a idêntica e melhor consequência: (i) aceita-se que a redação da lei foi infeliz e não exprime a real intenção do legislador, interpretando-se o disposto no artigo 34, parágrafo único da Lei de Arbitragem como “Considera-se sentença arbitral estrangeira” aquela cujo local de prolação eleito pelas partes esteja fora do território nacional¹⁸³, o que se harmoniza com os demais dispositivos

¹⁸²MAGALHÃES, José Carlos de. *Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 135 | Jan / 2004DTR\2011\4076. O Professor se aproxima do raciocínio aqui desenvolvido ao afirmar que os requisitos legais das sentenças arbitrais brasileiras “têm a ver com a observância da lei brasileira sobre o processo privado de composição de controvérsias” (ibis idem). Ainda pelo critério da territorialidade, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. P. 438/440.

¹⁸³É o que sugere ADRIANA BRAGHETTA (BRAGHETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 16/17). Essa é, inclusive, uma regra em outros ordenamentos jurídicos (vide notas de rodapé 171 a 177) sendo, também, uma opção mais adequada do que a da nossa legislação. Demonstrando a mesma consciência, VAN DEN BERG afirma que o laudo arbitral deve ser considerado proferido no local pelos árbitros indicado, independentemente de ter sido assinado em outra localidade. Isso se dá porque, na prática, os árbitros irão mencionar justamente o local eleito pelas partes para tal fim. (VAN DEN BERG, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer Law. 1981. P. 295/296). No mesmo sentido: CARLOS LOBO (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *A definição*

da Lei de Arbitragem; ou (ii) considera-se a prolação da sentença em desrespeito à vontade das partes como um vício processual inapto a macular a sentença arbitral (capítulos 5.1.a e 5.2.a), respeitando-se, no entanto, a vontade das partes quanto à ordem jurídica eleita.

O raciocínio inverso também deve prevalecer, não havendo como se considerar que, pelo simples fato de uma sentença arbitral ter sido proferida no Brasil, ela estará sujeita à ordem jurídica brasileira. Até porque, em adição ao que foi dito, sua (incorreta) interpretação literal levaria à conclusão de que sentença proferida fora do território é necessariamente estrangeira, mas não que as sentenças proferidas dentro do Brasil são necessariamente brasileiras.

O quanto aqui exposto harmoniza o sistema em âmbito internacional¹⁸⁴, respeitando os anseios doutrinários por um único foro de controle interno da arbitragem, impedindo choque de jurisdições¹⁸⁵, e solucionando o problema levantado sem que seja necessário sequer o recurso às regras de definição de conflito de Leis no espaço.

Inclusive, é assim que deve ser interpretado o disposto no artigo V(e) da Convenção de Nova Iorque. O dispositivo não está abrindo portas para um duplo controle primário das arbitragens, mas apenas ressaltando a possibilidade de arbitragens estarem sujeitas a determinada ordem jurídica ainda que a sentença arbitral não tenha sido lá proferida. É o que alguns inclusive denominam de “sede jurídica” da arbitragem¹⁸⁶.

de sentença arbitral estrangeira. Obtido em Revista dos Tribunais Online. P. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 62 | Abr / 2006DTR\2006\220).

¹⁸⁴“This provision is vitally important for the international arbitral process, because it significantly restricts the extent of national court review of international arbitral awards in annulment actions, limiting such review only to the courts of the seat (that is, the state where the award is made or the state whose procedural law is selected by the parties to govern the arbitration). In so doing, the Convention ensures that courts outside the seat may not purport to annul an international award, thereby materially limiting the role of such courts in supervising or overseeing the procedures utilized in international arbitrations” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1549). Como nos lembra, DINAMARCO, “a conveniência do exercício da jurisdição e a viabilidade da efetivação de seus resultados são os fundamentais critérios norteadores das normas de direito interno sobre competência internacional (Gaetano Morelli)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 342).

¹⁸⁵Embora sem se aprofundar na discussão aqui tratada, DINAMARCO pondera que a competência internacional para a ação anulatória deve ser exclusiva, e não concorrente (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 251).

¹⁸⁶Nesse sentido: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 179. GARY BORN utiliza os termos “legal domicile” e “judicial home”, bastante similares (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1529). VAN DEN BERG aponta que o motivo da inclusão da assertiva “ou conforme

Isso confirma que a competência internacional para o controle externo primário da atividade do árbitro é definida com base na ordem jurídica à qual a arbitragem estará submetida, cabendo, ao Judiciário Brasileiro, controlar exclusivamente as arbitragens submetidas à nossa ordem jurídica.

II.2.c. Competência interna para o controle primário

Estabelecidas as hipóteses em que o Judiciário Brasileiro é internacionalmente competente para o controle primário, importa para esse estudo definir os critérios de determinação de sua competência interna.

Para tanto, deverão ser observadas as disposições constitucionais e legais aplicáveis a qualquer demanda, levando-se em consideração os elementos próprios da demanda em que exercido o controle: partes, causa de pedir, e pedido¹⁸⁷, os quais não se confundem necessariamente com os elementos da demanda arbitral.

Não se pode, por outro lado, desconsiderar peremptoriamente as eventuais regras de competência que seriam estabelecidas em razão do objeto da arbitragem¹⁸⁸. Em

a lei do qual” no dispositivo visava justamente conciliá-la com legislações como a Alemã que, à época, autorizava expressamente arbitragens conduzidas em outros locais mediante a aplicação de suas Leis (VAN DEN BERG, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer Law. 1981. p. 27/28). TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER aponta para o Judiciário da “lei processual que norteou a prolação da decisão” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Inviabilidade da demanda de anulação da sentença arbitral estrangeira ajuizada perante o poder judiciário brasileiro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte original citada: Pareceres - Teresa Arruda Alvim Wambier | vol. 1 | p. 145 | Out / 2012DTR(2012)450940). JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES ressalva que “Pode ocorrer que o laudo seja proferido em um país, mas a lei aplicável ao processo de arbitragem seja de outro escolhido pelas partes na convenção de arbitragem, como previsto no art. 38, II, da Lei 9.307/1996. Esse dispositivo reproduz o art. V, alínea a, da Convenção de Nova Iorque. Nesse caso, a competência para anular o laudo pode também caber ao país cuja lei foi aplicada no processo de arbitragem. (MAGALHÃES, José Carlos de. *Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 135 | Jan / 2004DTR(2011)4076).

¹⁸⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 251/253. De forma análoga, CARMONA assevera que “será competente para julgar os atos ligados à arbitragem (antes, durante e depois: para demanda de que trata o artigo 7º, para as providências a que se refere o art. 22, § 4º, e para a demanda de anulação de que cuida o art. 32), o juiz que tenha conhecido a causa se não tivesse existido convenção arbitral (ou seja, o juiz natural).” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 210).

¹⁸⁸Tal como afirma DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 252). CARLOS LOBO e GUILHERME LEPORACE já afirmam que a demanda deve ser proposta anulatória deve ser proposta perante o Juízo que “teria competência para julgar a causa originária se não houvesse convenção de arbitragem. (LOBO, Carlos Augusto Siqueira. LEPORACE,

determinadas hipóteses, o mérito da demanda arbitral poderá ser cumulativamente submetido ao Judiciário, sendo também objeto do processo estatal, o que deve ser levado em conta na fixação da competência.

Com base nessas premissas, cumpre destacar que, inicialmente, a competência será sempre originária dos Juízos de primeiro grau, na medida em que a instituição de competências originárias diferenciadas cabe à Constituição Federal¹⁸⁹ e, ao menos até atualmente, não há disposição nesse sentido aplicável ao controle primário.

No que toca à definição da Justiça competente, utilizando-se o exemplo da competência da Justiça Federal, embora a maior parte dos casos aplicáveis esteja relacionada a qualidades das partes, não há como se excluir de plano a hipótese do artigo 109, inciso III, da Constituição Federal, na medida em que o pedido cumulativo de resolução do mérito do litígio (capítulo IV.2.a.1) poderia, em teoria, envolver tratado ou contrato da União com Estado Estrangeiro ou organismo internacional.

Por outro lado, as regras de competência estabelecidas em razão da matéria são plenamente aplicáveis para a execução da demanda arbitral, devendo processar-se perante a Justiça do Trabalho, a título de exemplo, a execução de uma sentença arbitral oriunda de uma relação de trabalho, já que o crédito executado será trabalhista¹⁹⁰.

Já para a ação que visa à constituição do compromisso arbitral (artigo 7º da Lei de Arbitragem), as regras de definição da Justiça Competente em razão da matéria não terão aplicação, pois nenhuma delas engloba a instituição da arbitragem, que é o objeto dessa demanda.

Esse raciocínio também deve ser observado para competência territorial. Os casos em que a invalidação, ou declaração de inexistência/invalidade da sentença arbitral,

Guilherme. *Cumprimento e impugnação da sentença arbitral no poder judiciário*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30 | p. 199 | Jul / 2011 | DTR\2011\2583). Pelas razões aqui desenvolvidas, a posição também não é a mais correta. O Juízo competente é definido segundo o objeto da demanda submetida ao Judiciário, que pode não coincidir com o objeto da demanda arbitral.

¹⁸⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 251/252.

¹⁹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 263/264.

ou ainda inviabilização da arbitragem sejam o objeto único da demanda levarão à aplicação da regra residual prevista no artigo 94 (foro do Réu). Mas, a sua cumulação com pedido que envolva o mérito inicialmente submetido à arbitragem poderá atrair a aplicação de algumas das hipóteses previstas nos artigos 95 a 100.

Para além disso, as regras de modificação de competência (eleição pelas partes e prorrogação) são plenamente aplicáveis¹⁹¹. A celebração de cláusula de eleição de foro é admissível, sendo, inclusive, bastante comum que as partes estabeleçam consensualmente o foro que irá dirimir eventuais conflitos que devam ser dirigidos ao Judiciário, assim como apoiar a arbitragem¹⁹².

Da mesma forma, não é despropositado imaginar-se a prorrogação da competência de determinado juízo por aquiescência do demandado quanto ao direcionamento territorial do demandante¹⁹³. A hipótese da conexão, embora mais rara, também não pode ser descartada¹⁹⁴. Uma sucessão de demandas visando à desconstituição de sentenças arbitrais parciais oriundas de uma mesma arbitragem, e fundadas em um mesmo vício (exemplo: convenção arbitral inválida), levaria, em regra, à prorrogação por conexão.

Nesses casos, a identidade de causas de pedir deve, em princípio, atrair a segunda demanda e, até pela economia processual que norteia tal regra, é adequado que as demandas sejam julgadas conjuntamente.

Ainda, devem ser observadas as regras de divisão de competência entre Juízos de um mesmo foro¹⁹⁵. Nas maiores comarcas, é comum o estabelecimento de Juízos responsáveis por territórios específicos. Em São Paulo, a denominação utilizada é Foro Regional. Da mesma forma, a divisão de competência por especialidade há de ser levada

¹⁹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 253/254.

¹⁹²CARMONA, Carlos Alberto. *Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes *et all.* (Coord). São Paulo: Atlas. 2007. p. 33/46.

¹⁹³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 255/256.

¹⁹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 255.

¹⁹⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 256/257.

em consideração, reiterando-se, no entanto, o alerta quanto ao objeto do litígio. Uma demanda anulatória envolvendo o Estado de São Paulo deverá ser processada no Fórum da Fazenda Pública, mas o órgão responsável pela por ação dessa natureza decorrente de uma demanda arbitral envolvendo conflito societário não será necessariamente uma câmara especializada em direito empresarial, já que o objeto da ação judicial pode não ter fundo societário; aliás, somente o terá se o mérito da arbitragem também cumulativamente submetido ao Judiciário.

O alerta é válido pois já se observou, nas Câmaras Empresariais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o julgamento de recursos oriundos de demanda em que se pleiteia tão somente a anulação da sentença arbitral. Embora o equívoco de competência não macule a decisão, é adequado que a divisão seja corretamente observada.

II.2.d. Competência internacional e interna para o controle secundário

A competência internacional para o controle secundário exige poucas considerações. Sendo seu objetivo a internalização, em determinada ordem jurídica, de uma sentença arbitral fundada em outra, caberá ao Judiciário da ordem jurídica em que se pretende essa internalização avaliar se a atividade jurisdicional cumpre os requisitos necessários para tanto.

Não basta, no entanto, simples requerimento de homologação da sentença arbitral para que o respectivo Judiciário se torne competente. O exercício homologatório, como atividade judicial¹⁹⁶ que é, está submetido aos mesmos requisitos e condições que qualquer prestação jurisdicional¹⁹⁷.

Diante disso, para que tal exercício seja admitido, necessário que a homologação traga efetivo benefício à parte que postulante, seja por meio do reconhecimento, seja por meio da execução da sentença arbitral, ou então o Judiciário destinatário do requerimento

¹⁹⁶Decorrente, portanto, do exercício do direito de ação. Vide capítulo IV.3

¹⁹⁷Também nessa linha: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 440.

deverá se negar a internalizar a sentença¹⁹⁸. De outra forma, a atividade acarretaria em desnecessária e inútil movimentação da máquina jurisdicional, o que não deve ser admitido sob pena de inobservância ao Princípio da *Efetividade da Jurisdição*¹⁹⁹. É isso o que inclusive norteia o disposto nos artigos 88 e 89 do nosso Código de Processo Civil, aplicáveis também à demanda homologatória²⁰⁰.

A essa mesma conclusão também se chega pelo caminho das condições da ação, mais especificamente do interesse de agir, que condiciona a prestação jurisdicional a uma efetiva utilidade ao seu postulante. Para que tal prestação possa ser entregue, a importação da sentença arbitral estrangeira deve, de alguma forma, beneficiar a parte que a busca (capítulo IV.3).

O aspecto levantado exige atenção pois não é incomum a estratégia de se buscar a homologação da sentença arbitral inicialmente perante Judiciários mais liberais para depois partir-se aos Estados em que a homologação possa trazer algum benefício, na crença que de a chancela prévia possa facilitar sua homologação onde realmente interessa. Tal manobra deve ser refutada por servir apenas como indevido exercício de pressão, sem qualquer utilidade prática que a justifique.

¹⁹⁸É também o raciocínio empregado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, para asseverar que “De acordo com o princípio da efetividade, assevera a doutrina, o Estado não poderá exercer a função jurisdicional quando a sentença que proferir não tenha possibilidade de ser executada. Isto se explica porque o exercício da função jurisdicional seria absolutamente inútil” A Professora ainda aduz que “O chamado princípio da efetividade é limitador do exercício da jurisdição estatal” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Inviabilidade da demanda de anulação da sentença arbitral estrangeira ajuizada perante o poder judiciário brasileiro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte original citada: Pareceres - Teresa Arruda Alvim Wambier | vol. 1 | p. 145 | Out / 2012DTR\2012\450940).

¹⁹⁹De acordo com VICENTE GRECO FILHO, “a jurisdição decorre, pois, da soberania. Mas o poder soberano (e daí a jurisdição) encontra limites, o primeiro deles físico, o território, e outros lógicos ou de fato, como a existência incontestável de outras soberanias. Em face desses condicionantes, que fazem nascer o chamado princípio da efetividade, segundo o qual só deve atuar a jurisdição sobre as causas em que será possível ao Estado fazer valer sua decisão, surge a autodelimitação da atuação do poder jurisdicional, através das regras chamadas de competência internacional” (GRECO FILHO, Vicente. *Homologação de Sentença Estrangeira*. São Paulo: Saraiva. 1978. p. 89). No mesmo sentido, BOTELHO DE MESQUITA (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Da Competência Internacional e dos Princípios que a informam*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Processo, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 51)

²⁰⁰“Obviamente, para que a sentença arbitral estrangeira seja título executivo com eficácia no Brasil, e portanto autorize a execução neste País, é indispensável a presença de algum dos fatores determinantes da competência do juiz brasileiro no plano internacional, segundo as disposições contidas nos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil. Tais fatores são, como sempre, o da *efetividade* do exercício da jurisdição, tendo esse exercício a capacidade potencial de produzir os efeitos desejados, e do *interesse* do próprio Estado em exercê-la, a bem dos integrantes de sua população e com vista à integralidade de seu território, sempre levando em conta as determinantes da convivência internacional (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 285).

Isso não significa, no entanto, que somente o vencedor na demanda arbitral terá interesse processual para o pleito homologatório, tampouco que somente a existência de bens do devedor no país em que se pretende a importação autorizaria tal prestação jurisdicional. O reconhecimento da sentença arbitral, a fim de que surta seus demais efeitos e irradie sua qualidade de coisa julgada, pode ser juridicamente útil tanto à parte vencedora quanto vencida, no caso da última quando menos para, com base na estabilização dessa sentença, evitar derrota maior²⁰¹.

No que toca à competência interna, ao contrário do que ocorre com o controle primário, a nossa Constituição Federal atualmente estabelece que tal competência cabe originalmente ao Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, alínea i), quem exerce tal função desde o advento da Emenda Constitucional n° 45/2004²⁰² ²⁰³.

II.2.e. Eliminação consensual de órgãos responsáveis pelo controle externo?

O último ponto do capítulo diz com a possibilidade de eliminação do controle externo da atividade do árbitro, o que, por consequência lógica, afastará tal função de um dos órgãos originalmente responsáveis para seu exercício.

No que toca ao controle externo primário, a investigação dessa hipótese é mais efetiva se promovida de forma fragmentada, avaliando-se tanto a renúncia prévia e genérica para, posteriormente, passar-se à renúncia póstuma e específica.

²⁰¹ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 109.

²⁰²Anteriormente à referida emenda, tal função cabia ao Supremo Tribunal Federal. Por isso – e somente por isso – a redação da nossa Lei de Arbitragem ainda aponta para o Pretório Excelso (artigo 35), embora seja pacífico que, com a mencionada emenda constitucional, e não obstante a redação da Lei de Arbitragem – que sequer poderia determinar competência originária diferenciada – tal exercício passou ao Superior Tribunal de Justiça. Por todos: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 441.

²⁰³Válido anotar que, segundo GIOVANNI BONATO, a opção brasileira é minoritária se comparada aos demais países em que a arbitragem é praticada, os quais normalmente atribuem tal tarefa aos juízes de primeiro e segundo grau. (BONATO, Giovanni. BONATO, Giovanni. *Arbitragem na Itália e na França. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro*. In Revista Brasileira de Arbitragem. N° 43. Jul-ago-set 2014. P. 87/88).

GARY BORN tende a aceitar certa possibilidade de renúncia prévia e genérica, mas alerta que isso varia de acordo com ordem jurídica a que submetida a arbitragem, havendo aquelas em que tal renúncia será ineficaz. O Autor menciona que, em determinadas legislações, a exclusão é admitida apenas para arbitragens internacionais, enquanto que, em outras, a revisão judicial poderá ser excluída apenas se as partes envolvidas forem estrangeiras, tal como ocorre nas Legislações Belga, Suíça, e Sueca²⁰⁴. A Lei Francesa, por sua vez, admite amplamente a renúncia, mas ressalva que, nessa hipótese, o controle será admitido no momento da execução²⁰⁵.

Em nosso ordenamento, não há qualquer dispositivo admitindo a renúncia prévia ao controle externo e, em parte pelo exposto nos capítulos I.4 e II.2, eventual pacto nesse sentido não deve surtir qualquer efeito. Isso porque, como já adiantado, a existência do controle externo da atividade do árbitro possui fundamento constitucional, mais expressamente no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna²⁰⁶, Direito Fundamental da Parte e, portanto, inderrogável.

Isso significa que não poderiam as partes, de forma prévia ao exercício da arbitragem, convencionar que eventuais vícios ocorridos no seu curso ou na prolação da

²⁰⁴BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*. 4ª ed. Kluwer Law International. 2013. p. 109. Em linha semelhante: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 910/911.

²⁰⁵É o que se extrai do artigo 1522 do Novo Código de Processo Civil Francês: “Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation. Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l’ordonnance d’exequatur pour l’un des motifs prévus à l’article 1520. L’appel est formé dans le délai d’un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l’exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement”. Nesse sentido: KUYVEN, Luiz Fernando Martins. *Modernização da arbitragem: os ensinamentos da reforma francesa de 2011*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2 e 15. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 29 | p. 105 | Abr / 2011DTR\2011\1781.

²⁰⁶CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 422/423; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 1/2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 5 | p. 95 | Abr / 2005DTR\2005\228; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Reflexões sobre a sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 12. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 40 | Jul / 2005DTR\2005\393; BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho, BENETTI, Giovana Valentiniano. *O consensualismo como fundamento da arbitragem e os Impasses decorrentes do dissenso*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10/11. Fonte original citada: Revista de Direito Empresarial | vol. 2/2014 | p. 303 | Mar / 2014DTR\2014\1436. É o que também se extrai do pensamento de EDOARDO RICCI (RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 70/73).

sentença estarão imunes ao controle externo, pois estariam renunciando a guarida judicial a possíveis mas desconhecidas lesões a direitos.

Por outro lado, uma vez constatado o possível vício, nada impede que se abra mão da prerrogativa socorro²⁰⁷. Isso se dá porque a arbitragem é aplicável apenas ao campo dos direitos disponíveis, de sorte que, se as partes podem até mesmo abrir mão de tais direitos, não há porque não possam concordar com atividade arbitral já desenvolvida cujo objetivo é defini-los.

Importante deixar claro que aceitar a atividade arbitral exercida e, assim, abrir mão do controle externo não é o mesmo que renunciar genericamente a esse controle. No primeiro caso, a parte está apenas expressando concordância com uma situação já ocorrida; quando muito abrindo mão de um direito diante de uma lesão já constatada. É como se, ao final, manifestasse seu entendimento de que, daquela situação, não decorre qualquer vício ou não lhe interessa que seja consertado. No segundo caso, a parte estaria cegamente abrindo mão de um Direito Fundamental.

A renúncia póstuma e específica tanto é admitida que o próprio sistema impõe condições para a parte postular o controle externo, instituindo um curto prazo decadencial (capítulo III.8) para o manejo da ação anulatória, assim como estabelecendo a regra da subsidiariedade do controle secundário ao controle primário (capítulo III.5), tudo isso sob pena de aquiescência com relação à atividade arbitral desenvolvida.

No próprio campo do processo estatal, tais condicionantes também são verificadas. Basta pensar nos prazos decadenciais impostos por lei, assim como no rígido sistema de preclusões a que as ações judiciais estão submetidas. Ainda, o sistema também admite a aquiescência com relação à atividade judicial, mediante renúncia ao direito de recorrer ou desistência de um recurso já interposto.

²⁰⁷CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 422/423; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Reflexões sobre a sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 12. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 40 | Jul / 2005DTR\2005\393.

Se isso tudo é admitido, então a renúncia diante de específico vício na atividade do árbitro também é, e pode ocorrer tanto mediante expressa manifestação de vontade²⁰⁸ quanto de forma tácita, por conduta que importe em aceitação da situação que consiste em possível vício passível de impugnação.

Isso também pode se dar tanto no curso da arbitragem quanto uma vez prolatada a sentença arbitral. Imagine-se a hipótese de possível vício relacionado à aptidão de um árbitro. A parte poderia aquiescer tanto diante da sua nomeação, o que de qualquer forma ocorreria caso não manejasse impugnação (capítulo III.5), quanto uma vez rejeitada a impugnação manejada, mediante expressa renúncia ainda no curso do processo arbitral, quanto ainda após prolatada a sentença arbitral, o que de qualquer forma ocorreria caso não manejasse a ação anulatória de sentença arbitral no tempo oportuno (capítulo III.8).

Ressalva-se apenas que, independentemente da forma como manifestada ou exercida, aquiescência há de ocorrer. Essa consciência inclusive admite, em hipótese bastante excepcional, o controle externo da atividade do árbitro sem que tenha havido controle interno prévio, bem como atenção especial à contagem do prazo decadencial da ação anulatória (capítulos III.5 e III.8).

Ainda, tal renúncia também não pode surtir quaisquer efeitos diante de vícios que levem à inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral. Ao contrário da sentença inválida, que garante à parte o direito potestativo à sua desconstituição, mas que, enquanto não for desconstituída, surte regulares efeitos, a sentença inexistente é assim denominada justamente por não ser um ato jurídico, não surtindo, quaisquer efeitos, independentemente da vontade das partes. Já a sentença ineficaz é assim denominada pois sua eficácia não pode ser oposta à parte em questão, que poderá a ela resistir independentemente de qualquer conduta anterior.

Justamente por isso, tal situação pode ser reconhecida a qualquer momento e inclusive de ofício pelo julgador estatal, não havendo como um ato da parte impedir tal reconhecimento.

²⁰⁸Que não necessita de forma específica, até porque não há exigência legal. Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Coméntário à Lei n° 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 423.

No que toca ao controle secundário, a possibilidade de eliminação do controle inexistente pois, ao contrário do controle primário, que não é requisito para que a sentença arbitral passe a ser eficaz e surtir efeitos entre nós, tanto nossa Constituição Federal quanto nossa Lei de Arbitragem exigem a homologação judicial para que a sentença arbitral estrangeira seja reconhecida e executada dentro de nossa ordem jurídica.

Não por outro motivo, nosso sistema, assim como os diversos sistemas alienígenas, atribuem a busca pelo controle primário em regra à parte lesionada pelo vício. Já o controle secundário é exercido por iniciativa da própria parte interessada em se aproveitar da sentença arbitral, o que bem demonstra que o primeiro é de certa forma opcional e fica a critério da parte prejudicada, enquanto que o segundo é mandatório e inafastável.

III. O MOMENTO PARA O CONTROLE DA ATIVIDADE DO ÁRBITRO

Ao tratar do controle interno da atividade do árbitro, o capítulo anterior abordou o Princípio *kompetenz-kompetenz* positivado em nossa legislação (art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem), assim como os dispositivos legais determinando que eventuais impugnações à aptidão de um ou mais árbitros devem ser dirigidas diretamente ao painel arbitral (arts. 15 e 20 da Lei de Arbitragem).

Foi visto que, com isso, nosso sistema arbitral, assim como o de diversos Estados em que a arbitragem é praticada, prevê expressamente esse controle interno, o que é juridicamente lógico e adequado na medida em que, assim como qualquer mecanismo adjudicatório, a arbitragem é instrumento a serviço do direito material, cabendo a ela solucionar controvérsias da forma mais eficiente possível.

Também foi adiantado que, de tais dispositivos, se extrai uma regra de precedência do controle interno em relação ao controle externo primário, deixando, em linhas gerais, a cargo deste a revisão daquele.

Este capítulo será iniciado com uma abordagem dessa relação entre o controle interno e externo, estudando-se os fundamentos e as razões da regra geral mencionada, assim como seu real alcance e implicações, para, então, tratar-se das hipóteses excepcionais em que se admite a sua flexibilização. Em seguida serão abordados os momentos específicos para o controle externo primário e secundário, sempre com vistas a essa relação temporal entre o controle interno e externo.

III.1. O efeito negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* e suas diversas aplicações e interpretações em âmbito internacional

O estudo será iniciado com uma relevante faceta do controle objeto deste estudo, bifurcada, como já adiantado, no controle da jurisdição e da aptidão do árbitro. O ponto de partida é adequado pois, como também já visto, são relacionadas a essas questões as previsões legais de controle interno da atividade do árbitro.

Esse controle envolve desde a inexistência e os vícios de validade e eficácia da convenção arbitral, que levariam à ausência de jurisdição arbitral, até a inobservância aos requisitos, legais ou contratuais, para ser árbitro, o que está relacionado à aptidão do árbitro. Como já exposto, esse controle advém, em âmbito interno, do efeito positivo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz*: atribuir-se ao árbitro a tarefa de enfrentar esses possíveis obstáculos ao exercício de sua atividade, ponto de convergência da Doutrina e da Jurisprudência em âmbito nacional e internacional (capítulo II.1.a).

O efeito negativo do princípio, por seu turno, traduz-se no afastamento das cortes estatais dessa mesma tarefa²⁰⁹. Sua aplicação e interpretação são objeto de sensíveis variações, que vão desde o amplo afastamento das cortes estatais, até o extremo oposto, em que se admite ampla interferência do Judiciário, passando por modelos de interferência limitada quanto ao momento e à amplitude da cognição exercida²¹⁰.

Em uma ponta do espectro, estão as experiências alemã enquanto vigente seu anterior regramento arbitral, assim como a belga e, mais recentemente, estadunidense, em que o controle da jurisdição e capacidade do árbitro poderiam ser decididas em última análise pelo próprio árbitro, excluindo, portanto, qualquer controle externo primário da jurisdição arbitral²¹¹.

²⁰⁹Nesse sentido: DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999. p. 227/228

²¹⁰Fazendo referência ao artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque e ao artigo 8(1) da Lei Modelo da UNCITRAL (tratados na sequência), JUDIAN LEW, LOUKAS MISTELIS e STEFAN KRÖLL destacam que “most national laws contain either identical or at least comparable provisions. They usually require that the arbitration agreement will be invoked or relied on by the defendant and that it is valid and can be effectively implemented, *i.e.* is not ‘null and void, inoperative or incapable of being performed.’ However, differences exist as to the standard of review and the action to be taken by the courts where there is a valid arbitration agreement” (LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003. p. 339). RAFAEL FRANCISCO ALVES agrupa essas variações em três modelos: (i) o modelo da competência concorrente de árbitros e juízes; (ii) o modelo da competência prioritária condicionada do árbitros; (iii) o modelo da competência incondicionada dos árbitros, e o modelo da competência exclusiva do árbitros (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 61/88). Como será visto e é reconhecido pelo próprio monografista, esses modelos também são objeto de variações e, mais recentemente, tendem a se aproximar. Diante disso, prefere-se aqui por não estabelecer padrões, mas sim buscar a interpretação mais correta e em consonância com o nosso ordenamento jurídico.

²¹¹Esse é, inclusive, o significado original do termo *Kompetenz-Kompetenz*, tal como forjado na Alemanha. (PARK, Willian W. *The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-kompetenz has crossed the atlantic?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 11 | p. 142 | Out / 2006DTR\2006\579). Essa conscientização leva parte da doutrina a criticar a utilização do termo, asseverando que deveria ser reservado apenas às hipóteses em que

No outro extremo, está novamente a experiência estadunidense de rejeição quase que completa do efeito negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Caberia a juízes e árbitros decidirem, de forma concorrente, eventuais impugnações relacionadas a tais questões, sem qualquer limitação quanto ao momento e a amplitude cognitiva da interferência judicial²¹².

Tal posicionamento pode ser extraído da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no conhecido caso *First Options of Chicago vs. Kaplan*²¹³, seguida em outras oportunidades pelas cortes estadunidenses²¹⁴. O contexto desse julgado é uma demanda promovida pelo casal *Kaplan* com o intuito de obter a *revisão* da decisão de um tribunal arbitral quanto a sua própria jurisdição. No entanto, quem – juízes ou árbitros - deve decidir primeiramente sobre a jurisdição do árbitro é questão enfrentada como ponto preliminar para uma segunda controvérsia ali estabelecida: quais os padrões a serem empregados na revisão de tal decisão do árbitro²¹⁵.

o árbitro possui “competência” exclusiva para decidir sobre sua Jurisdição. São nessa linha as palavras de FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, preferindo a utilização do termo “competence-competence” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 396). Sem prejuízo das judiciosas observações, o termo escolhido não passa de tradução do preterido. Além do mais, a opção também não é tecnicamente precisa ao menos em nossa ordem jurídica, pois a questão não envolve exatamente a competência do árbitro para decidir sobre sua competência, e sim a jurisdição do árbitro para decidir sobre sua jurisdição ou aptidão. Diante disso, e com tais ressalvas, opta-se nesse trabalho pela utilização do termo já consagrado internacionalmente.

²¹²“Unlike the case in France, a court in the United States need not decline to consider jurisdictional issues just because an arbitral tribunal has been seized of the matter. The intervention of American courts is allowed without limitation. Courts can intervene in respect of the jurisdiction of arbitrators at any moment of the arbitral procedure and in relation to any jurisdictional issue (COLAIUTA, Virginie. *The similarity of aims in the American and French legal systems with respect to arbitrators' powers to determine their jurisdiction*. In *International Arbitration 2006: Back to Basics?*. VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). Kluwer Law International. 2007. p. 160). No mesmo sentido: LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003. p. 349.

²¹³514 U.S. 938 (1995). Disponível para consulta em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-560.ZO.html>.

²¹⁴DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999. p. 229. CARMEN TIBÚRCIO também cita, na mesma linha, decisão proferida pela Suprema Corte ainda em 1967 (TIBÚRCIO, Carmen. *O Princípio da Kompetenz-Kompetenz Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof)*. In *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In memoriam*. Selma Ferreira Lemes *et al.* (Coord). São Paulo: Atlas. 2007. p. 427/429).

²¹⁵É o que se extrai do seguinte trecho da decisão: “The first question - the standard of review applied to an arbitrator's decision about arbitrability- is a narrow one. To understand just how narrow, consider three types of disagreement present in this case. First, the *Kaplans* and *First Options* disagree about whether the *Kaplans* are personally liable for *MKI's* debt to *First Options*. That disagreement makes up the *merits* of the dispute. Second, they disagree about whether they agreed to arbitrate the merits. That disagreement is about the *arbitrability* of the dispute. Third, they disagree about *who should have the primary power to*

Asseverando que essa primeira questão é bastante simples e deve advir da vontade manifestada pelas partes, a Suprema Corte decidiu que, tivesse o casal *Kaplan*, acima de qualquer dúvida, concordado em submeter controvérsias relacionadas à jurisdição arbitral ao próprio árbitro, caberia ao árbitro decidir essas questões. Como, no caso, não há prova suficiente disso, as cortes poderiam decidir *independentemente* sobre a jurisdição do árbitro²¹⁶.

Não há nada de contraditório nessas aplicações tão opostas do efeito negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* pelas cortes estadunidenses. O que essa ordem jurídica admite é que, por expressa manifestação de vontade das partes, exclua-se do judiciário o papel de resolver controvérsias quanto à jurisdição e capacidade do árbitro²¹⁷.

Mas, nas hipóteses em que não há tal exclusão, aplica-se a regra de interferência a qualquer momento, de forma concorrente com os árbitros²¹⁸. Segundo FOUCHARD, GAILLARD, e GOLDMAN, essa segunda assertiva é também a tendência do Direito Austríaco e Sueco²¹⁹.

decide the second matter. Does that power belong primarily to the arbitrators (because the court reviews their arbitrability decision deferentially) or to the court (because the court makes up its mind about arbitrability independently)? We consider here only this third question”.

²¹⁶De forma análoga, DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999. p. 229/230; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 407; ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 68

²¹⁷Por isso que, como bem destaca VIRGINIE COLAIUTA, “the American approach is said to be based on the contractual will of the parties, focusing on the language of the arbitration agreement to find the source of the powers of the arbitrators to determine their own jurisdiction” (COLAIUTA, Virginie. *The similarity of aims in the American and French legal systems with respect to arbitrators’ powers to determine their jurisdiction*. In *International Arbitration 2006: Back to Basics?* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). Kluwer Law International. 2007. p. 153).

²¹⁸Ao tratar do modelo estadunidense, PARK assevera que “in its simplest formulation, a doctrine of compétence-compétence might mean no more than that arbitrators could look into their own jurisdiction without waiting for a court to do so. In other words, arbitrators would not be required to stop arbitral proceedings to refer a jurisdictional issue to judges. However, the arbitrators’ determination about their power might be subject to a court’s review of the question at any time, either in connection with a motion to compel arbitration or in the context of parallel judicial proceedings on the merits of the dispute. (PARK, Willian W. *The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-kompetenz has crossed the atlantic?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 11 | p. 142 | Out / 2006DTR\2006\579). No mesmo sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 66/67.

²¹⁹GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 407.

Entre um e outro extremo, encontram-se modelos de aplicação do efeito negativo que admitem a atuação judicial com certos limites e condições, que variam de caso a caso.

Na experiência inglesa, a aplicação do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* decorre em boa parte de sua detalhada regulamentação legal, a qual, embora reconheça o efeito negativo do princípio, admite a interferência judicial prévia em hipóteses específicas.

Em relação às partes envolvidas na arbitragem, a prematura interferência judicial exige acordo instrumentalizado ou autorização expressa dos árbitros. No segundo caso, as cortes apenas atuarão se entenderem ainda que (i) o pleito foi submetido sem demora; (ii) a interferência pode gerar economia às partes; e (iii) há boas razões para essa interferência²²⁰.

Afora essas hipóteses, o caminho é a revisão judicial da decisão do árbitro acerca de sua jurisdição, tal qual previsto no artigo 67(1) do *Arbitration Act of 1996*. Relevante destacar que, nos termos desse próprio dispositivo, combinado com o artigo 73(1), a parte que não apresentar sua impugnação ao próprio painel arbitral no primeiro momento possível perde o direito de fazê-lo perante as cortes estatais²²¹. Isso será melhor tratado a seguir (capítulo III.5), mas, de relevante para o momento, deixa claro o reconhecimento, pela Lei Inglesa, dos efeitos positivo e negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

Por outro lado, uma parte que se recusa a participar da arbitragem pode requerer a pronta apreciação judicial de questões relacionadas à jurisdição arbitral²²². Nesse caso, a parte corre o risco da arbitragem seguir sem sua interferência²²³ e, ao final, sua

²²⁰É o que se extrai do artigo 32 do *Arbitration Act of 1996*. No mesmo sentido: DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999. p. 236; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 408; ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 84.

²²¹AEBERLI, Peter. *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*. Arbitration International. Kluwer Law International. v. 21 Issue 3. 2005. p. 269/270.

²²²É o que se extrai do artigo 72 do *Arbitration Act* Inglês.

²²³Podendo, no entanto, ser requerida e obtida uma tutela de urgência para suspensão do processo arbitral. Nesse sentido: “If an arbitral tribunal, having been advised that an action is pending under s. 72(1), does not stay the proceedings before it pending the outcome of that action, it may be possible to obtain na interim injunction from the court to restrain the respondent or, if appropriate, the tribunal, from prosecuting the arbitration pending the final determination of the jurisdictional objection”. (AEBERLI, Peter. *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*. Arbitration International. Kluwer Law

impugnação à jurisdição arbitral não ser acolhida. É essa predisposição ao risco, demonstrando que a impugnação é séria e não apenas uma medida protelatória, que dá legitimidade a essa interferência excepcional²²⁴.

Ainda, válido mencionar o disposto no artigo 9(4) do *Arbitration Act of 1996*, segundo o qual, a pedido de uma parte, a corte deve suspender o andamento de ação judicial envolvendo matéria abrangida por convenção arbitral, *a não ser que reconheça ser a convenção nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável*. Isso é expressão do que se denomina efeito negativo da convenção de arbitragem: a abstenção judicial de resolução de conflitos abrangidos por convenção arbitral²²⁵.

A Lei Inglesa reprisa, nesse ponto, as disposições da Convenção de Nova Iorque, gerando-se as mesmas dúvidas e discussões tratadas a seguir acerca da amplitude da cognição autorizada para esse exame. A interpretação da doutrina é de que, diante de demanda como essa, as cortes estão autorizadas promover uma completa apreciação de eventuais vícios na convenção arbitral²²⁶.

Semelhante é a atual aplicação germânica do efeito negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz*, prevendo hipóteses específicas de apreciação prévia da jurisdição arbitral já no curso da arbitragem, mas admitindo ampla apreciação da regularidade da convenção arbitral em demanda judicial cujo mérito é abrangido por tal convenção²²⁷.

International. v. 21 Issue 3. 2005. p. 224. Na mesma linha: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 86/86. Nota 106.

²²⁴No mesmo sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 84/85.

²²⁵Por todos: GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 125/126.

²²⁶Vide LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 348/349, inclusive com referências jurisprudenciais, assim como AEBERLI, Peter. *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*. Arbitration International. Kluwer Law International. v. 21 Issue 3. 2005. O monografista ressalva, no entanto, que “The court has, however, an inherent power to stay its own proceedings and may be willing to do so, without finally determining whether claims before it are subject to an arbitration agreement, if it can see that good sense and litigation management make it desirable for an arbitral tribunal to consider the whole matter first” (AEBERLI, Peter. *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*. Arbitration International. Kluwer Law International. v. 21 Issue 3. 2005. p. 277/278).

²²⁷LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 348. Também nesse sentido, JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDES, destacando inclusive que “German judges may still fully examine the validity of the arbitration clause in the context of a court action on the merits of a claim” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos

Já o modelo francês é mais restrito, reconhecendo o Princípio *Kompetenz-Kompetenz* e estabelecendo que as partes devem aguardar não somente a solução da questão pelo árbitro, como inclusive a prolação da sentença arbitral²²⁸. A inobservância da regra de prioridade é admitida apenas de forma excepcional, nos casos em que o vício seja evidente, verificado *prima facie*, e somente antes de iniciada a arbitragem. É o que se extrai do artigo 1448 no novo Código de Processo Civil Francês²²⁹ que, nesse ponto, pouco inovou em relação à legislação anterior²³⁰.

Próxima, embora não tão específica, é nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, que prevê, em seu artigo 5(1), o afastamento das cortes estatais das controvérsias objeto de convenção arbitral “a menos que verifique que, *manifestamente*, a convenção arbitral é ou se tornou ineficaz, ou é inexecutável”²³¹.

Tribunais Online. p. 14. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632), assim como CARMEN TIBÚRCIO, destacando inclusive decisão tomada em 2005 pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão, nos termos da qual “se uma das partes questiona perante o Judiciário a jurisdição do tribunal arbitral nos termos da seção 1.032(1) do Código de Processo Civil, aquele não é obrigado a aguardar manifestação preliminar do tribunal arbitral sobre a sua própria competência. O Judiciário pode se manifestar imediatamente sobre a validade da cláusula compromissória”. (TIBÚRCIO, Carmen. *O Princípio da Kompetenz-Kompetenz Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof)*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes *et al.* (Coord). São Paulo: Atlas. 2007. p. 427).

²²⁸PARK, Willian W. *The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-kompetenz has crossed the atlantic?* Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 11 | p. 142 | Out / 2006DTR\2006\579; COLAIUTA, Virginie. *The similarity of aims in the American and French legal systems with respect to arbitrators' powers to determine their jurisdiction*. In International Arbitration 2006: Back to Basics? VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). Kluwer Law International. 2007. p. 154.

²²⁹“Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.” Também nesse sentido: KUYVEN, Luiz Fernando Martins. *Modernização da arbitragem: os ensinamentos da reforma francesa de 2011*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 29 | p. 105 | Abr / 2011DTR\2011\1781. Ainda sob a vigência da legislação anterior, que nesse ponto quase não se alterou: COLAIUTA, Virginie. *The similarity of aims in the American and French legal systems with respect to arbitrators' powers to determine their jurisdiction*. In International Arbitration 2006: Back to Basics? VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). Kluwer Law International. 2007. p. 155.

²³⁰Ao tratar do regulamento do efeito negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* sob a égide da legislação anterior, RAFAEL FRANCISCO ALVES expõe redação quase idêntica do atual artigo 1448 do Código de Processo Civil Francês (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 72).

²³¹No mesmo sentido: MARTINS, Sofia. *A nova lei da arbitragem voluntária portuguesa (parte 1)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32 | p. 111 | Jan / 2012DTR\2012\2274. De fato, o termo manifestamente não parece ter sido levemente inserido no dispositivo. Será melhor tratado a seguir que vícios *manifestos* são, para os fins aqui abordados, aqueles que podem ser demonstrado mediante prova pré-constituída (capítulo III.4).

No que toca ao modelo Suíço, segundo decisão da Suprema Corte Federal ainda da década de 1970 (RAL v. Wetco), seguida em diversos outros casos, a interferência precária do judiciário somente estaria autorizada se a existência de uma convenção arbitral não fosse sequer aparente²³². Isso está em consonância com o *Swiss Private International Law Act* ao tratar da indicação judicial de árbitros. Em seu artigo 179(3), o tratado prevê que tal deve ocorrer a menos que um exame *sumário* indique a inexistência de convenção arbitral²³³.

Esse posicionamento acabou parcialmente modificado pela decisão tomada em 1995 pela Suprema Corte Federal, segundo a qual, diante de arbitragens sediadas em outro Estado, as cortes deveriam analisar a validade da convenção arbitral de forma ampla. Por outro lado, em arbitragens nacionais, o posicionamento anterior deveria permanecer²³⁴. A *ratio* dessa diferenciação é que, nas arbitragens nacionais, o Judiciário Suíço estaria apto a, posteriormente, realizar um exame completo da questão, enquanto que, nas arbitragens estrangeiras, isso não ocorreria²³⁵.

Em 2005, os efeitos positivo e negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* foram reafirmados pelos tribunais suíços ao afastarem a pretensão a uma medida antiarbitragem (capítulo IV.2.b.2) (Caso Air (PTY) Ltda. vs. International Air Transport Association)²³⁶.

²³²DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999. p. 235. A Autora ressalva, no entanto, não ser claro pelas decisões que as cortes suíças aplicam a regra da verificação *prima facie* para admitirem a interferência precoce do Judiciário.

²³³DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999. p. 239.

²³⁴DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999. p. 239/240.

²³⁵“The logic of this distinction – which has not gone unquestioned by Swiss scholars – seems to be that when arbitration occurs abroad, Swiss courts may not later get a chance to correct an arbitrator's erroneous decision about jurisdiction under the questionable agreement” (PARK, William W. *The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-kompetenz has crossed the atlantic?* Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 11 | p. 142 | Out / 2006DTR\2006\579). No mesmo sentido: LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 347.

²³⁶ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 82. Os termos originais da transcrição estão reproduzidos na obra.

Há notícia de que Cortes Canadenses já limitaram a interferência judicial tendo por base a natureza do suposto vício na jurisdição arbitral. Enquanto que questões relacionadas à regularidade da convenção poderiam ser apreciadas de plano pelas cortes estatais, questões relacionadas à abrangência da convenção arbitral devem ser decididas pelo painel arbitral²³⁷.

A Convenção de Nova Iorque e a Lei Modelo da UNCITRAL também adotam modelos intermediários. No entanto, os termos vagos utilizados em suas redações acabam por gerar uma gama de interpretações que novamente vão desde um oposto a outro²³⁸.

Com efeito, nos termos do artigo II(3) da primeira, “o tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, *a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável*”.

Não fica claro, como se vê, se as cortes estatais poderiam apreciar a regularidade da convenção a qualquer momento, ou mediante cognição exauriente. Isso pode levar ao entendimento de que, na linha da legislação francesa, esse exame deveria ocorrer apenas de forma sumária, ou *prima facie*, e apenas quando ainda não há arbitragem em curso. Por outro lado, em consonância com a experiência estadunidense, há como se argumentar que a Convenção de Nova Iorque admite uma ampla apreciação de eventuais vícios na convenção arbitral e a qualquer momento²³⁹.

²³⁷LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 347/348.

²³⁸Nesse sentido: DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999. p. 234; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 407.

²³⁹Vislumbrando essa possibilidade, JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES sustenta que “é de se esperar que a disposição da parte final do item 3 do art. II da Convenção deixe de ser empregada e mantido o preceito da lei, até em nome da uniformidade de tratamento que deve presidir o processo” (MAGALHÃES, José Carlos de. *A tardia ratificação da convenção de nova iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 18 | p. 24 | Jul / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 5 | p. 587 | Set / 2014 DTR\2008\879).

Já a Lei modelo da UNCITRAL prevê em seu artigo 8(1) que, diante de demanda cujo objeto é englobado por uma convenção arbitral, a requerimento da parte demandada, a corte estatal deve encaminhar as partes à arbitragem a não ser a convenção seja nula e sem efeitos, inoperante e inexecutável. Por outro lado, dispõe em seu artigo 16(1) que cabe ao tribunal arbitral decidir sobre sua própria jurisdição; em seu artigo 16(2), que quaisquer impugnações relacionadas a essa matéria devem ser apresentadas no primeiro momento possível; e em seu artigo 16(3), que a impugnação pode ser decidida como uma questão preliminar ou mediante sentença arbitral, estando, nesse caso, autorizada a revisão judicial, desde que postulada no prazo de 30 dias.

Embora a conjunção dos parágrafos (1), (2), e (3) indique que a decisão cabe primeiramente ao painel arbitral, ficando as cortes estatais apenas com sua revisão, o artigo 8(1) prevê uma exceção essa regra ao menos no que toca a uma demanda levada diretamente ao Judiciário, sem esclarecer se há limitações cognitivas para o controle então exercido.

Novamente, o texto pode ser interpretado tanto na linha do entendimento que prevalece nos Estados Unidos da América quanto do que prevalece na França. Poderia ser dito que a exceção prevista no artigo 8(1) somente é admissível enquanto ainda não iniciada a arbitragem e, nesse caso, apenas mediante exame sumário, bem como que a Lei Modelo não impõe quaisquer limitações, de onde se extrai que a interferência judicial pode se dar a qualquer momento e mediante ampla cognição²⁴⁰.

De qualquer forma, esse modelo não seria tão restrito quanto o francês na medida em que, quando menos, autorizaria ampla intervenção judicial tão logo proferida a decisão dos árbitros acerca de sua jurisdição²⁴¹, e não somente após finda a arbitragem.

²⁴⁰ Ainda sob a vigência do texto anterior da Lei Modelo, JUDIAN LEW, LOUKAS MISTELIS e STEFAN KRÖLL, destacaram ser essa a intenção da comissão redatora, na medida em que rejeitaram proposta de inclusão do termo manifestamente antes de nula e sem efeitos. (LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 348). Essa orientação parece não ter sido alterada já que, com a revisão de 2006, o texto da Lei Modelo permaneceu o mesmo.

²⁴¹ PARK, Willian W. *The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-kompetenz has crossed the atlantic?* Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 11 | p. 142 | Out / 2006DTR\2006\579.

III.2. Kompetenz-Kompetenz no ordenamento jurídico brasileiro

No que toca ao nosso regramento arbitral, o Código de Processo Civil em vigor dispõe que a convenção de arbitragem é motivo de extinção, sem resolução de mérito, do processo iniciado perante o Judiciário²⁴², bem como que cabe ao demandado dar ao Juiz notícia de tal convenção juntamente com a contestação²⁴³⁻²⁴⁴.

A Lei de Arbitragem Brasileira prevê, por sua vez, que (i) as questões relacionadas à existência, validade, e eficácia da convenção de arbitragem devem ser decididas pelo árbitro; (ii) a parte que pretenda arguir questões relacionadas à competência, suspeição, ou impedimento do árbitro deve fazê-la na primeira oportunidade após instituída a arbitragem; e (iii) diante de eventual rejeição da impugnação, a arbitragem deve seguir, sem prejuízo da revisão judicial da questão por meio da demanda anulatória de sentença arbitral²⁴⁵.

Ainda acerca das interações entre no processo judicial e o processo arbitral, a Lei dispõe que, diante da existência de convenção arbitral, mas sem que haja consenso quanto à forma de instituir a arbitragem, a parte interessada deve postular tal definição judicialmente, apresentando, para tanto, o documento que contiver a cláusula compromissória²⁴⁶.

De forma semelhante, prevê que a condução coercitiva de testemunha à audiência deve ser requerida ao Judiciário, comprovando-se “a existência da convenção de arbitragem”²⁴⁷, mas, tratando da necessidade de medidas constritivas de apoio à arbitragem, prevê apenas que devem ser requeridas pelos árbitros ao juiz estatal²⁴⁸.

Ao abordar as hipóteses de controle externo primário da sentença arbitral, a Lei dispõe ainda que (i) a nulidade da convenção; (ii) a sua prolação por quem não poderia

²⁴²Reconhecendo, portanto, o efeito negativo da convenção arbitral.

²⁴³Artigos 267, inciso VII, e 301, inciso IX.

²⁴⁴Oportunamente, será visto que, na versão do Projeto do novo Código de Processo Civil aprovada pelo Senado, foram suprimidas inovações vindas da Câmara oportunas e inovadoras no que toca ao controle da atividade do árbitro. Essa infeliz estagnação não deve, no entanto, obstar o quanto aqui desenvolvido.

²⁴⁵Artigos 8º, parágrafo único, e 20º, *caput* e § 2º da Lei de Arbitragem.

²⁴⁶Artigo 7º, *caput* e § 1º

²⁴⁷Artigo 22, § 2º.

²⁴⁸Artigo 22, § 4º.

ser árbitro; (iii) o desrespeito aos limites da convenção de arbitragem; e (iv) a ausência de resolução de todo o litígio submetido à arbitragem são motivos para tanto, o que é suficiente para uma ampla revisão da decisão do árbitro sobre sua jurisdição e capacidade (capítulo V.2.d).

Ainda, nosso país é signatário da Convenção de Nova Iorque desde julho de 2002, por força do Decreto 4.311/02. Diante disso, aplica-se também o já mencionado artigo II(3) da referida convenção.

A Legislação brasileira não possui, como se vê, dispositivo prevendo que o Judiciário só deve interferir em questões arbitrais quando expressamente autorizado por Lei. Por outro lado, também não dispõe expressamente hipóteses em que, anteriormente à demanda anulatória de sentença arbitral, o juiz deve verificar a regularidade da convenção, ainda que de forma sumária, tal qual ocorre na Legislação francesa. Ainda assim, exige, como requisito para as interferências judiciais expressamente previstas, a apresentação do instrumento da convenção arbitral, o que, como melhor tratado no capítulo (IV.2.b), é indicativo de que algum controle prévio é admitido.

Esse contexto leva a diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a correta aplicação do efeito negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Com leves variações, tais posicionamentos podem ser divididos em três: (i) o que defende a ausência de limitações, tanto cronológicas quanto cognitivas, à solução judicial de questões relacionadas à jurisdição e capacidade do árbitro, (ii) o que admite apenas de forma bastante limitada e excepcional eventual apreciação judicial prévia à demanda anulatória de sentença arbitral, e (iii) o que não admite qualquer interferência anterior a tal demanda.

Adepto à primeira corrente, GUSTAVO TEPEDINO entende que a parte que se sinta prejudicada pela instituição, já efetiva ou até mesmo potencial, de uma arbitragem, pode recorrer diretamente ao Judiciário de forma a impedir a aplicação de cláusula inexistente, inválida, ou ineficaz²⁴⁹.

²⁴⁹“Em síntese: o único entendimento possível, à luz dos valores constitucionais e da Convenção de Nova Iorque, é o de que a análise da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória não constitui matéria de competência exclusiva dos árbitros, mas submete-se, paralelamente, à competência do Poder

Para o professor fluminense, o afastamento das cortes judiciais representaria violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois poderia acarretar na legitimação de tribunais arbitrais sem que isso jamais tivesse contado com a concordância das partes. Em consonância com isso, entende que o já citado artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque confere aos tribunais estatais inequívoca competência para avaliar a nulidade, inoperância ou inexecutibilidade de convenções arbitrais²⁵⁰. Embora focado especificamente nos termos da nossa Lei de Arbitragem, JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDES se posiciona de forma semelhante²⁵¹.

Pela segunda corrente, cita-se o magistério de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, segundo quem, por força do Princípio *Kompetenz-Kompetenz*, cabe ao árbitro “em primeiro lugar decidir sobre a concreta existência da jurisdição arbitral, sempre que a arbitragem já esteja instaurada”. O processualista alerta, no entanto, que esse poder não é absoluto, cabendo ao Judiciário sua revisão “em sede de ação anulatória”²⁵².

Judiciário. Deste modo, à parte que se sente prejudicada pela instituição, efetiva ou potencial, de arbitragem, reserva-se sempre a possibilidade de recorrer diretamente ao Poder Judiciário com vistas a eximir-se da aplicação da cláusula inexistente, inválida ou ineficaz” (TEPEDINO, Gustavo. *Cláusula compromissória no acordo de acionistas*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Soluções Práticas - Tepedino | vol. 3 | p. 221 | Nov / 2011DTR\2012\462).

²⁵⁰“O dispositivo [artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque], como se vê, confere aos tribunais estatais inequívoca competência para avaliar a nulidade, inoperância ou inexecutibilidade de convenções arbitrais. Diante de ação judicial promovida por uma das partes, qualquer tribunal pátrio encontra-se autorizado a proceder ao exame de existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. Tal exame preliminar, que se impõe até mesmo de ofício nos termos do Dec. 4.311/2002, consubstancia-se em um dever constitucional das cortes judiciais, já que expressão do controle necessário à renúncia do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF/1988 (...). Tal interpretação, além de afrontar o art. 5º, XXXV, da CF/1988 (LGL 1988\3) , cláusula pétrea do ordenamento brasileiro, levaria ao absurdo de se admitir a legitimidade de certo tribunal arbitral para julgar conflito de interesses entre partes que jamais concordaram com a cláusula compromissória, bastando que o painel arbitral, a despeito de todos os vícios, não reconhecesse sua incompetência para o julgamento da demanda”. (TEPEDINO, Gustavo. *Cláusula compromissória no acordo de acionistas*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3/4. Fonte original citada: Soluções Práticas - Tepedino | vol. 3 | p. 221 | Nov /2011DTR\2012\462).

²⁵¹“We do not see clearly that Brazil follows strictly the French model on the *Kompetenz-Kompetenz* principle. The Brazilian Arbitration Law does not point out – as the French system does – a clear bar for the courts to intervene until the final award is rendered, unless the Arbitration Agreement is null or void. (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 23. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632).

²⁵²DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 94/97.

Ainda, DINAMARCO ressalva que, diante de ação judicial cujo mérito é objeto de pacto arbitral, cabe ao juiz verificar, em cognição meramente deliberativa, a “viabilidade da competência do órgão arbitral”²⁵³.

Similar é o posicionamento de CARLOS ABERTO CARMONA, quem igualmente reconhece o efeito negativo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* e admite a apreciação judicial das questões aqui tratadas apenas mediante ação anulatória de sentença arbitral. Mas ressalva que, no âmbito de eventual ação cujo objeto esteja englobado por convenção arbitral, bem como de ação para constituição de compromisso arbitral, cabe ao Judiciário uma análise superficial da existência e regularidade da convenção, cabendo-lhe reconhecer vícios “que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto)”²⁵⁴. Em sentido idêntico, LUIS FERNANDO GUERRERO²⁵⁵.

Próximos são ainda os posicionamentos de CARLOS ALBERTO DE SALLES²⁵⁶, PEDRO BATISTA MARTINS²⁵⁷, JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO²⁵⁸, e RODRIGO GARCIA DA

²⁵³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 74. O professor ainda explica que “deliberar é, em direito processual, apreciar o ato em seus aspectos formais e em face do requisito da *legalidade*. Assim como o enólogo prova pequenas doses do vinho em busca de seu sabor e exame de qualidade, também o juiz permanece na periferia do ato, em busca de seus requisitos de validade e eficácia, segundo a lei” (*ibis idem*).

²⁵⁴CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 175/177.

²⁵⁵Para o arbitralista, “há que se mencionar o fato de que o juiz togado poderá analisar a competência do árbitro, mas apenas em caráter posterior, quando se exigir a execução da sentença arbitral ou quando se pleitear no Judiciário a anulação desta”. Não obstante, “há um controle sumário realizado pelo juiz togado ao analisar eventual exceção de arbitragem na qual se analisará apenas a existência de convenção de arbitragem” (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 20 e 126).

²⁵⁶Por um lado, o professor assevera que o Princípio *Kompetenz-Kompetenz*, “dedutível do parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.307/96, expressa a conveniência lógica e funcional de a decisão de competência ser daquele juízo cuja competência se determina por critérios de especialidade, isto é, aqueles que por sua existência excluem a competência do órgão jurisdicional de maior abrangência. No caso, a presença de uma cláusula de arbitragem em um contrato, ou a existência de um compromisso arbitral firmado entre as partes, exclui a competência da jurisdição estatal, estabelecendo aquela do árbitro ou do painel indicado pela parte.” Por outro, destaca que “naquelas hipóteses nas quais se configure situação claramente capaz de gerar uma invalidade da sentença arbitral, autoriza-se a intervenção judicial. Claro, considerando a interpretação sistemática do instituto essa possibilidade deve ser considerada absolutamente excepcional” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 39/40 e 48).

²⁵⁷MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Poder Judiciário - Princípio da autonomia da cláusula compromissória - Princípio da competência-competência - Convenção de Nova Iorque - Outorga de poderes para firmar Cláusula compromissória - determinação da lei aplicável ao Conflito - Julgamento pelo tribunal arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 1/7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 173 | Out / 2005DTR\2005\825

²⁵⁸É o que se extrai do seguinte trabalho em coautoria focado na Convenção de Nova Iorque: NUNES PINTO, José Emílio. FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Convenção de New York: atualização ou interpretação?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 18 | p. 50 | Jul / 2008DTR\2008\883.

FONSECA²⁵⁹, ao admitirem a interferência judicial em casos excepcionais – de vícios flagrantes – mas sem se limitarem à ação judicial cujo objeto é o mérito de pacto arbitral.

Ligeiramente diversas, mas ainda nessa linha, são as conclusões extraídas do estudo de RAFAEL FRANCISCO ALVES, para quem o modelo brasileiro se aproxima do francês, devendo ser admitida a interferência prematura do Judiciário apenas enquanto não instituída a arbitragem e, nesse caso, apenas para um exame sumário, *prima facie*, da questão. Iniciado o processo arbitral, a apreciação de tais questões somente estaria admitida no curso de posterior demanda anulatória²⁶⁰.

Isso é extraído pelo monografista do artigo 33 da Lei de Arbitragem, que “reserva um momento específico” para a análise judicial da jurisdição e aptidão do árbitro, assim como da leitura conjunta do disposto nos artigos 8º, parágrafo único, e 20º, da Lei, que explicitam “a ordem de preferência do árbitro em relação ao Juiz estatal”. Nesse contexto, o artigo II(3) da convenção de Nova Iorque deve ser lido como regra autorizadora da interferência judicial apenas enquanto não for possível atribuir tal tarefa ao árbitro, ou seja, apenas enquanto não instituída a arbitragem, nos termos do artigo 19 da Lei 9.307/96.

No que toca à cognição admitida na atividade judicial prematura, o monografista também se posiciona pela cognição sumária, asseverando que o reconhecimento de vícios na convenção arbitral seria admitido apenas mediante prova pré-constituída; afastando-se, com isso, do critério embasado na “gravidade do vício”²⁶¹.

FELIPE WLADECK adota posicionamento mais favorável à intervenção judicial. Embora reconheça que, pelo contido nos dispositivos legais aqui citados, a apreciação judicial de questões relacionadas à jurisdição e aptidão do árbitro deve ter lugar somente após finda a arbitragem, admite ampla apreciação judicial dessas questões – sem qualquer

²⁵⁹Além do trabalho mencionado na nota anterior, em coautoria, cita-se também: FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2/6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006DTR\2006\225.

²⁶⁰ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 178/187.

²⁶¹ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 186/204.

limite cognitivo – em ação judicial cujo objeto estiver englobado por convenção arbitral, assim como na ação de constituição de compromisso arbitral²⁶².

Ainda, admite as denominadas medidas antiarbitragem para obstar a *continuidade* de processos arbitrais “nos casos em que a irregularidade da convenção ou a ‘incompetência arbitral’ puder ser detectada de plano (mediante o simples exame dos elementos da inicial)”. Já a *instituição* de processos arbitrais poderia ser impedida sem quaisquer limites cognitivos²⁶³. Próximo, embora sem tratar especificamente das medidas antiarbitragem, é o posicionamento de EDOARDO RICCI²⁶⁴.

O Acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no conhecido caso Jirau ilustra essa contraposição entre as duas correntes citadas²⁶⁵. Embora tratando de arbitragem com sede em Londres, o que já bastaria para a inadmissão de quaisquer medidas antiarbitragem oriundas do Judiciário brasileiro (capítulo IV.2.b.2), o v. acórdão concede a tutela de urgência buscada pelo consórcio responsável pela construção da Usina Hidroelétrica de Jirau para o fim de compelir suas seguradoras a paralisarem arbitragem por elas iniciada com o fito de discutir as consequências de expressivo sinistro.

Nos termos do voto vencedor, da lavra do Desembargador PAULO ALCIDES, haveria “dúvida mais que razoável” acerca da regularidade da convenção arbitral, “o suficiente a obstar os efeitos da denominada ‘eficácia negativa da cláusula compromissória’”. Já, de acordo com o voto vencido, proferido por ALEXANDRE LAZZARINI, com fundamento no Princípio *Kompetenz-Kompetenz*, “não há como se considerar a alegação de ausência de conhecimento ou aceitação da cláusula de arbitragem nas apólices em questão, ao menos nesta fase processual. Caberia às agravantes [Seguradas] trazer prova de que em contratos como esses não é comum esse tipo de cláusula”.

²⁶²WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 105/121.

²⁶³WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 121/128.

²⁶⁴RICCI, Edoardo Flavio. *A sentença arbitral brasileira com nacionalidade de outros países*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 40/42

²⁶⁵Agravo de instrumento nº 0304979-49.2011.8.26.0000, Des. Rel. PAULO ALCIDES, DJ 19.4.2012.

Em adesão à terceira corrente, válido citar recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de cuja ementa se extrai que “nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo”²⁶⁶.

O julgado foi prolatado no âmbito de ação em que ARISTIDES LUIZ VITÓRIO pretendeu a “anulação” de convenção arbitral firmada com SAMARCO MINERAÇÃO S/A. Em primeira instância, o processo foi extinto sem resolução de mérito com base no artigo 267, inciso VII, do CPC, sob o fundamento de que “a validade e eficácia da convenção de arbitragem deveria ser analisada e decidida primeiramente, de ofício ou por provocação, pelo próprio árbitro”. O E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu, no entanto, provimento ao recurso de apelação de ARISTIDES LUIZ VITÓRIO sob o fundamento de que “cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a nulidade de acordo homologado judicialmente em que se institui cláusula compromissória de arbitragem”, tendo a questão, assim emoldurada, atingido o Superior Tribunal de Justiça por força de recurso especial interposto por SAMARCO MINERAÇÃO S/A.

O voto condutor do aresto prolatado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro SIDNEI BENETI, assevera que o artigo 8º, *caput* e parágrafo único, da Lei de Arbitragem, estabelecem não apenas a autonomia da cláusula de arbitragem em relação ao negócio jurídico em que celebrada, mas também que cabe ao árbitro analisar a existência, validade e eficácia de tal convenção, orientação essa que pode igualmente ser extraída do disposto nos artigos 15 e 20 da Lei.

Ainda de acordo com tal julgado, esses dispositivos refletem a intenção do julgador de estabelecer “um arcabouço normativo que permita à Arbitragem afirmar-se desenvolver-se como modelo viável e eficaz de resolução de conflitos, tanto quanto possível autônomo em relação ao Poder Judiciário”. Daí que “os vícios verificados em momento anterior ao da prolação da sentença devem ser arguidos primeiramente perante

²⁶⁶Recurso Especial nº 1.302.900/MG, 3ª Turma, DJ. 9.10.2012.

o árbitro”, cabendo ao Judiciário a revisão da decisão no âmbito da ação anulatória de sentença arbitral.

O v. acórdão também enfrentou o argumento de que “nos termos do artigo 20 da Lei 9.307/96, a competência do árbitro somente se iniciaria após instaurada a arbitragem, de maneira que, não tendo ela sido instaurada no caso concreto, não haveria embaraço a que o próprio judiciário apreciasse a questão”. Asseverou, no entanto, que “essa conclusão, conforme reiteradamente afirmado, contraria não apenas o espírito da Lei 9.307/96, como a determinação expressa contida no artigo 8º, parágrafo único, da mesma norma”.

Próxima é a decisão monocrática proferida pela Ministra NANCY ANDRIGHI também em 2012 no âmbito de reclamação relacionada ao já mencionado caso Jirau²⁶⁷.

Como se vê, o Superior Tribunal de Justiça afasta a possibilidade de exame judicial da jurisdição e competência arbitral até mesmo em momento prévio ao início da arbitragem. Justamente por isso, há que se concluir que não enfrentou a questão relacionada à cognição admitida nessa apreciação prematura do tema. Nesses termos, a apreciação judicial de questões relacionadas à jurisdição arbitral seria cabível apenas após finda a arbitragem, por ocasião da demanda anulatória de sentença arbitral.

Recente julgado da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também parece seguir essa corrente. Embora trate de demanda que objetiva a declaração de inexistência de convenção arbitral ajuizada em paralelo com arbitragem já em curso, o voto condutor assevera, sem registrar qualquer exceção, que cabe primeiramente ao árbitro a análise de óbices à sua jurisdição, ficando o judiciário autorizado a rever a questão por força da ação anulatória de sentença

²⁶⁷Embora inadmitindo a reclamação proposta pelas Seguradoras (Sul América Companhia Nacional de Seguros e Outras) contra acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que havia concedido medida antiarbitragem às Seguradas (Energia Sustentável do Brasil e Outras), a Ministra consignou que “a teor do disposto no art. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº9.307/96, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro. Trata-se da *kompetenz-kompetenz* (competência-competência), um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade” (Reclamação nº 9030/SP).

arbitral²⁶⁸. Análogas, ainda, as conclusões a que chegou a 15ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁶⁹.

No campo doutrinário, é esse o entendimento de JOÃO BOSCO LEE²⁷⁰, CARMEN TIBÚRCIO²⁷¹, e JOÃO AFONSO DE ASSIS²⁷².

A nosso ver, o melhor caminho para a modulação do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* parte da correta compreensão do espírito desse princípio e das normas nele inspiradas. É reiterada a afirmativa de que, não fosse o *Kompetenz-Kompetenz*, meras alegações de vícios na convenção de arbitragem bastariam para que o processo arbitral fosse ao menos momentaneamente frustrado, impondo-se sua sustação até que resolvida judicialmente a questão²⁷³.

²⁶⁸“Cabe primeiramente ao árbitro, e não ao Poder Judiciário, a análise e decisão quanto à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória objeto da ação declaratória ajuizada pela agravada, restando a possibilidade de discussão judicial futura, visando a decretação de nulidade da sentença arbitral proferida” (Agravado de instrumento nº 1097167-40.2013.8.26.0100, Des. Rel. José Reynaldo, DJ. 25.8.2014).

²⁶⁹“Como se vê, não compete ao Judiciário dizer da validade da cláusula, mas sim ao próprio árbitro nomeado. (...). Portanto, de forma escoreita e destacada, define a lei processual a impossibilidade jurídica de quem firmou uma cláusula de arbitragem recorrer diretamente ao Judiciário formal, para discutir os litígios decorrentes de contrato que a preveja” (Agravado de Instrumento nº 2009.002.27205, Des. Rel. Celso Ferreira Filho, DJ. 25.8.2009).

²⁷⁰“No sistema previsto nos arts. 267, VII e 301, § 4º, do CPC, não pode o juiz efetuar análise prévia sobre a validade, eficácia ou inoperância da convenção de arbitragem pois feriria o art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, que confere competência ao árbitro em realizar esta apreciação”. O arbitralista ainda destaca que o conflito por ele enxergado entre tais normas e o já mencionado artigo II.3 se resolve com base no artigo VII(1) da mesma convenção, o qual estabelece que, diante de eventual oposição entre a legislação nacional e dispositivos da convenção, “deve prevalecer a norma que favoreça o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira” (LEE, João Bosco. *Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 11. Jul-Ago-Set 2006. Porto Alegre: Síntese. p. 32/33).

²⁷¹Nessa linha, “a regra adotada determina que o árbitro irá decidir acerca de sua competência em primeiro lugar, podendo essa questão ser reexaminada posteriormente pelo Judiciário. (...) Sustentar que o Judiciário poderia conhecer desde logo alegações sobre a invalidade da cláusula compromissória, a despeito da textualidade da lei, permitiria à parte, que não deseja ver instaurado o procedimento arbitral, alegar facilmente a nulidade do contrato principal e/ou a nulidade da cláusula para fugir do avençado”. (TIBÚRCIO, Carmen. *O Princípio da Kompetenz-Kompetenz Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof)*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes et al. (Coord). São Paulo: Atlas. 2007. p. 431/435).

²⁷²ASSIS, João Afonso de. *A nulidade de cláusula arbitral, os princípios da autonomia da Cláusula compromissória e da kompetenz-kompetenz*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10/12. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 4 | p. 231 | Jan / 2005DTR\2011\2853.

²⁷³ANCEL, Bertrand. *O Controle de Validade da Convenção de Arbitragem: O Efeito Negativo da “Competência-Competência”*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 6. Abr-Mai-Jun 2005. Porto Alegre: Síntese. p. 51; PITOMBO, Eleonora Coelho. *Os efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes et al. (Coord). São Paulo: Atlas. 2007. p. 431/435, especialmente p. 332; GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 19/20, dentre outros.

Isso, de fato, andaria na contramão da intenção das partes de afastar as cortes judiciais de seus conflitos, além de prejudicar a celeridade do mecanismo, uma de suas consideradas vantagens.

Não é essa, no entanto, a real função dos dispositivos legais inspirados no Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Embora também exerçam esse papel (efeito positivo do Princípio *Kompetenz-Kompetenz*), eles não são imprescindíveis para que o árbitro possa apreciar as questões relacionadas à sua jurisdição e aptidão. Tal poder é extraído, antes de mais nada, da própria lógica que orienta o sistema arbitral, assim como da vontade manifestada ao por ele se optar.

Como já está claro, o que as partes buscam nesse pacto é submeter suas controvérsias a um particular eleito segundo as regras por elas estabelecidas. Nesse contexto, por corolário da boa-fé objetiva, é correto exigir-se das partes harmonia entre a sua opção inicial e suas condutas posteriores²⁷⁴, o que passa por oferecerem seus conflitos, mesmo relacionados à jurisdição e aptidão do árbitro, inicialmente ao mecanismo por elas eleito. Até porque, considerável gama dessas controvérsias possui origem no direito material, já que a própria sujeição à arbitragem advém de um contrato²⁷⁵.

Isso fica bastante claro diante de discussões relacionadas à regularidade da convenção arbitral, assim como aos seus limites objetivos, mas, mesmo a aptidão do árbitro pode envolver discussões materiais. É o que ocorre, por exemplo, em conflitos relacionados ao método e aos critérios estabelecidos para a eleição do árbitro. O julgador terá que descer à convenção entabulada pelas partes para encontrá-los e interpretá-los.

Não se ignora que tais controvérsias podem estar relacionadas à total ausência de consentimento pela arbitragem, ou ao menos à exclusão de litígios específicos do mecanismo arbitral. Mas, o fato da parte não ter concordado com a arbitragem não a impede de expor tal questão ao árbitro²⁷⁶, tampouco do árbitro apreciá-la, ainda que para

²⁷⁴Isso está mais profundamente abordado no capítulo III.5.

²⁷⁵Não por outro motivo, a regularidade da convenção arbitral pode ser o mérito da demanda arbitral, ou, quando menos, parte dele (capítulo III.5).

²⁷⁶Ainda que sob outro ângulo, isso foi expressamente afirmado pela Suprema Corte Estadunidense no já mencionado caso Kaplan: “But merely arguing the arbitrability issue to an arbitrator does not indicate a clear willingness to arbitrate that issue, *i.e.*, a willingness to be effectively bound by the arbitrator's decision on that point. To the contrary, insofar as the Kaplans were forcefully objecting to the arbitrators deciding

concluir que não deve ali funcionar. A parte está apenas alertando o julgador quanto ao cometimento de possível violação a direito seu, e o árbitro apenas se abstendo de violar direito alheio, sendo desnecessária uma chancela judicial para tanto²⁷⁷.

Ademais, caso tal expediente não surta os efeitos perseguidos, a parte sempre poderá, posteriormente, recorrer ao Judiciário. Mas, sendo possível a solução da questão no âmbito da arbitragem, não há porque se considerar necessária a intervenção Judicial.

Não podem, assim, as disposições legais relacionadas ao Princípio *Kompetenz-Kompetenz* significar tão somente uma autorização legal para o controle interno da jurisdição e aptidão do árbitro, vindo bem a calhar a regra de interpretação de que não há palavras inúteis na Lei.

Por outro lado, estar tal controle viabilizado pela própria lógica jurídica do sistema não significa, por si, que a parte *deva* seguir esse caminho. De fato, sem qualquer norma limitadora da intervenção judicial, nada poderia impedir que, antes ou durante a arbitragem, a parte que não se considera submetida a esse mecanismo buscase proteção judicial²⁷⁸.

É nesse ponto que o *Kompetenz-Kompetenz* exerce seus maiores préstimos à arbitragem²⁷⁹, sendo mais correta a assertiva doutrinária que enxerga no efeito negativo do princípio seu genuíno papel: garantir que o processo arbitral se desenvolva de forma

their dispute with First Options, one naturally would think that they did *not* want the arbitrators to have binding authority over them.” (514 U.S. 938 (1995). Disponível para consulta em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-560.ZO.html>).

²⁷⁷Tanto que, como bem observa RAFAEL FRANCISCO ALVES, mesmo na hipótese em que as partes tenham expressamente excluído da apreciação arbitral questões relacionadas à regularidade da convenção de arbitragem, caberá ao árbitro ao menos apreciar tal questão *incidenter tatum*, ou seja como questão prejudicial à apreciação do mérito da arbitragem. (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 162).

²⁷⁸“From a practical standpoint, the rule is intended to ensure that a party cannot succeed in delaying the arbitral proceedings by alleging that the arbitration agreement is invalid or non-existent”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 401). De forma análoga, FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006DTR\2006\225.

²⁷⁹Não obstante, do *Kompetenz-Kompetenz* também se extrai o poder jurisdicional para reconhecer vícios na convenção arbitral que levem justamente à inexistência de jurisdição voluntária. É isso o que permite a estabilização de uma decisão arbitral que decida pela ausência de jurisdição arbitral (capítulo V.2.d.1).

eficiente, o que passa, como já adiantado, pela sua blindagem a interferências judiciais²⁸⁰, especialmente decorrentes de manobras meramente protelatórias²⁸¹. As normas legais inspiradas nesse princípio estabelecem, assim, uma técnica processual com vistas à *efetividade da arbitragem*.

É o que se extrai da leitura conjunta e sistematizada dos dispositivos da Lei Brasileira relacionados ao Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Por eles, conclui-se que (i) as impugnações à jurisdição e aptidão do árbitro devem ter lugar na própria arbitragem, devendo ser arguidas após sua instituição (artigo 20 da Lei); (ii) é o árbitro quem primeiramente apreciará tais impugnações, a quem devem ser dirigidas (artigos 8º, parágrafo único, e 15º da Lei); (iii) ao Judiciário caberá rever a decisão do árbitro, dentro do mecanismo e das hipóteses previstas nos artigos 20º, § 2º, 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

Portanto, em nosso ordenamento jurídico, caberá em regra ao Judiciário enfrentar questões relacionadas à jurisdição e aptidão arbitral somente em caráter revisional, após decidida a questão pelo árbitro e no âmbito da ação prevista nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem²⁸². Importante ressaltar que o termo *resivional* é aqui

²⁸⁰De acordo com FELIPE WLADECK, “a escolha do legislador brasileiro de deixar, como regra, o controle judicial da regularidade formal da arbitragem para apenas depois de proferida a sentença arbitral se justifica, acima de tudo, por razões de ordem prática: garante-se que a arbitragem possa se desenvolver tranquilamente, sem reiteradas e indesejadas intervenções estatais em seu curso. Com isso, preserva-se a efetividade do processo arbitral e assegura-se a possibilidade de uma rápida obtenção de solução da causa – que é justamente uma das principais vantagens que a arbitragem apresenta em relação ao processo judicial.” (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014). De forma análoga: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 1. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632; RICCI, Edoardo Flavio. *O art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 42/43.

²⁸¹Nesse sentido: LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 330; LEE, João Bosco. *Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 11. Jul-Ago-Set 2006. Porto Alegre: Síntese. p. 34; VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632; MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Poder Judiciário - Princípio da autonomia da cláusula compromissória - Princípio da competência-competência - Convenção de Nova Iorque - Outorga de poderes para firmar Cláusula compromissória - determinação da lei aplicável ao Conflito - Julgamento pelo tribunal arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2/3. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 173 | Out / 2005DTR\2005\825, dentre tantos outros.

²⁸²RICCI, Edoardo Flavio. *O art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 175;

utilizado em sua essência. Em princípio, é admitido ao Juiz togado apenas *reavaliar* eventual questão quanto à jurisdição e aptidão do árbitro. Se tal questão não tiver sido arguida e resolvida em âmbito interno, também não há como se admitir, em regra, intervenção judicial (capítulo III.5).

Com isso, restringe-se as controvérsias aqui tratadas inicialmente à própria arbitragem, afastando-se o Judiciário de sua apreciação antes de concluído o processo arbitral²⁸³. Afinal, se é o árbitro quem deve primeiramente resolver a questão, não cabe falar em interferência judicial enquanto não tomada tal decisão; se a revisão da decisão do árbitro tem lugar na demanda prevista no artigo 32 da Lei, não cabe falar em apreciação judicial de tais questões antes de prolatada a sentença.

Além do possível ganho de celeridade extraído dessa sistemática, válido lembrar também as já citadas contribuições à qualidade da decisão final decorrentes da participação do árbitro no processo decisório, permitindo um melhor esclarecimento de eventuais questões fáticas (capítulo II.1).

Inclusive por isso, não é totalmente correta a assertiva de que a efetividade de um ou outro modelo de aplicação do *Kompetenz-Kompetenz* dependerá sempre do resultado final obtido no âmbito do Poder Judiciário²⁸⁴. Esse raciocínio, além de ignorar o já mencionado ganho qualitativo obtido com o controle interno, também não considera que, no modelo que prioriza o controle interno, as questões envolvendo a jurisdição e aptidão do árbitro podem ficar restritas à própria arbitragem, o que ocorrerá se a parte vencida na impugnação perder o interesse em reiterá-la em âmbito judicial, lembrando-se que a parte vencedora, em regra, não poderá judicializar a questão (capítulo IV.2.a.1).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013, p. 97.

²⁸³“In that sense, the competence-competence principle is a rule of chronological priority. Taking both of its facets into account, the competence-competence principle can be defined as the rule whereby arbitrators must have the first opportunity to hear challenges relating to their jurisdiction, subject to subsequent review by the courts (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 401).

²⁸⁴Argumenta-se que, reconhecido o vício arguido, melhor que tal interferência tivesse ocorrido da forma mais prematura possível, enquanto que, rechaçada a impugnação, mais efetivo teria sido o modelo em que se posterga ao máximo a interferência judicial. (Alves, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 65)

É por isso que a melhor contribuição extraída dos dispositivos legais inspirados no Princípio *Kompetenz-Kompetenz* é a de ordenar a apreciação dos conflitos relacionados à jurisdição e aptidão arbitral, atribuindo-a inicialmente ao árbitro. Essa interpretação alinha a legislação brasileira ao correto objetivo enxergado pela doutrina com esse princípio: trazer efetividade ao sistema, tornando-o um método interessante e atrativo de solução de conflitos.

Por tais razões, não é adequado para nossa ordem jurídica o modelo de aplicação do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* extraído da experiência estadunidense e da primeira corrente aqui citada, em que caberia a juízes e árbitros decidirem de forma concorrente as questões tratadas neste capítulo. Tal modelo, além de desconsiderar a real razão do princípio, leva a um sistema de controle que tornaria o processo arbitral obsoleto e propenso a manobras protelatórias e recalcitrantes, em prejuízo à efetividade.

Não convence o argumento de que a ilimitada interferência judicial na solução de tais questões seria exigência extraída do artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal, cláusula pétrea que determina a inafastabilidade do Poder Judiciário.

Isso porque, estabelecer uma ordem de preferência para esse controle não significa impedir o Judiciário de exercê-lo²⁸⁵, mas tão somente impor um momento adequado para tanto: a demanda prevista no artigo 32 da Lei.

E não há nada de incorreto em se estabelecer momentos específicos para a apreciação judicial de controvérsias. Nem o dispositivo constitucional em comento nem qualquer outra regra da carta magna impedem a utilização dessa técnica. Tanto que limitações temporais similares são encontradas no processo estatal, sem quaisquer questionamentos constitucionais. É o caso, por exemplo, dos embargos à execução fiscal,

²⁸⁵GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 401; RICCI, Edoardo Flavio. *O art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem*. In *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004; p. 58/60. ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 142.

admitidos apenas após a garantia do juízo²⁸⁶, assim como da impugnação ao cumprimento de título executivo judicial que, em regra, segue o mesmo caminho²⁸⁷.

Ainda, os demais modelos de aplicação do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* abordados também impõem certas limitações à apreciação judicial das questões aqui tratadas, o que demonstra uma tendência internacional em se seguir esse caminho.

Importante ressaltar que, embora haja controvérsias quanto à amplitude da cognição exercida em interferências judiciais prematuras, não há dúvidas de que, no âmbito da demanda anulatória de sentença arbitral, admite-se cognição exauriente (capítulo IV.2.a.1). Isso reforça que a limitação aqui tratada é apenas temporal, sem quaisquer arranhões à Constituição Federal.

III.3. Segue: necessária flexibilização excepcional da regra de prioridade do controle interno

As conclusões até aqui expostas também não bastam, por outro lado, para integral aderência à corrente que defende a aplicação absoluta do *Kompetenz-Kompetenz*, ainda que inexistam, em nosso ordenamento jurídico, disposições expressas de intervenção prévia do Judiciário.

Como já mencionado, o mecanismo da arbitragem tal qual concebido atualmente se desenvolveu no seio de relações comerciais. Nesse contexto, as partes normalmente interagem em pé de igualdade, havendo plena capacidade dispositiva, sem relevantes preocupações com eventual hipossuficiência de uma delas, ou quaisquer outras características que justifiquem proteção especial. Tanto é assim que a manifestação de vontade está na origem desse mecanismo, não sendo poucas as ordens jurídicas que o admitem apenas para conflitos relacionados a direitos disponíveis.

²⁸⁶Art. 16, § 1º, da Lei 6830/1980.

²⁸⁷Art. 475-J, § 1º, do CPC. Nesse sentido: “Agravo regimental. Cumprimento de sentença. Oferecimento de impugnação. Necessidade de garantia do juízo. Precedentes. Súmula 83 do STJ. Adequação da decisão agravada. Manutenção pelos seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AResp 373.921/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJ 15.8.2014).

Ademais, mas também pelas características anteriormente tratadas, o mecanismo foi pensado para funcionar em um meio em que realmente se pretenda a eficiente solução conflitos, sendo propositada, ao menos nesse ponto, justa expectativa quanto a um certo grau de colaboração das partes, até porque isso só tende a somar para o sucesso de suas empreitadas no mundo dos negócios²⁸⁸.

Essa conjunção de fatores justifica que se estabeleça uma presunção de regularidade da atividade do árbitro²⁸⁹, o que de certa forma também ocorre ao se atribuir ao árbitro prioridade para decidir questões relacionadas a sua aptidão e jurisdição. Afinal, em um contexto de ampla liberdade e em que as partes possuem empenho em resolver controvérsias com eficiência, é válido pressupor que a vontade por elas manifestada produzirá os efeitos desejados, assim como que partes e árbitros farão o possível para o desenvolvimento de uma arbitragem que desemboque em uma sentença válida²⁹⁰.

Em situações como essa, o *Kompetenz-Kompetenz* funcionará corretamente, trazendo o já exposto ganho de eficiência se comparado a um sistema de ilimitada interferência judicial na solução de tais questões. Ao quanto já adiantado, válido aqui acrescentar que, em um cenário com as características expostas, é correto pressupor que haverá um maior número de arbitragens regulares do que irregulares.

²⁸⁸Como bem destaca PEDRO BATISTA MARTINS, “Frente à dinâmica dos mercados e à sua constante sofisticação, os sistemas jurídicos viram-se forçados a criar, inventar e mesmo tomar de empréstimo regras de atualização e aprimoramento das relações que envolvem os mercados de capitais e financeiro, e a visibilidade das corporações. Dentre esses conceitos desponta a necessidade de se implementar meios mais ágeis de solução de conflitos surgidos no seio das sociedades. A demora na solução de uma controvérsia envolvendo a companhia e seus acionistas, ou o seu controlador, encerra um óbvio prejuízo. (...) É sabido que tempo é dinheiro. Diz-se que o empresário está disposto a ocorrer o risco de perder dinheiro, mas não o infortúnio de perder tempo; enquanto aquele se recupera, este é fatal. Os tempos modernos não permitem que as divergências, nomeadamente as de cunho empresarial, sejam resolvidas de forma agressiva e delongada. A agilidade dos mercados, a enorme competição que só se fez aumentar com a regionalização e globalização, a necessidade de capitais, fornecedores e parceiros não comportam uma atitude inamistosa frente a um conflito de interesses” (MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. p. 113/115).

²⁸⁹Também nesse sentido, ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 211/212.

²⁹⁰De forma próxima: “Nevertheless, the competence-competence rule ties in with the idea that there are no grounds for the *prima facie* suspicion that the arbitrators themselves will not be able to reach decisions which are fair and protect the interests of society as well as those of the parties to the dispute” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 399).

Não obstante, deixou de ser novidade a ampliação da prática da arbitragem para outros conflitos que não possuem exatamente as mesmas características. Assim como ocorre em âmbito internacional, nossa ordem jurídica admite o uso da arbitragem para, por exemplo, disputas trabalhistas²⁹¹ e consumeiristas²⁹², contextos em que as partes envolvidas recebem proteção jurídica diferenciada, o que por si só já *limita a utilização da arbitragem*.

Da mesma forma, embora o cenário em que se desenvolveu o recente exercício da arbitragem admita correta pressuposição quanto à regularidade dos processos arbitrais, sempre haverá espaço para patologias e recalcitrância.

Daí que, desenvolvidos em um ambiente com as características inicialmente abordadas, é de se esperar que os mecanismos reguladores da arbitragem deixem de apresentar a mesma eficiência em ambientes mais pantanosos. Não há como se esperar que um veículo desenvolvido para ser rápido no asfalto alcance o mesmo desempenho em pistas *off-road*.

Não se pretende defender que a arbitragem deve ficar restrita ao meio comercial/empresarial, tampouco que comportamentos recalcitrantes bastarão para eliminar as suas vantagens. Não há dúvidas de que esse meio de solução de litígios pode ser adequado e até mais interessante do que o Judiciário mesmo para outras espécies de conflitos - inclusive os aqui citados - assim como de que seu sucesso também passa por eficientes métodos de repelir patologias e má-fé. O que se propõe é a conscientização de que a arbitragem e seu mecanismo de controle eventualmente necessitam de ajustes para que possam funcionar com a mesma eficiência em terrenos mais espinhosos ou agressivos do que aqueles em que originalmente pensados²⁹³.

²⁹¹Sem ignorar o acalorado debate em torno da admissibilidade da arbitragem em matéria trabalhista, mas com a consciência de que tal enfrentamento extrapola o objeto desse estudo, registra-se, sumariamente, concordância com aqueles que não enxergam quaisquer óbices à utilização da arbitragem para a solução de conflitos trabalhistas, desde que envolvam direitos patrimoniais e disponíveis. Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 39/44;

²⁹²CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 52.

²⁹³Embora se posicione ao cabo de seu trabalho pela inadmissibilidade das assim denominadas ações antiarbitragem, RAFAEL FRANCISCO ALVES ressalva que merecem um tratamento diferenciado o que denomina de práticas ilegais da arbitragem, tais como supostas câmaras de arbitragem passando-se por órgãos oficiais do Poder Judiciário, levando partes leigas e desavisadas a crerem que estão, ali, perante um

Nessa linha, permitir-se a aplicação absoluta do *Kompetenz-Kompetenz* em cenários em que as partes litigam em desigualdade, ou ainda diante de manifestas irregularidades relacionadas à jurisdição ou competência do árbitro, acabará por tornar a arbitragem um mecanismo inseguro e obsoleto para a justa composição de litígios.

Imagine-se a hipótese de um consumidor diante de um contrato de adesão em que há convenção arbitral sem a observância do artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem²⁹⁴. A convenção será manifestamente inválida por regras protencionistas da parte vulnerável, notadamente o mencionado dispositivo de seu artigo 4º.

Nesse cenário, caso seguido à risca o *Kompetenz-Kompetenz*, o consumidor teria que arguir o vício na convenção perante um painel arbitral, a quem caberia decidir sobre a validade do pacto. Embora a arbitragem seja flagrantemente insustentável, se o vício não for reconhecido internamente, a parte ainda seria forçada a aguardar a conclusão do processo, eventualmente suportando (inclusive financeiramente) seu desenvolvimento²⁹⁵. Somente após finda arbitragem, estará autorizada a submissão da irregularidade e seus demais conflitos ao Judiciário.

Isso poderá inclusive gerar situação em que, sem válida manifestação de vontade, a parte acabe sendo privada de qualquer proteção jurisdicional. É o que acontecerá se a parte não tiver condições de suportar financeiramente a arbitragem, conforme será visto na sequência.

juiz togado. É também diante tais situações, dentre outras excepcionais, que se defende aqui uma também excepcional flexibilização do *Kompetenz-Kompetenz* (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 223/226).

²⁹⁴O exemplo decorre de mera opção metodológica. Não se pretende, nesse momento, enfrentar a intrigante controvérsia doutrinária e jurisprudencial relacionada da viabilidade da cláusula compromissória para conflitos consumeiristas. Ainda que tal caminho seja viável, é fato que, diante de contratos de adesão, exigiria a observância dos requisitos do mencionado no artigo 4º, § 2º, da Lei, sendo, em qualquer hipótese, inválida a convenção firmada em desrespeito a tais exigências.

²⁹⁵É o que ocorreria se o consumidor iniciasse a arbitragem para discutir justamente a validade da convenção arbitral, o que se faria necessário caso levadas às últimas consequências o *Kompetenz-Kompetenz*. É verdade que as partes podem sempre convencionar que o outro lado (fornecedor/empregador) ficará responsável por tais custos. De acordo com nosso ordenamento, isso é, no entanto, apenas uma possibilidade, que não basta para resolver o problema.

Sem prejuízo desse risco, a situação quando menos tornaria ineficientes ambos os mecanismos de solução de conflitos. Enquanto a arbitragem se desenvolve sem a menor possibilidade de efetivamente resolver as disputas em curso, o Judiciário se vê forçado a cruzar os braços até que um processo arbitral inútil termine.

Tal caminho, no mínimo, procrastina indevidamente a solução dos litígios, sem trazer qualquer outro benefício, até porque não há dúvidas razoáveis a sugerirem uma melhora qualitativa na decisão decorrente do controle interno. Em hipóteses de inarbitrabilidade do conflito, nem o possível ganho decorrente da contenção da controvérsia ao âmbito interno haveria, já que isso levaria à inexistência jurídica da sentença arbitral (capítulo V.2.d.2), o que admite reconhecimento a qualquer momento e sem as limitações próprias ao provimento desconstitutivo da sentença (capítulo IV.2.c.i e IV.2.c.2).

Situações análogas podem ser construídas também no campo da aptidão do árbitro. É o caso de um Tribunal Arbitral evidentemente impedido por laços familiares com uma das partes (artigo 405, § 2º, inciso I, da Lei de Arbitragem), ou com ela mancomunado, agindo, até por decorrência disso, de forma evidentemente parcial. Levado às últimas consequências o *Kompetenz-Kompetenz*, a parte prejudicada teria não apenas que submeter sua impugnação a tais painéis, mas, diante de possível rejeição, eventualmente suportar todo o andamento da arbitragem.

Nesses casos, não é despropositado imaginar a concessão de tutelas de urgência indevidas, e até mesmo com o único pretexto de prejudicar o adversário da parte beneficiada. Se absoluto o *Kompetenz-Kompetenz*, o Judiciário teria inclusive que colaborar com o Tribunal Arbitral na efetivação dessas decisões provisórias, fruto de condutas eventualmente criminosas, e mesmo já sabendo, de antemão, que irá repudiar a vindoura sentença arbitral.

Tais exemplos servem para ilustrar que o *Kompetenz-Kompetenz* foi pensado para funcionar em um ambiente de razoáveis dúvidas quanto à jurisdição e capacidade do árbitro, e em que as partes possuem condições de travá-las no seio arbitral, não podendo ser simplesmente transportado para situações diversas, sob pena de gerar verdadeiras calamidades processuais.

III.4. Segue: Os critérios de flexibilização do *Kompetenz-Kompetenz*

É com a consciência exposta no capítulo anterior que se faz necessária certa a flexibilização à regra do *Kompetenz-Kompetenz*: estabelecer válvulas de escape que permitam ao mecanismo de controle da atividade do árbitro funcionar adequadamente em situações diversas daquelas em que originalmente pensado.

Para tanto, é preciso ter em mente que se trata de uma modulação excepcional de regras expressamente previstas em nosso ordenamento, devendo, assim, ser aplicada apenas a situações igualmente excepcionais; tão somente àqueles casos que destoam da normalidade e que, por sua excentricidade, não interagem adequadamente com o sistema.

Na linha adiantada, tendo o sistema sido pensado e desenvolvido para um ambiente de razoáveis divergências quanto à jurisdição e capacidade do árbitro, a primeira gama de exceções seriam aqueles casos de vícios aberrantes que, justamente por não comportarem dúvidas razoáveis²⁹⁶, impedirão que um mecanismo embasado no *Kompetenz-Kompetenz* as resolva de forma eficiente.

Para os fins aqui discutidos, é correto que o critério *ausência de dúvidas razoáveis* seja equiparado a *desnecessidade de dilação probatória*, ou seja, às hipóteses em que o vício possa ser constatado de plano, com base em prova pré-constituída²⁹⁷.

²⁹⁶“Como está nesses próprios pensamentos, todavia, o poder de apreciação pelos árbitros não chega ao ponto de subtrair radicalmente aos juízes togados a competência para avaliar os casos em que não possa sequer haver dúvida séria e razoável sobre a cláusula (*dupla interpretação*), suas limitações, suas ressalvas, sob pena de abrir escâncaras à indiscriminada subtração dos litígios à apreciação pelo *juiz natural*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 95).

²⁹⁷É o que CARMONA também defende, asseverando inclusive que “o juiz não poderia determinar o prosseguimento de instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 177). No mesmo sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 193/194; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006DTR\2006\225. Em sentido diverso, WLADECK, quem defende a ampla instrução probatória para verificação da regularidade da convenção arbitral por ocasião da ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem bem como diante de ação judicial cujo mérito é englobado por convenção arbitral (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 110/120).

Afinal, se o objetivo da prova é levar o julgador do estado da dúvida ao estado da certeza, quando o raciocínio estabelecido pelo julgador para resolver o problema não passa por quaisquer incertezas fáticas, então só lhe cabe expor seu pensamento e decidir o conflito.

É isso o que se extrai da Doutrina que defende a interferência judicial prévia diante de vícios *evidentes, manifestos, aberrantes, verificáveis prima-facie, que saltam aos olhos*²⁹⁸. Embora haja quem enxergue nesses trabalhos uma proposta de flexibilização voltada à gravidade do vício²⁹⁹, o raciocínio parece estar mais alinhado à ausência de incertezas fáticas. Podendo o vício ser facilmente verificado (e, portanto, sendo evidente, manifesto, aberrante) não significa que seja grave ou leve, mas tão somente que dispensa maiores investigações fáticas.

Até porque, o critério da gravidade é subjetivo e de utilidade questionável para os fins aqui tratados. Ao estabelecer hipóteses fechadas de controle externo da sentença arbitral (capítulo V.2.a), a Lei já dispensa qualquer juízo de valor. O que se mostra relevante para fins desse controle é, em princípio, a constatação de tais vícios, e não o quão graves aparentem ser no caso específico.

Importa, portanto, a eventual necessidade de dilação probatória para a aferição do possível vício. Por mais que uma convenção arbitral subscrita mediante alegada ameaça de morte pareça conter um vício mais grave do que um suposto pacto arbitral fruto de convenção oral, a constatação do vício existente na segunda hipótese independe de dilação probatória; já a constatação do vício existente na primeira poderá exigir exaustiva prova oral. Assim, aquela admite pronto reconhecimento judicial; esta, não.

²⁹⁸VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006DTR\2006\225; MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Poder Judiciário - Princípio da autonomia da cláusula compromissória - Princípio da competência-competência - Convenção de Nova Iorque - Outorga de poderes para firmar Cláusula compromissória - determinação da lei aplicável ao Conflito - Julgamento pelo tribunal arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 173 | Out / 2005DTR\2005\825.

²⁹⁹ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 187.

Como visto, esse caminho é expressamente admitido em legislações e estudos alienígenas, justamente por agregar eficiência ao sistema, atingindo os objetivos visados pelas regras do *Kompetenz-Kompetenz*. A limitação proposta desencoraja o desenrolar de processos paralelos, já que, privado de dilação probatória, o processo estatal tende a ser resolvido com maior brevidade. Ademais, acrescenta celeridade ao sistema de controle sem prejudicar a qualidade da decisão final pois, nos termos adiantados, é no campo dos fatos que o controle interno poderia prestar sua colaboração.

Correta assim, a incorporação dessa técnica de cognição sumária ao mecanismo de controle da atividade do árbitro, sendo relevante registrar que a limitação proposta, se corretamente aplicada, em nada prejudicará o direito das partes ao Contraditório. As partes envolvidas deverão ser ouvidas em qualquer hipótese, respeitando-se o seu direito de alegar. No que toca ao direito de provar, a interferência judicial prematura deverá ser admitida tão somente se o Juiz já se sentir seguro quanto ao quadro fático em que inserida a questão³⁰⁰. Caso, por outro lado, possua incertezas, deverá se abster de solucionar o conflito, deixando a tarefa probatória, assim como a primeira decisão, para o painel arbitral (capítulos IV.2.b.1 a IV.2.b.3).

Inclusive, importante adiantar que a decisão prematura do juiz estatal somente se estabilizará na hipótese de efetivamente solucionada a controvérsia (capítulos IV.2.b.1 a IV.2.b.3). Esse contexto, em que as partes são privadas apenas da eventual produção de provas inúteis, permite a formação de coisa julgada³⁰¹, já que a decisão é decorrente de

³⁰⁰Isso basta, na medida em que, como ensina DINAMARCO, o contraditório estará garantido desde que se oportunize à parte que “peça, alegue e prove” (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 222.). No mesmo sentido, HUMBERTO TEODORO JÚNIOR, para quem “o princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 33).

³⁰¹Há corrente doutrinária segundo a qual a coisa julgada material somente se formaria como consequência de demandas em que é admitida cognição exauriente (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 20). Com a devida vênia às judiciosas observações, a resposta mais correta ao problema é aquela que admite a formação da coisa julgada material nas hipóteses em que a cognição, embora tenha sido sumária, seja suficiente para solucionar a controvérsia sem desprezar o direito das partes ao contraditório. Nesse sentido, ao tratar da solução de crises de direito material no bojo do processo de execução, YARSHELL assevera que “se essa cognição é adequada e suficiente para exaurir a controvérsia levando inclusive à extinção do processo, nada parece justificar que o ato daí resultante tenha eficácia meramente processual” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória e Decisões Proferidas no Processo de Execução*. In Execução civil (aspectos polêmicos). LOPES, João Batista. CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coord). São Paulo: Dialética. 2005. p. 151). Em situação análoga, BEDAQUE aduz que “ainda que não exauriente, a cognição nesses casos é suficiente à declaração de inexistência do direito material. Se o juiz pode indeferir a inicial,

cognição suficiente para resolver a questão e não ofende o contraditório, o que basta para a estabilização da sentença³⁰².

Se baseiam em técnicas próximas à aqui proposta o mandado de segurança e o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. Em ambos, há limites estabelecidos por Lei à instrução probatória, limitada à prova pré-constituída no primeiro caso, e excludente da prova pericial no segundo. Se tal limitação não prejudicar o adequado julgamento da demanda, ou seja, não impedir que as partes provem alegações pertinentes à solução da controvérsia, haverá cognição suficiente à resolução do mérito. Caso, por outro lado, tais limitações prejudiquem o exercício do contraditório, então correto que o julgador se abstenha de solucionar a controvérsia substancial, extinguindo o processo sem resolução de mérito ante a inadequação da via eleita³⁰³.

Na mesma linha, os estudos em torno da impugnação denominada *exceção de pré-executividade*. Embora inicialmente admitida apenas como mecanismo regulatório de questões cognoscíveis *ex officio*, sua utilização foi sendo ampliada ao longo do tempo e

mediante sentença de mérito, por decadência e prescrição (CPC, arts. 295, IV e 296, IV), por que não teria a mesma a sentença que acolhe alegação feita pelo executado?” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 360). Em outra oportunidade, o professor ainda pondera que “existem provimentos dessa natureza que acabam representando a solução definitiva do conflito de interesses, quer porque as partes se conformaram com o resultado e não provocaram a atividade cognitiva plena, quer porque o julgamento, embora sumária a cognição, adquire a qualidade da coisa julgada. Têm eficácia idêntica à produzida pela tutela de cognição plena” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 121). Não fosse assim, a sentença oriunda de processo em que o Réu é revel também não poderia adquirir estabilidade, já que, por consequência do comportamento do Réu, a lide é em regra solucionada com base na presunção de veracidade das alegações autorais, limitando-se, assim, a instrução probatória e, consequentemente, a amplitude da cognição.

³⁰²YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória e Decisões Proferidas no Processo de Execução*. In *Execução civil (aspectos polêmicos)*. LOPES, João Batista, CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coord). São Paulo: Dialética. 2005. p. 152; Para TALAMINI “Talvez pudesse ser dito que só é constitucionalmente deferível a coisa julgada à decisão em processo desenvolvido com contraditório entre as partes (efetivo ou potencial, conforme os interesses em disputa sejam ou não indisponíveis). Apenas pode ser destinatário de comando irreversível aquele a quem antes foi dada a oportunidade de participar do processo de formação desse comando” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p. 89).

³⁰³Nessa linha, as ponderações de KAZUO WATANABE, ao denominar tal cognição como plena e exauriente *sucundum eventum probationis*. Para o professor, “aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou mesmo o *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos. À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para as ‘vias ordinárias’ ou para a ‘ação própria’), ou o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando, bem por isso, a autoridade de coisa julgada” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 126).

hoje é admitida para questões demonstradas mediante prova pré-constituída³⁰⁴. Não obstante ser própria aos processos executivos, há quem corretamente defenda, nesses casos, a estabilização da decisão que soluciona a crise jurídica posta³⁰⁵.

Ainda, igualmente oportuna a aproximação estabelecida por RAFAEL FRANCISCO ALVES entre a técnica aqui proposta e a técnica das condições da ação³⁰⁶. A doutrina de vanguarda, partindo da constatação de que tais condições são normalmente colhidas do direito material³⁰⁷, acaba concluindo que seu real propósito é a solução sumária de

³⁰⁴Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 369; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Execução fiscal – “exceção de pré-executividade”*. In Revista Forense. V. 376. p. 208/209. Na mesma linha, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: EDcl no REsp 1013333/RS. Min. Rel. Castro Meira, DJ. 7.8.2008; REsp 679791/RS. Min. Rel. Teori Albino Zavascki. DJ. 26.9.2006.

³⁰⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 372/373; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 216; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 445; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel García. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 114.

³⁰⁶ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 195/204.

³⁰⁷“Afirmação incontroversa”, segundo BEDAQUE (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 245). Em outra oportunidade, assevera o processualista que “a visão instrumentalista do direito processual e de seus institutos fundamentais permite concluir que as condições necessárias ao poder de exigir a prestação jurisdicional estabelecem intenso vínculo entre o direito e o processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 86). Em sentido análogo, MANDRIOLI, “l’affermazione del diritto – come fondamento dell’azione di cognizione – condiziona l’esistenza dell’azione stessa nel senso che l’azione di cognizione esiste se il diritto è affermato in modo tale che la domanda appaia accoglibile (nell’ipotesi che risultino veri i fatti affermati); e che questa ipotetica accoglibilità si articola nei requisiti che sono chiamati condizioni dell’azione” (MANDRIOLI, Crisanto. *Corso de Diritto Processuale*. v. III. 7ª ed. Torino: Giappichelli. 1989. p. 17). Também: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 159; COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 124.

conflitos³⁰⁸. Daí que, na maior parte das vezes, a decisão embasada na ausência de alguma das condições da ação acaba resolvendo o mérito do litígio³⁰⁹.

O ponto comum entre todas essas técnicas é a limitação cognitiva embasada na amplitude probatória, com vistas a um ganho de efetividade. Nesses termos, somente deverão ser aplicadas a litígios que, por meio delas, possam ser resolvidos de forma efetiva. O mesmo deve ocorrer com as regras do *Kompetenz-Kompetenz*, assim como com a flexibilização aqui proposta.

Por outro lado, não parece integralmente aceitável a assertiva de que esse excepcional controle judicial prematuro deve ser admitido somente enquanto ainda não iniciada a arbitragem pois, até esse ponto, não haveria possibilidade de solução da questão no âmbito do controle interno, ou, em outras palavras, não haveria jurisdição arbitral apta a solucionar a questão³¹⁰.

³⁰⁸COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 124. Embora enxergue diferenças entre as verdadeiras sentenças de carência e as sentenças de improcedência, BEDAQUE também vislumbra nas condições da ação essa característica de técnica processual. Para o processualista, trata-se de “(...) uma técnica segundo a qual, para evitar o desenvolvimento de processo inútil, o juiz deve ir à relação jurídica afirmada pelo autor e examiná-la macroscopicamente – ou seja, em tese. Verifica se, tal como descrita na inicial, a pretensão do autor é em tese admissível pelo ordenamento jurídico material e pode ser deferida imediatamente. O julgador raciocina no condicional. Se concluir que, verdadeiros os fatos, a tutela pleiteada deve ser concedida, é porque o processo deve prosseguir, a fim de ser julgado o mérito (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 245). Em outra oportunidade, afirma o processualista que “Trata-se de mecanismo técnico, destinado a evitar o prosseguimento desnecessário do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 368. nota 37). Também nessa linha, o pensamento de YARSHELL, para a razão dessa técnica é “poupar a prática de atos inúteis, em detrimento do Estado. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 107).

³⁰⁹“Assim, ao constatar a ausência de uma condição da ação, o juiz deverá, obrigatoriamente, entender pela improcedência da demanda, uma vez que respondeu negativamente a uma questão de mérito condicionante ao acolhimento do pedido do autor. Se constatar a presença de todas as condições da ação o juiz deverá continuar no exame das demais questões de mérito subordinantes do julgamento da demanda no sentido de procedência. As condições da ação não podem ser consideradas matéria processual, desvinculada do objeto do processo, simples preliminares ao exame de mérito. Elas constituem premissas lógicas para a solução do litígio, são questões de mérito” (COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 97). No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 264/265; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 94.

³¹⁰É o que defendem RAFAEL FRANCISCO ALVES (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 178/186) e FELIPE WLADECK (WLADECK, Felipe Scribes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 115/127). O segundo monografista ressalva que, em “situações excepcioníssimas”, é admitido o controle judicial de atos árbitros ainda no curso da arbitragem. (*ibis idem*, p. 129/130).

Essa conclusão parte de premissa incorreta. Não é porque a arbitragem ainda não foi iniciada que a parte está impedida de demonstrar o vício a um painel de árbitros. Basta que, para tanto, dê início a um processo arbitral, assim como teria que iniciar um processo judicial para arguir a irregularidade perante um juiz.

Tal restrição também não pode ser extraída da leitura conjunta do artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque³¹¹ e dos dispositivos da Lei Brasileira relacionados ao *Kompetenz-Kompetenz*³¹². A Convenção de Nova Iorque tem por objetivo “o reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras”. Aplica-se, portanto, às arbitragens submetidas a ordens jurídicas alienígenas, com o intuito de admitir ou denegar sua internacionalização. Portanto, limitada ao controle secundário³¹³.

Por isso, não há como se cogitar a aplicação de seus dispositivos em conjunto com as disposições da Lei Brasileira da Arbitragem relacionadas ao *Kompetenz-Kompetenz*, que tratam da regulamentação do controle externo primário; voltado às arbitragens nacionais³¹⁴. Os campos de aplicação da Convenção de Nova Iorque e das regras de controle externo primário serão, sempre, excludentes.

Não por outro motivo, referido dispositivo da Convenção de Nova Iorque trata do efeito negativo da convenção de arbitragem, disciplinando o afastamento das cortes judiciais de um litígio abrangido por convenção arbitral, e assim regulamentando, a bem

³¹¹“O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

³¹²Tal como defende RAFAEL FRANCISCO ALVES (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 180/186).

³¹³É o que se extrai do primeiro capítulo do clássico de VAN DEN BERG sobre a Convenção de Nova Iorque (VAN DEN BERG, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer Law. 1981. p. 11/21).

³¹⁴Nesse sentido: ARAUJO, Nádia de. *O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 27 | p. 265 | Out / 2010 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 6 | p. 1003 | Jun / 2011 DTR(2010)749. VAN DEN BERG defende que o disposto no artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque também deve ser aplicado pelo Estado a que submetida a arbitragem na hipótese de convenções regulamentando arbitragens internacionais. Isso, porque “the primary goal of the Convention is to facilitate the enforcement of agreements and awards in international commercial arbitration”, e com esse objetivo também colabora o Estado de origem quando aplica o referido dispositivo da convenção. (VAN DEN BERG, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer Law. 1981. p. 61/63). Discorda-se desse posicionamento pois, como será visto, tal dispositivo é voltado à regulação da atividade das cortes estatais, não podendo influenciar diretamente no desenvolvimento de uma arbitragem. Além do mais, o objetivo da convenção de Nova Iorque é, como exposto, regulamentar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, e não necessariamente sentenças fruto de arbitragens internacionais.

da verdade, a atividade das cortes estatais, e não dos árbitros. As exceções à regra ali prevista levam ao enfrentamento do litígio pelo Judiciário, e não a qualquer controle a uma arbitragem estabelecida no exterior, inclusive porque, como já visto, tal controle seria descabido (capítulos II.2.a e II.2.b).

O artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque é cristalino nesse sentido. Admite que, nas hipóteses em que o Judiciário de determinado Estado seria originalmente competente para a solução do litígio não fosse a convenção arbitral, tal competência seja exercida caso se constate irregularidades no pacto. O dispositivo nada faz além de estabelecer que cabe ao Judiciário de cada Estado regulamentar sua competência em âmbito internacional³¹⁵.

Assim, não é correto falar em qualquer regulamentação do controle externo primário oriunda de tal dispositivo³¹⁶. E, importante registrar, o quanto aqui exposto não levará a qualquer perda de eficiência desde que, diante de tal disposição da Convenção de Nova Iorque, a corte estatal se limite a barrar ou admitir um processo judicial, sem qualquer interferência em eventual arbitragem promovida no exterior.

A consequência disso será, quando muito, o desenvolvimento paralelo de um processo judicial e uma arbitragem. Embora não seja um cenário desejável - preferindo-se sempre hipóteses de tratamento uniforme da arbitragem em âmbito internacional -, ao menos não causará conflitos práticos e respeitará a soberania de cada Estado.

Sim, pois, a decisão judicial surtirá efeitos no Estado em que proferida e eventualmente em outros Estados em que ocorra sua homologação. Já a decisão arbitral surtirá efeitos na sede e naqueles Estados em que, por ocasião de eventual processo homologatório, se entenda pela sua regularidade.

³¹⁵De acordo com FOUCHARD, GAILLARD, e GOLDMAN, “The traditional approach is to allow a court which has been asked to rule on the merits of the case despite the existence of an arbitration agreement to fully review the existence and validity of such agreement without waiting for a decision from the arbitrators on those issues” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 407).

³¹⁶Em sentido contrário ao aqui defendido: FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006DTR\2006\225; BARROS, Vera Cecília Monteiro de. *A força vinculante da cláusula compromissória e o princípio da competência-competência - comentários ao AGIN 644.204-4/2*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 25 | p. 269 | Abr / 2010DTR\2010\483.

Nesses termos, o sistema atinge certo grau de harmonia em âmbito internacional. Não há conflito de jurisdições estatais, tampouco arbitrais, ficando a cargo de cada Estado definir se a arbitragem ou o processo judicial devem prevalecer dentro de sua ordem jurídica.

Por outro lado, o entendimento aqui combatido admitiria a inserção das arbitragens internacionais em verdadeiro fogo cruzado de cortes estatais, especialmente por meio das denominadas medidas antiarbitragem, melhor tratadas a seguir, mas, para adiantar, inadmissíveis para o controle de arbitragens submetidas a ordem jurídica estrangeira (capítulo IV.2.b.2).

Além disso, essa eventual limitação cognitiva arranharia o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal por não admitir ampla investigação da regularidade da convenção arbitral no âmbito do controle da atividade do juiz estatal. Limitar as provas admitidas ofenderia o contraditório já que não haveria cognição exauriente em qualquer outro momento, acarretando em uma inadequada prestação jurisdicional.

Nem mesmo a ação homologatória de sentença arbitral obstaría essa conclusão, na medida em que seu objeto é a internalização da decisão estrangeira (capítulo IV.3), de forma que nunca desemboca na liberação de eventual demanda judicial cujo mérito estaria em tese embarcado por convenção arbitral. Assim, se não for admitida ampla investigação quando da propositura de demanda judicial com objeto alegadamente abrangido por convenção arbitral prevendo arbitragem estrangeira, isso nunca mais ocorrerá.

Por isso que correto o já tratado entendimento jurisprudencial suíço acerca da questão. Diante de convenção de arbitragem estrangeira, deve-se admitir ampla investigação da regularidade da convenção, desde que as consequências dessa investigação fiquem limitadas à admissão, ou não, do processo judicial com mérito supostamente objeto do pacto arbitral.

Ainda assim, não há como se negar que a instauração da arbitragem altera substancialmente o quadro que admite a excepcional flexibilização do *Kompetenz-Kompetenz*. Estabelecido o painel arbitral, a parte possui plenas condições de expor, sem

quaisquer delongas, a situação ao árbitro. Mais do que isso, se realmente pretender arguir vícios relacionados à jurisdição e à capacidade do árbitro, *deverá*, em regra, fazê-lo no primeiro momento oportuno, sob pena de aquiescência, a impedir inclusive o posterior controle externo (capítulos III.5 e III.6).

Isso mitiga as preocupações que justificam a flexibilização do *Kompetenz-Kompetenz* justamente porque, já diante de um árbitro, as custosas e demoradas providências necessárias para que a parte chegasse a esse ponto já foram tomadas; o tempo e os recursos já escorreram; o eventual desperdício já se consolidou, não havendo como a imediata intervenção judicial trazer economia ao sistema de controle.

Sendo assim, melhor mesmo que se retome o caminho ordinário, permitindo o pleno desenvolvimento da arbitragem para que, ao seu cabo, a higidez da sentença arbitral venha a eventualmente ser avaliada pelo Judiciário.

Poderia ser argumentado que tal postergação continuaria gerando desperdícios e ineficiência diante de vícios evidentes, já que a parte teria que aguardar não apenas sua apreciação como eventualmente a conclusão da arbitragem. Mas, isso depende do ângulo pelo qual a questão é avaliada. A parte sucumbente no exercício do controle interno pode não possuir interesse processual para o controle externo ou ainda ficar satisfeita com o resultado da arbitragem e não reiterá-lo (capítulos III.5 e IV.2.a.1), o que ocasionará o confinamento da questão no âmbito do controle interno, respeitando-se a opção das partes e trazendo eficiência ao sistema de controle.

Assim, parece realmente correto que, uma vez instituída a arbitragem, o Judiciário não possa mais interferir no seu andamento com fundamento em eventual controle da atividade do árbitro. Não poderá determinar a suspensão ou extinção do processo arbitral, devendo aguardar a conclusão do processo para, então, eventualmente intervir pelos caminhos próprios.

Isso também não significa que nenhum tipo de controle externo primário deve ser admitido enquanto a arbitragem estiver em curso. É que, em determinadas hipóteses, o Judiciário é convocado a apoiar o desenvolvimento do processo arbitral, mediante a efetivação de tutelas de urgência e condição coercitiva de testemunhas.

Nessas oportunidades, é adequado que haja algum controle da atividade do árbitro para avaliar se tal exercício deve ser apoiado, o que inclusive vem a ser sugerido pela nossa legislação processual-arbitral. Constatando-se irregularidades, a medida deve então ser denegada, com a recusa judicial quanto à colaboração com tal processo (capítulo IV.2.b.5).

Isso se dá justamente porque o exercício da jurisdição estatal gera custos ao Estado e às partes, podendo inclusive afetar a esfera jurídica de uma ou algumas delas. Se o Juiz consegue desde logo concluir que tal apoio será inútil ou inapropriado para a solução dos conflitos existentes, é correto que deixe de concedê-lo. Como adiantado, o contrário poderia significar inclusive convivência judicial com conluíus e falcatruas, em consciente colaboração até mesmo condutas potencialmente criminosas.

Esse ponto parece ser realmente relevante. O livre desenvolvimento da arbitragem mesmo diante de vícios ou até dolo na atividade do árbitro não gera perplexidade pois isso não consegue, por si, afetar a esfera jurídica das partes. Como o árbitro não possui poder construtivo, o que ele decidir não traz consequências materiais à parte sem que haja apoio judicial (capítulo IV.2.b.5).

Mas, diante de medidas constritivas, é correto tais eventuais irregularidades recebam tratamento e cuidados diversos, até porque, não fosse para existir algum controle externo, melhor que o sistema concedesse até mesmo poderes constritivos ao árbitro. Qual seria a razão disso ter que passar pelo crivo do Judiciário se esse órgão executa automaticamente as funções que lhe são solicitadas?

Tal como ocorre com relação ao restante do controle judicial prematuro, essa denegação de apoio deve ser absolutamente excepcional, tendo espaço somente diante de absoluta segurança, por parte do julgador, quanto à irregularidade na atividade do árbitro e sempre embasada em provas pré-constituídas, seja porque eventual dilação probatória sequer se compatibiliza com o objeto da atividade judicial no âmbito do qual o controle é exercido (apoio ao árbitro), seja porque postergar o apoio para após a avaliação dessa questão atravancaria a arbitragem, prejudicando sua eficiência com base em cogitações, o que, pelo quanto já dito, não é adequado.

Além dos casos até aqui tratados, há ainda uma última hipótese em que a flexibilização do *Kompetenz-Kompetenz* deve ser admitida; nesse caso, não por questão de eficácia, mas sim para compatibilizar o sistema de controle aqui estudado com a natureza consensual da arbitragem e, por consequência, com o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Como se sabe, assim como o processo judicial, a arbitragem sempre será, em regra, custosa para as partes envolvidas. A diferença é que, ao contrário do processo estatal, no campo arbitral, essa regra não comporta exceções: sem o custeio pelas partes, não há arbitragem. A atividade é privada e, nessa condição, seu desenvolvimento exigirá remuneração.

Diante disso, e tendo-se em mente que a arbitragem é sempre fruto de manifestações de vontade, imperioso que se abra à parte desprovida de condições financeiras algum caminho para demonstrar eventual irregularidade na convenção arbitral. O contrário equivaleria a admitir a possibilidade de se excluir da parte sua natural proteção judicial, sem que isso tenha sido fruto de consentimento válido e eficaz.

É o que ocorreria na situação em que a parte se vê diante de convenção arbitral forjada, que acaba barrando suas investidas judiciais, mas não possui condições de pagar o preço necessário para demonstrar tal situação a um painel arbitral. Se também não puder expor essas situações ao Judiciário, a parte estará privada de sua guarida sem que tenha por isso optado.

Isso significará manifesta ofensa ao Direito Fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal inclusive porque, como visto, não há qualquer ofensa constitucional na concentração do controle externo em momento posterior à realização do processo arbitral justamente pois, em algum momento, essa via estará aberta.

Afinal, a hipótese de insuficiência financeira de uma parte pode inviabilizar a arguição do vício na atividade do árbitro em âmbito interno e, conseqüentemente, em âmbito externo (capítulo III.5). Basta que a parte contrária, eventualmente desinteressada

no litígio, também nunca inicie a arbitragem, mas se valha do pacto arbitral supostamente irregular exclusivamente para barrar iniciativas judiciais de sua adversária. Se levadas às últimas consequências o *Kompetenz-Kompetenz*, a via judicial de controle da atividade arbitral nunca será destravada, já que os processos judiciais seriam sempre extintos sem exame de mérito enquanto não exercido o controle interno.

Por isso que, para essa hipótese específica, a quebra das regras do *Kompetenz-Kompetenz* se faz necessária sob pena de afastamento impositivo da atividade judicial, gerando incompatibilidade entre o mecanismo da arbitragem e o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Esse posicionamento exige cuidadosa delimitação, de forma a evitar que a hipótese levantada acabe por frustrar a lógica e os objetivos do *Kompetenz-Kompetenz*. Inicialmente, tal flexibilização há de ser admitida apenas na hipótese de vícios na jurisdição arbitral. Caso, após optar válida e eficazmente pela arbitragem, a parte não possua condições de arcar com seu compromisso, deve se sujeitar às consequências de sua opção, assim como ocorre com qualquer obrigação contratual. O importante é estar incontroverso que isso partiu de livre e autorizada manifestação de vontade.

Ademais, correto que se exija efetiva demonstração de que a parte realmente não possui meios de custear um processo arbitral, sob o risco de se abrir uma via mais barata de mera recalcitrância ou, até mesmo, má-fé. Nesse sentido, deve ser assimilado o caminho trilhado pela corrente jurisprudencial que, com rigor, exige prova da situação de penúria para a concessão dos benefícios da justiça gratuita para pessoas jurídicas³¹⁷, especialmente no campo empresarial e comercial, em que, via de regra, os litigantes possuem condições de arcar com os custos do processo.

Ainda, deve ser admitida apenas nas hipóteses em que realmente não há outro caminho disponível para a parte arguir vícios na jurisdição do árbitro. Havendo, a título

³¹⁷Nos termos da súmula 481 do STJ, “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. Com base nesse entendimento, a C. Corte Superior vem exigindo, como condição para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, efetiva comprovação da incapacidade de se arcar com os custos do processo a fim de conceder os benefícios da justiça gratuita. (AgRg no REsp 552226 / RS, Min. Rel. Castro Meira, 2ª Turma, DJ. 5.9.2005). Tal caminho deve ser seguido para a hipótese aqui tratada, na medida em que a intervenção judicial aventada é admitida apenas em situação excepcional, exigindo sua efetiva constatação.

de exemplo, uma arbitragem em curso iniciada pelo adversário da parte impossibilitada, deverá a parte a ela se submeter para arguir o vício.

É, inclusive, comum que os regulamentos de arbitragem - ou, diante de eventual omissão, os próprios árbitros - admitam o custeio do processo pela outra parte, de forma a viabilizar o seu desenvolvimento. Se isso ocorrer, não há razão para essa flexibilização do *Kompetenz-Kompetenz*.

Ainda, a essa excepcional flexibilização não devem ser impostos quaisquer limites cognitivos. A cognição deve ser ampla assim como aquela exercida no âmbito da ação anulatória de sentença arbitral, justamente para possibilitar à parte toda a condição de demonstrar a irregularidade arguida. Uma eventual limitação probatória que não pode ser de outra forma ou em outro momento suprida violaria o contraditório, infringindo o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

São essas as hipóteses em que deve ser admitida certa flexibilização ao *Kompetenz-Kompetenz*; como visto, todas extraídas de situações diversas daquelas em que pensado o mecanismo de controle da atividade do árbitro, as quais, justamente por isso, exigem tratamento diferenciado.

III.5. Necessária submissão ao controle interno de questões relacionadas à jurisdição e aptidão do árbitro

Como visto no capítulo anterior, a regra segundo a qual cabe prioritariamente ao árbitro a investigação de sua jurisdição e aptidão decorre da interpretação conjunta de diversos dispositivos da nossa Lei de Arbitragem.

Dentre eles, está o artigo 20, segundo o qual a arguição de tais questões deve ocorrer “na primeira oportunidade que [a parte] tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”. Foi demonstrado que, desse dispositivo - aliado aos demais anteriormente citados -, é extraída justamente a ordem cronológica entre o controle interno e o externo.

Esse preceito não traz, no entanto, tão somente uma regra organizacional. Para além disso, sua interpretação leva à conclusão de que o controle interno é, em princípio, *condição* para que tais questões possam ser levadas ao controle externo primário. Em outras palavras, sem a submissão do vício ao controle interno, resta inadmitida a judicialização da questão, devendo a parte se conformar com a atividade arbitral³¹⁸.

Isso é extraído da própria redação do artigo 20 da Lei de Arbitragem. O dispositivo inicia seu comando tratando genericamente do controle da jurisdição e aptidão do árbitro, sem fazer distinção entre o controle interno e externo (“a parte que pretender arguir questões...”), para, em seguida, determinar que tal arguição tenha lugar no âmbito da própria arbitragem (“deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”).

O termo “deverá” denota a obrigatoriedade do expediente interno e o parágrafo segundo do referido dispositivo legal reforça isso ao dispor que, “não acolhida a impugnação”, a questão poderá ser revista pelo Judiciário.

Ainda, o artigo 15 da Lei corrobora a necessidade do controle interno no que toca às questões relacionadas à aptidão do árbitro. Prevê que a arguição dessas questões deve ser dirigida diretamente ao tribunal arbitral, nos termos do mencionado artigo 20.

E, de fato, é relevante para o correto funcionamento do mecanismo que se condicione a admissibilidade do controle externo à prévia ocorrência do controle interno, inclusive para atendimento ao próprio *Kompetenz-Kompetenz*, já que, como dito, a

³¹⁸CARMONA também enxerga nesse dispositivo um “prazo preclusivo”, que impedirá a revisão judicial da questão caso a parte deixe de “apresentar a respectiva exceção no primeiro momento oportuno”. Daí que, “se a parte pretender, ao término da arbitragem, promover a demanda de que trata o art. 33, deverá demonstrar desde logo que pretende anular a futura decisão (ou aniquilar a própria arbitragem), sob pena de não poder queixar-se mais adiante em sede judicial”. Mas, como será melhor visto, segundo o professor, isso somente se dá em relação às matérias “que se localizam plenamente na esfera de disponibilidade das partes” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 283/285). Próximo é o entendimento de DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 58/59). FELIPE WLADECK (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 197/216) e RAFAEL ALVES (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 180) também seguem essa linha restritiva, embora com diferenças a serem melhor abordadas.

arguição de tais questões diretamente ao Judiciário desrespeitaria a ordem cronológica por tal estabelecida.

Somente assim, o ganho de efetividade tratado no capítulo anterior estará verdadeiramente garantido. Atuando em conjunto, esses preceitos garantirão a participação do árbitro na solução das questões aqui tratadas, agregando qualidade à decisão, assim como impedirão que tais questões sejam reservadas apenas ao controle externo, em uma reprovável estratégia de somente argui-las diante de eventual sucumbência, tornando inútil todo o (custoso) serviço prestado pelo painel arbitral – eventualmente com apoio de um centro de arbitragem e do Judiciário.

Inclusive, como algumas vezes já adiantado, diante de eventual sucumbência quanto à arguição de tais questões, mas saindo vitoriosa no que toca ao mérito da arbitragem (ou ao restante dele), a parte poderá não ter interesse processual em judicializar sua insurgência (capítulo IV.2.a.1), estando seu adversário, pelas razões acima, impossibilitado de iniciar o controle externo. Também nessa hipótese, a questão acabará confinada ao controle interno, o que, além de trazer celeridade à solução do litígio, acaba por atender à essência da vontade de arbitrar manifestada pelas partes: afastar o Judiciário de seus conflitos.

É bem verdade que, como também já adiantado, questões relacionadas à jurisdição e aptidão do árbitro podem ser tratadas tanto como mérito quanto como questão prejudicial ao exame do mérito da arbitragem. Vem de autorizada doutrina a lição de que toda demanda engloba a pretensão ou o conjunto de pretensões a um bem da vida, assim como a “*aspiração a um provimento jurisdicional*” ao primeiro. A última restará concedida quanto estiverem preenchidos os “pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito”, enquanto que a primeira será outorgada se o órgão jurisdicional entender que a parte possui o direito invocado³¹⁹.

No campo da arbitragem, como a jurisdição do árbitro advém de um negócio jurídico formado entre as partes, cujos termos podem influir também na aptidão do

³¹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 42/43.

julgador³²⁰, tais questões podem funcionar ao mesmo tempo como pressupostos de admissibilidade e como mérito da arbitragem, ou então, somente como questão prejudicial à resolução do mérito.

Em algumas situações, isso dependerá exclusivamente de opção das partes. Poderão postular preceito declaratório a fim de solucionar crise de certeza com relação à convenção arbitral³²¹, o que resolverá definitivamente a divergência, com qualidade de coisa julgada, ou apenas alegar eventual nulidade com o fito impedir o prosseguimento de uma arbitragem específica, pretendendo uma sentença extintiva do processo sem resolução de mérito³²².

Diz-se em algumas situações pois, naquelas em que o vício torna o negócio anulável, acarretando na sua desconstituição³²³, a arguição da irregularidade apenas como questão prejudicial não surtirá os efeitos buscados pela parte. Nessas hipóteses, o negócio é válido até que desconstituído por decisão jurisdicional (artigo 177 do Código Civil). Enquanto tal decisão não vier, deverá ser reconhecida a higidez da convenção arbitral e, conseqüentemente, a validade da atividade do árbitro.

De qualquer forma, nas hipóteses em que a irregularidade puder ser, e for arguida como questão prejudicial, a parte impugnante, se restar vencedora no mérito da arbitragem, não terá interesse processual em retomá-la perante o Judiciário, já que não haverá qualquer utilidade na judicialização da insurgência (capítulo IV.2.a.1). O revés no que toca à alegação de irregularidade não pode ser considerado um prejuízo, pois, por não ter sido tal questão enfrentada como mérito, mas quando muito como fundamento da sentença, sua solução não adquire a estabilização da coisa julgada e, portanto, não irradia qualquer eficácia para fora do processo³²⁴.

³²⁰É o que ocorrerá se as partes avençarem, por exemplo, que o painel deverá ser formado árbitros especialistas em determinada matéria.

³²¹Pretendendo, a título de exemplo, seja declarada a nulidade da convenção.

³²²E, sem resolução de mérito, não há que se falar em coisa julgada material, como melhor visto na sequência.

³²³De acordo com a definição de DINAMARCO, “a tutela jurisdicional constitutiva consiste em dar efetividade ao direito do autor quanto à alteração de uma situação jurídico-material que ele não deseja e pretende eliminar”. Dentre as diversas hipóteses de tutela constitutiva, o professor cita justamente a da “anulação do contrato” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 249/252).

³²⁴Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 312/314. Trata-se de mera opção legislativa, conforme assevera BRUNO LOPES ao

E, mesmo na hipótese em que a irregularidade tenha sido objeto de pleito declaratório ou constitutivo, ou em que a parte foi apenas parcialmente vitoriosa, é possível que prefira não reiterar sua insurgência, selando, por outro lado, sua vitória total ou parcial na arbitragem. Embora isso dependa de juízo de conveniência, é correto pressupor que tais situações sejam recorrentes, até porque a arbitragem pode ter abarcado todas as divergências existentes entre os envolvidos, situação em que será presumível que outra não venha a ter lugar.

Além de decorrente de disposições expressas da Lei de Arbitragem e alinhado aos objetivos buscados com o *Kompetenz-Kompetenz*, a necessária submissão dos vícios aqui tratados ao controle interno ainda pode ser extraída da boa-fé exigida das partes em toda e qualquer relação jurídica, e especificamente nas relações contratuais (artigos 113 e 422 do Código Civil) e processuais (artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil).

Por tal regra de conduta, exige-se dos contratantes e dos combatentes atuação proba, leal e transparente no relacionamento com seus pares³²⁵. Não podem as partes, seja diante de um contrato, seja diante de um processo, perseguir vantagens ilícitas ou indevidas, causando prejuízos aos demais envolvidos na relação em questão³²⁶. Não lhes é admito agir para frustrar a execução de um contrato, assim como não podem pretender obstar o correto desenvolvimento de um processo.

inclusive sugerir, dentro de determinadas situações e condições, a extensão da estabilização extraprocessual aos fundamentos da sentença (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 17/29 e 66/79).

³²⁵“Ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal.” (COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 412)

³²⁶Conforme os ensinamentos de MENEZES CORDEIRO, as normas de conduta “obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignados. Com esse mesmo sentido, podem ainda surgir deveres de atuação positiva” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 606).

No âmbito do sistema recursal, em relação ao qual é correto estabelecer um paralelismo com a demanda anulatória de sentença arbitral³²⁷, é reiterando o entendimento de que a via recursal deve ser inviabilizada a quem objetiva reformar uma decisão originada de sua própria conduta processual³²⁸. A lição se encaixa como uma luva à regra aqui estabelecida. Se a parte deixa a arbitragem correr livremente, sem formular as devidas impugnações ao seu desenvolvimento, e assim colabora para que acabe em uma sentença de mérito, não pode posteriormente pretender impugnar atividade arbitral com a qual, no mínimo implicitamente, anuiu.

Já ao tratar do processo arbitral, há quem afirme, justamente na linha aqui tratada, que a ação anulatória de sentença arbitral possui caráter subsidiário em relação ao controle interno da arbitragem.

É essa a conclusão a que chega FLÁVIO YARSHELL, partindo da premissa de que, estando as partes vinculadas à convenção arbitral, correto que submetam suas controvérsias inicialmente ao juízo dos árbitros. O professor também lembra que a interferência judicial em matéria arbitral deve ser tratada como excepcional e, dessa forma, admitida somente quando estritamente necessária. Nessa linha, traça correto paralelo com os recursos excepcionais do processo estatal (recurso especial e extraordinário), os quais exigem esgotamento prévio das vias ordinárias para que sejam admitidos³²⁹. A regra de boa-fé também é reiteradamente lembrada pelo processualista, que ainda aborda a preclusão lógica para obstar a via judicial àquele que deixou de arguir determinado vício no âmbito da própria arbitragem³³⁰.

³²⁷Embora as diferenças sejam as mais variadas, a começar pelo entendimento unânime segundo o qual a ação anulatória não é meio de ampla revisão da sentença arbitral, sendo inadmitida a revisão do mérito do comando do árbitro (vide considerações no capítulo V.2.b), é fato que, inclusive por força do quanto aqui defendido, a ação anulatória significa uma forma de revisão da atividade do árbitro e do resultado da arbitragem. Similar é o pensamento de FLÁVIO YARSHELL ao tratar da ação rescisória: “De que a ação rescisória, no direito brasileiro, não é um recurso, não há dúvida. Contudo, a etimologia dessa palavra – que contém a ideia de voltar atrás, de retroagir, de curso contrário – vem bem a calhar. Na gênese da palavra, como se falou na doutrina, está a essência do instituto, porquanto a finalidade de qualquer via impugnativa é fazer desaparecer uma dada situação, de modo a substituir uma anterior” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 23/24).

³²⁸BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1968. p. 96/97; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 112/113; NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 395.

³²⁹Súmulas 207 e 211 do STJ, e 281 e 356 do STF.

³³⁰YARSHELL, Flávio Luiz. *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 207/2012 | p. 13 | Mai / 2012DTR\2012\38924. Acerca da norma de conduta consubstanciada na boa-fé objetiva, também são nesse

Ainda no campo da boa-fé objetiva, a restrição aqui aventada pode ser extraída mais precisamente da proibição ao *venire contra factum proprium*, preceito que inadmite a adoção de condutas contraditórias pela mesma parte. De fato, seria incoerente a parte se submeter a uma arbitragem sem quaisquer insurgências quanto ao seu desenvolvimento para, posteriormente, arguir judicialmente eventuais irregularidades na jurisdição ou na aptidão do árbitro.

Isso representaria, inclusive, expressão do que se denomina reserva mental, artifício diametralmente contrário à boa-fé, tanto que expressamente vedado pela nossa lei civil (artigo 111 do Código Civil). Justamente na linha do referido dispositivo legal, e tendo em mente os mencionados artigos 15 e 20 da Lei de Arbitragem, é correto estabelecer que a parte que se silencia quanto ao desenvolvimento de determinado processo arbitral está com ele anuindo, não podendo, posteriormente, rejeitar tal exercício.

Relembra-se que o processo arbitral, embora tenha natureza jurisdicional, nasce de um contrato. Diante disso, não há porque se afastar da relação estabelecida entre as partes a aplicação das disposições que disciplinam condutas contratuais. Até porque, ao iniciarem uma arbitragem, as partes nada mais fazem do que executar essa sua avença.

No âmbito internacional, o condicionamento do controle externo primário ao controle interno também está expresso em diversas legislações arbitrais³³¹.

sentido as ponderações de JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO (NUNES PINTO, José Emílio. *Anulação de Sentença Arbitral infra petita, extra petita ou ultra petita*. In Arbitragem no Brasil – Aspectos Jurídicos Relevantes. JOBINI, Eduardo, MACHADO, Rafael Bicca (Coord), São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2008. p. 268/270, e LUIZ ANTÔNIO SCAVONE JÚNIOR (SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 206).

³³¹O Código de Processo Civil Italiano é expresso nesse sentido. Nos termos do artigo 829, “La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo”. Pelo artigo 6 da Lei Espanhola, “Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciar dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley.” De acordo com o artigo 46(4), da Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária, “se uma parte, sabendo que não foi respeitada uma das disposições da presente lei que as partes podem derrogar ou uma qualquer condição enunciada na convenção de arbitragem, prosseguir apesar disso a arbitragem sem deduzir oposição de imediato ou, se houver prazo para este efeito, nesse prazo, considera-se que renunciou ao direito de impugnar, com tal fundamento, a sentença arbitral”. Já, nos termos do artigo 4º da Lei Modelo da UNCITRAL, “A party who

Não se olvida que a doutrina nacional especializada enxerga com certas restrições o preceito aqui estabelecido. RAFAEL FRANCISCO ALVES entende que “a alegação relativa à inexistência, invalidade, ou ineficácia da convenção de arbitragem não está sujeita à preclusão, por ser regulada por normas imperativas previstas no Código Civil Brasileiro”³³² (artigo 168, parágrafo único). FELIPE WLADECK defende que o impedimento do árbitro pode ser arguido a qualquer momento, mesmo tão somente perante o Judiciário, assim como eventual inarbitrabilidade do litígio³³³. CARMONA, por seu turno, argumenta que tal regra deve ser aplicada apenas aos vícios quanto à capacidade do árbitro (incluindo o impedimento), mas que, no restante, “a regra é, em princípio, meramente ordinatória”, admitindo que irregularidades relacionadas à

knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object”. Como se vê, os últimos dois diplomas restringem tal preceito a provisões que podem ser derogadas pelas partes. Será visto a seguir que, a nosso ver, tal limitação faz sentido no que toca à regra de impugnação perante o controle interno no primeiro momento possível, mas não com relação ao condicionamento do controle externo primário ao controle interno. Ainda sem quaisquer limitações, e segundo PETER AEBERLI, esse condicionamento também é extraído da legislação inglesa: “The need for objections to the tribunal's substantive jurisdiction to be raised within the periods provided for in s. 31, or to persuade the tribunal to admit the objection late, is reinforced by the statutory waiver in s. 73(1). This provides that a party to arbitral proceedings who takes part or continues to take part in those proceedings without making, either forthwith or within such time as allowed by the arbitration agreement or by the tribunal or by any provision of Part I of the 1996 Act (which includes s. 31), any objection that the tribunal lacks substantive jurisdiction, may not raise that objection later, either before the tribunal or the court, unless it shows that, at the time it took part or continued to take part in the proceedings, it did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection. (AEBERLI, Peter. *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*. Arbitration International. Kluwer Law International. v. 21 Issue 3. 2005. p. 261). Ainda, nos termos do artigo 1465 do Código de Processo Civil francês, “Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel”. Já de acordo com o artigo 1466: “La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. Nesse sentido, já se posicionou o Judiciário Francês: “Mais considérant que pour être recevable devant le juge de l'annulation, le grief formé à l'encontre d'une sentence arbitrale doit chaque fois qu'il est possible être soulevé devant le tribunal arbitral lui-même” (Cour d'Appel de Paris. Chambre 1. Arrêt du 15 octobre 2009 - Numéro d'inscription au répertoire général: 07/17049). Como destaca NATÁLIA MIZRAHI LAMAS ao comentar o aludido julgado: “Note-se que, tecnicamente, não se trata de pedido de anulação da sentença arbitral proferida em Praga, República Tcheca perante na uma jurisdição francesa. No entanto, a *Cour d'Appel de Paris* utiliza a terminologia anulação – *annulation*, em Francês, como pode ser visto do original do acórdão reproduzido acima – reiteradamente nesse julgado, assim como em outros –, em razão da identidade entre as causas que podem motivar a apelação da decisão que outorga o *exequatur* a uma sentença proferida fora da França e as causas que podem ensejar a anulação de uma sentença arbitral proferida na França em uma arbitragem internacional” (LAMAS, Natália Mizrahi. *Alguns preceitos aplicáveis à arbitragem internacional na França*. In In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 24. Out-Nov-Dez 2009. Porto Alegre: Síntese. p. 152).

³³²ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 180.

³³³WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 197/216.

convenção arbitral possam ser dirigidas somente ao Judiciário³³⁴. Também é esse o entendimento de DINAMARCO³³⁵.

Tais posicionamentos possuem em comum a preocupação com questões de ordem pública, cujo desrespeito não poderia sofrer convalidação no âmbito do processo. Por essa linha de pensamento, diante de situações como essas, “preclusão alguma ocorrerá”³³⁶. Por isso, a revisão judicial não pode sofrer o condicionamento aqui defendido³³⁷.

Admitido esse raciocínio, também haveria de ser aceito, diante de hipóteses como essas, o desrespeito ao prazo decadencial previsto no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem, que também não passa de uma regra condicionante do controle externo. Isso causa certa perplexidade, pois ao menos boa parte das hipóteses em que é admitida a revisão judicial da atividade do árbitro envolve questões de ordem pública, as quais, justamente por serem tratadas como de maior relevância pela lei, admitem diferenciada apreciação judicial.

Esse raciocínio não vinga. A circunstância de determinada questão ser tratada como de ordem pública e, portanto, não sujeita à preclusão, não leva necessariamente à conclusão de que pode ser ilimitadamente conhecida e apreciada por ocasião do controle externo da atividade do árbitro.

Tal qual o processo judicial, o processo arbitral também desemboca em um resultado capaz de adquirir a qualidade denominada coisa julgada. Como reiteradamente tratado pela doutrina, tal estabilização é bifurcada no que se denomina coisa julgada formal e coisa julgada material³³⁸.

³³⁴CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 283/285.

³³⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 58/59.

³³⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 58.

³³⁷Importante ter em mente: é justamente disso que estamos tratando. De uma condição imposta por lei (necessário controle interno) para a revisão judicial de eventuais irregularidades no desenvolvimento da arbitragem.

³³⁸“Dal punto di vista formale, costituisce *giudicato* la sentenza che non è più impugnabile con i mezzi ordinari (art.324 c.p.c.). Dal punto di vista sostanziale, costituisce giu giudicato l'accertamento contenuto nella sentenza, il quale fa stato nei confronti delle parti, loro eredi e aventi causa (art. 2909 c.c.)”

A coisa julgada material equivale à irradiação do resultado da sentença para fora do processo, de sorte a influir diretamente em outras demandas, que deverão levar o comando da demanda anterior em consideração, seja para abstenção de reexame do litígio, quando idêntico ao já julgado (art. 267, inciso V, do CPC), seja adotando-o como premissa quando assumir a feição de questão de mérito³³⁹. Já a coisa julgada formal influi no bojo próprio processo em que constituída, estabilizando-o de sorte a impedir a discussão (ou rediscussão) de quaisquer questões de pudessem influenciar no resultado do processo³⁴⁰.

De relevante para o momento, importa destacar que, uma vez preclusa a sentença, tornam-se irrelevantes quaisquer irregularidades processuais que tenham ocorrido, mas que não tenham sido constatadas a tempo³⁴¹, ainda que envolvam questões de ordem pública³⁴². Isso já demonstra que mesmo tais questões estão sim sujeitas a preclusão³⁴³. Embora tal fenômeno se manifeste de forma mais comedida, o conhecimento de tais questões não é ilimitado, e os vícios processuais a elas relacionados não sobrevivem, em regra, ao trânsito em julgado da sentença.

Outra demonstração disso é que, no campo dos recursos, a apreciação de questões de ordem pública também só é admitida dentro dos limites extensivos

(TESORIERE, Giovanni. *Il processo civile riformato. Guida teorico-pratica*. 2ª ed. Padova: CEDAM. 1997. p. 127). Na mesma linha: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In Nova era de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 222.

³³⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 559/600.

³⁴⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 297/298.

³⁴¹Nessa linha, as ponderações de DINAMARCO, que enxerga na coisa julgada uma “sanatória geral do processo, o que significa que a firmeza da sentença coberta por ela [coisa julgada] não se abala por eventuais alegações de nulidade própria da sentença ou dos atos que a antecederam, sendo essa uma manifestação da eficácia preclusiva da coisa julgada. (...). Se apesar da nulidade a sentença de mérito for pronunciada e passar em julgado, a eficácia preclusiva da coisa julgada material impedirá qualquer discussão a respeito daquela (salvo casos de ação rescisória)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 328).

³⁴²YARSHELL: “Aceitar-se que a matéria de ordem pública atinja a parte da sentença ou acórdão já preclusos seria o mesmo que dizer que sentenças ou acórdãos dados em violação a normas de ordem pública simplesmente não transitam em julgado; o que seria simplesmente desconsiderar a regra do art. 485 do CPC” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 67).

³⁴³Novamente YARSHELL: “os julgamentos que envolvam erro quanto a questão de ordem pública – salvo recorrendo-se eventualmente ao conceito de ‘inexistência’ – estão, sim, sujeitos à preclusão” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 61).

estabelecidos pela parte recorrente. Isso significa que, se a parte somente recorreu de determinado capítulo da sentença, questões relacionadas a outro capítulo não poderão, em regra, ser reapreciadas³⁴⁴, ainda que possuam qualidade aqui tratada, justamente diante da estabilização adquirida pelo capítulo que não é objeto do inconformismo³⁴⁵.

Assim é que, no campo do processo estatal, uma vez estabilizada a sentença judicial, mesmo o conhecimento de questões de ordem pública somente será admitido em situações específicas e excepcionais, que admitam a ação rescisória para desconstituição da coisa julgada ali estabelecida³⁴⁶. Importante ressaltar: embora a admissibilidade de tal demanda exija julgamento de mérito, com a formação de coisa julgada material³⁴⁷, eventuais vícios processuais também poderão justificá-la, desde se encaixem nas hipóteses de cabimento da rescisória e, concomitantemente, tenha havido julgamento de mérito. Por isso que, como bem sintetiza BARBOSA MOREIRA, uma vez preclusa, a sentença viciada passa de nula para rescindível³⁴⁸.

Por outro lado, caso o vício, ainda que decorrente de questões de ordem pública, não esteja dentro do rol daqueles que admitem a rescisão do julgado, a questão estará convalidada.

³⁴⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 110). De forma análoga: BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos da Sentença e Efeitos dos Recursos*. São Paulo: RCS. 2006. p. 97. Com razão, o professor trabalha com o conceito de aquiescência para expor que, no que a parte não pede revisão, o Tribunal não pode atuar. Traça, ainda, um correto paralelo com o Princípio da Demanda (ou Dispositivo), asseverando que, assim como o exercício da Jurisdição se subordina ao pedido deduzido pela parte, a atividade revisional em regra deve se limitar ao quanto postulado no recurso. Assim, se a sentença condena a parte ao pagamento de indenização por danos materiais e morais e essa parte recorre somente da condenação indenizatória por danos materiais, o comando relacionados aos danos morais restará intocável, ainda que questões de ordem pública ensejassem sua revisão.

³⁴⁵YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 64/66.

³⁴⁶Não por outro motivo, “recursos impedem a preclusão, e a ação rescisória procura justamente superar a preclusão que se operou” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 30).

³⁴⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 109; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 157.

³⁴⁸“Mas a sentença pode existir e ser nula, v.g., se julgou *extra petita*. Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de certo modo se preexclui), a nulidade converte-se em simples *rescindibilidade*. O defeito, arguível *em recurso* como motivo de *nulidade*, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusa pelas vias recursais, surta efeitos até que seja *desconstituída*, mediante *rescisão*. Não se deve supor que a sentença portadora de qualquer dos vícios enumerados no art. 485, porque rescindível, deixe de revestir-se da autoridade da coisa julgada. Bem ao contrário: é até *pressuposto* da rescisão o fato de ter-se ela revestido de tal autoridade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 107)

E não há dúvidas de que a ação rescisória é remédio excepcional e submetido a condicionamento específico. Está sujeito a prazo decadencial (artigo 495 do CPC); exige depósito prévio (artigo 488, inciso II, do CPC); e possui hipóteses específicas e taxativas de cabimento (artigo 485 do CPC). Não obstante, tal qual ocorre com a demanda anulatória de sentença arbitral, sua admissão se dá em diversas hipóteses que envolvem questões de ordem pública.

Tudo isso porque o sistema também confere relevância à necessidade de estabilização de suas decisões, tanto que a coisa julgada também é erigida à condição de questão de ordem pública³⁴⁹.

Se é assim na jurisdição estatal, não há porque ser diferente na jurisdição arbitral. O paralelo é proveitoso pois, como já reiterado, tal qual a sentença judicial, a sentença arbitral também adquire a qualidade de coisa julgada, inexistindo razões para deixar de receber tratamento análogo.

Diante disso, de forma similar à ação rescisória, a ação anulatória também visa a desconstituir a sentença arbitral que recebeu a qualidade de coisa julgada material³⁵⁰. Assim, se é válido estabelecer condições específicas para a ação rescisória, ainda que venha a tratar de questão de ordem pública, também o é para a ação anulatória de sentença arbitral.

Tanto é assim que o próprio *Kompetenz-Kompetenz* não deixa de significar, em última instância, uma condição ao controle externo da atividade do árbitro, visto que, em regra, o posterga para após findo o processo arbitral. Por isso que a admissão do controle

³⁴⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 559.

³⁵⁰“a demanda a que faz alusão o art. 33 da Lei de Arbitragem busca, na realidade, a desconstituição da sentença arbitral, fazendo, então, um paralelo com a coisa julgada em relação ao ato estatal e sua desconstituição por rescisória; sem admitir a rescisória contra o julgamento arbitral” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 205). Na mesma linha: CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Aspectos processuais da nova lei de arbitragem*. Revista Forense. V. 339. ano 93. julho-setembro de 1997. p. 139. Não por outro motivo, e como visto da transcrição acima, a doutrina costuma estabelecer um paralelo entre a ação rescisória e a ação anulatória de sentença arbitral. Também nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 204 e 236/237; ARMELIN, Donaldo. *Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 1. nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. a abril/2004. p. 13.

externo incondicionado ao controle interno também representaria inobservância ao próprio *Kompetenz-Kompetenz*.

Isso demonstra que a circunstância de eventual vício na atividade do árbitro envolver questão de ordem pública não impede um forte condicionamento da revisão judicial da questão.

Importante registrar: o que se estabiliza diante da ausência de impugnação interna é a própria atividade do árbitro. O fato da parte deixar de arguir oportunamente eventual vício na convenção arbitral não basta para que o vício em si seja convalidado, podendo a questão em si ser futuramente discutida, até porque, na linha já exposta, isso não integrou o mérito da arbitragem.

Isso significa que, em quaisquer dessas hipóteses, o potencial vício não deixa de existir, mas passa a ser irrelevante para fim daquela demanda arbitral específica, justamente diante da qualidade de coisa julgada que a sentença arbitral adquire³⁵¹.

Também não convence o argumento de que, diante de eventual nulidade absoluta da convenção arbitral, a sentença há de ser considerada inexistente, pois não haveria jurisdição atribuída ao tribunal arbitral³⁵². Para tratar desse raciocínio, há que se considerar inicialmente que nem toda irregularidade do negócio jurídico inadmite convalidação ou confirmação.

³⁵¹“Ademais, também em sede de arbitragem, pacificada a sua natureza nos âmbitos da legislação, jurisprudência e doutrina, com o reconhecimento de seu caráter jurisdicional (item 1.3.), eis que impregnada a sua atividade de efeito substitutivo, aplicam-se-lhe, com alguns temperamentos, os princípios processuais estatais, de modo que, esgotado o termo legal para a arguição do vício, ‘os motivos de nulidade e anulabilidade de uma relação processual, em sua quase totalidade, desaparecem ao fazer-se definitivo o resultado do processo, de sorte que a coisa julgada equipara nulidade e anulabilidade em sua *sanação geral*’” (NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 141).

³⁵²LOBO, Carlos Augusto Siqueira. LEPORACE, Guilherme *Cumprimento e impugnação da sentença arbitral no poder judiciário*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30 | p. 199 | Jul / 2011 | DTR\2011\2583. RODRIGO GARCIA DA FONSECA também chega a conclusão próxima, afirmando que “Já a nulidade da convenção de arbitragem, propriamente dita, como não seria passível de convalidação, poderá ser reconhecida independentemente de ter sido ou não alegada no processo arbitral, mas se não o foi, evidentemente estará enfraquecida a alegação” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Reflexões sobre a sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 40 | Jul / 2005DTR\2005\393.

Os negócios jurídicos impregnados por defeitos que levem a sua anulação podem ser objeto de confirmação expressa ou tácita pelas partes (artigos 172 a 176 do Código Civil), ou até pelo tempo (artigo 177 do Código Civil), suprindo-se, assim, e quando possível, o vício na manifestação de vontade. São os negócios nulos que não se confirmam, podendo ser reconhecidos de ofício e até mesmo alegados por terceiros (artigo 168 e 169 do Código Civil).

Por força disso, já não seria possível equiparar, para os fins aqui discutidos, todos os vícios na convenção arbitral. Ao menos os vícios que levem à anulação do negócio, tais como eventual erro ou coação, escapariam mesmo ao raciocínio de que, por não serem passíveis de convalidação, poderiam ser submetidos diretamente ao judiciário.

No que toca aos vícios de nulidade, é de se ponderar que, como já adiantado, o que nossa ordem jurídica não admite é o desenvolvimento de arbitragens impositivas. O que se pretende garantir é que arbitragens tenham curso somente diante do consenso entre as partes litigantes. Mas, pouco importa se tal consenso ocorre previamente ou já diante de um litígio – tanto que a convenção de arbitragem é admitida em ambas as situações: de forma prévia e genérica (cláusula compromissória) ou de forma específica e após a eclosão de um conflito (compromisso arbitral).

Isso demonstra que nossa ordem jurídica não confere relevância ao momento em que é avançada a submissão de litígios à arbitragem. O que importa é a existência de convenção nesse sentido. E, se isso pode se dar em qualquer desses momentos, não há porque não se admitir tal consentimento no momento em que a parte é chamada a participar de determinada arbitragem.

Se, diante disso, a parte manifesta sua concordância com o desenvolvimento de determinado processo arbitral, eventual nulidade absoluta da convenção utilizada pela sua adversária para convocá-la não pode bastar para, em afronta ao quanto manifestado por ambas as partes, macular o seu resultado. Não é essa a *ratio* do mecanismo de controle externo da atividade do árbitro, que, nesse ponto, visa a garantir sua consensualidade.

Não por outro motivo, a doutrina já admite, em âmbito nacional e estrangeiro, a aceitação até mesmo tácita da convenção arbitral, desde que a parte tenha capacidade para tanto.

Esse raciocínio parte da premissa de que nossa Lei de Arbitragem, assim como a de diversos outros países³⁵³, exige que a convenção arbitral seja escrita, mas não que seu instrumento esteja efetivamente *assinado* pelas partes contratantes³⁵⁴. Tanto é assim que, ao tratar especificamente dos contratos de adesão (artigo 4, § 2º), a Lei de arbitragem exige (aqui sim) ou a expressa assinatura da parte aderente, *ou sua anuência com a instituição da arbitragem*, de onde pode-se concluir que, mesmo nos termos da Lei, a manifestação de concordância com uma convenção arbitral pode-se dar por outros meios.

Diante disso, desenvolveu-se em âmbito internacional tendência em investigar a vinculação à convenção de arbitragem também sob o ângulo da conduta da parte, principalmente nas hipóteses em que, não obstante não esteja nominada no contrato, a parte participa da sua negociação e execução, influenciando em seus termos, tomando decisões, manifestando vontades, enfim: adotando condutas similares a de uma parte contratante³⁵⁵.

³⁵³De acordo com JOSÉ CRETILLA NETO, a tônica das legislações argentina, italiana, espanhola, francesa, belga, e alemã é condicionar a validade da cláusula compromissória arbitral à sua celebração na forma escrita (CRETILLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 56).

³⁵⁴Com base em raciocínio análogo, CARMONA conclui que “Assim, a forma epistolar, com todos os seus inconvenientes, é válida para a pactuação da cláusula de arbitragem, já que o legislador fixou forma rígida apenas para o compromisso (art. 9º da lei). Não está descartada, igualmente, a contratação pela via eletrônica, embora esta forma de consolidação da vontade das partes ainda careça, para sua total segurança, de alguma regulamentação que sistematiza chaves de autenticação e senhas de confirmação de mensagens” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 105). No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo. *Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de Sociedades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista dos Tribunais | vol. 903 | p. 9 | Jan / 2011 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 6 | p. 933 | Jun / 2011DTR\2011\1084; MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78; ALMEIDA, Edson Oliveira. *Cláusula compromissória inserida em contrato não-assinado pelas partes. Validade*. In Revista de Arbitragem e Mediação. n° 8. ano 3. Janeiro-março de 2006. p. 243; LONGO, Samantha Mendes. *Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado. Art. 4.º, § 1.º, da lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30 | p. 331 | Jul / 2011DTR\2011\2574).

³⁵⁵FREDERICO S. DEYÀ assevera que o sistema Estadunidense estabeleceu “una serie de supuestos en onde resultaría justificable la incorporación de terceros non signatarios al arbitraje”, dentre os quais menciona a “assunción expresa o tácita del pacto de arbitraje entre terceros” (DEYÀ, Federico S. *Incorporación de partes no signatarias al arbitraje*. In Revista de Arbitragem e Mediação, n° 7. ano 2. outubro-dezembro de 2005. p. 165). OLIVIER CAPRASSE expõe e apoia, igualmente, uma tendência do Judiciário francês no mesmo sentido (CAPRASSE, Olivier. *A arbitragem e os grupos de Sociedades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3/5. Fonte original citada: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 21 | p. 339 | Jul / 2003DTR\2003\339). De acordo com JAMES M. HOSKING, “However, sometimes a court

É o que pode ocorrer, a título de exemplo, no campo dos contratos envolvendo grupos de sociedades. Não é incomum que empresas de determinado grupo societário, especialmente a empresa líder, acabem participando ativamente de negociações e da execução de determinada avença cujo instrumento é assinado apenas por uma sociedade específica do conglomerado.

Nesses casos, restando claro que, não obstante não tenha expressamente subscrito o instrumento, a sociedade age como se estivesse de acordo com seus termos, reconhece-se a sua vinculação ao acordo³⁵⁶. A discussão foi, inclusive, recentemente levada ao Judiciário Estadual Paulista por força de ação anulatória de sentença arbitral no âmbito da qual restou reconhecida a vinculação de determinada parte a convenção arbitral que não havia sido por ela assinada. O julgamento de improcedência do pleito desconstitutivo foi confirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que a sentença arbitral “estabelece a estrutura societária das vendedoras, demonstrando, assim, o vínculo existente com as apelantes, de modo a admitir sua inclusão no procedimento arbitral”³⁵⁷.

Transpondo-se o raciocínio para o objeto desse estudo, se a parte se vê diante de alegação de uma convenção arbitral e não a impugna, está, na linha acima exposta, manifestando sua concordância àquela arbitragem específica, o que basta para que a arbitragem seja consensual. Quando menos, nessa ocasião, o encontro de vontade das

or arbitral tribunal is asked to look beyond the question of who signed the arbitration agreement to ascertain whether a third party (i.e. a nonsignatory) has in fact given its consent to be bound by the arbitration agreement and that the parties (i.e. the signatories) have also consented to the third party being bound. This can be seen as a corollary to the situation where the signatory claims its signature is not conclusive evidence of consent to arbitrate” (HOSKING, James M. *The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent*. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal: Vol. 4: Iss. 3. Article 6. Disponível em: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/6>. p. 477).

³⁵⁶Dos trabalhos específicos sobre o tema citados nas notas de rodapé anteriores, vale aqui destacar o que OLIVIER CAPRASSE, com ampla análise de casos CCI em que tal discussão tenha surgido (CAPRASSE, Olivier. *A arbitragem e os grupos de Sociedades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3/7. Fonte original citada: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 21 | p. 339 | Jul / 2003DTR\2003\339).

³⁵⁷Recurso de apelação nº 0214068-16.2010.8.26.0100, Des. Rel. Roberto Mack Cracken, 2ª Câmara reservada de Direito Empresarial, DJ. 16.10.2012. Em primeiro grau, o pleito foi julgado improcedente sob o seguinte fundamento: “as requerentes, na própria inicial, confirmam de forma inequívoca a participação na elaboração de referido contrato, afirmando que rejeitaram inclusive a solicitação da requerida para a inclusão expressa, o que confirma a tese exposta na defesa e documentos, ou de que toda a transação envolveu diretamente as requerentes. Confirma-se, inclusive, f. da decisão arbitral” (DJ. 13.7.2011).

partes bastaria para estabelecer um novo compromisso para o litígio em questão³⁵⁸. Tal manifestação é, quando menos, tácita, assim como ocorre nos casos em que a parte participa de toda a negociação do contrato, mas não o assina.

Inclusive, se o próprio sistema admite a renúncia tácita à convenção de arbitragem, o que ocorre na hipótese em que a parte se vê diante de processo judicial de objeto abrangido por convenção arbitral, mas não argui a existência de tal convenção, parece lógico aceitar que, na situação inversa, a parte não que argui a irregularidade na convenção também está aceitando ao menos tacitamente a submissão do litígio em questão à arbitragem.

Por isso que, diante do raciocínio aqui estabelecido, eventual nulidade absoluta na convenção arbitral acaba sendo superada. Isso não quer dizer que a convenção anterior – absolutamente nula – seja convalidada, mas sim que o silêncio da parte quando, por expressa disposição legal, deveria se manifestar, basta para que se forme consenso submissão do litígio específico à arbitragem.

Ainda assim, não há como se afirmar que a regra de submissão necessária ao controle interno seja absoluta, ou que, diante de seu desrespeito, a apreciação judicial estaria sempre obstada. De fato, há hipóteses em que a interferência judicial deve ser admitida de forma incondicionada ao controle interno.

Como adiantado no capítulo III.3, o raciocínio aqui desenvolvido funciona adequadamente para arbitragens envolvendo partes experientes e bem assessoradas – normalmente empresas e empresários acostumados ao meio dos negócios – que possuem condições de diferenciar um litígio via arbitragem de um litígio via Poder Judiciário. Estão, assim, em condições manifestar consentimento em relação a determinado processo arbitral, ainda que iniciado com base em convenção arbitral viciada.

³⁵⁸Vem bem a calhar as ponderações de BERNARD HANOTIAU, para quem o consenso quanto à obrigação de arbitrar pode ser explícito ou implícito, devendo o último ser avaliado a partir da conduta do interessado, principalmente do papel que desempenhou na negociação ou na execução do contrato (HANOTIAU, Bernard. *Groupes de sociétés et groupes de contrats dans l'arbitrage Commercial international*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 12 | p. 114 | Jan / 2007DTR\2007\860).

Mas, como igualmente dito, a expansão da arbitragem para outros setores também justifica uma preocupação diferenciada com classes não tão experientes e assessoradas, que podem não ter consciência do meio em que estão litigando e das consequências de suas ações. Podem tanto achar que estão diante de verdadeiro órgão do Poder Judiciário quanto imaginar que o resultado da arbitragem poderá ser posteriormente questionado perante a justiça estatal.

Essa preocupação é relevante pois já se tem notícias de supostas câmaras de arbitragem exercendo atividades que, se não são criminosas, beiram suas raias³⁵⁹. São aqueles centros que, seja para favorecer determinado setor, seja apenas para angariar fundos ilicitamente, se fazem passar por verdadeiros órgãos do Poder Judiciário, utilizando-se de brasões e logos próprios do Estado e, com isso, atraindo indivíduos desavisados, tais como um trabalhador ou um consumidor sem orientação, e, então, “proferem sentenças” parciais ao outro polo da demanda, ou cobram desproporcionais quantias de ambos os lados por uma indevida resolução do conflito.

Diante desses casos, não há como se exigir da parte iludida que manifeste, logo após o início do processo, seu descontentamento com o desenvolvimento dessa suposta arbitragem (que, a bem da verdade, nem arbitragem é). A parte sequer possuía ciência de que estava envolvida em um exercício jurisdicional privado, mas acreditava estar exigindo seus direitos perante a Justiça Estatal.

Se é assim, então não há consentimento ou aquiescência a autorizarem o raciocínio aqui desenvolvido. Nesses casos, a parte poderá buscar livremente intervenção judicial.

A interferência judicial incondicionada também deve ser admitida diante de vícios que efetivamente acarretem na inexistência ou ineficácia na sentença arbitral, os quais, justamente por assim qualificados, admitem reconhecimento judicial a qualquer tempo, mesmo após transposto o prazo decadencial da ação anulatória de sentença arbitral (capítulo IV.2.c).

³⁵⁹Como adiantado, também é esse o alerta de RAFAEL FRANCISCO ALVES (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 223/226).

No que toca à atividade do árbitro, a inexistência se dá diante de inarbitrabilidade subjetiva ou objetiva do litígio, ou ainda de arbitragens em que incapazes integrem o painel arbitral (capítulo V.2.d.2). Já a ineficácia ocorre por consequência de processo arbitral que, por irregularidade no ato citatório, se desenvolveu sem a participação da parte requerida, ou ainda em que, mesmo diante de objeto incindível e litisconsórcio necessário, um dos consortes não é integrado ao processo (capítulo V.2.d.3). A ausência de consentimento quanto à jurisdição arbitral, mesmo que oportunamente manifestada, não leva à inexistência da sentença arbitral, mas sim à invalidade (capítulo V.2.d.1).

Ainda, o condicionamento do controle externo primário ao controle interno deve ser excepcionado se, por descumprimento ao dever de revelação (capítulo III.6), a parte não vier a ter conhecimento, até o fim da arbitragem, de questão que possa comprometer a imparcialidade do árbitro; adquirindo-o ainda dentro do prazo decadencial da ação anulatória.

Nesses casos, não há como se atribuir à parte as consequências de não ter submetido a irregularidade ao controle interno, pois não haveria como dele se desincumbir. De outra forma, o sistema estaria subtraindo da parte sua prerrogativa ao controle da atividade do árbitro sem que isso seja decorrente de qualquer conduta sua, ativa ou comissiva.

Isso deve, no entanto, ser tratado com bastante cautela. Tal como será visto no capítulo seguinte, a arguição retardada de questões relacionadas à aptidão do árbitro traz à parte o ônus de demonstrar que somente adquiriu conhecimento da situação no momento em que arguida, inexistindo meio razoável de conhecê-la antes. O mesmo deve ser observado para o controle externo, já que, assim como ocorre com a impugnação retardada, sua admissão sem que tenha havido prévio controle interno deve ser tratada como excepcional.

Uma vez transcorrido o prazo decadencial da ação anulatória, nem mesmo nessa hipótese a revisão judicial há de ser admitida. Findo tal lapso temporal, a questão se consolida, salvo as hipóteses de inexistência e ineficácia da sentença arbitral³⁶⁰.

³⁶⁰O mesmo tratamento é dado às irregularidades que admitem a ação rescisória. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

III.6. A regra de impugnação no primeiro momento possível e suas implicações

Para além de tratar do *Kompetenz-Kompetenz* e estabelecer o condicionamento do controle externo ao controle interno, o artigo 20 da Lei de Arbitragem ainda determina que a parte deverá submeter suas insurgências relacionadas à jurisdição e aptidão do árbitro “na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”. Disso se extrai, ainda, a regra de impugnação no primeiro momento possível, sob pena de preclusão.

Inicialmente, o dispositivo não deve ser literalmente interpretado. No que toca à impugnação à aptidão do árbitro, fixá-la necessariamente para o ato processual subsequente à instituição da arbitragem estabeleceria às partes o ônus estarem cientes, até então, de todo e qualquer óbice ao funcionamento do árbitro³⁶¹. Isso conflita com o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei, que admite a retardada recusa do árbitro por questões anteriores à sua nomeação na hipótese da parte adquirir ciência do óbice apenas após esse momento; e ainda torna irrelevante o eventual descumprimento, pelo árbitro, do dever de revelação previsto no artigo 14º, § 1º, da Lei.

Não foi essa a intenção do legislador ao estabelecer a redação do artigo 20 da Lei de Arbitragem. A mais correta interpretação para esse dispositivo legal é aquela que condiciona o controle de questões relacionadas à aptidão do árbitro ao momento em que a parte tenha condições de adquirir ciência de fatos a tais questões relacionados³⁶², harmonizando o disposto nos artigos 20 e 14, § 1º e § 2º, da Lei de Arbitragem.

2003. p. 107. Especificamente acerca do processo arbitral: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. P. 303.

³⁶¹O que ocorre, como já dito, no momento em que todos os árbitros aceitam sua nomeação (artigo 19 da Lei de Arbitragem).

³⁶²De forma semelhante: ALVES, Rafael Francisco. *A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal?* Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 109 | Out / 2005 DTR\2005\604. Também nesse sentido, embora sem tratar especificamente da lei brasileira: DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012. p. 139. Para CARMONA, “se a parte tiver ciência de motivo que possa afastar o árbitro e não o alegar oportunamente, fará presumir que concordou com a presença do julgador no comando do processo”. Mais a frente, o professor esclarece que “quis o legislador criar momento preclusivo de estabilização do processo, para evitar que as partes, simplesmente por não mais convir, pudessem afastar o árbitro nomeado. Se conheciam motivo de impedimento e julgaram que tal motivo não afetaria a

Nesses termos, o artigo 20 estabelece a regra de impugnação no primeiro momento possível após a instituição do processo arbitral e o artigo 14, § 2º, excepciona tal preceito nas hipóteses em que não seria possível à parte conhecer os fatos no momento inicial. Ainda, o dispositivo atrela a impugnação ao momento em que o árbitro relevar tais supostos fatos, sem prejuízo de, na ausência de revelação, a parte impugnar a presença do árbitro assim que tomar conhecimento do contexto fático que a justifique.

É válido destacar que a Lei obsta quaisquer impugnações ao árbitro diretamente nomeado pela parte fundadas em questões que a parte conhecia (ou pudesse razoavelmente conhecer) antes da indicação. É o que se extrai do disposto no artigo 14, § 2º, letra “a”, da Lei de Arbitragem³⁶³.

No que toca ao dever de revelação, importa registrar que relevar significa trazer ao conhecimento de alguém algo que era secreto; que essa pessoa não tinha condições de conhecer sozinha³⁶⁴. É justamente esse dever que o artigo 14, § 1º, da Lei de Arbitragem, imputa aos árbitros. Informar às partes fatos que possam ensejar sua suspeição ou impedimento para funcionar no caso, mas que elas não teriam razoáveis condições de conhecer por si.

imparcialidade do julgador, *tollitur quaestio!*” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 255).

³⁶³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 28/29; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 255.

³⁶⁴De acordo com FOUCHARD, GAILLARD, e GOLDMAN: “The purpose of the arbitrator's duty of disclosure is to ensure that the parties are able to challenge that arbitrator if, in their view, the arbitrator does not meet (or no longer meets) the applicable conditions of independence and impartiality. The challenge procedure, whether before an arbitral institution, appointing authority or court, requires the challenging party to prove the facts on which the challenge is based. That party cannot therefore take any action until it is aware of such facts (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 579). De forma análoga, ao tratar de arbitragens internacionais, KAREL DAELE assevera que “the duty of disclosure is especially important since a party may not have an easy access to information regarding the reputation and relationships of an arbitrator domiciled in a foreign country” (DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012. p. 2) Na mesma linha: MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação dos árbitros*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 31. Jul-Ago-Set 2011. Porto Alegre: Síntese. p. 65; VERÇOSA, Fabiane. *A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 332 | Jan / 2004 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 711 | Set / 2014DTR\2004\5.

Disso se extrai que fatos públicos, de razoável acesso, não precisam ser revelados³⁶⁵. Até porque, se cabe à parte se insurgir contra a indicação de determinado árbitro, também é seu dever investigar, com base nas informações a que tem acesso, eventuais razões para desconfiar da imparcialidade dos integrantes do painel arbitral. Por outro lado, fatos que a parte não tenha condições de conhecer precisam ser necessariamente informados, para que a parte possa avaliar se isso, a seu ver, impede a participação do árbitro.

Essa regra é de difícil delimitação. O simples fato de uma informação estar disponível em determinado sítio na internet não significa, necessariamente, que tal informação possa ser considerada pública ou de acesso razoável para os fins aqui tratados. Imagine-se a hipótese da informação não aparecer nos usuais meios de pesquisa da rede mundial de informações, ficando “escondida” em um site específico, vindo à tona somente diante da digitação do respectivo endereço eletrônico, e eventualmente com profundas incursões no sítio.

A descoberta de tal informação será, nesse cenário, quase impossível, embora realmente esteja acessível ao público. É bem provável que, em uma atividade investigativa, a parte não a atinja justamente porque não conhece o caminho necessário para encontrá-la.

O fato de tal informação estar disponível na internet não bastaria, nesse caso, para se exigir da parte que, sem qualquer revelação, argua a suspeição do árbitro tão logo instituída a arbitragem. Não é razoável se exigir das partes que vasculhem toda a rede mundial de informações em busca de um dado de cuja existência sequer desconfiam.

O critério deve, assim, ser estabelecido com mais parcimônia, sendo mais correto que se exija da parte o conhecimento de informações que poderiam ser obtidas com base em buscas razoáveis, que demonstrem sua diligência, tais como a utilização de meios usuais de pesquisa e a investigação de fatos críveis³⁶⁶. Aquelas informações de que a parte

³⁶⁵GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 580.

³⁶⁶Em recentíssima decisão em que decidiu desconstituir uma sentença arbitral por inaptidão do árbitro extraída de determinado fato por ele não revelado, a Corte de Apelação de Paris assevera que “Considérant, d’une part, que si des informations publiques et très aisément accessibles, que les parties ne pouvaient

não poderia desconfiar, ainda que disponíveis em um meio específico de acesso à informação, não devem ser consideradas. Elas não podem ser reputadas públicas para os fins aqui discutidos, devendo ser reveladas. Caso não sejam, correto que se dispense a parte da observância à regra de impugnação no primeiro momento, podendo manifestar sua insurgência assim que obtenha acesso às informações a ela relacionadas, ainda que com o processo arbitral já em fase avançada.

Não se nega que o critério ainda assim abre espaço para um certo subjetivismo. No entanto, o caminho é mais adequado do que se estabelecer uma regra binária (informações públicas vs. informações privadas), apta a gerar situações desarrazoadas e injustas. Caberá ao árbitro (assim como a outros órgãos eventualmente responsáveis pelo controle interno) e, posteriormente, ao Juiz (caso o controle externo seja acionado), verificar caso a caso se é razoável que a parte não tenha conseguido acesso à informação no primeiro momento possível.

Em consonância com isso, e para que essa sistemática funcione adequadamente, evitando condutas protelatórias ou até mesmo eventual reserva mental, esse preceito e suas exceções devem significar que, sob a parte responsável por uma impugnação retardada, recai o ônus de demonstrar que só teve condições de adquirir ciência do fato à época em que a impugnação foi lançada³⁶⁷.

Esse ônus pode ser extraído do próprio arranjo legal aqui exposto. Se a impugnação retardada é excepcional e admitida justamente quando a parte vem a ter conhecimento do fato tardiamente, necessário que demonstre estar a hipótese tratada dentro desse espectro que exceções.

manquer de consulter avant le début de l'arbitrage, sont de nature à caractériser la notoriété d'un conflit d'intérêts, en revanche, il ne saurait être raisonnablement exigé, ni que les parties se livrent à un dépouillement systématiques des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées" (Cour d'Appel de Paris. Pôle 1 - Chambre 1. Arrêt du 14 octobre 2014 - Numéro d'inscription au répertoire général: 13/13459).

³⁶⁷Também nesse sentido, CAVALIERI, Thamar. *Imparcialidade na arbitragem*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 41/2014 | p. 117 | Abr / 2014 DTR\2014\8919

Isso também advém da boa-fé exigida das partes no decorrer do processo. Seria contrário a tais normas de conduta a parte reservar sua impugnação para o momento que lhe pareça mais oportuno, tal como a iminência de eventual derrota na arbitragem³⁶⁸.

Não bastaria, portanto, a parte alegar que somente resolveu em determinado momento investigar a vida pretérita do árbitro, tendo então descoberto o fato supostamente prejudicial ao seu funcionamento. Nossa lei exige da parte que adote tais cautelas logo no início da arbitragem, até mesmo para evitar que seu revolvimento retardado signifique retrocessos, prejudicando a efetividade do processo.

Em consonância com tudo isso, o dever de relevar também deve ser exercido no primeiro momento possível, o que, no caso do árbitro, equivale à aceitação do encargo. Caberá ao árbitro, neste ato, expor o fato, esclarecendo todo o contexto em que inserido. Caberá às partes, então, definir se irão impugnar a participação do árbitro diante do fato revelado.

A exceção a isso é a hipótese em que o fato gerador de dúvidas acerca da imparcialidade do árbitro nasce no próprio curso da arbitragem. Nesses casos, deverá o árbitro revelar o fato tão logo esteja ciente de sua ocorrência, cabendo às partes, então, decidir se impugnarão sua continuidade na arbitragem³⁶⁹.

³⁶⁸CARMONA demonstra sérias preocupações com estratégias como essa ao tratar do dever de relevação. Segundo o Professor, o esquecimento, por parte do árbitro, quanto a algum fato que eventualmente devesse ser relevado pode levar a guardar esse às na manga para eventual derrota na arbitragem. (CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5/6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 47 | Jan / 2011 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 681 | Set / 2014 DTR\2011\1296). No mesmo sentido aqui defendido: CAVALIERI, Thamar. *Imparcialidade na arbitragem*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 41/2014 | p. 117 | Abr / 2014 DTR\2014\8919.

³⁶⁹Nessa linha, FOUCARD, GAILLARD, e GOLDMAN destacam que, mesmo na ausência de disposição legal nesse sentido, o dever de revelação é permanente. “the arbitrators' duty of disclosure must continue until they make their award, because they are required to remain independent until they have fulfilled their role as judges”. Para exemplificar seu posicionamento, os juristas mencionam julgado da Corte de Apelações de Paris que anulou uma sentença arbitral por ter um dos árbitros celebrado contrato de trabalho com uma das partes no dia seguinte à prolação da sentença arbitral. O fundamento foi de que o episódio “must have involved prior negotiations, before the award had been made” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 579). No mesmo sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 254; SANTOS, Fernando Silva Moreira dos. *Impedimento e suspeição do árbitro: o dever de revelação*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 35/2012 | p. 35 | Out / 2012 DTR\2012\451125.

Importante ter em mente: nada impede as partes de, ao definirem as regras do processo, estabelecerem prazo ou momento específico para a arguição de tais questões, mesmo que anterior à instituição da arbitragem. Da mesma forma, é admitido e usual definirem que tais questões sejam arguidas inicialmente perante um terceiro órgão, tal como o centro de arbitragem responsável por administrar o processo. Com isso, estabelecerão um novo órgão responsável pelo controle da atividade do árbitro (capítulo II.1.b), com poderes para afastar árbitros do processo específico, mas que nunca poderá impedir, caso mantido o árbitro, a reapreciação da questão pelo próprio painel arbitral e, posteriormente, pelo Judiciário (capítulo IV.1.d).

Da mesma forma, ainda que o sistema exija a divulgação tão somente de questões às quais as partes não possuam razoáveis condições de acesso, é oportuno e aconselhável que o árbitro desde logo aponte também eventuais fatos que, embora considere “públicos”, podem gerar controvérsias. Isso evita discussões posteriores, colaborando para uma solução célere da questão e tornando a arbitragem mais segura. A diferença é que eventual ausência de revelação, nesses casos, não impedirá a preclusão do direito de impugnar o funcionamento do árbitro.

Inclusive, é cada vez mais comum que os centros de arbitragem circulem questionários aos árbitros com indagações relacionadas a fatos dessa natureza e que não precisariam ser necessariamente revelados, para posteriormente divulga-los às partes. A intenção é tornar o tratamento dessa questão o mais transparente possível, evitando que inoportunas discussões e manobras de má-fé atravanquem o desenvolvimento da arbitragem.

Sobre o objeto do dever de revelação, é importante destacar que, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei de Arbitragem, devem ser revelados os fatos que denotem “dúvida justificada” quanto à imparcialidade e independência do árbitro. É, diante disso, reiterado em doutrina o entendimento de que o convencimento do árbitro quanto ao seu impedimento ou suspeição não se faz necessário para que tenha que revelar o fato. Basta que a circunstância possa levantar suspeitas quanto à independência e imparcialidade³⁷⁰.

³⁷⁰Nesse sentido, as ponderações de DINAMARCO, para quem “é como a mulher de César: não basta ser honesto, é preciso que também projete sobre o espírito de todos a certeza de que é honesto” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 29)

Diante disso, costuma-se afirmar que o árbitro tem o dever de relevar todo e qualquer fato que, “aos olhos das partes”³⁷¹, possa eventualmente prejudicar seu funcionamento na arbitragem, devendo se colocar no lugar da parte e projetar o que poderia levantar suspeitas quanto à sua participação³⁷².

A regra é de incômodo subjetivismo. Como bem pondera CARMONA, “a susceptibilidade e a sensibilidade de cada um são difíceis de serem mensuradas”³⁷³. O que pode parecer indiferente para uma parte mais acostumada a demandas arbitrais, eventualmente significa uma aberração para aquela que está estreando nesse mecanismo³⁷⁴. Há vínculos que, para determinadas partes, são absolutamente comuns especialmente no meio jurídico, enquanto que, para outras, seriam inaceitáveis entre o julgador e uma das partes³⁷⁵.

³⁷¹CARMONA utiliza justamente esse termo (CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 47 | Jan / 2011 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 681 | Set / 2014 DTR\2011\1296). LUIS OLAVO BAPTISTA fala em “dúvida justificada do ponto de vista das partes” (BAPTISTA, Luis Olavo. *Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação da sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 36/2013 | p. 199 | Jan / 2013 DTR\2013\2506). SELMA LEMES diz que “deve o árbitro efetuar a pergunta a si, se fosse parte gostaria de conhecer mencionado fato?” (LEMES, Selma. *O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada. Quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1.º, da Lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da lei 9.307/1996)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 36/2013 | p. 231 | Jan / 2013 DTR\2013\2508). FABIANE VERÇOSA fala em “ótica das partes (e não na opinião do árbitro)” (VERÇOSA, Fabiane. *A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 332 | Jan / 2004 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 711 | Set / 2014 DTR\2004\5).

³⁷²“The prospective arbitrators are thus expected to decide what they should disclose by putting themselves in the position of the parties” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999. p. 580). No mesmo sentido: DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012. p. 8.

³⁷³CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 47 | Jan / 2011 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 681 | Set / 2014 DTR\2011\1296. Também nesse sentido, KAREL DAELE assevera que: “However, the subjective test also raises problems, one of which is uncertainty. How does an arbitrator know what might cause the parties to question his/her reliability for independent judgment? Arbitrators are, in other words, required ‘to stretch their mind’ as to how certain circumstances might be perceived by the parties” (DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012. p. 9).

³⁷⁴Em discussões sobre essa questão, houve-se muito a preocupação com um vínculo de amizade entre o árbitro e o advogado de uma das partes. Isso deve ser revelado, ou é algo absolutamente natural em especial na comunidade arbitral brasileira, ainda diminuta? Juristas experientes acostumados a essa posição (de árbitro) divergem fortemente sobre o assunto.

³⁷⁵É razoável pressupor que, no seio das relações privadas, o fato de determinado jurista ter um dia funcionado como advogado ou parecerista de uma parte, em relação já finda e que não tenha qualquer ligação com o litígio, seja encarado com normalidade. Já em uma arbitragem envolvendo entes públicos,

Justamente diante disso, há quem defenda que o melhor seria o candidato a árbitro revelar absolutamente tudo; até mesmo aquilo que gere a mais remota chance de impugnação³⁷⁶. O problema é que isso não é tão simples quanto pode parecer. Árbitros costumam ser selecionados entre profissionais renomados e experimentados, que prestam ou já prestaram serviços a uma infindável gama de indivíduos e sociedades.

Além do mais, como qualquer pessoa, o árbitro também estabelece as mais diversas relações econômico-sociais. Firma contratos de consumo, investe o fruto de seu trabalho, desenvolve atividades acadêmicas, participa de redes sociais e por aí vai. Exigir-se do árbitro que, em um hercúleo exercício de memória, selecione, de todas essas relações, aquelas que tenham alguma mínima ligação com as partes envolvidas no litígio seria, pelo menos, um exagero³⁷⁷.

Ainda, esse *standard* de revelação pode abrir portas para impugnações desarrazoadas, manejadas justamente pela parte que pretende atravancar o andamento do processo, ou plantar inseguranças³⁷⁸. De fato, isso seria um prato cheio para quem quer atrasar e envenenar a arbitragem.

Daí que, retornando aos termos da Lei, o mais lógico é partir para o campo da razoabilidade. Deve o árbitro agir com bom senso³⁷⁹, identificando aquelas relações que possam levantar dúvidas razoáveis, passíveis de impugnação, colocando-se justamente na posição de parte e projetando se, caso ali estivesse, ficaria incomodado com a situação.

os representantes do ente estatal, normalmente não tão acostumados a contratarem advogados e pareceres, podem não encarar isso com tanta naturalidade. Ambos podem estar certos, sob o ângulo pelo qual enxergam a questão.

³⁷⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 29; SANTOS, Fernando Silva Moreira dos. *Impedimento e suspeição do árbitro: o dever de revelação*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 35/2012 | p. 35 | Out / 2012 DTR\2012\451125.

³⁷⁷No mesmo sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 47 | Jan / 2011 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 681 | Set / 2014 DTR\2011\1296.

³⁷⁸Nesse sentido: LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 267.

³⁷⁹LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 268.

Isso sempre trará riscos, mas, como visto acima, a outra opção, além de não parecer razoável, também traz insegurança. Ainda, deve-se considerar que são infundáveis as relações passíveis de gerar as discussões aqui travadas, o que impossibilita a adoção de uma regra mais objetiva.

De qualquer forma, exigir-se da parte que, na linha exposta acima, explique em impugnação tardia como chegou ao conhecimento do fato que a fundamenta e demonstre porque só pode conhecê-lo naquele momento colabora para mitigar os problemas aqui tratados. Isso gera, no final do dia, um exercício de cooperação entre partes e árbitros, de sorte a resolver o quanto antes questões relacionadas à aptidão do painel arbitral.

No que toca às consequências do desrespeito à regra de impugnação no primeiro momento possível – inaplicável, evidentemente, às hipóteses em que tal regra pode ser excepcionalmente inobservada – correto, como já adiantado, que seja de preclusão da faculdade de impugnar a jurisdição ou aptidão do árbitro no âmbito interno³⁸⁰, inadmitindo, por consequência do quanto exposto no capítulo anterior, também o controle externo. Ultrapassado o momento processual estabelecido pela lei para o controle interno de tais questões, não podem mais ser arguidas internamente. Como o controle interno é condição para o controle externo, também incabível a revisão judicial da questão.

Nesse ponto, devem ser excepcionadas as impugnações que envolvam questões de ordem pública, cuja apreciação é admitida em qualquer momento enquanto não concluído o processo arbitral, justamente na linha do capítulo anterior. Aqui, não se trata

³⁸⁰Tratando especificamente da aptidão do árbitro, JEFF WAINCYMER assevera que “Most legal systems take the view that undue delay in challenging an arbitrator constitutes a form of waiver. The Model Law Article 13(2) states that objections on independence/impartiality have to be made within fifteen days of appointment/ becoming aware of the relevant facts. Likewise, most arbitral rules provide time limits for bringing challenges” (WAINCYMER, Jeff. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International. 2012. p. 318). Ao tratar de eventual impugnação diante de revelação do árbitro, KAREL DAELE aduz que, “If an arbitrator discloses all the facts which could conceivably be considered as grounds for disqualification and if no objection is made in a timely manner, any subsequent challenge during or after the arbitration proceeding will be unsuccessful. The right to propose the disqualification because of facts contained in the disclosure is then deemed to have been waived. In this respect, disclosure avoids, or least it reduces, the risk that the arbitration proceeding is frustrated and interrupted by late challenges. (DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012. p. 2). Entre nós, vão nesse sentido as ponderações de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Suspeição e impedimento em arbitragem. Sobre o dever de Revelar na lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 65 | Jan / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 969 | Set / 2014DTR\2011\1297).

de revisão de atividade jurisdicional já estabilizada, mas sim a apreciação da questão fora do momento processual oportuno, mas ainda na pendência do processo.

Isso não significa, no entanto, que toda matéria tratada no processo judicial como de ordem pública também deve assumir tal feição no processo arbitral. Embora haja evidentes similitudes entre as atividades adjudicatórias pública e privada, a começar por serem ambas exercício de jurisdição, não são integralmente correspondentes, sendo proveitoso o paralelo nos pontos em que uma espelha a outra, assim como necessário o tratamento diferenciado diante de singularidades.

Nessa linha, a questão do impedimento do árbitro, embora seja tratada no processo judicial como de ordem pública e, assim, apreciável a qualquer momento, não deve receber o mesmo tratamento no processo arbitral³⁸¹.

Isso porque, ao contrário do processo estatal, em que às partes é imposto um julgador (ou um painel julgador), no processo arbitral, as partes possuem certo controle sobre quem será seu juiz³⁸². Daí que, não obstante a legitimidade de ambos os mecanismos envolver confiança, essa circunstância opera de forma diferente nesses meios.

A credibilidade do juiz estatal - repita-se: imposto às partes - é institucional. Advém da sua vinculação ao Estado, assim como dos rigorosos processos seletivos aos quais submetido, e ainda de uma presumida equidistância, própria à função por ele desempenhada; elementos esses que colaboram para legitimar sua decisão³⁸³.

A legitimação do árbitro, por seu turno, advém de ter sido escolhido, ainda que indiretamente, pelas próprias partes, que, em um ambiente contratual, depositam confiança pessoal no julgador. Não por outro motivo, a doutrina se posiciona de forma

³⁸¹Em sentido contrário, as ponderações de FERNANDO GAJARDONI (GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Recentes notas sobre o impedimento no direito processual civil brasileiro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte Original Citada: Revista de Processo | vol. 174 | p. 82 | Ago / 2009DTR\2009\501).

³⁸²Nesse sentido, por todos: MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação dos árbitros*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 31. Jul-Ago-Set 2011. Porto Alegre: Síntese. p. 63.

³⁸³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Suspeição e impedimento em arbitragem. Sobre o dever de Revelar na lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 65 | Jan / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 969 | Set / 2014DTR\2011\1297.

contrária à eleição de pessoa jurídica como árbitro, considerando que ele desempenha uma função personalíssima³⁸⁴.

Daí que, no âmbito judicial, o impedimento e a suspeição³⁸⁵ atingem a credibilidade institucional do julgador. Justamente por isso, o impedimento, relacionado a critérios objetivos, é considerado questão de ordem pública e admite até mesmo ação rescisória³⁸⁶. Já no âmbito arbitral, eventual impedimento ou suspeição poderiam macular a confiança pessoal das partes no julgador. Atua, assim, no âmago das partes, estando dentro de sua esfera dispositiva. Por isso, não há porque serem consideradas questões de ordem pública³⁸⁷.

Até porque, se o ordenamento admite que as partes escolham quem será seu julgador, podendo estabelecer os mais variados métodos de seleção, é porque considera que a parte possui plenas condições de estabelecer em quem depositará sua confiança³⁸⁸.

E, se as partes estão livres para determinar a eleição de seu julgador, também parece claro que possam concordar com a atribuição de poderes jurisdicionais a alguém

³⁸⁴FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Suspeição e impedimento em arbitragem. Sobre o dever de Revelar na lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4/5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 65 | Jan / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 969 | Set / 2014DTR\2011\1297.

³⁸⁵Esta, em menor grau, aproximando-se de certa forma do impedimento e da suspeição no âmbito da arbitragem, tanto que sujeita à preclusão.

³⁸⁶Como bem sintetiza CARMONA, no regime do Código de Processo Civil, “o impedimento funciona como proibição para o juiz de atuar nas causas em que estejam presentes as circunstâncias descritas no art. 134; e o defeito é tão importante que a lei processual o faz sobreviver ao trânsito em julgado da sentença, permitindo até mesmo o manejo da ação rescisória; já a suspeição abrange casos tidos como menos graves quanto ao comprometimento da imparcialidade do juiz, de maneira que, não se afastando espontaneamente o magistrado e não alegando a parte o defeito no prazo e na forma legal, será válido todo o processado, sem que se possa alegar a nulidade posteriormente” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. P. 251/252).

³⁸⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Suspeição e impedimento em arbitragem. Sobre o dever de Revelar na lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5/6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 65 | Jan / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 969 | Set / 2014DTR\2011\1297.

³⁸⁸FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Suspeição e impedimento em arbitragem. Sobre o dever de Revelar na lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 65 | Jan / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 969 | Set / 2014DTR\2011\1297.

que estaria impedido para o julgamento de seu litígio³⁸⁹, assim como aquiescer diante da eleição de julgador com tais possíveis características³⁹⁰.

Reforça isso a assertiva de que a arbitragem é admitida apenas para a solução de direitos patrimoniais e disponíveis. Se as partes podem dispor livremente quanto ao bem da vida em jogo, é lógico e razoável aceitar que também possam dispor quanto a quem caberá decidir adjudicatoriamente o destino de tal bem da vida.

Esse raciocínio não desrespeita o disposto no artigo 14 da Lei de Arbitragem pois, como bem esclarece TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, o destinatário dessa norma proibitiva é o próprio julgador e não as partes envolvidas na arbitragem. É uma *proibição de funcionar* que pode ser afastada pela parte, mas não pelo Julgador³⁹¹. O mesmo pode ser dito com relação ao disposto no artigo 21, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Daí que o julgamento do litígio por alguém suspeito ou impedido não desrespeita os referidos dispositivos legais e não transborda a esfera dispositiva das partes. Se as partes consideram que, mesmo diante de eventual relação com uma delas – ou até mesmo com ambas -, o árbitro continua apto a decidir o conflito, exercendo assim sua faculdade dispositiva quanto a tal questão, não há porque se ignorar essa manifestação de vontade.

³⁸⁹Para RAFAEL FRANCISCO ALVES, a Lei de Arbitragem ter previsto o prazo preclusivo aqui tratado é demonstração de que optou por deixar questões relacionadas ao impedimento a à suspeição do árbitro dentro da esfera dispositiva das partes (ALVES, Rafael Francisco. *A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal?* Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 109 | Out / 2005 DTR\2005\604). Também nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009; SANTOS, Fernando Silva Moreira dos. *Impedimento e suspeição do árbitro: o dever de revelação*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 35/2012 | p. 35 | Out / 2012 DTR\2012\451125; VERÇOSA, Fabiane. *A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 332 | Jan / 2004 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 711 | Set / 2014DTR\2004\5; MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação dos árbitros*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 31. Jul-Ago-Set 2011. Porto Alegre: Síntese. p. 63.

³⁹⁰Nesse sentido, é a posição de KAREL DAELE ao tratar especificamente do dever de revelação (DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. Kluwer Law International. 2012. p. 2).

³⁹¹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Suspeição e impedimento em arbitragem. Sobre o dever de Revelar na lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 65 | Jan / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 969 | Set / 2014DTR\2011\1297. Similares são as ponderações de CARMONA, para quem “a norma procura dar proteção à parte que, contra sua vontade, vê nomeado árbitro envolvido em alguma das circunstâncias capituladas na Lei” (Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 253).

O importante é verificar se houve aceitação expressa ou tácita e, para tanto, retoma-se o quanto aqui desenvolvido acerca da impugnação no momento em que a parte tiver condições de conhecer o fato que possa eventualmente prejudicar a atuação do árbitro. Se, atingido tal momento, nada foi arguido, ou se, diante de eventual revelação, a parte concordou expressa ou tacitamente com a manutenção do árbitro, a questão está resolvida e não poderá ser retomada, interna ou externamente³⁹².

Por outro lado, questões de ordem pública relacionadas ao direito material, mas com influência direta no processo arbitral, tais como eventuais nulidades da convenção arbitral, podem ser arguidas e apreciadas a qualquer momento, enquanto não decidida a arbitragem. Nesse ponto, o direito material é o mesmo para o processo judicial ou arbitral, devendo ser igualmente observado.

Não obstante, válido retomar o raciocínio exposto no capítulo anterior acerca da aceitação tácita da convenção arbitral. Ainda que determinada convenção possua vício insanável, se, ao início da arbitragem, esse vício puder ser sanado com nova manifestação de vontade e, diante disso, a parte se mantém silente diante de arbitragem iniciada pela sua adversária, há que se reconhecer que o vício se torna irrelevante, quando menos diante de novo encontro de vontades por arbitrar ali estabelecido.

Nessa linha, pode-se citar o exemplo do contratante que era menor à época da celebração da convenção arbitral, mas, quando iniciada a arbitragem, já havia atingido a maioridade. Se, nesse contexto, a parte agora capaz não impugna a convenção arbitral com base na sua suposta incapacidade à época da celebração, está manifestando concordância quanto ao arbitramento daquele litígio, de sorte que não poderá, futuramente, se voltar contra o seu resultado com base em eventual nulidade na convenção arbitral.

³⁹²KAREL DAELE bem demonstra que a inexistência dessa regra abriria portas para impugnações meramente estratégicas: “This ‘something else’ might be that the challenging party starts realizing, for example following a hearing or a procedural order issued by the Tribunal, that it may lose the case. Challenging the ‘hostile’ arbitrator on the basis of information that the challenging party did not consider to be problematic at first – in the hope that the arbitrator resigns or is disqualified – will then result in a newly constituted Tribunal which may have a more favourable view of the challenging party’s case (DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012. p. 164/165).

Esse raciocínio em nada ofende o disposto no artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, pois não impede que o árbitro aprecie de ofício eventual vício na convenção arbitral. Esse expediente é oportuno, devendo o julgador, no entanto, levar em conta essa possível aceitação tácita da convenção arbitral ao avaliar a questão. Isso porque, é possível que essa aceitação tácita não surta os efeitos aqui aventados, como na hipótese do contratante continuar menor no momento do início da arbitragem.

Em suma, o disposto no artigo 20 da Lei de Arbitragem também impõe regra preclusiva que concentra a apreciação de quaisquer questões relacionadas à jurisdição e aptidão do árbitro no início da arbitragem, excetuando-se as hipóteses em que a parte não possuía razoáveis condições de conhecer o eventual fato prejudicial logo no começo do processo, assim como a avaliação de matérias de ordem pública. Tal preceito, em conexão o condicionamento do controle externo ao controle interno, acaba sendo igualmente determinante para a admissibilidade da revisão judicial de tais questões.

III.7. Extensão, para todo o controle interno, das regras até aqui estabelecidas

Como adiantado ao início deste capítulo, os preceitos até aqui tratados estiveram focados na jurisdição e aptidão do árbitro, pois são relacionadas a essas questões as disposições encontradas na Lei de Arbitragem acerca do momento para o controle interno, com suas consequências sobre o controle externo.

Isso não significa que tal controle possa, no restante, inobservar o quanto até aqui asseverado³⁹³. Do quanto até aqui desenvolvido, extrai-se que de nada adiantaria estabelecer regras inspiradas no *Kompetenz-Kompetenz* ou impor condições ao controle externo primário da jurisdição e aptidão do árbitro se, no restante, a interferência judicial pudesse ser irrestritamente admitida. Isso, de qualquer forma, acarretaria no possível travancamento da arbitragem diante de interferências judiciais no seu curso, assim como

³⁹³FELIPE WLADECK também se posiciona pela extensão das regras aqui tratadas para outras hipóteses de vícios no processo arbitral (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 218/220).

desperdiçaria o eventual ganho qualitativo agregado ao controle da atividade do árbitro com seu exercício interno.

Daí que a extensão de tais regras para todo o controle interno se faz necessária justamente para que possam ser atingidos os objetivos com elas buscados, viabilizando um mecanismo eficaz e, consequentemente, interessante de solução de conflitos. Especialmente no campo da recalcitrância, de nada adiantaria impedir as partes de judicializar, ainda no curso da arbitragem, eventuais insurgências à jurisdição e aptidão do árbitro, mas permitir tal caminho para uma outra gama de possíveis vícios. Isso levaria a parte a escolher a alegação mais oportuna para atravancar o desenvolvimento do processo.

Mas, não é só isso que leva à extensão dos preceitos até aqui estabelecidos para todo o controle da atividade do árbitro. Retomando raciocínio já exposto, isso advém, antes de mais nada, da própria vontade manifestada pelas partes e da boa-fé processual que delas se exige.

Como visto, na medida em que as partes contrataram a submissão de seus litígios ao juízo arbitral, não se pode aceitar que, ao menos em momento anterior à solução de suas controvérsias pelo próprio árbitro, possam inadimplir o contrato buscando apreciação judicial.

E isso se dá, nos termos já tratados, tanto em relação às controvérsias materiais quanto às processuais. Não fosse assim, estaria inclusive frustrada a opção das partes de afastar a via judicial de seus conflitos. Por outro lado, o respeito aos preceitos aqui estabelecidos permite que, em determinadas hipóteses, a questão acabe confinada ao controle interno, prestigiando-se justamente essa opção das partes.

Isso também é, retomando mais uma vez pensamento já exposto, fruto da boa-fé exigidas das partes na sua relação processual. Significaria deliberada tentativa de inexecução do contrato, em *venire contra factum proprium*, a busca por apreciação judicial de possível irregularidade na atividade do árbitro sem que tal questão tivesse sido antes submetida ao tribunal arbitral.

Tal raciocínio justifica tanto o respeito à prioridade cronológica do controle interno quanto o condicionamento do controle externo ao controle interno. Justamente porque a parte deve inicialmente submeter-se ao mecanismo por ela mesma eleito para a solução de seus conflitos, é inaceitável tanto a judicialização prematura quanto a judicialização direta de suas divergências.

A regra de impugnação no primeiro momento possível sob pena de preclusão seria, por sua vez, própria a qualquer atividade processual com finalidade adjudicatória. Assim como o processo estatal, o processo arbitral é um conjunto encadeado de atos que visa à solução do litígio. Deve andar para frente, caminhando em direção ao fim da pendência. Isso exige a estabilização dos atos processuais praticados pelas partes e árbitros, sob pena de se eternizar discussões e divergências processuais, inviabilizando a conclusão da arbitragem³⁹⁴.

Assim, a assertiva de que o processo arbitral não está fincado em rígidas preclusões não pode ser interpretado no sentido de que preclusão alguma haverá – até porque, pelo quanto tratado nos capítulos anteriores, não é esse o caso. O processo arbitral é, inegavelmente, dotado de maior flexibilidade, admitindo uma maior participação das partes no estabelecimento dos prazos, assim como uma certa tolerância ao seu descumprimento. Mas, isso não pode chegar ao ponto de ressuscitar questões já tratadas e encerradas, sob pena de eternizar o processo³⁹⁵.

Sob o ângulo da boa-fé, especialmente no campo da arbitragem, não há como se admitir que a parte guarde uma impugnação na manga, de forma a lançá-la no momento

³⁹⁴“A preclusão é uma entre as várias técnicas destinadas a evitar a demora do processo. Aliás, visa a possibilitar o próprio desenvolvimento dele, estabelecendo limites à prática de atos pelas partes e à discussão de questões processuais, a fim de que, mediante impulso oficial, se chegue ao exame da situação substancial, com a concessão ou a denegação da tutela jurisdicional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 128).

³⁹⁵“A grande liberdade confiada ao árbitro e às partes para o estabelecimento de normas a serem observadas na arbitragem e para o desenvolvimento dos atos de seu procedimento (*supra*, n. 14) não pode chegar ao ponto de permitir à parte a prática de atos incompatíveis com atos por ela própria já praticados (preclusão lógica) nem de deixar portas ilimitadamente abertas à repetição do exercício de uma faculdade processual já exercida (*preclusão consumativa*). Mesmo as *preclusões temporais* poderão em alguns casos ocorrer, quando a parte deixar de realizar algum ato no prazo fixado pelo árbitro. Sem preclusão alguma, nenhum procedimento é viável” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 59/60).

que lhe parecer mais conveniente³⁹⁶. Isso não se compatibiliza com a intenção de resolver litígios da forma eficiente – intrínseca à opção pela arbitragem -, mitigando uma relevante vantagem por buscada pelas partes ao contratarem tal mecanismo.

É sempre válido ter em mente que a arbitragem pode significar diversas vantagens quando comparada ao processo estatal (capítulo I.3), mas também traz consideráveis ônus às partes, tais como um usual alto custo de partida. Não é aceitável que a parte assumam tais ônus e não usufrua das vantagens com eles buscadas.

Assim, embora não haja disposição legal expressamente estabelecendo o respeito aos preceitos aqui tratados para questões além da jurisdição e aptidão do árbitro, isso é extraído justamente do objetivo de tais disposições específicas em conjunto com a própria *ratio* do macrossistema do processo e do microssistema da arbitragem.

Por outro lado, as exceções às regras estabelecidas nos capítulos anteriores devem ser tratadas com maior cautela, tendo em mente o objeto do controle. No campo do controle externo, estando fora de discussão a jurisdição e a aptidão do árbitro, e diante da taxatividade do rol de vícios que o admitem (artigo 32 da Lei de Arbitragem - capítulo V.2.a), a atividade do árbitro somente estará em jogo diante das hipóteses de desrespeito ao contraditório e à igualdade entre as partes (inciso VIII do artigo 8º).

Sim, pois, os incisos I, II, e IV, assim como a hipótese da imparcialidade prevista no inciso VIII³⁹⁷, estão relacionados à jurisdição e aptidão do árbitro, e os incisos III, V, VI e VII³⁹⁸, assim como a hipótese do livre-convencimento prevista no inciso VIII, não

³⁹⁶Ao tratar especificamente da impugnação à aptidão do árbitro, KAREL DAELE destaca que “The requirement to make a challenge in a timely fashion prevents a party to hold onto information about a potential conflict of interest as an insurance policy and to assert it only if the award is unfavourable” (DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012. p. 119).

³⁹⁷“Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

³⁹⁸(...)

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei;

estão relacionados à atividade do árbitro, mas sim a vícios no resultado da arbitragem extravasando o objeto desse estudo³⁹⁹.

Nessa linha, o condicionamento do controle externo primário ao controle interno admite inobservância diante de uma irregularidade específica que compromete o contraditório: a ausência de citação da parte e o consequente desenvolvimento e conclusão da arbitragem em seu desfavor, mas sem seu conhecimento e participação.

Isso se dá porque, se a irregularidade impede a parte de ter ciência do processo, não há como se exigir que se submeta ao controle interno. Ademais, tal vício acarretaria na ineficácia da sentença arbitral (capítulo V.2.d.3), admitindo controle externo em inobservância às condições da ação anulatória de sentença arbitral. Mesmo que isso não bastasse para a inaplicabilidade do prazo previsto no artigo 33, § 1º da Lei de Arbitragem, tal prazo somente deveria ser contado a partir do momento em que a parte viesse a ser notificada da sentença arbitral (capítulo IV.2.a.1).

No que toca às demais irregularidades que acarretem em ofensa ao contraditório ou à igualdade entre as partes, a regra de condicionamento do controle externo primário ao controle interno é integralmente aplicável, pelas razões já tratadas. O fato de tais questões serem consideradas de ordem pública não inibe a preclusão oriunda da sentença arbitral, assim como não impede a imposição de condições à demanda com vistas à desconstituição dessa sentença.

Finalmente, a regra de impugnação do primeiro momento possível admite, como já tratado, flexibilização diante de questões de ordem pública. No que toca aos demais vícios passíveis de controle externo (o contraditório e a igualdade entre as partes), essa situação estará configurada, até mesmo no âmbito da arbitragem. Mesmo diante das especificidades no processo arbitral, não há como deixar de atribuir a tais preceitos a mesma relevância alcançada no processo estatal.

³⁹⁹De qualquer forma, sua manifestação apenas diante da prolação da sentença arbitral inviabiliza a judicialização prévia, tornando o problema irrelevante ao menos no que toca à prioridade cronológica do controle interno.

O contraditório e a igualdade processual entre as partes são postulados inafastáveis a qualquer método justo e probo de adjudicação de conflitos, estando inseridos no que se denomina Devido Processo Legal, direito fundamental de qualquer jurisdicionado. Não por outro motivo, o artigo 21, § 2º, da Lei de Arbitragem exige, em qualquer hipótese, respeito a tais preceitos.

Inclusive, o controle de tais garantias a qualquer momento é também oportuno para que, na esteira do que foi aqui tratado, tais eventuais vícios possam ser sanados, regularizando-se a atividade do árbitro que, assim, alcançará a finalidade buscada⁴⁰⁰.

Isso não torna inútil a extensão aqui proposta à regra de impugnação do primeiro momento, diante da amplitude admitida ao controle interno, que, ao contrário do controle externo, engloba quaisquer possíveis vícios à atividade do árbitro (capítulo V.1).

III.8. O momento para o exercício do controle externo primário: a regra prevista no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem e suas exceções

Foi adiantado no capítulo III.2 que, nos termos da nossa legislação arbitral, o controle externo primário da atividade do árbitro deve, em regra, ocorrer somente após finda a atividade arbitral e, mais precisamente, dentro do prazo de 90 dias previsto no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Isso significa que, independentemente do momento em que o vício na atividade do árbitro vier à tona, seja ele anterior ao início da arbitragem (vícios na convenção arbitral e consequentemente na jurisdição do árbitro), ou na formação do painel arbitral (vícios na aptidão do árbitro), ou no desenvolvimento da arbitragem (ofensas ao contraditório e à igualdade entre as partes), a parte prejudicada deverá, em regra, submeter tais vícios ao painel arbitral e aguardar a conclusão da arbitragem para que, então - se tais

⁴⁰⁰Novamente oportunas as lições de BEDAQUE: “A atividade saneadora do juiz, exercida ao longo de todo o procedimento, não deve ser voltada ao reconhecimento de invalidades e à extinção do processo sem exame de mérito. Ao contrário, ele tem o dever de se preocupar com a preservação, conservação e saneamento dos atos processuais, possibilitando o prosseguimento do processo até seu objetivo final” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 447).

vícios não tiverem sido reconhecidos pelo painel e a parte ainda possuir interesse - leve a questão ao Judiciário.

Diante disso, e caso reconheça o desvio, o Tribunal Arbitral invalidará a sentença arbitral (ou o capítulo viciado - IV.2.a.1), cabendo às partes, ou iniciarem nova arbitragem, ou litigarem perante o Judiciário (caso o vício constatado seja na jurisdição do árbitro).

Isso se dá em conexão com os anseios perseguidos com as disposições inspiradas no *Kompetenz-Kompetenz* e não significa qualquer desrespeito ao preceito previsto no artigo inciso XXXV, da Constituição Federal, desde que efetivamente garantida, ao final da arbitragem, a revisão judicial da atividade do árbitro, bem como observadas as exceções a esse condicionamento, estabelecidas nos capítulos anteriores.

Em âmbito doutrinário, o prazo disposto no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem é tratado como de natureza decadencial, com as consequências legais dessa classificação⁴⁰¹. Isso significa que não pode ser objeto de suspensão ou interrupção, devendo a ação judicial ser inadiavelmente aforada dentro desse espaço temporal, tal qual ocorre, a título de exemplo, com o prazo previsto para a ação rescisória.

Ademais, nos próprios termos do artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem, tal prazo somente se inicia com o recebimento da notificação da sentença arbitral pela parte (ou da decisão que julgar o último recurso, inclusive eventuais embargos arbitrais). Isso se dá justamente porque, somente a partir da ciência da sua prolação, pode-se exigir da parte que reaja a uma sentença arbitral com a qual não se conforma. É essa mais uma expressão do binômio ciência-reação já tão desenvolvido no âmbito processo estatal, e cuja transposição ao processo arbitral se faz necessária para que se observe o direito fundamental ao contraditório.

⁴⁰¹CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 426; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 239; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 271; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 293/296.

Assim, a fluência do referido prazo pode ocorrer de forma diversa entre as partes envolvidas em uma arbitragem⁴⁰², a depender do lapso temporal necessário para a sentença chegar ao conhecimento de cada uma delas⁴⁰³, ou ainda de eventual irregularidade na intimação de uma, ou de ambas, acerca da sentença arbitral.

Afinal, tal como ocorre com os atos do processo judicial, a intimação irregular, que não permita às partes adquirir ciência da sentença prolatada, equivale a intimação não ocorrida e o prazo previsto em Lei para a ação anulatória de sentença arbitral somente será iniciado com a regularização desse vício na intimação da parte.

Justamente por isso, é primordial que o responsável pelo envio da sentença arbitral certifique-se de que a parte efetivamente recebeu a sentença, bem como adote meios seguros de registro da data em que a sentença arbitral chegou ao conhecimento dos envolvidos na arbitragem. Somente a partir de então, poderá ser considerado iniciado o prazo de 90 dias ora abordado.

Isso não significa que, diante de eventual intimação irregular, ou ausência de intimação, a sua regular ocorrência se faça sempre necessária para o início do aludido prazo. Há que se tem em mente a possibilidade da parte adquirir ciência inequívoca da sentença arbitral por outros meios.

É presumível que isso ocorra especialmente na hipótese de eventual sentença arbitral condenatória, cujo cumprimento judicial haverá de ser postulado pela parte vencedora (artigos 475-I e 475-N, inciso IV, do CPC). Uma vez intimada a dar cumprimento à sentença, a parte vencida estará inequivocamente adquirindo ciência de sua prolação, o que basta para disparar o prazo de 90 dias da ação anulatória⁴⁰⁴.

⁴⁰²CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 426/427; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 300.

⁴⁰³Notadamente em arbitragens internacionais, é de se esperar que a parte eventualmente sediada em local próximo ao do centro de arbitragem (em arbitragens institucionais) ou do responsável pelo envio da sentença (em arbitragens ad hoc), receba a sentença arbitral primeiramente, iniciando-se, com isso, a fluência de seu prazo.

⁴⁰⁴Ou ainda para a impugnação ao cumprimento de sentença fazendo as vezes de ação anulatória de sentença arbitral (capítulo V.2.a.2).

Também seria o caso em que parte não intimada, ou intimada de forma irregular, é citada para demanda anulatória de sentença arbitral em que sua adversária pretende a desconstituição de determinado capítulo da sentença. Se a parte demandada pretender a desconstituição de outro capítulo da sentença arbitral, deverá postulá-la no prazo de 90 dias dessa citação, pois, a partir de então, adquiriu ciência inequívoca da sentença.

O importante é, como se vê, precisar com segurança o momento em que as partes estão cientes da sentença arbitral prolatada, contabilizando-se, a partir de então, o prazo de 90 dias previstos na Lei de Arbitragem.

O mesmo se aplica para eventual pretensão de destruição de sentenças parciais⁴⁰⁵ proferidas ao longo do processo⁴⁰⁶. No âmbito da arbitragem, o recurso à técnica das sentenças parciais é comum especialmente diante de pedidos que possuam relação com a regularidade da atividade do árbitro. Se uma das partes entende que a convenção arbitral deve declarada nula ou anulada, é possível que o painel arbitral solucione essa divergência antes de partir para o restante do mérito da arbitragem, já que a solução de tal questão influencia diretamente no julgamento dos demais pedidos⁴⁰⁷.

Mas, não é somente a tais hipóteses que a técnica se aplica. Ela pode e deve ser utilizada sempre que trazer efetividade à solução do litígio, seja no que toca à resolução das divergências que independem de longa instrução probatória, seja a fim de incentivar

⁴⁰⁵Não é objeto desse estudo a análise dos requisitos necessários para a adoção dessa técnica, tal como eventual concordância das partes. É fato que, dentro de determinadas hipóteses ainda debatidas, a Doutrina aceita com certa tranquilidade a adoção dessa técnica do campo da arbitragem, e é isso o que justifica a abordagem das sentenças parciais sob o enfoque aqui proposto. Para uma análise mais profunda do tema, reportamo-nos à dissertação de mestrado de GUILHERME SANCHES, cujo objeto foi justamente o tema das sentenças parciais (SANCHES, Guilherme Cardoso. *Sentenças Parciais no Processo Arbitral*. Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013).

⁴⁰⁶O conceito de sentença parcial há que ser extraído do próprio conceito de sentença, definida pela doutrina como o ato que define o objeto do processo, com ou sem resolução de mérito. Assim, tanto a decisão que acolhe quanto a que rejeita a pretensão da parte são sentenças, assim como aquela que se abstém de julgar a pretensão por não estarem presentes os pressupostos de julgamento do mérito. Diante disso, sentença parcial é aquela que define parte do objeto do processo; resolvendo um ou alguns dos pedidos das partes. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 174; SANCHES, Guilherme Cardoso. *Sentenças Parciais no Processo Arbitral*. Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 51/52.

⁴⁰⁷Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Ensaio sobre a sentença parcial arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 165 | p. 9 | Nov / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 663 | Set / 2014 DTR\2008\675.

a conciliação entre as partes no que toca ao litígio como um todo⁴⁰⁸, seja, enfim, por quaisquer finalidades que se mostrem adequadas diante de um bom exercício de *case management*⁴⁰⁹.

Se isso vier a ocorrer, o prazo para a desconstituição da sentença arbitral se inicia a partir do momento em que a parte for notificada da decisão, independentemente do processo seguir para solução do restante do seu objeto. Não há como se aceitar que, de acordo com a legislação em vigor, tal prazo somente se iniciaria após o encerramento do processo arbitral. A Lei fixa, indistintamente, o prazo decadencial para a desconstituição de sentenças arbitrais (ou de capítulos específicos— capítulo IV.2.a.1), sendo a sentença parcial, antes de mais nada, uma sentença⁴¹⁰.

Não há dúvidas de que isso pode causar certos inconvenientes, decorrentes do desenvolvimento de um processo judicial paralelo, podendo, potencialmente, influenciar na continuidade do processo arbitral. Por outro lado, se a ideia das sentenças parciais é, quando for adequado, resolver antecipadamente parte dos litígios, melhor que o prazo da pretensão de desconstituição da sentença comece a correr imediatamente, seja para que a etapa judicial também inicie e termine o quanto antes, seja para que, findo o prazo, a decisão arbitral se torne imutável e isso até traga maior segurança ao painel arbitral no que toca ao restante do litígio.

Com relação aos riscos inerentes ao desenvolvimento paralelo de demandas arbitrais e judiciais, é de se ter em mente que o objeto das demandas será sempre diferente, na medida em que a ação anulatória visará a desconstituição do julgamento de

⁴⁰⁸*Ibis idem.*

⁴⁰⁹Sobre o assunto: SANCHES, Guilherme Cardoso. *Sentenças Parciais no Processo Arbitral*. Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 98/108.

⁴¹⁰CARMONA, Carlos Alberto. *Ensaio sobre a sentença parcial arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 165 | p. 9 | Nov / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 663 | Set / 2014 DTR\2008\675; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 179; SANCHES, Guilherme Cardoso. *Sentenças Parciais no Processo Arbitral*. Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 142/148. Isso fica claro no Projeto de Lei do Senado nº 406/2013, que objetiva reformar a Lei de Arbitragem. Por seus termos, o artigo 33, § 1º, da Lei, é alterado a fim de dispor que “a demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final seguirá as regras do procedimento comum (...)”. Em que pese o equívoco técnico constante no dispositivo (a ação em questão vista à desconstituição ou declaração de inexistência/ineficácia da sentença arbitral – capítulo IV.2.a.1), a inovação aqui tratada é oportuna para afastar quaisquer dúvidas quanto ao objeto da demanda.

determinada parte do mérito, enquanto que a arbitragem seguirá com relação ao restante. E, nas hipóteses em que haja relação de prejudicialidade entre os objetos, caberá ao julgador estatal agir com parcimônia e bom senso, evitando interferências indevidas e danosas no processo arbitral.

Repita-se: essa é a solução atualmente conferida pela Lei, não havendo razões para que seja ignorada. Mesmo em um exercício de aperfeiçoamento da legislação, não parece adequado que esse ponto seja alterado.

O prazo deverá igualmente ser respeitado no que toca à postulação da desconstituição da sentença por meio de impugnação à execução judicial (capítulo IV.2.a.2)⁴¹¹. O objetivo do disposto no artigo 33, § 1º da Lei é limitar no tempo o exercício de demanda desconstitutiva, permitindo que o resultado da arbitragem se solidifique com rapidez. Isso está em consonância com a incessante busca do sistema por um sistema célere de resolução de controvérsias⁴¹². Não por outro motivo, tal prazo é substancialmente mais sucinto do que o prazo decadencial relacionado à desconstituição de sentenças judiciais (2 anos).

Seja como for, possuindo a impugnação à execução de sentença, nessas hipóteses, natureza de ação, e possuindo o objetivo de desconstituir a sentença arbitral, não há porque não seja tal prazo aplicado a esse mecanismo.

Por fim, uma vez encerrado prazo da pretensão desconstitutiva da sentença arbitral, não há mais como se postular tal desconstituição judicial, estando, a partir de então, sedimentada a atividade do árbitro. As exceções a esse preceito são, como já mencionado, as hipóteses de inexistência e ineficácia da sentença arbitral, que admitem reconhecimento judicial a qualquer momento, e independentemente de controle interno prévio da atividade do árbitro.

⁴¹¹No mesmo sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 429/431; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 288; WALD, Arnoldo. *Os meios judiciais do controle da sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 40 | Jan / 2004 DTR\2004\2. Em sentido contrário: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 430/433.

⁴¹²Também nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 430.

III.9. O momento para o exercício do controle externo secundário

Resta tratar do momento para o controle externo secundário. Este deve ser realizado diante de eventual requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, o que ocorrerá, por decorrência lógica, somente após prolatada a sentença arbitral.

Mas, mais do que a prolação da sentença, nossa Lei de Arbitragem exige que a sentença arbitral já tenha se tornado obrigatória entre as partes (artigo 38, inciso VI), o que também é exigido pela Convenção de Nova Iorque, nos termos de seu artigo V (1) e. Já a Resolução 9 de 2005 do Superior Tribunal de Justiça, que regulamenta a homologação de sentenças estrangeiras (inclusive arbitrais), exige que a sentença tenha “transitado em julgado” para que possa ser homologada.

Nessa linha, a Resolução nº 9/2005, do Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer que a sentença arbitral estrangeira somente pode ser homologada uma vez transitada em julgado, supera inclusive as exigências da nossa Lei Arbitral, assim como da Convenção de Nova Iorque. Isso se dá porque, como já visto (capítulo II.1.b), embora tal preceito não seja usual entre nós, nada impede que as sentenças arbitrais estejam sujeitas a recursos internos, não havendo como se considerar estarem preclusas uma vez findo o prazo dos denominados embargos arbitrais.

Por outro lado, o fato de uma sentença estar sujeita a recursos não significa necessariamente que não tenha se tornado obrigatória entre as partes. No âmbito do processo judicial, é clássica a diferenciação entre efeitos da sentença e sua qualidade de coisa julgada. Aqueles, consistentes justamente nas consequências condenatórias, constitutivas, ou declaratórias da sentença, podem surtir efeito independentemente de eventual recurso – tanto que o sistema admite a execução provisória⁴¹³. Já esta se manifesta somente quando a sentença tiver preclusa, adquirindo, assim, estabilidade.

⁴¹³Aliás, a abordagem desse tema leva a indagação que pode ter utilidade prática entre nós: eventual sentença arbitral sujeita a recursos internos poderia ser objeto de execução provisória, nos termos do artigo 475-O do CPC? Embora a indagação escape ao objeto deste trabalho, considerando que a sentença arbitral

A lição pode ser integralmente transposta ao processo arbitral, seja pela similaridade entre as classificações dos provimentos outorgados, seja quando menos diante da equiparação estabelecida entre a sentença judicial e a arbitral. De qualquer forma, uma sentença arbitral sujeita a recursos, internos ou externos, não poderá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que já seja obrigatória entre as partes, independentemente do disposto no artigo 38, inciso VI, da Lei de Arbitragem, assim como no artigo V(1) e da Convenção de Nova Iorque.

O momento para o controle externo secundário da atividade do árbitro se dará, nesses casos, a partir da preclusão da sentença arbitral, quando do pedido homologatório. Não há, por outro lado, prazo específico para tal pretensão, que poderá, assim, ser postulada a qualquer momento a partir do *interim* aqui estabelecido.

é equiparada, em todos os efeitos, à judicial, bem como que nossa lei processual não restringe a execução provisória aos atos decisórios estatais, manifestamos inclinação a essa ideia.

IV. OS MECANISMOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE DO ÁRBITRO

Visto a quem cabe o controle da atividade do árbitro, assim como o momento correto para sua prática, passa-se agora a analisar os mecanismos processuais por meio dos quais tal controle pode ser exercido, investigando-se também a legitimidade para, no âmbito de cada mecanismo, postular-se o controle da atividade do árbitro, assim como as consequências do controle exercido, sempre em conexão com os preceitos anteriormente estabelecidos.

O capítulo é propositado pois, como será visto, são diversos os caminhos processuais por meio dos quais o exercício desse controle é admitido, ainda que, por vezes, o objetivo buscado com tais mecanismos não seja propriamente o referido controle. Isso se dá especificamente no âmbito do controle externo da atividade do árbitro, diante das diversas hipóteses em que a jurisdição estatal é convidada a interagir com a arbitral, seja para apoiá-la, seja para garanti-la, seja para repreendê-la, sendo adequado que, nesse contexto, exerça o controle estudado.

Embora o mesmo fenômeno não seja observado no âmbito do controle interno, o estudo dos mecanismos por meio do qual tal controle é estabelecido também é fértil, e necessário para a sistematização aqui proposta, especialmente porque, nesse campo específico, a admissão de mecanismos de controle varia de acordo com a vontade das partes, havendo, ademais, sensíveis diferenças nas consequências do controle, a depender até mesmo de seu resultado.

Não se pretende esgotar todos os mecanismos por meio dos quais tal controle é postulado ou pode ser exercido, especialmente porque novos caminhos podem surgir por decorrência de inovações legislativas, assim como da criatividade dos operadores do Direito. Não obstante, ao tratarmos dos usuais caminhos identificados pela doutrina e pela casuística, assim como de outros extraídos do quanto até aqui estudado, esperamos estabelecer os preceitos necessários para que se investigue a admissibilidade do controle da atividade do árbitro por meio de eventuais outros mecanismos, assim como as consequências do controle então exercido.

IV.1. Mecanismos de controle interno da atividade do árbitro

IV.1.a. As impugnações dirigidas ao órgão arbitral

Foi adiantado que, nos termos da nossa legislação arbitral (artigo 15), eventuais insurgências relacionadas à aptidão do árbitro deverão ser levadas ao painel arbitral por meio de “exceção” dirigida ao árbitro ou presidente do tribunal arbitral. Referido dispositivo legal ainda faz remissão ao artigo 20 da Lei de Arbitragem, de onde se extrai que tal mecanismo deve ser lançado no primeiro momento possível após instituída a arbitragem (capítulo III.6), bem como que deve ser igualmente utilizado para questões relacionadas à jurisdição do árbitro.

O capítulo III.7 ainda abordou que, não obstante a ausência de previsão expressa na Lei, os demais vícios na atividade do árbitro deverão poderão ser objeto de impugnação por meio de mecanismo semelhante.

Não obstante os termos da Lei, parte da doutrina, assim como diversos regulamento de centros de arbitragem, acabam denominando o mecanismo de impugnação⁴¹⁴. Embora não se possa extrair desses trabalhos e diplomas a razão dessa denominação diversa da expressamente adotada pelo Legislador (exceção), supõe-se que decorra de uma possível preocupação técnica em deixar claro que questões relacionadas à aptidão do árbitro poderiam eventualmente ser apreciadas de ofício pelo painel arbitral. Afinal, a doutrina clássica costuma denominar de exceção apenas mecanismos cujo objeto

⁴¹⁴Nesse sentido, NUNES PINTO, José Emílio. *Recusa e Impugnação de Árbitro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 80 | Out / 2007 DTR\2013\2633; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 39/2013 | p. 39 | Out / 2013 | DTR\2013\10439. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Suspeição e impedimento em arbitragem. Sobre o dever de Revelar na lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 65 | Jan / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 969 | Set / 2014 DTR\2011\1297; CAVALIERI, Thamar. *Imparcialidade na arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 41/2014 | p. 117 | Abr / 2014 DTR\2014\8919, dentre outros. O regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC) prevê a prerrogativa da parte de “impugnar” o árbitro (artigo 5.4). O regulamento do Centro de Arbitragem da AMCHAM também denomina o mecanismo de “impugnação” (artigo 7º), assim como o regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) (artigo 14). O regulamento da Câmara de Conciliação, Mediação, e Arbitragem CIESP/FIESP fala em arguição e impugnação (“Arguido o impedimento ou a suspeição do árbitro, a qualquer tempo, será concedido prazo para que o árbitro impugnado manifeste-se”).

são matérias que se encontram dentro da esfera dispositiva das partes, não podendo ser apreciadas de ofício. É o caso da assim denominada “exceção de arbitragem”⁴¹⁵.

A preocupação parece não ter relevância. Em primeiro porque, embora não se possa afastar do árbitro a prerrogativa de, sentindo-se inapto a decidir o litúgio, recusar a nomeação ou, uma vez aceita, posteriormente renunciar ao cargo, isso não significa que questões relacionadas à imparcialidade e independência do árbitro devam ser tratadas como de ordem pública; ainda que relacionadas a eventual impedimento. Como visto, tal tratamento é inadequado no âmbito da arbitragem (capítulo III.5).

Em segundo, pois não há utilidade prática nessa classificação embasada na suscetibilidade da matéria ao conhecimento de ofício. Como bem destacado por HEITOR SICA, para além de não haver convergência na doutrina e na jurisprudência quanto a esse critério, a abordagem proposta é inútil sob o ângulo da impugnação em si. Tal suscetibilidade somente adquire relevância na ausência da impugnação, pois, é então que faz sentido avaliar se a questão pode, ou não, ser conhecida de ofício⁴¹⁶.

Ademais, estando as regras do processo arbitral nas mãos das partes (e, subsidiariamente, do painel arbitral), nada impede que, ao desenharem seu arranjo processual, confirmem denominação diversa.

Isso tudo significa que, exclusivamente por conveniência, esse trabalho adotará a denominação já difundida em âmbito doutrinário e pelos regulamentos dos mais tradicionais centros de arbitragem do país (impugnação), não devendo isso ser

⁴¹⁵“Uma vez que depende de alegação da parte para ser conhecida, a existência de convenção arbitral constitui uma exceção processual. Exceções são as defesas que não podem ser conhecidas de ofício. Contrapõem-se às objeções, que são defesas cognoscíveis *ex officio*. No tocante à objeção, ‘o réu tem o ônus relativo de alegá-la’; quanto à exceção, ‘o ônus é absoluto’” (TALAMINI, Eduardo. *Arguição de convenção arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 40/2014 | p. 81 | Jan / 2014. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 145 | Set / 2014 DTR\2014\999). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 92/93; TIMM, Luciano Benetti. LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. *Dos efeitos da convenção de arbitragem no processo de execução*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4/5. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 31 | p. 17 | Out / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 1069 | Set / 2014 DTR\2011\5126.

⁴¹⁶SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil. Um Estudo sobre a posição do Réu*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 94/133.

interpretado como uma contradição ao quanto estabelecido no capítulo III.5, tampouco uma censura aos próprios termos da Lei.

Passando-se, como isso, ao estudo do mecanismo, o primeiro ponto a ser destacado é que, nos termos do artigo 15 da Lei, as impugnações relacionadas à aptidão do árbitro devem ser dirigidas ao próprio ao árbitro nas hipóteses em que exercer a função sozinho, ou ao presidente do órgão arbitral quando formado por mais de um julgador.

Isso não significa, ao menos em regra, que, no que toca às questões relacionadas à aptidão do árbitro, tal decisão caberá ao presidente do tribunal arbitral, ou que a tarefa deva ser atribuída aos demais árbitros ou a algum outro órgão, sob o fundamento de que o árbitro impugnado não deveria participar dessa decisão, diante de seu suposto interesse na solução da questão⁴¹⁷.

Tais entendimentos contrariam as regras dispostas no artigo 13, § 1º, e 24, § 1º, da Lei de Arbitragem, segundo as quais os painéis arbitrais devem ser formados em número ímpar, devendo decidir eventuais as controvérsias mediante voto majoritário. Embora nossa Lei de Arbitragem não seja expressa nesse sentido, isso deve ser aplicado mesmo à solução de questões processuais⁴¹⁸⁻⁴¹⁹, na medida em que, com esse exercício,

⁴¹⁷THAMAR CAVALIERI entende que mesmo os árbitros não impugnados “não estão em posição de neutralidade”, sendo mais correto atribuir-se a função a algum outro órgão, como o centro de arbitragem. (CAVALIERI, Thamar. *Imparcialidade na arbitragem*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 41/2014 | p. 117 | Abr / 2014 DTR\2014\8919). JERRY P. BRODSKY e VICTOR MADEIRA FILHO também atribuem tal função ao centro de arbitragem (BRODSKY, Jerry P. MADEIRA FILHO, Victor. *A seleção de árbitros nos procedimentos arbitrais: uma abordagem prática*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 20 | p. 193 | Jan / 2009. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 791 | Set / 2014DTR\2009\807). Nas arbitragens ICSID, a função de julgar a impugnação é atribuída aos demais árbitros do painel arbitral, mas caso não cheguem a um consenso, caberá ao Presidente do Conselho Administrativo do ICSID resolver a divergência. Ainda assim KAREL DAELE traz diversas críticas desse sistema, as quais parecem mais ligadas às peculiaridades dessas arbitragens, tais como o restrito número de indivíduos indicados como árbitros, assim como a submissão de divergências a esse mecanismo partir sempre de iniciativa de investidores, o que poderia levar esse restrito clube de árbitros a decidir a favor dessa classe (DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012. p. 139). Embora não se possa fechar os olhos às preocupações do monografista, há que se considerar que se aplicam a um sistema específico, que sequer é sujeito a controle externo. Diante disso, não se pode estendê-las à arbitragem como um todo.

⁴¹⁸O que se afirma sem prejuízo de, conforme visto no capítulo III.5, tais questões também poderem ser tratadas como o mérito da arbitragem.

⁴¹⁹Nesse mesmo sentido, CARMONA assevera que “trata-se de questão processual, como qualquer outra, não havendo exceção à regra de que o painel interno deve participar do processo decisório” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009 p. 258).

os árbitros estão preparando terreno para a solução da controvérsia material. Se o processo se desenvolve justamente para que o litígio seja resolvido, é função de todo painel arbitral se preocupar com a regularidade do processo e, conseqüentemente, com a higidez da solução final.

Além disso, a hipótese de exclusão do árbitro impugnado da decisão significaria submeter a questão a um painel formado por número par de julgadores, o que seria foco de potenciais impasses; situações em que não se alcança uma maioria.

Ainda, válido lembrar que atribuir ao árbitro o papel de controlar sua própria atividade colabora para a efetividade do mecanismo de controle também sob o ângulo da qualidade da decisão final. Inclusive, isso também ocorre no âmbito do processo estatal, justamente para se permitir ao julgador impugnado esclarecer as eventuais questões fáticas que permeiem seu alegado impedimento ou suspeição.

Por outro lado, a participação do árbitro impugnado na solução da questão não traz qualquer inconveniente, já que a insurgência, se não acolhida, poderá posteriormente ser submetida ao controle externo, não havendo como se argumentar que a decisão final ficaria eventualmente a cargo de julgador parcial. E, quando menos nas arbitragens submetidas a órgão formado por múltiplos árbitros, a decisão será, de qualquer forma, tomada por maioria.

Daí que, em atenção ao artigo 15 da Lei de Arbitragem, em regra cabe ao árbitro presidente quando muito recepcionar a impugnação⁴²⁰, mas não decidi-la monocraticamente. Essa função cabe a todo o órgão arbitral, mediante voto majoritário, assim como ocorre com a solução da lide (artigo 24, § 1º, da Lei de Arbitragem)⁴²¹. O

⁴²⁰Diz-se quando muito pois a prática demonstra que é usual as partes estabelecerem o envio de tantas cópias de suas manifestações quanto forem os árbitros e demais envolvidos na arbitragem, de sorte a cada qual formar seus próprios autos.

⁴²¹JUDIAN LEW, LOUKAS MISTELIS e STEFAN KRÖLL defendem que o órgão responsável pela impugnação dependerá da lei a que submetida a arbitragem, destacando que algumas legislações, como a inglesa, atribuem tal tarefa diretamente ao Judiciário. Outras, inspiradas na Lei Modelo da UNCITRAL, atribuem tal função ao painel arbitral (LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003. p. 309/311). Dentro dessa segunda hipótese, se encaixa nossa legislação. Também atribuindo a decisão ao órgão arbitral: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 258; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 29.

mesmo pode ser dito com relação a impugnações relacionadas à jurisdição do árbitro, não apenas diante do quanto aqui desenvolvido, mas também porque sequer teria lugar o argumento da participação do árbitro inapto nessa decisão.

Válido lembrar que, como já visto no capítulo III.6, tais impugnações devem vir no primeiro momento em que a parte tenha razoáveis condições de lançá-las, em regra sob pena de inviabilização do controle externo.

O manejo de tal impugnação cabe à própria parte que discorde seja da solução do litígio por arbitragem, seja da eleição de determinado(s) árbitro(s), seja ainda da sua manutenção no painel arbitral. É ela a potencialmente prejudicada, a quem caberá a insurgência até para viabilizar, posteriormente, o controle externo da atividade do árbitro.

Não há como se descartar, no entanto, o eventual manejo de impugnação por aquele que tenha eventualmente ingressado no processo arbitral como terceiro interveniente.

Em termos processuais, partes são “os sujeitos integrados na relação processual e em cujas esferas jurídicas atuará o provimento a ser emitido pelo juiz”⁴²². Ao conceito de terceiro, por seu turno, chega-se mediante critério de exclusão. Todos aqueles envolvidos no processo que não sejam partes (ou o próprio julgador), são terceiros⁴²³. Uma das formas de se adquirir a qualidade de parte é justamente a intervenção de terceiros, por meio da qual aquele que não é originalmente integrante da relação processual passa a integrá-la⁴²⁴.

⁴²²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 20. De forma a esclarecer seu conceito, o processualista aduz que “como o conceito de parte envolve a ideia de destinatário dos atos judiciais, ou *sujeitos dos efeitos destes*, é relevante associar a noção de parte à presença de pessoa como integrante de uma das posições inerentes à relação jurídica processual” e, mais a frente, que “aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação da vontade da lei e aquele contra quem essa atuação é demandada exaurem as posições de parte na demanda, estando, assim, ligadas ao *objeto* do processo, sendo autores das pretensões deduzidas em busca de satisfação ou figuram como sujeitos passivos das pretensões deduzidas” (*ibis idem*, p. 20/23).

⁴²³DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 26.

⁴²⁴“A intervenção do terceiro o faz parte desde o momento em que voluntariamente comparecer (intervenção voluntária) ou em que for citado (intervenção provocada: denúncia da lide, chamamento ao processo)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 268).

No âmbito do processo estatal, é comum a classificação das intervenções de terceiro em provocadas e voluntárias. As primeiras são aquelas em que o terceiro é chamado a integrar a lide⁴²⁵. As segundas são as que o terceiro toma a iniciativa de integrá-la⁴²⁶.

No primeiro grupo estão: (i) a denunciação da lide, em que uma das partes entende possuir com o terceiro relação jurídica em razão da qual o resultado da demanda poderá gerar direito de regresso e, assim, convida tal terceiro a integrar a lide para que, concomitantemente, tal direito de regresso também seja estabelecido⁴²⁷; (ii) a nomeação à autoria, em que a parte demandada entende que terceiro é, na verdade, o legitimado para responder aos termos da demanda e, assim, convida-o a substituí-la⁴²⁸; e (iii) chamamento ao processo, em que, como o terceiro também faz parte da relação jurídica estabelecida entre as partes e a eventual satisfação do direito perseguido poderá regar, contra ele, direito de reembolso da sua cota parte paga pelo demandado, é chamado a integrar a lide para que, concomitantemente, tal reembolso também seja estabelecido⁴²⁹.

No segundo grupo, estão (i) as assistências (simples e qualificada), em que o terceiro, por possuir uma relação jurídica subordinada àquela objeto da demanda, pretende assessorar uma das partes a fim de que o resultado da demanda o beneficie⁴³⁰;

⁴²⁵Ou seja, de “intervenção provocada por uma das partes” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 83), daí a denominação.

⁴²⁶Ou “em que o terceiro intervém espontaneamente” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 83).

⁴²⁷“Denunciação da lide é a demanda com que a parte provoca a integração de um terceiro ao processo pendente, para o duplo efeito de auxiliá-lo no litígio com o adversário comum e de figurar como demandado em um segundo litígio (...). Trata-se da ação de garantia, que se admite em casos nos quais o denunciante defende em face de terceiro, dito denunciado, um alegado direito de regresso (art. 70, incs. I e II) ou um direito no qual se diz sub-rogado (inc. III)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 394/396).

⁴²⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 392.

⁴²⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 409.

⁴³⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 383/389. A distinção entre assistência simples e qualificada se dá em razão da “projeção do grau maior ou menor dos efeitos que o julgamento terá sobre a condição jurídica do assistente”. Nos casos em que a sentença influir em relação jurídica existente entre o assistente e o adversário do assistido, a assistência será qualificada (artigo 54 do CPC). Mas, há outras hipóteses que levam a essa mesma assistência, tais como aquela estabelecida por força da denunciação da lide. Embora em ambos os casos, o assistente adquira poderes similares ao de uma parte principal, na assistência simples, tais poderes estarão de certa forma subordinados à vontade do assistido, sujeitando-se a eventual renúncia de direito, reconhecimento de pedido, desistência da ação, transação etc., enquanto que, na assistência litisconsorcial, o assistente pode confrontar a vontade do assistido, recorrendo contra a vontade dele, por exemplo (*ibis idem*. p. 387/390).

(ii) a oposição, em que o terceiro entende que o direito disputado entre as partes lhe pertence e, assim, pretende integrar o processo para exigi-lo⁴³¹, e (iv) a intervenção litisconsorcial voluntária, em que o terceiro ingressa no processo deduzindo demanda conexa à do autor, com pedido de mesma natureza, e em face do mesmo Réu; portanto, postulando, em nome próprio, provimento jurisdicional idêntico⁴³².

No âmbito do processo arbitral, todos esses mecanismos podem ser utilizados⁴³³, a depender da vontade das partes submetidas à convenção arbitral e envolvidas no litígio, assim como das regras estabelecidas para o processo; seja pelas partes, seja pelo painel arbitral.

Inicialmente, se a parte que pretende intervir em determinado processo arbitral não fizer parte da convenção, sua admissão no processo arbitral dependerá, em regra, da aceitação das partes envolvidas no litígio. Como já está claro, a arbitragem é meio consensual de solução de conflitos, de forma que só pode ter lugar entre aqueles que tenham concordado em litigar uns com os outros por tal meio. Isso significa não somente que a parte deve ser submetida à arbitragem apenas se tiver por ela manifestado

⁴³¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 378/379.

⁴³²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 376. É o exemplo de funcionários públicos que ingressam em processos movidos seus pares, postulando, para si, provimento similar ao do buscado por seus colegas. Essa hipótese de intervenção de terceiro causa, por isso, uma ampliação no objeto do processo. (*ibis idem*). O nosso Código de Processo Civil não prevê expressamente tal hipótese de intervenção, o que torna sua admissibilidade bastante controversa, especialmente por uma cogitada ofensa ao Princípio do Juiz Natural (o “terceiro” poderia aguardar uma demanda distribuída a um Juiz mais simpático à causa, para nela intervir nesses termos, adquirindo um benefício que nosso sistema processual, em princípio, busca vetar). No âmbito da arbitragem, no entanto, a possibilidade parece mais concreta e até adequada. Como as partes já naturalmente influenciam na eleição do julgador, o problema aventado para o processo judicial é, quando menos, bastante mitigado. Isso dependerá, nos termos a seguir, da vontade das partes e das regras da arbitragem – supletivamente definidas pelo painel arbitral.

⁴³³Também nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 124/127; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros - litisconsórcio fora do pacto arbitral - outras intervenções de terceiros*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 14. Fonte Original Citada: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 14 | p. 357 | Out / 2001 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 509 | Set / 2014DTR\2001\410. CARMONA entende que a nomeação à autoria seria inaplicável ao processo arbitral, na medida em que “a parte que não tiver legitimidade para a arbitragem certamente irá arguir esta situação na primeira oportunidade em que puder se manifestar e o acolhimento da defesa desaguará necessariamente na extensão do processo sem julgamento de mérito” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 308). Mas, nesse ponto, não enxergamos qualquer diferença em relação ao processo judicial. A experiência mostra que, mesmo perante o Judiciário, o demandado, até por certo comodismo, prefere simplesmente alegar sua ilegitimidade passiva a apontar quem entende ser o correto legitimado para figurar no polo passivo. Fato é que não há qualquer especificidade nessa forma de intervenção de terceiros a autorizar sua exclusão do meio da arbitragem.

concordância, mas também que aqueles a quem tal concordância não alcança não poderão integrar o processo arbitral, sob pena de sua participação ser imposta às partes que celebraram a convenção⁴³⁴.

⁴³⁴Esse ponto é objeto de divergências na Doutrina, havendo quem, excepcionalmente, avenge com a possibilidade de intervenção de terceiros sem aceitação das partes. PEDRO BATISTA MARTINS defende que, nas intervenções voluntárias, a concordância das partes originárias nem sempre seria necessária, podendo tal requisito ser mitigado em hipóteses específicas, afim de se potencializar a efetividade do processo arbitral em curso, colaborando para economia processual. Isso se dá porque, na visão do arbitralista, uma revisitação da teoria geral dos contratos leva à conclusão de que “‘parte’ e ‘terceiros’ não são figuras jurídicas impermeáveis pelo princípio da relatividade. A função social do contrato requer uma nova interpretação em favor daquele que, apesar de não ser parte em sentido formal, resta por sofrer repercussões patrimoniais oriundas da execução do contrato para o qual não consentiu”, lembrando, assim, a hipóteses em que falhas na execução de um contrato acabam causando prejuízos a terceiros, que podem pleitear indenização da parte exequente. Ainda, lembra que, nas cláusulas compromissórias inseridas em estatutos de sociedades por ações, terceiros acabam integrando o pacto sem que se exija, para tanto, nova manifestação de vontade das partes originárias (MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 33/2012 | p. 245 | Abr / 2012DTR\2012\44752). DINAMARCO, por seu turno, assevera que tal consenso seria estritamente necessário nas hipóteses em que a intervenção ampliar o objeto da demanda e, assim, nela inserir matéria estranha à convenção arbitral. Nas demais hipóteses, caberia ao árbitro verificar se a integração não será prejudicial às partes ou se “não tem atrás de si alguma motivação espúria”. Nada disso sendo verificado, haverá de se admitir a intervenção (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 124/125). Pela exigência da concordância de todos os litigantes como condição para a intervenção do terceiro que não integra a convenção arbitral, posicionam-se CARMONA (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 303/310), HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros - litisconsórcio fora do pacto arbitral - outras intervenções de terceiros*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 14. Fonte Original Citada: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 14 | p. 357 | Out / 2001 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 509 | Set / 2014DTR\2001\410), ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 83, e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, quem, no entanto, faz ponderações relacionadas à extensão da cláusula compromissória arbitral a partes não signatárias (FREITAS, José Lebre de. *Intervenção de terceiros em processo arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 1/2. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 209/2012 | p. 433 | Jul / 2012). Ainda segundo NATHALIA MAZZONETTO, é esse o entendimento que prevalece na Doutrina (MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011). Sem pretensão de esgotar a discussão, sendo a consensualidade a mais basilar condição para o exercício da arbitragem, a admissão de terceiros que não integram a convenção arbitral parece esbarrar em um limite intransponível dentro de nossa ordem jurídica. Como em qualquer contrato, a convenção de arbitragem é estabelecida entre contratantes específicos e conhecidos, que desejam criar uns com os outros o vínculo jurídico em questão. A circunstância da parte contratar algo com alguém não significa que possua intenção de estabelecer o mesmo vínculo com toda e qualquer pessoa, indefinidamente. Nessa linha de raciocínio, impor-se às partes, contra a sua vontade, a intervenção de um terceiro que não faça parte da convenção arbitral parece transformar em impositivo algo necessariamente consensual. O fato de um terceiro, prejudicado pela incorreta execução de uma obrigação, poder exigir indenização advém da ilicitude praticada pela parte responsável pela execução desastrosa do contrato, mas não significa que, por força disso, esse terceiro possa ser considerado parte contratante. Por outro lado, diante de cláusulas compromissória arbitral estatutária, é correto pressupor que seus aderentes estejam cientes de que os futuros integrantes dos quadros de acionistas também irão aderir à convenção, e com isso estejam de acordo. Por isso, a situação é diversa da aqui tratada.

Por outro lado, se o terceiro que pretender intervir já fizer parte da convenção arbitral, não há, em regra, porque se exigir nova concordância das partes envolvidas na arbitragem⁴³⁵. Elas já manifestaram, previamente, sua aceitação quanto à participação desse terceiro nos processos arbitrais, não havendo razão, em princípio, para tal participação se restringir à qualidade de parte, ainda mais diante do ganho de efetividade potencialmente adquirido com intervenções de terceiro, assim como pela circunstância dessas intervenções em diversas hipóteses significarem o estabelecimento de lides secundárias, que seriam, de qualquer forma, submetidas à arbitragem.

O raciocínio é o mesmo para a situação inversa: aquele que determinada parte pretenda trazer para o processo deverá manifestar sua concordância em dele participar caso não faça parte da convenção arbitral. Caso faça, sua participação independe de concordância específica, já que havia, previamente, concordou em litigar por meio de arbitragem.

Ademais, e em quaisquer dessas hipóteses, a intervenção de terceiro também dependerá das regras estabelecidas pelas partes - ou, supletivamente, pelos árbitros - para o processo arbitral. Não é despropositado cogitar que, no desenho de seu procedimento, as partes tenham optado por inadmitir quaisquer intervenções de terceiros. Da mesma forma, diante de eventual omissão das partes, os árbitros podem chegar à conclusão de que eventual intervenção de terceiros não seria adequada ao litígio específico, inadmitindo-a⁴³⁶.

Assim é que, em linhas gerais, compatíveis com a contextualização do tema no presente estudo, para que se possa falar em intervenção de terceiros na arbitragem,

⁴³⁵FREITAS, José Lebre de. *Intervenção de terceiros em processo arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 1/2. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 209/2012 | p. 433 | Jul / 2012; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 304.

⁴³⁶CARMONA (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 310) e DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 125) lembram que cabe ao órgão arbitral avaliar a adequabilidade da intervenção pretendida, mas não tratam especificamente das regras da arbitragem. A nosso ver, esse exercício atribuído ao painel arbitral advém justamente da sua função de, supletivamente, estabelecer as regras da arbitragem. Assim como as regras do processo estatal regulam a intervenção de terceiros, isso deve, no âmbito do processo arbitral, ser disciplinado pelas regras que o regulam, cabendo ao painel arbitral segui-las caso já estejam, nesse ponto, previamente estabelecidas, os estabelece-las, na hipótese contrária.

necessário que duas condições sejam preenchidas: (i) a integração do terceiro ao processo seja fruto de consenso entre todos os envolvidos; e (ii) as regras estabelecidas para a arbitragem admitam a intervenção pretendida.

Isso ocorrendo, qualquer modalidade de intervenção deve ser admitida. A parte envolvida na arbitragem pode denunciar a lide a um terceiro com quem entenda possuir relação de garantia; chamar um eventual codevedor à demanda para que, posteriormente, possa dele exigir a cota que lhe caberia do débito satisfeito; e ainda nomear à autoria aquele que entende deva figurar como parte requerida em seu lugar. Por outro lado, o terceiro pode manejar oposição às partes, caso entenda ser seu o direito disputado, assim como integrar o processo como assistente de uma delas, se possuir interesse jurídico na solução do litígio, e ainda aderir ao processo na qualidade de litisconsórcio voluntário.

É de se esperar que, no âmbito da arbitragem, a intervenção (ao menos voluntária) de terceiros ocorra com menor frequência, seja diante das limitações aqui estabelecidas, seja por ser corriqueiro que processos arbitrais corram sob sigilo, o que restringirá substancialmente o conhecimento de sua existência a quem não é parte originária, seja ainda pois, mesmo que as partes não tenham avençado o sigilo⁴³⁷, o acesso de um terceiro ao processo será de qualquer forma mais restrito, já que sua documentação estará em poder do painel de árbitros e/ou dos centros de arbitragem, sendo despropositado e até inadequado que franqueiem informações a um terceiro a quem não estão prestando serviços, ao menos sem orientação das partes.

De qualquer forma, e mesmo com tal consciência, a intervenção não pode ser descartada e, ocorrendo, também haverá que ser admitido o manejo de impugnação pelo interveniente, sendo evidente seu interesse na medida em que, se a decisão do árbitro não resolver litígio em que está diretamente envolvido, quando menos atingirá interesse jurídico seu, podendo o terceiro vir a estar vinculado à coisa julgada formada na decisão arbitral⁴³⁸.

⁴³⁷CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 310; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 126.

⁴³⁸Mesmo na hipótese de assistência, em que o terceiro intervém pois está envolvido em relação jurídica subordinada ao objeto da demanda, entende-se que ele não poderá, em outras demandas, discutir o quanto decidido na demanda em que interviu. No âmbito do processo estatal, isso está expresso no artigo 55 do CPC, segundo o qual o terceiro não poderá, em regra, “discutir a justiça da decisão”. Isso significa que, em

Inclusive, será visto na sequência (capítulo IV.2.a.1) que, ao terceiro em questão, é admitido até mesmo levar sua insurgência ao controle externo. Isso se dá justamente diante do aqui exposto, lembrando-se que, na linha desenvolvida no capítulo III.5, tal mecanismo exige a submissão prévia da questão ao controle interno, o poderá ocorrer justamente por consequência de tal intervenção.

É, por outro lado, reiterada em âmbito doutrinário a assertiva de que seria inadmissível qualquer intervenção do Ministério Público no âmbito da arbitragem, o que se estende, por consequência lógica, ao manejo de eventual impugnação interna. Isso se dá porque, segundo se defende, tal eventual intervenção tem por pressuposto a defesa de direitos indisponíveis, que não se compatibilizam com a arbitragem⁴³⁹.

Ainda que não haja dúvidas da incompatibilidade entre a arbitragem e direitos indisponíveis, o que limita substancialmente a admissibilidade da intervenção do Ministério Público, há uma hipótese em que tal intervenção deve ser admitida: justamente aquela em que, embora incorretamente, a arbitragem esteja sendo desenvolvida para a solução de direitos indisponíveis. Nesse caso, é correto aceitar-se tal intervenção por parte do Ministério Público a fim de que possa demonstrar que tal processo arbitral não deve seguir.

E isso equivale justamente a uma hipótese de controle da atividade do árbitro, e deverá ser postulado justamente por meio de impugnação, ressaltando-se apenas que, caso o Ministério Público não venha a interferir, isso não impedirá o posterior controle externo da sentença arbitral, haja vista o vício em questão acarretará na inexistência

princípio – haja vista as exceções expressamente dispostas no referido dispositivo legal -, “Caso o assistente venha depois a ser parte em outra causa para cuja decisão seja relevante o que naquele processo se decidiu (prejudicialidade), ali o juiz tomará por premissa indiscutível a existência ou inexistência do direito, então declarado. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 327). Justamente por isso, como já mencionado, no âmbito do processo estatal, o assistente adquire poderes similares aos da parte, podendo alegar, influir na produção de provas, recorrer etc. O mesmo deve ser aceito para o processo arbitral.

⁴³⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 131, apoiado em lições de ALDO BERLINGUER; Também nesse sentido, o detalhado trabalho de ALINE DIAS (DIAS, Aline. *Extensão da atividade do Ministério Público como fiscal da lei na arbitragem comercial doméstica*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 43/2014 | p. 217 - 250 | Out - Dez / 2014DTR\2014\21101.

jurídica da sentença (capítulo V.2.d.2), o que poderá ser objeto de preceito declaratório a qualquer momento, assim como reconhecido de ofício pelo Julgador.

De outra parte, as impugnações internas admitem ampla instrução probatória⁴⁴⁰, como decorrência do direito das partes ao contraditório, devendo-lhes ser autorizada a produção de todas as provas admitidas, desde que úteis para o deslinde de eventuais controvérsias fáticas relacionadas à impugnação⁴⁴¹. Eventual limitação na atividade probatória traria o risco de desenvolvimento de arbitragens irregulares, justamente porque não se concedeu à parte adequada oportunidade para demonstrar o vício em questão.

As consequências da decisão tomada pelo órgão arbitral dependerão do seu resultado e do seu objeto.

Caso a impugnação seja rejeitada, nos termos do artigo 20, § 2º, da Lei de Arbitragem, o processo seguirá para julgamento dos pedidos das partes⁴⁴². Se a rejeição da impugnação tiver como consequência o julgamento de um dos pedidos das partes, sendo, portanto, sentença, poderá a parte impugnante partir imediatamente para o controle externo da atividade do árbitro (capítulo III.8). Caso a impugnação não envolva um pedido da parte, tal controle será, em regra - ressalvando-se as exceções já estabelecidas -, admitido apenas ao final da arbitragem.

Se, por outro lado, a impugnação for acolhida, caso seja relacionada à jurisdição arbitral, o mérito do litígio em relação ao qual, nos termos da decisão, o árbitro não possui jurisdição não será resolvido pelo órgão arbitral, podendo isso significar a extinção do

⁴⁴⁰CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 258.

⁴⁴¹Parece ir nesse sentido o alerta de CARMONA ao tratar dessa questão: “Há que se evitar, não é preciso dizer, processualização excessiva da arbitragem, para que um incidente não possa causar – como ocorre comumente na esfera judicial – a eternização do processo, sem deixar, porém, ao desamparo a parte que quer fazer valer suas razões, sob pena de violar-se o princípio do contraditório” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 258). Como bem ressaltado pelo professor, isso nem precisaria ser dito e, ademais, deve ser igualmente observado nos processos estatais. A solução do litígio com a maior celeridade e economia de recursos possível não é (ou, pelo menos, não deveria ser) objetivo exclusivo da arbitragem.

⁴⁴²CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 258; ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 165.

processo arbitral, ou então a continuidade do processo com relação ao restante de seu objeto⁴⁴³.

Essa decisão não comportará censura mediante controle externo sob o fundamento de que teria sido equivocada⁴⁴⁴. Como será melhor visto (capítulo V.2.d.1), o controle externo da atividade do árbitro somente se dá em hipóteses taxativas, não estando entre elas a abstenção, pelo painel arbitral, quanto ao julgamento do mérito do litígio sob o fundamento de que lhe caberia decidir tal questão.

Já diante de decisões internas relacionadas à aptidão do árbitro, caso a impugnação seja acolhida, ocorrerá, então, a substituição do árbitro, também nos termos do artigo 16, § 1º, da Lei, e essa decisão não importará em controle externo⁴⁴⁵ pois não acarretará em quaisquer dos vícios previstos no artigo 32 da Lei de Arbitragem. Pelo mesmo raciocínio exposto no capítulo V.2.d, o que admite controle é a solução do conflito por árbitro inapto, o que não ocorrerá se o árbitro que assumir a função estiver apto a exercer a função.

Inclusive, caso a divergência relacionada à aptidão do árbitro seja objeto de pretensão jurisdicional, o painel arbitral deverá inicialmente afastar o árbitro inapto, deixando para decidir o pedido apenas com sua nova formação⁴⁴⁶, justamente porque não poderia o árbitro impugnado participar de decisões relacionadas ao mérito do litígio.

Com relação às demais matérias relacionadas a atividade do árbitro, na hipótese das decisões estarem relacionadas a matérias que admitem controle externo, o que, no âmbito da atividade do árbitro, se resumem ao contraditório e à igualdade entre as partes (capítulo III.7), o eventual acolhimento da impugnação ensejará a reedição do ato viciado

⁴⁴³Quando o que estiver em discussão for a extensão da convenção arbitral.

⁴⁴⁴Podendo, no entanto, ser objeto de controle interno por outras questões, que se encaixem dentro das hipóteses que admitem tal controle.

⁴⁴⁵CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 285. Na hipótese de substituição do árbitro por outro indivíduo alegadamente suspeito ou impedido, objeto de nova impugnação, nesse caso rejeitada, estará viabilizado o controle externo da aptidão desse segundo árbitro, mas nunca do árbitro substituído.

⁴⁴⁶Afinal, “O acolhimento da exceção em relação a um dos árbitros de um órgão colegiado paralisará qualquer atividade do tribunal, pois, a partir do afastamento do árbitro suspeito ou impedido, não se poderá considerar instituída validamente a arbitragem” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 285/286).

e daqueles atingidos, sem que isso possa, no entanto, ser revisto externamente, já que eventual incorreção na decisão não acarreta em ofensa ao contraditório ou à igualdade entre as partes.

Por outro lado, se a impugnação for rejeitada, o controle externo será admitido ao fim da arbitragem (capítulo III.8), devendo, no entanto, ser levando em consideração que o vício em si somente maculará a arbitragem se, ao seu cabo, restar constatado efetivo prejuízo à parte impugnante (capítulo IV.2.a.1).

No que toca aos demais vícios na atividade do árbitro que não admitem controle externo, a questão objeto da impugnação acabará definitivamente resolvida no âmbito interno, independentemente de ter sido acolhida ou rejeitada.

IV.1.b. Os embargos arbitrais

Além de tratar expressamente das impugnações internas relacionadas à atividade do árbitro, nossa legislação arbitral também prevê que, uma vez intimada da sentença, a parte poderá requerer ao órgão arbitral que: (i) “corrija qualquer erro material da sentença arbitral”, ou (ii) “esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão” (artigo 30, incisos I e II).

Em razão da semelhança das hipóteses ali tratadas com aquelas que admitem os embargos de declaração do processo estatal⁴⁴⁷, a doutrina costuma denominar ao mecanismo concebido por tais dispositivos de embargos arbitrais ou até mesmo de embargos de declaração⁴⁴⁸. A referência é útil até para fixar que não se trata de um

⁴⁴⁷“A solicitação prevista no art. 30 da Lei de Arbitragem carrega a mesma essência e tem os mesmos escopos dos embargos de declaração. Ambos consistem em instrumento de otimização e aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, voltado à sanção de específicos vícios de uma decisão perante seu próprio prolator, com o objetivo de garantir sua clareza, inteligibilidade, coerência, completeza e qualidade” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração e arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 181 | Jul / 2012DTR\2012\450619). No mesmo sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 386/387; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 181/182.

⁴⁴⁸Denominando o mecanismo de embargos arbitrais, pode-se citar: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Os "embargos arbitrais" e a revitalização da sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 37 | Jul / 2005 | DTR\2005\811; BARROS,

instrumento para amplo reexame da decisão dos árbitros, devendo ser admitido tão somente diante de hipóteses específicas.

Até porque, é assente na doutrina que o mero arrependimento do julgador não admite, em regra, a revisão da decisão prolatada, já que, uma vez externada sua decisão, o juiz encerra seu ofício⁴⁴⁹. Especificamente no âmbito dos embargos declaratórios, a decisão pode até vir a ser alterada, desde que isso decorra logicamente da supressão de um dos vícios que admitem o manejo desse recurso⁴⁵⁰.

É correto que, pelas mesmas razões, o mero arrependimento do árbitro também não seja suficiente para a revisão da decisão arbitral. O que se pode admitir é que, diante da correção de eventuais omissões, contradições, obscuridades, ou erros materiais, a decisão venha a ser alterada. Mas, o vínculo com a correção do vício é imperioso, sob pena de indevida revisão do julgado.

Ao tratar do processo estatal, a doutrina vislumbra, no entanto, uma hipótese em que os embargos adquirem caráter notoriamente infringente. É aquela em que se pretende a revisão da decisão fruto de equívoco evidente; manifesto⁴⁵¹; situação excepcional em

Octávio Fragata M. de. *Reflexões Acerca dos Efeitos Infringentes dos Embargos Arbitrais*. In. Revista Brasileira de Arbitragem. n° 9 (Jan-mar/2006). Porto Alegre: Síntese. p. 62/70. Denominando-o de embargos de declaração: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 386; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 181; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração e arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 181 | Jul / 2012DTR\2012\450619.

⁴⁴⁹YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 50/52

⁴⁵⁰CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 388/389; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 181; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 58/60; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração e arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 181 | Jul / 2012DTR\2012\450619.

⁴⁵¹Para YARSHELL, é diante de hipóteses como essa que os embargos assumem verdadeira feição infringente, já que, por meio deles, busca-se efetivamente a revisão do julgado. Nas demais hipóteses, em que a alteração do julgado é decorrente da correção de algum dos demais vícios que admitem os declaratórios, o correto é tratá-los como embargos com efeito modificativo (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 56/60) BONDIOLI também admite o manejo dos declaratórios diante de erro evidente (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração e arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 181 | Jul/2012DTR\2012\450619)

que a revisão do julgado pelo próprio prolator estaria admitia. O pensamento pode ser transposto ao processo arbitral, haja vista o ganho de efetividade obtido^{452_453}.

Por outro lado, e também a exemplo do que ocorre no processo estatal, embora a Lei de Arbitragem apenas preveja o cabimento de embargos arbitrais contra a sentença, tal recurso deve ser admitido contra qualquer decisão proferida pelo árbitro, ainda que interlocutória⁴⁵⁴. O que deve limitar o âmbito de cabimento dos embargos arbitrais é o rol de vício que os admitem, e não propriamente a natureza da decisão.

Novamente, a extensão do cabimento dos embargos arbitrais a qualquer decisão proferida no âmbito da arbitragem apenas colabora para a efetividade do mecanismo, permitindo que eventual omissão, contradição, obscuridade, erro material, ou erro manifesto sejam de logo sanados, sendo desnecessário que se aguarde a prolação da sentença para que tais questões sejam retomadas.

Nesses termos, os embargos arbitrais também são mecanismos aptos para o controle da atividade do árbitro, desde que o vício cuja supressão seja pretendida esteja relacionado a alguma das hipóteses que admitam o manejo desse mecanismo.

Assim, caso a parte tenha, a título de exemplo, arguido vícios na convenção arbitral ou impugnado a indicação de um árbitro e isso não venha a ser oportunamente decidido, caberá a ela opor embargos contra a respectiva decisão, postulando a correção da omissão, com a apreciação da questão. Da mesma forma, caso eventual decisão esteja fundada em equívoco manifesto, os embargos serão admissíveis.

Aliás, ao menos no caso de omissão, eventual inércia da parte diante do vício poderá inclusive inviabilizar a revisão judicial da questão. Isso porque, como visto no

⁴⁵²BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração e arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 181 |Jul/2012DTR\2012\450619.

⁴⁵³No campo do controle da atividade do árbitro, sanando-se prontamente vício que levaria a disputa à esfera estatal.

⁴⁵⁴Por todos, WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 56/57.

capítulo III.5, nos termos da nossa Lei de Arbitragem, o controle interno da atividade do árbitro é, em regra, requisito necessário para que haja controle externo⁴⁵⁵.

Diante disso, não basta à parte simplesmente postular o controle interno. Deve utilizar os mecanismos que estão ao seu dispor para que tal controle seja efetivamente exercido, de forma a cumprir a mencionada condição. Apenas na hipótese de, mesmo tendo adotado os mecanismos disponíveis (inclusive os embargos arbitrais), o órgão arbitral se recusar a efetuar tal controle, estaria então admitida a via direta ao controle externo sem que antes tenha controle interno.

O prazo para manejo dos embargos declaratórios é, em regra, de 5 dias corridos e, na mesma linha abordada no capítulo anterior, a legitimidade para o manejo dos embargos arbitrais deve ser atribuída tanto às partes originárias quanto a possíveis terceiros integrados ao processo.

Ainda, sempre oportuno que, antes de decidir acerca dos embargos de declaração opostos por uma das partes, o painel arbitral abra à parte contrária oportunidade para se manifestar, garantindo, assim o exercício do contraditório⁴⁵⁶.

Por fim, as consequências da decisão tomada no âmbito dos embargos arbitrais serão semelhantes àsquelas tomadas diante de impugnação; até porque a decisão proferida com relação aos embargos integra aquela desafiada por tal recurso. Lógico que, especialmente diante de eventual alteração no resultado da sentença, haverá que se

⁴⁵⁵Em sentido contrário, LUIS GUILHERME BONDIOLI assevera que “Existindo um defeito na sentença arbitral eliminável tanto pelos embargos de declaração quanto pela demanda anulatória, a parte pode optar pelo remédio a ser utilizado. Por isso, em qualquer hipótese, é possível a propositura direta da demanda anulatória contra a sentença arbitral, mesmo nos casos em que o vício que a motiva não tenha sido debatido previamente no processo arbitral (por exemplo, sentença citra petita)” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração e arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 181 | Jul / 2012DTR\2012\450619). Para chegar a essa conclusão, o monografista parte da facultatividade dos embargos de declaração, preceito bastante difundido no processo estatal. Como visto no capítulo III.5, por razões outras, a linha de raciocínio não pode ser transposta para o processo arbitral. Aqui, a necessidade de submissão do vício ao controle interno advém tanto de expressa disposição legal quanto da própria *ratio* do contrato firmado entre as partes: afastar o Judiciário da solução de seus conflitos. De forma análoga à aqui defendida: YARSHELL, Flávio Luiz. *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 207/2012 | p. 13 | Mai / 2012DTR\2012\38924

⁴⁵⁶CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 388; e BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração e arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 8. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 181 | Jul / 2012DTR\2012\450619.

considerar o resultado final do julgamento, com sua integração pela decisão que julgou os embargos de declaração.

IV.1.c. Os recursos arbitrais

Como já diversas vezes adiantado, é lícito às partes, caso entendam adequado, estabelecer um sistema recursal interno das decisões do árbitro, submetendo tais decisões a outro painel arbitral, a quem estarão conferindo poder de revê-las. Os requisitos de admissibilidade dos recursos, assim como suas hipóteses de cabimento, serão por elas definidos, sendo, como já visto, extremamente amplas as possibilidades. Isso tudo fica ao sabor das partes, podendo significar um mecanismo adicional de controle da atividade da atividade do árbitro.

O prazo para interposição do recurso será aquele definido pelas partes, podendo variar de acordo com o recurso estabelecido. Na mesma linha abordada nos capítulos anteriores, a legitimidade para o manejo dos embargos arbitrais também deve ser atribuída tanto às partes originárias quanto a possíveis terceiros integrados ao processo.

Caso as partes tenham estabelecido um sistema revisional que englobe decisões relacionadas à atividade do árbitro, é também correto exigir-se delas que, em regra, se submetam a tal mecanismo de revisão como condição para que possam se valer do controle externo. Isso porque, como visto no capítulo III.5, a necessária submissão das partes ao controle interno advém não somente de expressa disposição legal, mas também das mais basilares regras a que submetida qualquer relação contratual, aliada a ao seu dever de boa-fé.

Assim, se as controvérsias podem, por meio de recursos, ser internamente resolvidas, atendendo-se aos anseios que levaram as partes a contratar a arbitragem, o correto é que se submetam a tal sistema e, somente subsidiariamente, caso suas insatisfações não tenham sido adequadamente solucionadas no âmbito da arbitragem, busquem o controle externo.

Nessa linha, não obstante as semelhanças entre a ação anulatória de sentença arbitral e a ação rescisória, no seio da arbitragem e do seu mecanismo de controle externo

não se aplica a regra do processo estatal segundo a qual o esgotamento das vias de revisão da decisão judicial não se faz necessário para o manejo da ação rescisória⁴⁵⁷.

É também importante ter em mente que, assim como no processo estatal, cabe à parte vencida definir se deseja acionar o órgão revisional arbitral, e qual será objeto da revisão; quais pedidos resolvidos pelo painel inicial serão revistos; e para qual finalidade⁴⁵⁸. É isso o que se denomina extensão da cognição revisional. Deve o órgão revisor se ater ao que a parte requereu fosse revisto, até porque os capítulos restantes restam preclusos, recebendo a qualidade de coisa julgada⁴⁵⁹.

Dentro dessa extensão estabelecida, pode o painel revisor proceder a uma avaliação de todas as matérias relevantes para o julgamento dos pedidos das partes, seja no que toca a questões de mérito, seja com relação aos pressupostos para o julgamento do mérito desses pedidos. É o que se denomina profundidade da cognição revisional⁴⁶⁰.

As consequências do controle serão as mesmas do exercido no âmbito das impugnações internas ou dos embargos arbitrais, justamente por se tratar de mecanismo de revisão interna da decisão anterior, cujo resultado prevalecerá.

IV.1.d. As impugnações dirigidas a outros órgãos de controle interno

Também foi diversas vezes adiantado que, não obstante a inexistência de expressa autorização legal, é igualmente lícito às partes elegerem outros órgãos, não

⁴⁵⁷Embora sem tratar especificamente dos recursos estabelecidos consensualmente, mas abordando os embargos arbitrais, é substancialmente essa a conclusão de FLÁVIO YARSHELL (YARSHELL, Flávio Luiz. *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 207/2012 | p. 13 | Mai / 2012DTR\2012\38924).

⁴⁵⁸“No ato de interposição do recurso, assim como no ato de propositura da demanda, é o autor (ou o apelante) que delimita o campo de atuação jurisdicional. Aplica-se, no caso do recurso, o princípio ‘*tantum devolutum quantum appellatum*’, ou seja, o Tribunal só poderá conhecer e julgar a matéria que foi objeto do recurso, assim como ocorre no ato de propositura da demanda” (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RSC. 2006. p. 97). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 110/112; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 147/148.

⁴⁵⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 123; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RSC. 2006. p. 146/147.

⁴⁶⁰BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RSC. 2006. p. 103/104.

jurisdicionais, de controle interno da atividade do árbitro. Isso advém da atmosfera consensual em que inserido esse mecanismo de solução de conflitos, no âmbito da qual cabe também às partes o estabelecimento de questões cruciais ao seu desenvolvimento, tais como eventual centro para administrá-lo, a forma de eleição dos árbitros, sua sede, língua, lei aplicável, e regras processuais.

Isso é admitido para o controle da jurisdição e aptidão do árbitro. Na primeira hipótese, como consequência da possibilidade de recusa, por parte do centro de arbitragem, quanto à administração de determinada arbitragem. Na segunda hipótese, como decorrência da liberdade das partes no que toca à eleição de mecanismos de seleção do órgão arbitral (capítulo V.1.c).

Na mesma linha do capítulo anterior, como tal ampliação dos órgãos de controle advém de opção das partes, caberá a elas estabelecer o processamento de eventuais impugnações dirigidas a tais órgãos de controle, regulamentando sua forma, prazo, e escopo.

O que deve ficar claro é que tal controle não poderá se sobrepor ao controle interno exercido pelo árbitro, assim como ao controle externo, não havendo como se cogitar que, por decorrência do controle exercido por um órgão não jurisdicional, o árbitro ou o juiz togado fiquem privados de avaliar eventuais óbices à jurisdição e aptidão do árbitro.

Não teria cabimento exigir-se do árbitro que dê seguimento a uma arbitragem irregular para que, uma vez finda, seu resultado venha a ser invalidado. Isso violaria basilares princípios a serem observados em qualquer atividade adjudicatória; especificamente os da instrumentalidade, efetividade, e razoável duração do processo. Se o processo (inclusive arbitral) é instrumento para a solução de um litígio, não há como se cogitar o consciente desenvolvimento de uma arbitragem que não poderá, ao final, pacificar os conflitos existentes entre as partes. É, assim, dever do árbitro agir para que sua decisão seja recepcionada pela ordem jurídica.

Também não haveria como um mecanismo de controle interno opcional suprimir o controle externo, necessário inclusive para compatibilização da arbitragem com o

disposto no artigo V, inciso XXXV, da Constituição Federal, e cuja a renúncia prévia e genérica não é admitida (capítulo II.2.e).

Isso significa que, por decorrência de sua influência na eleição do órgão de arbitral, os centros de arbitragem ou as *appointing authorities* podem validamente vetar a indicação de determinado árbitro, ou até mesmo substituir um árbitro no curso da arbitragem. Tal decisão não ensejará reexame pelo painel arbitral ou pelo Judiciário justamente pois, como dito acima, isso não torna irregular a atividade arbitral desde que o árbitro substituto esteja apto ao exercício da tarefa que lhe foi confiada⁴⁶¹.

Por outro lado, caso o árbitro impugnado seja mantido na função pelo órgão controlador em questão, a impugnação poderá ser reiterada perante o próprio painel arbitral, cuja decisão ensejará as mesmas consequências estabelecidas no capítulo IV.1.a.

Da mesma forma, caso expressamente previsto nas regras estabelecidas pelas partes, determinado órgão não jurisdicional eleito para tal função poderá, com base em inconsistências na convenção arbitral, impedir o início de uma arbitragem, ou limitar as partes nela envolvidas.

No entanto, se assim decidir, estará a parte insatisfeita autorizada a submeter a controvérsia quanto à regularidade e o alcance da convenção ao Judiciário⁴⁶², por meio da ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem (capítulo IV.2.b.3), sob pena da parte ficar desprovida de proteção jurisdicional, o que ofenderia o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Na hipótese, por outro lado, do órgão não jurisdicional admitir o desenvolvimento do processo arbitral nos termos em que postulado, o painel arbitral poderá reavaliar a regularidade e a extensão da convenção arbitral⁴⁶³, assim como o controle externo estará posteriormente admitido, nos termos já estabelecidos.

⁴⁶¹No mesmo sentido: “If the arbitration institution or the appointing authority sustains the challenge the arbitrator in question will be removed. The decision of the institution or the appointing authority is final” (LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 309).

⁴⁶²Tal como expressamente previsto no artigo 6(6) do Regulamento da CCI.

⁴⁶³Tal como expressamente previsto no artigo 6(5) do Regulamento da CCI.

O importante é, reitera-se, o painel arbitral ter oportunidade de atuar diante de eventuais irregularidades relacionadas à atividade do árbitro. É isso que não pode ser obstado mesmo diante da eleição, por parte dos litigantes, de órgãos não jurisdicionais de controle da atividade do árbitro.

IV.2. Mecanismos de controle externo primário da atividade do árbitro

No capítulo dedicado aos órgãos responsáveis pelo controle da atividade do árbitro (capítulo II.2.a), foi visto que o controle externo primário da atividade do árbitro é exercido pelo Judiciário da sede da arbitragem, tendo sido delimitada a competência interna do Judiciário Brasileiro para tal fim, sempre com base no objeto específico da demanda judicial em que o controle é exercido, seja ele o apoio ou a censura à jurisdição arbitral.

Já, ao tratarmos do momento para o controle da atividade do árbitro (capítulo III.8) foi exposto que nosso sistema reserva o controle desse exercício para após o fim da arbitragem, estabelecendo exíguo prazo decadencial para que seja postulado (90 dias após a notificação da parte acerca da sentença arbitral).

Não obstante, foi igualmente estudado que, em situações excepcionais, tal controle também pode ocorrer de forma extemporânea, seja prematura, seja retardada. Isso se dá quer para que a própria eficiência buscada com a regulamentação temporal do controle não fique comprometida, quer pela natureza do vício na atividade do árbitro, incompatível com a aventada limitação temporal.

Por consequência disso, a Lei de Arbitragem também prevê e regulamenta os mecanismos mediante os quais esse controle deve ser postulado e exercido momento próprio. Por outro lado, igualmente necessário que se defina os mecanismos por meio dos quais o controle extemporâneo é excepcionalmente admitido, o que, como já adiantado, mas detalhadamente visto a seguir, é também extraído de exigências da própria legislação para que o apoio à jurisdição arbitral seja concedido.

Diante dessa importância conferida pelo sistema ao momento para o controle da atividade do árbitro, uma forma adequada de se sistematizar os seus mecanismos de controle externo primário é classificando-os justamente pelo momento em que entrarão em cena, dividindo-os, assim, em: (i) mecanismos de controle no momento próprio; (ii) mecanismos de controle prematuro; e (iii) mecanismos de controle retardado, tal como é aqui proposto.

IV.2.a. Mecanismos de controle da atividade do árbitro no momento próprio

IV.2.a.1. A ação anulatória de sentença arbitral

A ação anulatória de sentença arbitral é, sem dúvidas, o mecanismo que mais naturalmente vem à mente quando se pensa em controle da arbitragem e especificamente da atividade do árbitro. Isso se dá justamente porque, como já visto, a nossa legislação reserva, em regra, o controle externo de todos os possíveis desvios no desenvolvimento da arbitragem a um único momento, atribuindo o seu exercício justamente para o âmbito da ação anulatória de sentença arbitral⁴⁶⁴.

Em seus artigos 32 e 33, a Lei insere a ação anulatória de sentença arbitral no sistema, definindo o seu procedimento e prazo decadencial, assim como os vícios que, por meio dela, admitem controle externo e, ainda, suas consequências. Por outro lado, exceção feita ao § 3º do artigo 33, em que atribui tal exercício também à impugnação à execução de sentença (capítulo IV.2.a.2), a Lei em nenhum outro momento trata do

⁴⁶⁴Como bem sintetiza PAULO ISSAMU NAGAO, “a lei de arbitragem empregou, por motivação de ordem política e pragmática, a técnica da concentração do controle judicial, deslocando para o momento determinado (posteriormente à prolação da sentença arbitral), versando sobre as hipóteses de inexistência, nulidade e anulabilidade, envolvendo quaisquer atividades desempenhadas pelo árbitro, bem como todos os atos praticados pelas partes, inclusive antes da instauração do procedimento, na fase de celebração da convenção arbitral, esforçando-se o legislador para esgotar todas as possibilidades de vício” (NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 261). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 118. É o que também se extrai da obra de CARMONA, especialmente do quanto dito ao tratar do artigo 20 da arbitragem Lei de Arbitragem, de onde se conclui que eventual controle externo do resultado das impugnações ali previstas de dará por meio da ação anulatória (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 283).

controle externo primário, o que, vale frisar, se dá justamente porque sua intenção é que tal controle seja concentrado na ação anulatória de sentença arbitral.

Nos termos do artigo 33 da Lei de arbitragem, o objeto desse mecanismo é a “decretação da nulidade da sentença arbitral”. A Lei peca por uma certa imprecisão técnica na medida em que, como será visto no capítulo V.2.d, a par de sentenças inválidas⁴⁶⁵, o próprio artigo 32 da Lei também prevê hipóteses que levam à inexistência jurídica e à ineficácia da sentença arbitral.

Assim, o provimento obtido por força da ação anulatória de sentença arbitral poderá ser constitutivo⁴⁶⁶, diante de vícios que levem à invalidade da sentença arbitral, havendo, assim, efetivação de direito potestativo da parte; ou então apenas declaratório, nas hipóteses de inexistência jurídica ou ineficácia da sentença arbitral, a ser declarada

⁴⁶⁵Há uma controvérsia na doutrina no que toca à qualificação do ato jurisdicional que, por conter determinado vício, pode eventualmente vir a ser desconstituído. Alguns falam de ato anulável justamente porque continuarão produzindo efeitos até que desconstituídos (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. P. 398/399). Outros falam em ato nulo pela mesma razão (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 115; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 139/142; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 154/157). O que se vê é que, a par de controvérsias quanto à denominação, há um ponto em comum: tais atos irradiam efeitos e eficácia até que venham a ser desconstituídos. Diante disso, e considerando a, com toda vênua, irrelevância da discussão, qualificaremos tais atos de inválidos, inclinando-nos a esse ponto comum da doutrina.

⁴⁶⁶Tratando de demanda similar prevista na legislação espanhola ainda antes da recente reforma de 2011, mas que, nesse ponto, não alterou substancialmente a sistemática até então vigente, JOSÉ LUIS GONZÁLES-MONTES SÁNCHEZ afirma que “se trata de una acción rescisoria, constitutiva, de *petitum* único e invariable, esto es, una acción dirigida solamente, excluyendo outro tipo de pretensiones, a dejar sin eficacia o privar de afectos el laudo arbitral atacando su fuerza de coza juzgada por medio de la alegación de unos motivos previamente tasados que, caso de ser estimados, provocan un efecto constitutivo, pues se crea una situación jurídica distinta de la habida hasta ese momento: el laudo arbitral era firme, válido y ejecutivo y ahora deja de serlo” (SÁNCHEZ, José Luis Gonzáles-Montes. *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley. 2008. p. 26). De forma análoga: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 237; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 237; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 266/271. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, por seu turno, defende que o provimento é meramente declaratório (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei 9.307/96*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 147). A nosso ver, ambas as situações poderão se fazer presentes. O provimento será (também) constitutivo diante de invalidades, na medida em que não apenas resolve uma crise de certeza, mas produz a desconstituição da sentença; tanto que há prazo decadencial expressamente previsto em Lei para a parte manejar tal demanda, o que não é próprio dos provimentos declaratórios, pela sua própria natureza (solução de crises de certeza) e, ademais, não há dúvidas de que a sentença irradia eficácia e efeitos até que desconstituída, o que demonstra que o provimento altera uma situação jurídica. Mas, poderá ser meramente declaratório diante de sentenças juridicamente inexistentes ou ineficazes. Também admitindo que o provimento possa ser meramente declaratório: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 272.

por decisão judicial. Assim, a sentença que julga procedente o pleito objeto da ação anulatória de sentença arbitral não “decreta a nulidade da sentença”, mas a desconstitui ou declara a sua inexistência jurídica/ ineficácia.

E, importante ressaltar, não há razão para se limitar a ação anulatória de sentença arbitral à desconstituição da sentença. Além do próprio rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem trazer hipóteses que levam tanto à invalidade quanto à inexistência e ineficácia da sentença, as quais, nos termos do artigo 33, podem ser arguidas mediante ação anulatória de sentença arbitral, não há qualquer impedimento para que se busque, por meio da assim denominada ação anulatória de sentença arbitral, a declaração de inexistência ou ineficácia da sentença, desde que o provimento seja adequadamente postulado⁴⁶⁷.

A diferença relevante é que, diante de vícios de inexistência/ineficácia da sentença arbitral, os condicionamentos próprios da ação anulatória, voltados à desconstituição da sentença, não se aplicam. O prazo decadencial previsto na Lei de Arbitragem não precisará ser respeitado, assim como a submissão do vício ao controle interno não deverá ser exigida como requisito para o controle externo.

Por tais razões, não prima pela melhor técnica a denominação da ação em questão de ação anulatória de sentença arbitral. Ainda assim, e tendo em mente que essa é a denominação utilizada na prática forense, bem como que os vícios que levam à inexistência e ineficácia da sentença arbitral estão em substancial minoria em relação aos de invalidade, ela também será aqui utilizada, com a ressalva ora registrada.

⁴⁶⁷ Ao tratar da sentença proferida em processo viciado por citação inexistente ou irregular, DINAMARCO assevera que “a *existência jurídica* dessa sentença, assim viciada porque proferida contra revel mal citado (ou não citado), mas com o feitiço de ato imperativo de exercício de poder e aparência de regularidade, é que provavelmente tem levado os tribunais a aceitar qualquer das vias processuais conhecidas, como meio de obter sua invalidação. (...) Não só a ação rescisória é considerada admissível como ainda os embargos à execução (lei expressa: CPC, art. 741, inc. I) e também a ação declaratória de nulidade, de competência dos Juízes de primeiro grau de jurisdição” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002). Ao tratar do mesmo assunto, mas qualificando a sentença como ineficaz (tal como aqui qualificado – capítulo V.2.d.3), BEDAQUE afirma que “a resistência pode ser manifestada por qualquer meio” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 479). Também admitindo tal possibilidade: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 271/272.

Fato é que o primordial objetivo da ação será sempre o ataque à sentença arbitral⁴⁶⁸, o que está longe de significar que o controle então exercido não se estenda à atividade do árbitro. O desvio na atividade do árbitro, externamente controlado em hipóteses específicas (capítulo V.2.d), acaba viciando a sentença. Não por outro motivo, não apenas a sentença, mas os demais atos jurisdicionais viciados também acabam sendo atingidos.

Possuirão legitimidade ativa para a ação anulatória aqueles que figuraram como partes no processo arbitral, na medida em que a sentença proferida atua sobre suas relações jurídicas, definindo o destino de um bem da vida por elas disputado⁴⁶⁹. Ainda que tenha havido litisconsórcio em um ou ambos os polos do processo arbitral e que o

⁴⁶⁸Em termos estritamente técnicos, o ataque se dá ao dispositivo da sentença pois é lá que o juiz resolve o mérito do processo e é isso o que pode adquirir a qualidade de coisa julgada material. Ao menos diante do nosso sistema, não haveria interesse processual para o ataque, por exemplo, aos fundamentos da sentença, pois eles não extrapolam os limites do processo, de forma que eventual provimento nesse sentido não teria utilidade alguma para a parte. Rigorosamente nesse sentido, embora tratando da ação rescisória: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 126/129.

⁴⁶⁹DINAMARCO afirma que terá legitimidade ativa para a demanda “aquele ou aqueles que houverem sucumbido no processo arbitral, interessados na desconstituição do laudo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 236). Mas, como visto na sequência, ser “interessado na desconstituição do laudo” é questão mais afeita ao interesse processual, onde se verificará, *in concreto*, eventual utilidade no provimento buscado pela parte. Mais adequado, assim, estender-se a legitimidade ativa a todos cujas relações jurídicas possam ser afetadas pela desconstituição da sentença, deixando a aferição do efetivo benefício para o interesse processual. Inclusive, DINAMARCO arremata seu pensamento com a seguinte assertiva: “são esses os sujeitos cujas esferas jurídicas serão de algum modo atingidas pelo julgamento de mérito a ser proferido na sentença arbitral” (*Ibis Idem*). Também na linha aqui desenvolvida: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 308/309. De qualquer forma, isso bem demonstra que, conforme já observado em estudos inclusive do tão prestigiado professor, a legitimidade e o interesse de agir estão intimamente relacionados, na medida em que ambos miram um fim em comum: a utilidade do provimento para a parte. “A ilegitimidade *ad causam* é, assim, um destaque negativo do requisito do interesse de agir, cuja concreta ocorrência determina *a priori* a inexistência deste. (...) Bem pensado, portanto, a legitimidade é apenas um dos requisitos sem os quais não há o interesse de agir” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 305).

objeto dessa demanda seja unitário⁴⁷⁰, não se pode estabelecer litisconsórcio necessário⁴⁷¹ entre todos que figuraram no mesmo polo da demanda para a ação anulatória⁴⁷².

Isso equivaleria a presumir o interesse (material) desses integrantes na desconstituição da sentença arbitral, o que não é adequado. Mesmo uma parte integralmente derrotada pode preferir não litigar novamente (seja pelo processo arbitral, seja pelo processo judicial), mas deixar a sentença íntegra, inclusive pagando a quantia objeto de eventual condenação e, com isso, encerrando definitivamente a questão (sem prolongar, a título de exemplo, a incidência de eventuais juros moratórios sobre o valor cobrado). Caso a vitória tenha sido parcial, isso fica ainda mais evidente. A parte pode preferir ficar com o que tem na mão a buscar a reabertura de discussão, assumindo o risco de perder tudo.

Assim, e justamente porque isso passa por um juízo de conveniência, exigir-se da parte (materialmente) interessada na ação anulatória que convença seus pares a

⁴⁷⁰A unitariedade e indivisibilidade do objeto do litígio é fenômeno eminentemente prático, concebido no seio da própria relação substancial levada ao Judiciário. É, consequentemente, analisando o próprio direito material – e não a forma como postulado em juízo – que se identifica as situações jurídicas unitárias e indivisíveis. Assim, “há certas relações jurídicas com diversos titulares ativos ou passivos (daí a legitimidade plúrima) que, pela sua própria natureza, não comportam cisão (...). *Num plano puramente prático* (e não apenas lógico), observar-se-á a impossibilidade de dar efetividade aos preceitos da lei substancial mediante determinações judiciais que não encarem essas relações jurídicas como um todo monolítico” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 133/134). De acordo com BARBOSA MOREIRA: “A ‘relação jurídica litigiosa’ é a *res in indicium deducta*, e o pronunciamento que sobre ela emita o juiz formará o conteúdo da decisão de mérito. É possível, então, definir litisconsórcio unitário como aquele se que constitui, do lado ativo ou passivo, entre pessoas para as quais há de ser uniforme, em seu conteúdo, a decisão de mérito” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense. 1972. p. 129).

⁴⁷¹Litisconsórcio unitário não se confunde com o chamado litisconsórcio necessário, tampouco dele é espécie. As situações são diversas, e possuem origens distintas. O litisconsórcio necessário se faz presente quando se exige mais de um indivíduo em determinado polo da demanda para que haja a solução judicial do mérito do litígio. Isso não significa que o objeto do litígio seja unitário, tampouco que, sempre que o fenômeno da unitariedade ocorrer, deverá haver litisconsórcio entre os envolvidos na relação jurídica em questão. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense. 1972. p. 131). Há hipóteses de objeto unitário que não ensejam litisconsórcio necessário, tais como o tradicional exemplo da pretensão invalidação de determinada decisão assemblear de sociedade anônima, cujo resultado deverá ser o mesmo para todos os acionistas, não sendo possível invalidar a decisão para alguns e não para outros. Mas há também hipóteses de litisconsórcio necessário mas não unitário, tais como a ação fundada em dívida contraída pelo marido a bem da família. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 193 e 199). Esses conceitos são relevantes para o desenvolvimento desse capítulo.

⁴⁷²Ao tratarem da legitimidade ativa para a ação rescisória, FLÁVIO YARSHELL (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 138/142) e DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002) se posicionam em sentido contrário.

acompanhá-la nessa nova empreitada pode significar tarefa excessivamente penosa, quiçá até impossível de ser cumprida.

A consequência disso é uma injustificada limitação ao acesso da parte à tutela jurisdicional, o que, no caso da arbitragem, seria especialmente grave, na medida em que abriria caminho para arbitragens impositivas, conluíus, e falcatruas, contrariando a própria *ratio* da existência de mecanismos de controle da atividade do árbitro (capítulos I.4 e II.2).

Admitir-se a ausência dos demais possíveis litisconsortes, mas atribuir-lhes, por outro lado, a prerrogativa de posteriormente postularem provimento constitutivo ou declaratório semelhante⁴⁷³ também não é uma saída adequada. Tal raciocínio presume, novamente, que o interesse (material) de tais partes tenderá sempre à impugnação da sentença⁴⁷⁴. Mas, se preferirem defender sua higidez, seu direito ao Contraditório e ao Devido Processo Legal também estará sendo injustificadamente inobservado⁴⁷⁵.

⁴⁷³É o que defende FELIPE WLADECK (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 310)

⁴⁷⁴É o que se extrai da seguinte passagem de WLADECK: “Desse modo, desde que tenha interesse de agir, o litisconsorte que não participou do processo anterior poderá ajuizar a sua própria ação de anulação. A presença do interesse de agir dependerá do resultado do processo anterior: se a sentença arbitral tiver sido anulada por sentença transitada em julgado, não será necessário o ajuizamento de nova ação de anulação” (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 310).

⁴⁷⁵Nesse caso, não há como se defender a limitação da coisa julgada às partes que figuraram no processo, na medida em que, tratando a demanda arbitral de situação de unitariedade, há um único capítulo para todos os litisconsortes e, por consequência, o objeto da ação anulatória também é unitário, de sorte que seu resultado, por imposição prática, também vinculará a todos. Assim, não há como o capítulo ser desconstituído (ou declarado inexistente) para uns e não para outros, tampouco provimento declaratório em sentido contrário ao quanto anteriormente decidido. A ineficácia poderia até se expressar de forma diversa, mas isso exigiria a participação de uns e não de outros na demanda arbitral, o que destoaria do quanto aqui tratado. Assim, a coisa julgada material oriunda da sentença proferida na ação anulatória necessariamente se estenderia aos demais (BARBOSA MOREIRA, José Carlos *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense. 1972. p. 144; ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 163). Em sentido contrário: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005. É verdade que, em algumas situações, o sistema admite tal extensão, mas isso se dá justamente por uma incompatibilidade prática entre o acesso à tutela jurisdicional e o respeito ao contraditório, preferindo-se, nessas hipóteses, dar prevalência ao primeiro. É o já mencionado caso das ações anulatórias de deliberações assembleares, em que exigir-se a citação de todos os acionistas gera, em determinadas hipóteses, situação que beira o impraticável. Isso é, no entanto, excepcional e assim deve ser tratado (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 270/271), sendo sempre preferível alguma saída que concilie os dois preceitos constitucionais citados, tal qual a inclusão dos demais no polo passivo, aqui defendida.

Assim, é mais razoável e adequado o caminho de se levar os demais envolvidos na demanda arbitral (ou no capítulo em questão) ao polo passivo do processo, como será detalhadamente visto na sequência.

Tal preceito vale não apenas para as partes originárias, mas também para aqueles que, por meio de intervenção de terceiros, integrem a lide (capítulo IV.1.a), ainda que figurem somente como parte secundária, por estarem vinculados a uma relação jurídica subordinada àquela objeto da demanda (o que é fundamento para as assistências, como visto). Mesmo nessa hipótese, a sentença arbitral influi na esfera de direitos das partes, quando menos indiretamente, em razão dessa relação de subordinação. Quando o terceiro adquire a qualidade de parte principal, ampliando o objeto da demanda, sua legitimidade fica ainda mais evidente, já que a sentença afeta relação jurídica própria dessa parte.

Não obstante, e também por decorrência desse raciocínio, tal legitimidade é restrita aos capítulos da sentença que puderem atingir as relações jurídicas da parte. Isso significa que, no caso de denunciação da lide, a parte oposta ao denunciante não terá, em regra, legitimidade para atacar o capítulo da sentença que decide a alegada relação de garantia entre o denunciante e o denunciado⁴⁷⁶. O mesmo vale para o litisconsórcio simples, que gera tão somente uma cumulação de demandas independentes⁴⁷⁷.

Da mesma forma, não há como se excluir peremptoriamente a legitimidade do terceiro juridicamente prejudicado ou do próprio Ministério Público para a ação anulatória de sentença arbitral.

Poderia ser argumentado que tal legitimidade restaria afastada pela Lei de Arbitragem ao dispor, em seu artigo 33, que “a parte interessada” poderá propor a ação anulatória de sentença arbitral, argumentando que, diante disso, somente quem foi parte na demanda arbitral poderia postular a “anulação” da sentença.

⁴⁷⁶Afinal, a denunciação da lide gera “ao menos dois capítulos da sentença distintos: aquele que está relacionado com a demanda principal e aquele que trata da denunciação. Qualquer um deles poderia constituir, sozinho, o conteúdo mínimo de uma sentença” (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RSC. 2006. p. 75).

⁴⁷⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 73/76. Isso se dá em oposição ao litisconsórcio unitário, que, “não dá motivo à divisão da sentença em capítulos” (*ibis idem*).

O raciocínio não prospera. Admitir essa interpretação equivale a concluir que o referido dispositivo legal é absolutamente desnecessário. Sendo as partes do processo arbitral diretamente atingidas pela sentença (ou então, não deveriam ser parte), é natural que, havendo previsão de controle externo da arbitragem, sejam elas legitimadas para postulá-lo. Da mesma forma, é regra basilar de direito processual que, para obter provimento jurisdicional, é exigido não apenas legitimidade, mas também interesse processual por parte do postulante. Assim, dizer que apenas as partes interessadas podem buscar a desconstituição da sentença também não traz nada de diferente em relação ao que ordinariamente acontece.

Por outro lado, e não obstante a atmosfera privada que envolve o processo arbitral, não há dúvidas de que vícios na atividade do árbitro podem acabar afetando a esfera jurídica de terceiros. É o que ocorrerá diante de demanda em que determinada parte deveria figurar como litisconsorte em processo de objeto incindível (litisconsórcio necessário e unitário)⁴⁷⁸ mas não é convidada a participar do processo e, ainda assim, o mérito do litígio é resolvido. Isso viola o direito da parte preterida ao contraditório, podendo prejudicá-la.

Não por outro motivo, há expressa disposição na legislação processual determinando a integração ao processo de todos os litisconsortes necessários, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (artigo 47, parágrafo único, do CPC). Também por força desse raciocínio, é reiterado em âmbito doutrinário que, em hipóteses de litisconsórcio necessário, se um dos consortes não estiver vinculado à convenção arbitral e não concordar em litigar via arbitragem, o único caminho válido para o painel

⁴⁷⁸Diante de litisconsórcio necessário mas não unitário, o problema desaparece. Podendo o objeto do processo ser cindido entre aqueles que figuram no polo passivo, o julgamento da demanda se dará em capítulos distintos e independentes entre essas partes (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 73/74). Por consequência, caso um litisconsorte necessário não tenha sido integrado ao processo, a sentença será ineficaz em relação a ele e a autoridade da coisa julgada nunca o vinculará, admitindo sua própria demanda a fim de solucionar o conflito que lhe diz respeito. Nessa hipótese, não há porque se impedir a eficácia da sentença com relação às partes que participaram da demanda, já que isso não afronta garantias processuais do terceiro. Assim, “outra observação a ser feita é a de que *apenas ao litisconsórcio necessário unitário* se aplica a regra da ineficácia, prevista no art. 47 do Código de Processo Civil (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 296). No mesmo sentido, e tratando especificamente da arbitragem: NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 309.

arbitral é se abster de resolver o mérito da demanda (ou ao menos da parcela em relação a qual o litisconsórcio se fazia necessário)⁴⁷⁹.

O vício admitirá, nessa hipótese, controle externo, ante a vulneração ao direito do terceiro ao contraditório (capítulo V.2.d.3), e a parte preterida, *se tiver sido prejudicada*, terá todo o interesse em postular a declaração de sua ineficácia⁴⁸⁰.

Da mesma forma, também não há como se afastar o interesse do Ministério Público na impugnação de uma sentença arbitral. Isso ocorreria na hipótese em que a sentença tratou de direitos indisponíveis, o que viola o disposto no artigo 1º na Lei de Arbitragem, e ainda impede que o Ministério Público exerça sua missão (artigo 82, incisos I a III), em prejuízo às funções institucionais que lhe são próprias⁴⁸¹.

Nessas duas hipóteses, haverá evidente interesse de terceiro (aqui considerado também o Ministério Público) em atacar a sentença arbitral, inclusive mediante ação anulatória que, como visto, não se restringe à desconstituição de sentenças inválidas, podendo também levar à declaração de inexistência ou ineficácia de sentença arbitral. Como será visto, é juridicamente inexistente a sentença que resolve litígios relacionados a direitos indisponíveis (capítulo V.2.d.2), e ineficaz aquela proferida na ausência de litisconsórcio necessário, desde que o objeto do processo seja unitário e tal sentença tenha sido prejudicial à parte preterida (capítulo V.2.d.3).

Por outro lado, e não obstante esses terceiros disponham de outras armas contra sentenças fruto de atividade arbitral viciada que lhes prejudique, não parece haver qualquer razão para a lei limitar a ação anulatória de sentença arbitral somente às partes

⁴⁷⁹CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 304; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 128; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros - litisconsórcio fora do pacto arbitral - outras intervenções de terceiros*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 14. Fonte Original Citada: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 14 | p. 357 | Out / 2001 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 509 | Set / 2014DTR\2001\410.

⁴⁸⁰Vide capítulo V.2.d.3, sobre a ineficácia da sentença arbitral nessa hipótese.

⁴⁸¹A função Magna do Ministério Público é, na condição de agente estatal, lutar pelo interesse público. Isso se dá porque, “como a *inércia inicial* e o princípio dispositivo impedem o juiz de formar um processo sem provocação da parte, de inserir novo fundamento ou novas pretensões no processo já formado ou de levar a extremos as iniciativas probatórias etc. (...); mas como também em alguns casos e situações o Estado moderno sente que não deve permanecer passivo, a solução encontrada é essa de encarregar tais missões a outros agentes estatais diferentes do juiz e desvinculados do Poder Judiciário” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 421/422).

envolvidas na arbitragem. Justamente porque o mesmo resultado poderá ser alcançado por outros meios, tal limitação significaria formalismo exacerbado e injustificado, o que o moderno pensamento processual abomina.

Assim, é mais lógico aceitar que, ao se referir a “parte interessada” no artigo 33 da Lei de Arbitragem, o legislador também atribuiu legitimidade ao indivíduo (ou órgão) que, mesmo não tendo integrado o processo arbitral, possua algum interesse em atacar a sentença, e não apenas às partes da arbitragem, em sentido estritamente técnico-processual⁴⁸².

A legitimidade passiva, por seu turno, recai sob as demais partes envolvidas na demanda arbitral decidida pela sentença impugnada (ou pelos capítulos atacados), aqui sim em litisconsórcio necessário⁴⁸³, e ainda que tenham sido apenas parcialmente

⁴⁸²Tal legitimidade também se faz presente no âmbito da ação rescisória, nos termos do artigo 487, incisos II e III do Código de Processo Civil. Também aceitando a legitimidade do terceiro interessado: ARMELIN, Donald. *A ação declaratória em matéria arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 108 | Abr / 2006 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 893 | Set / 2014 DTR\2006\233; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Reflexões sobre a sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 12. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 40 | Jul / 2005 DTR\2005\393. Tratando especificamente da posição do terceiro, DINAMARCO reitera posição sólida sua pela “indiferença da escolha de qualquer desses meios, ou qualquer outro suficientemente idôneo, para a defesa de terceiros contra os efeitos das sentenças proferidas em sua ausência” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 237). Em sua obra destinada à ação rescisória, YARSHELL inadmitte o ajuizamento dessa demanda por quem não tenha integrado o processo judicial, sob o fundamento de que “desde que não tenha ocorrido o ingresso, não há – diante da regra do art. 472 do CPC – como sustentar a formação de coisa julgada em relação a quem não figurou como parte no processo. Sendo assim, não há interesse desse terceiro para propor a ação rescisória, na medida em que por outras vias adequadas poderá se opor ao comando que resultou do processo que não integrou” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 138/144). O ensinamento não pode ser aqui aplicado, pois o trabalho defende a admissibilidade de ação anulatória de sentença arbitral diante de vícios que levem à inexistência e ineficácia da sentença.

⁴⁸³Como já antecipado, esse posicionamento não é isento a críticas. Ao tratar da ação rescisória, YARSHELL considera essa solução inadequada na medida em que “a resistência oponível por essas pessoas – que, então, passaram a figurar como réus – pouco ou nada valeria. Nessa hipótese ficariam os réus (incluindo aqueles que poderiam ter sido autores) vinculados a um resultado que não queriam e que não pediram” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 138/140). Próximas são as críticas de DINAMARCO, embora tratando da demanda arbitral em si (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 130). Mas, ficar “vinculado a um resultado que não queriam e que não pediram” é algo natural à posição dos réus, que ordinariamente resistem a uma pretensão jurisdicional. Se a parte não quer o resultado buscado pelo outro, então o esperado é que defenda a improcedência do pleito e isso é próprio à condição de demandado. Ainda assim, há que se reconhecer que a solução não é ideal, pois acaba trazendo para processo aquele que, embora não discorde da pretensão, também não está disposta a buscá-la. Ainda assim, parece mais equilibrada e razoável do que limitar o acesso da parte à tutela jurisdicional (o que se daria diante de litisconsórcio necessário) ou colocar o direito das partes ao contraditório sob risco (o que se daria diante de litisconsórcio facultativo). Ao tratar da ação rescisória, Barbosa Moreira também se posiciona pelo litisconsórcio

vitoriosas, ou inclusive totalmente derrotadas. Isso se dá porque o resultado da ação anulatória, por consequência lógica, poderá afetar diretamente suas esferas jurídicas. Se a desconstituição ou a declaração de inexistência/ineficácia da sentença arbitral lhe será favorável ou prejudicial, é algo, em princípio, afeito ao interesse (material) dessas partes, cabendo a cada qual decidir se prefere, ou não, a reabertura da pendência que gerou a demanda arbitral.

Assim, até por cautela, é correto exigir que todas as partes sejam citadas para demanda, de sorte que, cientes da pretensão, defendam a posição que se encaixe em seus interesses. Poderão concordar imediatamente com o pleito anulatório, o que nem lhes acarretará verbas sucumbências⁴⁸⁴, ou defender a higidez da sentença arbitral. O correto é que, inexoravelmente, se forme litisconsórcio necessário entre todas as demais partes do processo arbitral, preservando-se, assim, a prerrogativa de todas ao contraditório⁴⁸⁵.

Os integrantes do painel arbitral prolator da sentença não possuem, por outro lado, legitimidade passiva para a ação anulatória de sentença arbitral, já que o resultado dessa demanda não poderá trazer consequências às suas esferas de direito⁴⁸⁶. Ainda que se cogite de vício grave ou até mesmo dolo na atuação do árbitro, o provimento jurisdicional objeto da ação anulatória não irá lhes afetar. Poderá, eventualmente, levar à responsabilização de tais árbitros pelos prejuízos decorrentes de seus atos, mas isso será

necessário entre as demais partes da demanda (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 174). Também de acordo, e destacando que isso se justifica ainda em razão da “resistência do terceiro” em integrar o polo ativo: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 304.

⁴⁸⁴O disposto no artigo 26 do Código de Processo Civil é voltado somente às hipóteses em que havia resistência prévia por parte do demandado, mas ele acaba, no curso do processo, reconhecendo o pedido do demandante, levando o processo a “terminar por desistência ou reconhecimento do pedido”. Isso é extraído da verdadeira *ratio* da regra segundo a qual cabe ao vencido arcar com os custos do processo, que é o princípio da causalidade, segundo o qual responde por tais verbas aquela que tenha dado causa ao processo, o que pode, em determinadas hipóteses, ser atribuído ao próprio demandante vencedor, quando ajuíza a ação mesmo não havendo qualquer resistência por parte do demandado. Rigorosamente de acordo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 643/644.

⁴⁸⁵DINAMARCO atribui tal legitimidade ao “vencedor ou vencedores, interessados em sua manutenção [da sentença] (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 326). Reitera-se aqui o quanto dito acima acerca do tratamento da questão sob o ângulo da legitimidade e do interesse processual, acrescentando-se o raciocínio que virá quanto ao possível interesse do vencido pela manutenção da sentença (a ser verificado *in concreto*).

⁴⁸⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 236; WLADECK, Felipe Scripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 328/332.

discutido e definido em ação própria e poderia, quando muito, justificar uma assistência⁴⁸⁷.

Como ocorre em qualquer processo judicial (e mesmo arbitral), possuirá interesse processual para a demanda anulatória a parte que possa vir a ser beneficiada com a destruição (ou declaração de inexistência/ineficácia) da sentença arbitral⁴⁸⁸, o que não se vislumbra para parte a integralmente vitoriosa no que toca ao mérito da arbitragem⁴⁸⁹, ainda que, como visto, tenha sido vencida em eventual impugnação relacionada à ausência de pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito (tal qual a inexistência de jurisdição arbitral).

Isso porque, em regra, a invalidação ou declaração de inexistência da sentença arbitral não poderá trazer qualquer vantagem à parte integralmente vencedora, mas, quando muito, a reedição de um processo para que possa buscar o que já possui em mãos⁴⁹⁰.

Por outro lado, não há como se negar interesse processual à parte que tenha sido parcialmente vencedora, já que invalidação (ou declaração de inexistência/ineficácia) da sentença arbitral lhe permitirá buscar vitória completa no litígio⁴⁹¹. Caberá à própria parte, mediante juízo de valor, escolher se prefere ficar com a vitória parcial ou buscar a vitória total, arriscando perder tudo.

⁴⁸⁷O que, de acordo com CARMONA, se dá apenas diante de *error in procedendo* e somente quando houver culpa grave ou dolo do árbitro (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 263/267). Ainda assim, haverá interesse jurídico do árbitro na demanda anulatória a justificar a assistência. Uma vez afastado o *error in procedendo* arguido, está eliminada qualquer possibilidade de responsabilização.

⁴⁸⁸Também nesse sentido, YARSHELL, ao tratar da ação rescisória (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 129).

⁴⁸⁹Na mesma linha, WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 333.

⁴⁹⁰Vem bem a calhar o postulado de DINAMARCO, ainda que voltado ao processo estatal: “como conceito geral, *interesse é utilidade*. Consiste em uma *relação de complementariedade* entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade e sendo o bem capaz de satisfazer a necessidade da pessoa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 299/300).

⁴⁹¹Na mesma esteira, YARSHELL acerca da ação rescisória (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 129/130) e WLADECK acerca da ação anulatória (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 333).

Raciocínio similar pode ser estabelecido com relação ao terceiro interessado. Seu interesse processual para a propositura da ação decorrerá do seu próprio interesse jurídico na impugnação de sentença arbitral cujo resultado tenha atingido sua esfera de direitos. Nesse ponto, o interesse a e legitimidade do terceiro estão (ainda mais) intrinsecamente conectados: são partes legítimas para a ação anulatória da sentença arbitral os terceiros que, por terem sido afetados pela sentença arbitral, possuem interesse jurídico em impugná-la⁴⁹².

No que toca ao Ministério Público, o raciocínio, ainda que siga o mesmo vetor, vai no caminho inverso. É a legitimidade extraordinária do Ministério Público para a defesa de determinados direitos (indisponíveis) que o torna parte interessada para a impugnação de determinadas sentenças arbitrais, justamente para que possa, então, exercer adequadamente a defesa desses interesses.

Ainda, mas também em decorrência do quanto até aqui exposto, somente há como se vislumbrar interesse processual para o provimento objeto da demanda anulatória de sentença arbitral se tal sentença tiver resolvido o mérito da demanda (ou parte dele). Esse fenômeno também é enxergado na ação rescisória, sendo, inclusive, objeto de expressa disposição legal⁴⁹³.

Isso se dá porque, se a sentença não tiver resolvido o mérito do litígio, não haverá utilidade alguma na sua invalidação ou declaração de inexistência/ineficácia. Como a parte interessada poderá ajuizar nova demanda para a solução do litígio ainda pendente, aquela sentença arbitral não lhe traz qualquer prejuízo⁴⁹⁴.

⁴⁹²Ao tratar do recurso do terceiro prejudicado no âmbito do processo estatal, DINAMARCO assevera que “o interesse recursal do terceiro, sem o qual não tem o poder de pedir nova decisão do tribunal, é representado pela utilidade de que o recurso possa ter para afastar os efeitos que o atingem” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 391), assertiva que pode ser integralmente transposta para o campo da ação anulatória de sentença arbitral. Mas, como bem destaca o professor, o interesse de que se fala é jurídico e não meramente econômico. O terceiro deverá, quando menos, ser integrante de relação jurídica conexa à atingida pela sentença arbitral, nos mesmos moldes em que se admite as assistências (*Ibis idem*, p. 390/391).

⁴⁹³O artigo 485 do CPC dispõe que a “sentença de mérito” pode ser rescindida.

⁴⁹⁴Vale ressaltar, isso se dá diante de sentenças, ou melhor, capítulos, que realmente sejam meramente terminativos. O capítulo da sentença que condena a parte às despesas sucumbenciais, ainda que no restante não tenha havido resolução de mérito, indiscutivelmente contém um provimento jurisdicional condenatório, o que lhe qualifica para a ação anulatória. Adequada, nesse ponto, a ressalva de YARSHELL acerca da ação rescisória: “assim, por mais ténue que seja o proveito a ser obtido pela rescisão, haverá interesse de agir” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 129). Não obstante, no âmbito da arbitragem, é plenamente viável que as partes decidam pela

Isso só ocorre de forma peremptória pois, como já adiantado e melhor visto a seguir (capítulo V.d.2.1), a sentença arbitral que deixa de resolver o mérito da demanda por ausência jurisdição arbitral não pode ser objeto de controle externo sob o fundamento de que tal avaliação teria sido equivocada. A decisão do painel arbitral não é, nesse ponto, objeto de controle externo, não restando à parte outra opção que propor demanda perante o Judiciário a fim de solucionar o conflito. Pudessem o Judiciário controlar o fundamento dessa decisão, haveria utilidade na impugnação dessa sentença justamente para que, com isso, a parte obtivesse chancela judicial para que o conflito fosse resolvido via arbitragem.

Esse ponto merece especial atenção pois, como já dito, a movimentação do Judiciário traz custos não apenas para as partes, mas também para a própria máquina administrativa, sendo tal gasto despropositado se isso não puder, ao final, trazer qualquer benefício os que buscam guarida judicial. Até sob o ângulo da celeridade, a ação anulatória se mostra inoportuna: sendo necessária toda uma nova demanda, melhor que se parta diretamente para aquela que resolverá o conflito material.

Frise-se: isso se dá por decorrência de evidente ausência de interesse processual sob o ângulo da utilidade, sendo desnecessária a existência de dispositivo legal expressamente restringindo a ação anulatória às sentenças de mérito (o que leva, inclusive, à conclusão de que o regramento da ação rescisória foi, nesse ponto, redundante)⁴⁹⁵.

Também tal qual a ação rescisória de sentença judicial, a ação anulatória possui hipóteses estritas e taxativas de cabimento (capítulo V.2.a), equivalendo cada uma delas a uma possível causa de pedir da pretensão de invalidação ou declaração de inexistência/ineficácia da sentença arbitral⁴⁹⁶. Essa peculiaridade da ação anulatória de sentença arbitral possui algumas consequências relevantes.

inaplicabilidade da condenação às verbas sucumbenciais no procedimento por elas desenhado, o que reforça a utilidade do raciocínio aqui desenvolvido.

⁴⁹⁵De acordo com YARSHELL, isso “resulta da natureza das coisas: a sentença terminativa, ao menos em princípio, projeta efeitos tão somente para dentro do próprio processo, extinguindo-o” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 157/158).

⁴⁹⁶Assim, “a ação anulatória é realmente uma *ação*, a ser conhecida e decidida pelo juiz togado nos limites das partes ali consignadas, do pedido deduzido e da *causa de pedir* colocada na demanda pelo autor. Julgar a ação anulatória com absorção de uma nulidade não alegada na demanda seria ir além dos limites objetivos desta, com desprezo à regra da *correlação* e frontal infração ao disposto no art. 128 do Código de Processo

Inicialmente, a demanda anulatória poderá ser fundada em uma ou diversas das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, possuindo, assim, uma ou múltiplas causas de pedir. Da mesma forma, nada impede que, dentro do prazo decadencial de 90 dias, a parte ajuíze diversas ações com tal pretensão, cada uma fundada em uma causa de pedir⁴⁹⁷.

Isso dependerá de mero juízo de conveniência da parte, não havendo como se exigir que deduza em uma única demanda todas as causas de pedir que entender oportunas, sob pena de eventual preclusão. Nossa sistemática processual é compatível com diversas demandas com o mesmo objetivo, mas fincadas em fundamentos fático-jurídicos diversos.

Nessas hipóteses, o julgamento de improcedência de uma demanda não terá influência alguma sob o julgamento das demais. Por outro lado, havendo julgamento de procedência de uma delas, uma vez preclusa a sentença, todas as outras perdem seu objeto, devendo os respectivos processos ser extintos sem resolução de mérito, ante a superveniente ausência de interesse processual da parte.

Por outro lado, e por decorrência do aqui exposto, a parte deverá expor de forma suficientemente clara qual é o fundamento jurídico (dentre aqueles taxativamente previstos na Lei) de sua pretensão de desconstituição, ficando o julgador vinculado a tal fundamento ao decidir a demanda. Isso se dá justamente porque cada hipótese de desconstituição equivale a uma causa de pedir, integrando o pedido, de sorte que a procedência da demanda por fundamento diverso daquele em que embasada viola o princípio dispositivo e ainda pode desrespeitar a prerrogativa da parte ré (na ação anulatória) ao contraditório.

Civil” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 247). Rigorosamente no mesmo sentido, YARSHELL acerca da ação rescisória, atribuindo ao demandante da ação rescisória um “ônus de alegação” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 147/152).

⁴⁹⁷Também nessa linha ao tratar da ação rescisória: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 152.

Isso se sucede mesmo com relação aos vícios que acarretam a inexistência ou ineficácia da sentença arbitral. Embora tais vícios possam, no curso de qualquer demanda, ser reconhecidos de ofício pelo julgador, o provimento jurisdicional declaratório de inexistência jurídica da sentença exige pedido expresso, ou, do contrário, haveria desrespeito à necessária correlação entre o pedido e o concedido. Isso significa que o Juiz poderá até recusar a execução de uma sentença inexistente, ainda que isso não tenha sido previamente alegado pela parte executada (capítulo IV.2.c.2), mas não poderá declarar a inexistência jurídica da sentença se isso não tiver sido postulado⁴⁹⁸.

No que toca ao procedimento da ação anulatória de sentença arbitral, será o procedimento comum, tal como expressamente determinado pelo § 1º, do artigo 33, da Lei de Arbitragem, admitindo-se, até porque a Lei nada dispõe quanto a isso, tanto o rito sumário, quando a demanda se encaixar dentro de suas hipóteses, quanto o ordinário, nos demais casos⁴⁹⁹.

Inclusive por isso, plenamente admissível antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no âmbito da ação anulatória de sentença arbitral, desde que presentes os requisitos exigidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam (i) prova inequívoca e verossimilhança das alegações relacionadas ao provimento jurisdicional

⁴⁹⁸Em sentido contrário, FLÁVIO YARSHELL acerca da ação rescisória. Para o professor, a natureza do vício permite “que o órgão possa agir de ofício, eventualmente de forma incidental em dado processo”. E isso é relevante pois “constatação dessa ordem pode alargar a causa de pedir da ação rescisória, ou até mesmo permitir que o tribunal desdobre do pedido” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 273). Não obstante as judiciosas observações, aceitar-se medida dessa ordem por parte do órgão julgador viola o princípio da inércia do Judiciário, admitindo o julgamento de pretensões por ele mesmo inseridas no processo. No limite, equivaleria a aceitar que o Judiciário instaure processo de ofício, a fim de declarar a inexistência de uma sentença arbitral. O reconhecimento incidental do vício é, de fato, admissível, mas nas demandas em que isso tenha alguma utilidade, como diante de execução judicial de sentença arbitral, em que, da inexistência da sentença, decorre a rejeição da pretensão executiva. No âmbito da ação anulatória, o reconhecimento incidental da inexistência sob determinado fundamento não traz qualquer consequência em relação à procedência ou improcedência do pleito declaratório da parte, pois *fincado em outro fundamento*.

⁴⁹⁹CARMONA afirma que “escolheu o legislador fazer processar a demanda anulatória pelo procedimento comum ordinário, temeroso, talvez, de que a imposição de um procedimento mais veloz, pudesse suscitar nos mais dogmáticos a sensação de que estivesse tentando subtrair algo à tutela judicial, com eventual perda de garantia do tão decantado *due process of law*” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. P. 426), no que é acompanhado por ARNOLDO WALD (WALD, Arnoldo. *Os meios judiciais do controle da sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 40 | Jan / 2004 DTR(2004)2), mas nossa Lei de Arbitragem diz apenas que o procedimento a ser seguido é o comum (artigo 33, § 1º). Em momento algum exclui o rito sumário. Também nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 257; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 394.

cujos efeitos serão antecipados (*caput*), e (ii) risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso de direito de defesa por parte do requerido (incisos I e II).

Diante de necessária correlação exigida entre o provimento de urgência e o provimento final (não se antecipa o que não pode, ao final, ser concedido), o objeto do pleito antecipatório deve estar relacionado à sustação de todos ou de alguns dos efeitos da sentença arbitral, tenha ela cunho meramente declaratório (já que provimento declaratório sempre haverá), ou também constitutivo, ou condenatório.

Bastante oportuno o raciocínio desenvolvido por DINAMARCO ao tratar da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no âmbito das ações anulatórias de sentença arbitral⁵⁰⁰. Como bem expõe o professor, a *ratio* das tutelas de urgência é, em uma situação em que ainda imperam incertezas quanto ao destino do bem da vida disputado, proteger o *direito mais forte*, ou, pelas nossas palavras, mais evidente.

Nesse contexto, há de se ter mente que a sentença arbitral é, em tese, o cabo de um processo já desenvolvido com respeito às garantias legais do devido processo legal, que desemboca em uma decisão equivalente à sentença judicial e que adquire a qualidade da coisa julgada. Isso, aliado ao princípio do *favor arbitral* e à relevância que o mecanismo adquire cada vez mais e mais dentro da sociedade, é suficiente para que se conclua que o direito à manutenção da sentença arbitral é um direito consideravelmente forte, dotado de relevância social; importante para o desenvolvimento econômico do nosso País.

Isso significa que, para subjugar, em cognição sumária, o direito da parte a que determinada sentença arbitral surta os efeitos pretendidos, o direito invocado pela parte impugnante deve se mostrar mais relevante e evidente, a ponto de colocar em xeque, no caso específico, o sólido sistema desenvolvido a fim de que a arbitragem seja um método seguro, justo, e transparente de solução de conflitos; inclusive porque, em princípio, a própria parte impugnante optou pela solução de seu conflito mediante arbitragem e está, agora, combatendo o resultado de sua própria escolha.

⁵⁰⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 249/250.

É essencial que o julgador estatal tenha essa consciência, de forma a suspender os efeitos de uma sentença arbitral somente diante de casos realmente sérios, em que a chance do vício arguido vir a ser reconhecido ao final se mostre mais do que concreta, bastante provável.

Isso tudo não destoa, é verdade, do que é correto e deve ser exigido para qualquer tutela de urgência, técnica mediante a qual as garantias do Devido Processo Legal acabam sendo temporariamente mitigadas e, justamente por isso, aceita somente em situações excepcionais, em que tal manobra se mostre realmente necessária.

Ainda assim, e especialmente diante da relevância do instituto tratado, a ressalva é oportuna. A suspensão leviana de sentenças arbitrais poderá colocar todo o mecanismo da arbitragem em risco, tornando-o ineficiente e, conseqüentemente, obsoleto, pois submeterá a irradiação de seus efeitos a uma indevida chancela judicial.

As conseqüências do controle da atividade do árbitro exercido por força da ação anulatória de sentença arbitral dependerão de seu resultado. Sendo o pedido julgado improcedente e restando preclusa a sentença, ela adquirirá a qualidade de coisa julgada, impedindo nova apreciação judicial da questão. A higidez da sentença arbitral estará garantida no que toca ao fundamento em que embasada a demanda judicial.

Caso, por outro lado, tenha sido julgado procedente, restará desconstituída ou declarada inexistente/ineficaz a sentença arbitral (ou o capítulo em questão) e, uma vez preclusa a decisão, seu o comando também restará estabilizado, impedindo a reapreciação judicial da higidez da sentença arbitral.

Ainda que a discussão travada no âmbito da ação anulatória tenha envolvido vícios no que toca à convenção arbitral, ou mesmo divergências interpretativas relacionadas à eleição do árbitro, isso por si não impede que tais controvérsias sejam retomadas em outra demanda – judicial ou arbitral. Tais questões não são, em princípio, objeto da ação anulatória. Assim, e diante de pleito desconstitutivo/declaratório nesse sentido, somente o comando da sentença que o resolve adquire estabilidade, restando as questões decididas na fundamentação da sentença sem quaisquer efeitos exteriores ao processo em que resolvidas.

Isso não impede a parte de cumular o pedido desconstitutivo/declaratório especificamente com provimento direcionado à convenção arbitral. Cabendo ao Judiciário apreciar tais questões no âmbito do exercício de controle externo da atividade do árbitro, oportuno que também resolva definitivamente eventuais controvérsias a ela relacionadas.

Mais do que isso, diante de vícios de anulabilidade da sentença arbitral, tal cumulação se faz imperiosa para o sucesso do pleito anulatório de sentença arbitral. Como já dito, tais vícios levam à desconstituição da convenção arbitral, o que deve ser objeto de comando judicial para que possa impedir ou invalidar arbitragens, até porque, enquanto tal provimento judicial não tiver lugar, a higidez da convenção arbitral está preservada.

Na mesma linha, o demandante também poderá cumular o pleito desconstitutivo ou declaratório fundado na inexistência ou irregularidade da convenção arbitral com o próprio objeto da controvérsia submetida à arbitragem (ou ao restante dela), permitindo-se que o judiciário já resolva, na mesma oportunidade, o destino do bem da vida disputado na arbitragem. Isso se dá justamente porque, uma vez desconstituída a sentença arbitral por tal fundamento, só resta às partes levar o conflito em questão ao Judiciário, se ainda assim desejarem.

Tal cumulação alarga substancialmente o objeto da ação originalmente destinada ao controle da atividade do árbitro, o que pode gerar certos desperdícios, caso o processo seja conduzido de forma a que a instrução probatória relacionada a todos os pedidos seja exaurida para que, então, a higidez da sentença arbitral seja decidida. Mas isso não pode impedir a parte de se valer das regras que, no âmbito do processo arbitral, admitem tal cumulação⁵⁰¹.

Ademais, para evitar tais desperdícios, existe a técnica das sentenças parciais, permitindo que o julgamento seja cindido, de forma que, inicialmente, se resolva o destino da sentença arbitral para que então – e se for o caso – siga-se com os demais pleitos das

⁵⁰¹Também admitindo tal cumulação: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 273/286.

partes⁵⁰². Inclusive, ao contrário de tradicional assertiva encontrada em âmbito doutrinário⁵⁰³, ao menos nessa situação específica, a ação anulatória admite algo próximo ao juízo rescisório da ação rescisória.

Ainda, no que toca ao controle da atividade do árbitro, por expressa disposição legal, não há espaço para a retomada do processo arbitral já concluído a partir do ponto em que o vício ocorreu, para que, assim, seja a ele dado continuidade. Tal consequência terá lugar diante de desconstituição da sentença arbitral com base nos incisos III⁵⁰⁴, V⁵⁰⁵, e VII⁵⁰⁶, do artigo 32 da Lei de Arbitragem (artigo 33, § 2º, incisos I e II da Lei de Arbitragem), todos relacionados exclusivamente ao controle do resultado da arbitragem, sem qualquer relação o controle da atividade do árbitro. Diante disso, cabe às partes, ou iniciar uma nova arbitragem, ou partir para o Judiciário (caso a sentença esteja fundada em inconsistências na convenção arbitral).

Com relação à hipótese prevista no inciso IV⁵⁰⁷ do referido dispositivo legal, embora a Lei remeta o conserto do laudo arbitral ao próprio árbitro, isso é absolutamente desnecessário⁵⁰⁸. Uma vez desconstituído o capítulo da sentença que não poderia ser

⁵⁰²Sobre a admissibilidade das sentenças parciais no âmbito do processo estatal: CARMONA, Carlos Alberto. *Ensaio sobre a sentença parcial arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 1/4. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 165 | p. 9 | Nov / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 663 | Set / 2014 DTR\2008\675.

⁵⁰³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 237/239; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 266/267.

⁵⁰⁴Sentença que não contiver os requisitos previstos no artigo 26 da Lei de Arbitragem (relatório, fundamentos, dispositivo, data e local em que foi proferida).

⁵⁰⁵Sentença que não decidir todo o litígio submetido à arbitragem.

⁵⁰⁶Sentença proferida fora do prazo (artigo 12, inciso III, da Lei de Arbitragem).

⁵⁰⁷Sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

⁵⁰⁸CARMONA também enxerga tal desnecessidade no que toca ao que qualifica de sentenças *ultra petita* e, em situações excepcionais, nas sentenças *extra petita* (nesse caso, quando “a parte viciada da sentença seja destacável do todo”) (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 405). Mas, com a devida vênia, tal assertiva parece estar fundada em uma certa confusão de conceitos. Sentenças *extra* ou *ultra petita* são aquelas que não observam o que foi pedido pelo demandante, extrapolando os limites do provimento buscado para conceder provimento diverso (*extra petita*) ou quantitativamente superior (*ultra petita*) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 292/294). A hipótese prevista no inciso IV do artigo 32 da Lei de Arbitragem não está relacionada a vício de correção entre sentença e demanda, e sim em vício de inexistência de convenção arbitral submetendo o litígio resolvido pelo árbitro (ou parcela dele). É hipótese que leva, assim, à inexistência de Jurisdição Arbitral. Embora isso não seja objeto do presente estudo, as sentenças *extra* e *ultra petita* são objeto de controle externo não por força do disposto no inciso IV, mas sim do inciso VIII do aludido dispositivo legal, ante a consequente ofensa ao contraditório. Afinal, as razões fundamentais do princípio da correlação “são a necessidade de preservar o princípio do contraditório e da ampla defesa e o repúdio aos atos de denegação da justiça, que importam descumprimento da promessa constitucional de tutela jurisdicional ampla e integral” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 292). De

objeto de demanda arbitral, não há utilidade alguma em se exigir do árbitro que elabore novo laudo excluindo tal capítulo de sua decisão. Isso, inclusive, poderia significar desperdício de recursos - já que os árbitros podem ser remunerados por hora de trabalho -, sem qualquer outra utilidade para as partes ou para a solução do conflito.

Até porque, e é importante que isso fique bem claro, na linha já exposta, a desconstituição de determinado capítulo da sentença (aquele que destoa da convenção arbitral, para usar a hipótese ora tratada) não leva necessariamente à desconstituição de todos os demais. Se os capítulos forem independentes, o vício constatado em um deles não atinge os demais⁵⁰⁹.

A exceção a essa hipótese se dá justamente diante de eventual relação de dependência entre os capítulos da sentença⁵¹⁰. Se a sobrevivência de um deles depende da higidez de outro e esse segundo é desconstituído, isso atinge, também, o primeiro, que também sofre desconstituição.

IV.2.a.2. A impugnação à execução de sentença arbitral

A invalidação ou declaração de inexistência/ineficácia da sentença arbitral também poderá ser buscada por meio de impugnação à execução de sentença arbitral (artigo 33, § 3º, da Lei de Arbitragem). É esse o outro mecanismo em que a atividade do árbitro pode ser controlada no momento próprio, uma vez que, como visto no capítulo

qualquer sorte, o raciocínio desenvolvido pelo renomado professor pode ser integralmente aplicado ao quanto aqui defendido, inclusive porque, embora não estejamos diante de sentenças *ultra petita*, a *ratio* do entendimento jurisprudencial de que, nesses casos, a sentença deve apenas ser limitada aos limites da demanda - salvamento do que não estiver contaminado - se aplica integralmente e apenas reforça que não há razões para se exigir do árbitro nova sentença. Sobre tal orientação jurisprudencial: EDcl no AgR no Agravo de Instrumento Nº 26.329/SP, Min. Rel. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, DJ. 17.11.2005. Também substancialmente nesse sentido: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 374/377.

⁵⁰⁹Ao tratar das sentenças *extra* e *ultra petita*, DINAMARCO expõe esse raciocínio integralmente aplicável ao quanto aqui tratado – ainda que não estejamos diante de vícios dessa natureza (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 90/93).

⁵¹⁰“Essa dependência pode ser vista em todos os casos nos quais se apresente uma relação de *prejudicialidade* entre duas pretensões, de modo que o julgamento de uma delas (prejudicial) determinará o teor do julgamento da outra (prejudicada) – como sucede quanto aos juros, que constituem uma obrigação acessória e cuja existência, por isso, fica *a priori* excluída quando o principal não for devido” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 47).

III.8, a impugnação também deverá ser proposta dentro prazo decadencial de 90 dias previsto no art. 33, § 1º, da Lei de Arbitragem.

A lei fala em “embargos do devedor” porque, à época de sua edição, a execução das sentenças arbitrais se dava em processo distinto e próprio; a denominada execução de título executivo judicial (sentença arbitral). Diante disso, o remédio previsto em lei para a defesa do executado eram os embargos do devedor, uma ação proposta pelo executado para impedir ou limitar a execução pretendida; tal qual ocorre, até atualmente, no âmbito da execução de sentença extrajudicial.

A Lei 11.232/2005 trouxe a execução da sentença judicial condenatória para o mesmo processo em que é prolatada, unificando em um só o que antes eram dois processos distintos, de sorte que o anterior processo de conhecimento passou a ser fase de conhecimento e o anterior processo de execução passou a ser fase de execução. Com isso, extinguiu a execução de sentença judicial e instituiu o que se denomina impugnação à execução (ou cumprimento) de sentença arbitral como meio de defesa do executado (artigo 475-J, § 1º, do CPC). Desde então, quando se lê “embargos do devedor” no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem, deve-se considerar “impugnação à execução”⁵¹¹.

Tal impugnação deverá seguir o regramento específico previsto nos artigos 475-J a 475-M do Código de Processo Civil, devendo ser proposta dentro do prazo de 15 dias da intimação do auto de penhora e avaliação (artigo 475-J, § 1º, do CPC)⁵¹², além de, como já dito, observar o prazo decadencial de 90 dias previsto no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Até pela fungibilidade prevista em Lei entre a ação anulatória de sentença arbitral e a impugnação à execução de sentença arbitral, os preceitos estabelecidos no capítulo anterior podem ser transpostos para a impugnação à execução de sentença, desde que com alguns temperamentos.

⁵¹¹No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 268/269. O Projeto de Lei nº 406/2013, oriundo do Senado e ora em curso perante a Câmara Federal, e que visa à reforma da Lei de Arbitragem, propõe a adequação do termo utilizado pela Lei de Arbitragem à nova realidade legislativa, prevendo que “a declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o artigo 475-L e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.

⁵¹²Vide nota de rodapé 287.

Inicialmente, a legitimidade ativa para o mecanismo caberá à parte a quem é dirigida a execução. Nesse ponto, não há razão para se estender tal legitimidade aos demais que eventualmente tenham figurado como parte na arbitragem. A Lei atribui a impugnação expressamente à parte executada (artigo 475-J, § 1º, do CPC), o que se mostra lógico na medida em que a razão de ser do mecanismo é oferecer resistência à execução. Ainda, é de se lembrar que as demais partes dispõem de outros mecanismos para atacar a sentença arbitral, sendo inadequado que intervenham na execução, eventualmente atravancando seu andamento, para postularem aquilo que por outras formas podem obter.

A legitimidade passiva caberá à parte exequente, mas também poderá ser necessário integrar ao processo as demais partes envolvidas na arbitragem. Isso se dará quando o impugnante efetivamente buscar provimento jurisdicional voltado à desconstituição ou declaração de inexistência/ineficácia de determinado capítulo em relação ao qual tenha havido litisconsórcio unitário em um dos polos, mas, ainda assim, nem todos os litisconsortes integram a execução.

Embora isso possa gerar certa perplexidade⁵¹³, é esse o único caminho aceitável para que a desconstituição ou declaração de inexistência/ineficácia da sentença arbitral possam ser buscadas mediante impugnação à execução de sentença, já que, como visto, tal litisconsórcio é necessário (capítulo IV.2.a.1).

Assim, caberá à parte impugnante requerer ao juiz a citação dos demais envolvidos na arbitragem, devendo o julgador estatal, por seu turno, controlar tal integração, determinando que se promova tal citação caso não tenha sido voluntariamente requerida, sob pena de não julgar o mérito da impugnação. É o que se extrai do já citado artigo 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

⁵¹³É válido lembrar que a impugnação ao cumprimento de execução possuirá natureza de ação quando vise à desconstituição ou declaração de inexistência do título executivo judicial (NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 286; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil IV*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 746/748. Isso apenas reforça a necessidade de citação das demais partes envolvidas na relação jurídica a ser diretamente atingida pela sentença que julgar os embargos.

Os vícios de inexistência/ineficácia da sentença arbitral, por sua natureza, também poderão ser objeto de mera resistência à execução judicial sem que isso envolva provimento constitutivo ou declaratório em favor do impugnante (capítulo IV.2.c.2), o que dependerá de juízo de conveniência da parte, mas deverá restar claro no pedido. Nessa hipótese, como o impugnado não busca provimento jurisdicional relacionado à sentença arbitral, mas argui o vício como fundamento para a rejeição da pretensão executiva, não é necessário integrar as demais partes ao processo, já que o resultado da impugnação não afetará suas esferas de direitos.

Em qualquer hipótese, na mesma linha vista no capítulo anterior, não há que se falar em integração dos árbitros.

A questão afeita ao interesse processual se resolve de forma mais simples: a circunstância da parte estar sendo executada significa que, em alguma medida, foi derrotada na arbitragem e, na linha exposta no capítulo anterior, possui interesse processual para impugnar a sentença arbitral.

No entanto, não poderá o Executado pretender atacar capítulos da sentença arbitral diversos daqueles que são objeto da execução, já que o primordial objetivo da impugnação deve sempre ser resistir à execução⁵¹⁴. Isso significa que, se a sentença arbitral tiver julgado procedentes diversos pedidos postulados contra o executado, mas somente um deles for objeto da execução (até porque os demais podem não possuir natureza condenatória), somente tal capítulo poderá ser objeto de impugnação ao cumprimento de sentença.

Como, com relação aos demais, eventual impugnação não teria qualquer efeito sobre a execução, seria inadequada a via eleita para o executado impugná-los, inexistindo, nesse ponto, interesse processual sob o ângulo da adequação.

No que toca às tutelas de urgência, a suspensão da execução – que decorre logicamente da suspensão dos efeitos da sentença arbitral – será admitida nos termos do

⁵¹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil IV*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 777.

475-M do Código de Processo Civil⁵¹⁵, cuja similitude com as hipóteses previstas no artigo 273, *caput* e inciso I do CPC autoriza que seja aqui reiterado o quanto dito acerca do assunto ao tratarmos da ação anulatória de sentença arbitral (capítulo IV.2.a.1).

Finalmente, as consequências da decisão oriunda da impugnação à execução de sentença, quando voltada ao controle externo da atividade do árbitro, serão as mesmas daquela proferida na ação anulatória de sentença arbitral (capítulo IV.2.a.1) sempre que visar à desconstituição ou declaração de inexistência/ineficácia da sentença arbitral.

Caso, por outro lado, eventual vício de inexistência/ineficácia da sentença arbitral seja arguido como mera resistência à pretensão executiva, sem que a parte busque provimento constitutivo ou declaratório relacionado à sentença arbitral, o eventual reconhecimento de tal vício, por se limitar a fundamento da sentença, não adquirirá estabilização, podendo a questão ser rediscutida em qualquer outra demanda.

IV.2.a.3. Ação rescisória?

Parcela da doutrina defende que, em sobreposição à ação anulatória, a sentença arbitral também pode ser impugnada perante o Poder Judiciário por meio de ação rescisória (artigos 485 a 495 do Código de Processo Civil).

Argumenta-se que, tal qual a atividade do juiz, a atividade do árbitro também é jurisdicional. Além disso, inclusive por expressa disposição legal, a sentença arbitral é equiparada à sentença judicial (artigo 31 da Lei de Arbitragem). Assim, a sentença do árbitro deve se submeter aos mesmos mecanismos de controle da sentença prolatada por julgador estatal⁵¹⁶.

⁵¹⁵Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

⁵¹⁶VERSIONI, Nelmo. *Ação rescisória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4/5. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 135 | p. 90 | Mai / 2006 DTR\2006\325; LOBO, Carlos Augusto Siqueira (em coautoria). *Cumprimento e impugnação da sentença arbitral no poder judiciário*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9/10. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30 | p. 199 | Jul / 2011 | DTR\2011\2583.

A argumentação não prospera. Não obstante o evidente paralelismo existente entre a ação anulatória de sentença arbitral e a ação rescisória, há também relevantes diferenças, que impedem que se aplique a uma o mecanismo voltado à outra.

A sentença judicial e a sentença arbitral advêm de jurisdições diversas, com origens distintas e características próprias. Embora haja semelhanças entre a sentença judicial e a sentença arbitral, havendo inclusive equiparação entre os efeitos por elas produzidos, elas não podem ser tratadas como fenômenos idênticos, mas, quando muito, semelhantes. Essa diferença já justifica que tais atos jurisdicionais sejam submetidos a mecanismos de controle diversos e com características próprias.

Justamente por isso, a nossa legislação prevê e regulamenta um mecanismo específico para o controle externo da sentença arbitral, com sensíveis diferenças em relação aos mecanismos de controle da jurisdição estatal (recursos e ação rescisória), sem em momento algum disciplinar o cabimento da ação rescisória para julgados arbitrais.

A *ratio* do legislador parece ser evidente: submeter cada um dos exercícios jurisdicionais a específicos e apropriados mecanismos de controle, que levam em consideração as características de cada qual.

Em regra, somente *erros in procedendo* podem ser objeto da ação anulatória de sentença arbitral (vide capítulo V.2.a, com considerações sobre essa afirmação), enquanto que, no âmbito das ações rescisórias, há revisão do mérito da sentença judicial, inclusive com juízo de alteração do quanto inicialmente decidido (juízo rescisório). Uma das razões dessa diferença é que, ao contratarem a arbitragem, as partes optaram por afastar a solução de seus conflitos do Judiciário, não fazendo sentido que, diante disso, o Judiciário possa dar a última palavra com relação a tais conflitos⁵¹⁷.

⁵¹⁷Não obstante, há que se mencionar que o Código de Processo Civil italiano prevê, em seu artigo 830, que, em determinadas situações e salvo manifestação prévia de vontade pelas partes em sentido contrário, caberá ao Judiciário, uma vez desconstituída a sentença arbitral, resolver o mérito do litígio. Fato é que, como também observam DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 239) e CARMONA (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 423/424), não foi esse o posicionamento do nosso legislador, o que reforça a inadmissibilidade de ação rescisória contra julgados arbitrais.

Também o prazo decadencial para a propositura das demandas é substancialmente diverso, podendo a ação rescisória ser proposta no prazo de 2 anos da preclusão da sentença judicial, enquanto que a ação anulatória deve ser proposta no prazo de 90 dias. Isso está em consonância com uma das relevantes vantagens da arbitragem: a maior rapidez na resolução dos conflitos em relação ao processo judicial.

Ainda, e como já visto anteriormente, o controle de vícios na atividade do árbitro por meio da ação anulatória de sentença arbitral exige, em regra, a submissão prévia da insurgência ao controle interno, o que se justifica em razão da própria opção das partes em resolver suas controvérsias mediante arbitragem. Por outro lado, para que a ação rescisória seja admissível, não se exige o esgotamento prévio dos caminhos ordinários de revisão da sentença judicial⁵¹⁸.

Isso tudo demonstra a intenção do legislador de submeter a sentença arbitral a mecanismos de controle diversos do que os concebidos para a sentença judicial⁵¹⁹⁻⁵²⁰. Não fosse assim, seria correto também admitir a submissão da sentença arbitral aos recursos próprios da sentença judicial, o que parece fora de cogitação.

⁵¹⁸Também destacando essa relevante diferença: YARSHELL, Flávio Luiz. *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2/3. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 207/2012 | p. 13 | Mai / 2012DTR\2012\38924.

⁵¹⁹Também posicionando-se contrariamente ao cabimento de ação rescisória contra sentença arbitral: ARMELIN, Donaldo. *Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 1. nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. a abril/2004. p. 13; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 205; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 27; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 292/296; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 478/485, dentre outros.

⁵²⁰Em âmbito jurisprudencial: “Agravamento regimental em ação rescisória dirigida contra sentença arbitral proveniente do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Alegação de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório. Decisão monocrática desta relatora extinguindo o processo sem análise de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC (LGL\1973\5). Nova insatisfação. Entendimento desta relatora quanto ao insucesso da pretensão autoral. A Lei de Arbitragem não prevê a possibilidade de uso de ação rescisória em face de sentença arbitral. O que o referido diploma permite em seu art. 33, caput e § 1.º, é a possibilidade de a parte interessada requerer ao Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, sendo certo que tal demanda deverá seguir o procedimento comum e ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. De outro lado, o art. 485 do CPC (LGL\1973\5), ao tratar da ação rescisória, estatui expressamente as hipóteses em que poderá haver rescisão da sentença de mérito transitada em julgado, não havendo em seus diversos incisos qualquer referência a possibilidade de utilização de ação rescisória em face de sentença arbitral, sendo incabível qualquer interpretação extensiva nesse sentido. Inadequação da via eleita. Acolhimento integral do parecer do ilustre Procurador de Justiça. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão monocrática proferida por esta Relatora. Desprovimento do agravo regimental” (TJ/RJ, AgRg na AR 0317105-31.2008.8. 19.0001, Des. Rel. Conceição A. Mousnier, 20.ª Câmara Cível, DJ.. 04.07.2012).

É natural, portanto, que a sentença arbitral transitada em julgado esteja submetida a mecanismo diverso e inclusive mais restrito do que aquele a que submetida a sentença judicial. Aceitar-se a sobreposição de mecanismos significa subverter a lógica do sistema de controle da sentença arbitral.

Isso não significa que não se possa estabelecer um paralelismo entre as ações anulatórias de sentença arbitral e as ações rescisórias, de forma inclusive a tratá-las analogamente no que, entre elas, houver correlação⁵²¹. É o que, como visto, deve ocorrer no tratamento da legitimidade do terceiro prejudicado, assim como do Ministério Público.

O que não se pode aceitar é que, no que o tratamento dos mecanismos for diverso, utilize-se de preceitos de um para o controle do objeto de outro. Assim, vícios que admitam a desconstituição da sentença judicial via ação rescisória não podem justificar a desconstituição de sentença arbitral, a ocorrer apenas dentro das hipóteses taxativamente previstas em lei. Também, o prazo decadencial da ação rescisória não pode ser motivo para o controle da atividade do árbitro desrespeito ao momento próprio.

IV.2.b. Mecanismos de controle prematuro da atividade do árbitro

IV.2.b.1. Ações judiciais com objeto englobado por convenção arbitral

Já foi adiantado que o destino de qualquer processo judicial com objeto englobado por convenção arbitral deve, em regra, ser a extinção sem resolução de mérito (artigo 267, inciso VII, do CPC) – desde que a existência de tal convenção seja alegada pela parte requerida⁵²².

Isso se dá diante já abordado efeito negativo da convenção arbitral, segundo o qual, diante de convenção arbitral, as autoridades judiciais devem se afastar do mérito do conflito, deixando-o para os árbitros (capítulo III.1). Por força do *Kompetenz-Kompetenz*, nem mesmo a alegação de irregularidades na jurisdição ou aptidão do árbitro⁵²³ são

⁵²¹Nesse sentido: YARSELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 207.

⁵²²Reportamo-nos à nota de rodapé nº 415.

⁵²³Ressalvada a hipótese em que as próprias partes contratam que a solução de divergências relacionadas à regularidade da convenção arbitral ficará a cargo do poder judiciário.

suficientes, em regra, para admitir a avaliação judicial da questão antes de apreciada pelo árbitro (capítulo III.2). Tal avaliação deve ocorrer somente em momento posterior à conclusão da arbitragem, mediante os mecanismos abordados no capítulo anterior.

Foi, no entanto, igualmente visto que, em hipóteses bastante excepcionais, em que o eventual vício na atividade do árbitro é manifesto, evidente, auferível *prima-facie* (o que se traduz em constatável mediante prova pré-constituída), admite-se a flexibilização do *kompetenz-kompetenz* a fim de que a questão seja resolvida pelo Judiciário antes de iniciada a arbitragem. Há, como visto, limitação à cognição exercida nessas hipóteses, justamente pela amplitude da produção probatória admitida.

Um dos mecanismos mediante os quais tal apreciação excepcional deve ser admitida é a ação judicial cujo objeto está englobado por convenção arbitral, e isso abrange tanto demandas em que há pedido específico de desconstituição ou declaração de nulidade da convenção (que, como visto, também deve em regra ser dirigido ao tribunal arbitral) quanto demandas com qualquer outro objeto, podendo, ou não, trazer alegação de irregularidade da convenção em seu bojo.

Nessa segunda hipótese, a flexibilização excepcional do *Kompetenz-Kompetenz* somente deve ser admitida diante de vícios que levem à nulidade da convenção arbitral pois, como já dito, vícios de anulabilidade garantem à parte o direito potestativo à desconstituição da convenção. Mas, tal provimento constitutivo precisa ser expressamente postulado, inclusive sob pena de desrespeitar a necessária correlação entre a demanda e a sentença. Assim, caso a parte meramente alegue eventual vício de desconstituição da sentença arbitral como fundamento para a apreciação judicial de seus pedidos, não terá o julgador outro caminho que não extinguir o processo sem resolução de mérito, sob o fundamento de que há convenção arbitral cuja higidez sequer restou adequadamente desafiada.

Nos demais casos, seja a questão arguida como fundamento para a apreciação judicial dos pedidos da parte, seja ela relacionada a um pedido da parte, deverá o juiz, após estabelecido o contraditório, avaliar se a controvérsia pode ser resolvida por meio

das provas já apresentadas pelas partes; ou seja, se o quadro fático em que inserida tal controvérsia já está esclarecido⁵²⁴.

Caso a controvérsia relativa à irregularidade não justifique a produção de outras provas, deverá o juiz decidir a questão. Caso não esteja, deverá extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 267, inciso VII, do CPC), deixando a solução de tal questão para a arbitragem.

Note-se que, diante dessa situação, eventual pedido relacionado à regularidade da convenção arbitral poderá ser resolvido mediante sentença parcial, o que, como já dito, atualmente, admitido em nossa sistemática processual. É o que ocorrerá se esse pleito específico da parte for julgado procedente, mas os eventuais outros pleitos exigirem instrução probatória, seguindo-se o processo para esclarecimento dos fatos a eles relacionados.

A legitimidade e o interesse processual para a ação em que tal controle será exercido seguirão os mesmos ditames de qualquer ação judicial, cabendo a legitimidade ativa àquele cujo direito esteja sendo violado e a legitimidade passiva àquele cuja esfera de direitos possa ser diretamente atingida pelo provimento jurisdicional postulado⁵²⁵,

⁵²⁴A versão do Projeto de Novo Código de Processo Civil enviada ao Senado abordava detalhadamente a questão, prevendo que a “alegação de convenção de arbitragem” deve estar “acompanhada do instrumento de convenção de arbitragem, sob pena de rejeição liminar” (artigo 345, § 1º e artigo 346, § 1º) e ainda que, da alegação, deverá o autor ser intimado a se manifestar, após o que “o juiz decidirá a alegação” (artigo 345, § 2º e § 4º, e artigo 346, § 3º e § 4º), o que caminhava justamente no sentido aqui defendido. Infelizmente, o capítulo denominado “da alegação de convenção de arbitragem”, que continha tais disposições, acabou sendo suprimido da versão aprovada pelo Senado em dezembro do ano passado, sob a justificativa de que “Nesse capítulo é estabelecido um procedimento próprio para a alegação de convenção de arbitragem, ressuscitando as ‘exceções’ que o Senado eliminou em prol da celeridade. Não se justifica a apresentação de petição avulsa, com evidente atraso para o processo, quando tais questões cabem como preliminar de contestação”. Com isso, a questão voltou a ser tratada nos mesmos termos da legislação processual atual. Infelizmente, a casa legislativa não capturou o verdadeiro espírito dessa inovação, que era justamente imprimir celeridade à apreciação de eventual alegação de convenção de arbitragem, além de, ao menos de acordo com nossa interpretação, deixar claro que a questão deveria ser resolvida sem dilação probatória, na linha aqui defendida. Além disso, essa divergência seria solucionada sem que o Réu tivesse que, concomitantemente, apresentar sua defesa de mérito, o que lhe traria economia e evitaria reprováveis estratégias da outra parte para conhecer a defesa de seu adversário. É de se lamentar que nosso legislador tenha perdido a oportunidade de incorporar dispositivos tão avançados à nossa legislação processual.

⁵²⁵Bastante oportuna, nesse ponto, a objetiva conceituação de DINAMARCO: “Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também será ele parte legítima” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 303). Ressalva-se, apenas, os casos de legitimidade extraordinária, tais como a legitimidade do Ministério Público, que não será diretamente atingido pela sentença.

assim como devendo o provimento buscado ser útil para a parte postulante e podendo ser concedido nos termos postulados⁵²⁶.

Também poderá o Ministério Público arguir a nulidade da convenção arbitral, desde que isso esteja dentro de suas funções institucionais (artigo 168 do Código Civil). É o que ocorrerá, a título de exemplo, diante de convenção arbitral envolvendo menores ou ainda relacionada a direitos indisponíveis.

O procedimento da ação será aquele estabelecido (ou admitido) por Lei para a controvérsia em questão, podendo ser adotado tanto o rito comum, sumário ou ordinário, como também o rito dos juizados especiais cíveis e, até mesmo, o das ações trabalhistas (na hipótese que envolva controvérsia trabalhista), devendo ser admitidos todos os recursos previstos, assim como eventual ação rescisória. O necessário é que a questão relacionada à convenção arbitral seja imediatamente resolvida, sem qualquer dilação probatória.

As consequências do controle externo exercido nesses termos também variam.

Independentemente de haver, ou não, pedido da parte voltado à regularidade da convenção arbitral, caso o juiz se abstenha de resolver o mérito do litígio, deverá a questão ser descolada para a arbitragem, no âmbito da qual haverá ampla apreciação da controvérsia, sujeita a possível novo controle externo após sua conclusão, agora em seu momento próprio. Isso se dá primeiro porque, mesmo diante de pedido específico, o julgador estatal não chega a apreciar o seu mérito, em razão do que já não há que se falar em coisa julgada material⁵²⁷. Se a questão é alegada apenas como fundamento para rejeição da arguição de convenção de arbitragem, por mais um motivo, não haveria como se cogitar da estabilização da decisão: isso não é mérito da ação.

Caso a controvérsia venha a ser resolvida, se for objeto de pedido da parte autora procedente, haverá então provimento declaratório ou constitutivo atingindo a higidez da

⁵²⁶Reitera-se aqui tudo o quanto já dito acerca do interesse de agir ao tratarmos do interesse para a ação anulatória de sentença arbitral (capítulo IV.2.a.1).

⁵²⁷De qualquer forma, sequer teria havido cognição suficiente, justamente porque a decisão do juiz estatal está embasada em dúvidas fáticas que não podem ser na oportunidade resolvidas.

convenção arbitral e, uma vez preclusa, a sentença receberá a qualidade de coisa julgada material, não podendo mais a questão ser rediscutida, e devendo ser futuramente respeitada por qualquer órgão judicial ou arbitral⁵²⁸. Afinal, a questão foi resolvida mediante cognição suficiente (capítulo III.4).

Já diante da improcedência do pedido, a regularidade da convenção arbitral, ao menos sob a causa de pedir em que embasada a ação judicial, deverá ser adotada como premissa em futuras demandas judiciais ou arbitrais, não podendo ser reapreciada. Ainda nessa hipótese, o juiz deverá se abster de resolver o mérito de eventuais outros pedidos da parte com base no artigo 267, inciso VII, do CPC, deixando a questão para a arbitragem.

Se, no entanto, a questão não for objeto de pedido da parte, mas apenas fundamento para a rejeição da arguição de convenção arbitral, caso o argumento seja acolhido, haverá a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VII, do CPC, cabendo às partes, se desejarem, submeter o conflito à arbitragem. Se for acolhida, a ação seguirá normalmente, com a preclusão dessa questão. Em qualquer hipótese, não há como se cogitar da estabilização da decisão para fora do processo, já que foi tratada apenas como fundamento para a sentença de extinção do processo sem resolução de mérito ou para a rejeição da alegação, não integrando o mérito da demanda.

IV.2.b.2. As “ações antiarbitragem”

Embora sejam mais comuns na experiência internacional, já se mostram conhecidas entre nós as assim denominadas ações “antiarbitragem”⁵²⁹, demandas

⁵²⁸Também nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 176/177.

⁵²⁹Além do já abordado caso Jirau (capítulo III.2), pode-se citar: (i) o caso TRW Automotive S/A vs. Celso Varga, no âmbito do qual, entre 2001 e 2002, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou, em duas oportunidades, a suspensão de processo arbitral já iniciado. Em ambas, a decisão está fundada na assertiva de que “é discutível a constitucionalidade do novo instituto” (arbitragem), e ainda de que, diante de resistência para a instituição da arbitragem, a parte Requerente não observou o procedimento previsto no artigo 7º da Lei (Agravado de Instrumento nº 197.978-4/0, Des. Rel. Sousa Lima, 7ª Câmara de Direito Privado. DJ. 9.5.2001; Agravo regimental na medida cautelar nº 257.270-4/8-01, Des. Rel. Sousa Lima, 7ª Câmara de Direito Privado. DJ. 4.9.2002); (ii) o caso Companhia Paranaense de Energia (COPEL) vs. UEG Araucária Ltda. (“EUG”), em que, uma vez intimada do início de arbitragem CCI iniciada pela EUG com base em cláusula compromissória inserida em contrato havido entre as partes, COPEL ajuíza, em 2003,

judiciais em que a parte requerente pretende a condenação da parte requerida a se abster de iniciar ou dar continuidade a processos arbitrais, sob o fundamento de irregularidades na convenção arbitral.

Essa prática é mais efetiva do que as ações meramente declaratórias ou desconstitutivas de sentença arbitral na medida em que as tutelas de urgência acompanhadas dos mecanismos de coerção próprios das ações cominatórias (nesse caso, especialmente multas) levam a parte requerida a adotar imediatamente as medidas necessárias para consumação da determinação judicial, podendo tornar até mesmo desnecessária a colaboração de eventual órgão arbitral já constituído.

Tais ações são especificamente voltadas ao controle da atividade do árbitro, especialmente de sua jurisdição, na medida em que, por meio delas, pretende-se evitar a instauração e o desenvolvimento de arbitragens irregulares – notadamente fundadas em convenções viciadas.

ação declaratória de nulidade de convenção arbitral e condenatória em obrigação de fazer a fim de que a EUG deixasse de praticar quaisquer atos de continuidade da arbitragem, o que foi objeto de requerimento de tutela de urgência. A tutela de urgência foi inicialmente concedida e confirmada mediante sentença proferida em março de 2004. Nesse meio tempo, a UEG interpôs dois agravos de instrumento objetivando a retomada da arbitragem, ambos em sucesso. Tendo apelado da sentença, UEG ainda ajuizou ação cautelar com o mesmo objetivo de seus agravos e, nessa oportunidade, a tutela de urgência ali buscada foi concedida, para o fim de autorizar a retomada da arbitragem. Tal decisão possui os seguintes fundamentos: (a) a proibição de prática de atos da arbitragem viola os preceitos constitucionais à proteção jurisdicional e à ampla defesa; (b) a COPEL concordou expressamente com a resolução da pendência por meio de arbitragem; (c) questões relativas à convenção de arbitragem devem ser resolvidas pelo árbitro; (d) por se tratar de arbitragem internacional, a questão deverá ser oportunamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Tal decisão restou, no que é aqui relevante, mantida por força do julgamento de agravo regimental interposto pela COPEL (medida cautelar nº 160.213-7, Des. Rel. Ruy Fernando Oliveira, DJ. 15.7.2004); (iii) o caso *RENAULT vs. CAO A*, em que a CAO A ajuizou ação visando à declaração de nulidade de convenção arbitral, com requerimento de tutela de urgência a fim de obstar a continuidade de uma arbitragem CCI iniciada pela RENAULT. A tutela provisória foi concedida, o que foi objeto de agravo de instrumento interposto pela RENAULT então provido sob o fundamento de que não estavam presentes os requisitos para a tutela de urgência buscada (Agravo de instrumento nº 132.793.4/0, Des. Rel. Rodrigues de Carvalho, 5ª Câmara de Direito Privado, DJ. 3.2.2000). Uma vez prolatada sentença parcial na arbitragem, a CAO A ajuizou nova demanda perante o Judiciário Brasileiro, visando à declaração de inexistência jurídica ou, subsidiariamente, de nulidade dessa sentença, bem como a declaração de seu direito de ir a juízo, requerendo, novamente, antecipação dos efeitos da tutela recursal a fim de que a arbitragem fosse paralisada. A tutela de urgência foi denegada por decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob os fundamentos de que (a) a tutela provisória não precisaria ser acolhida pelo tribunal arbitral, já que oriunda de Judiciário incompetente; (b) não se faziam presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência; (c) o juízo deliberatório sobre a sentença arbitral estrangeira caberia ao STF (Agravo de instrumento nº 285.411-4/0, Des. Rel. Rodrigues de Carvalho, 5ª Câmara de Direito Privado, DJ. 12.6.2003). Para uma análise mais profunda desses casos, assim como de outras ações antiarbitragem intentadas perante o Judiciário Brasileiro, reportamo-nos a: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 226/247.

A bem da verdade, essas demandas não passam de ações judiciais com objeto supostamente englobado por convenção arbitral (capítulo VI.2.b.1), com a adição de provimento condenatório de obrigação de fazer, o que é indiscutivelmente admitido em nossa sistemática processual⁵³⁰. Assim, essa pretensão também deveria, em regra, ser inicialmente submetida ao tribunal arbitral, por força do efeito negativo da convenção arbitral e do *Kompetenz-Kompetenz*, mas, na linha já exposta, sua submissão diretamente ao Judiciário deve ser excepcionalmente admitida na hipótese em que as controvérsias fáticas possam ser revolvadas mediante prova pré-constituída e arbitragem alguma tenha sido instaurada.

Isso significa que, ao menos em nosso sistema, as ações “antiarbitragem” não poderão ser utilizadas para impedir a continuidade de arbitragens já instauradas. Como visto, uma vez instaurada a arbitragem, não há mais utilidade alguma em se flexibilizar o *Kompetenz-Kompetenz* para fins repressivos, devendo a parte direcionar sua insurgência quanto à jurisdição arbitral diretamente ao árbitro.

Por outro lado, ainda não havendo arbitragem em curso, a ação deve ser admitida desde que respeitada a limitação cognitiva, admitindo-se apenas provas pré-constituídas⁵³¹. Diante de vícios de nulidade da convenção, o pleito condenatório em

⁵³⁰Tanto que expressamente previsto no artigo 461 do Código de Processo Civil.

⁵³¹Em sua obra sobre o tema, RAFAEL FRANCISCO ALVES acaba concluindo pela absoluta inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no Direito Brasileiro. Isso está apoiado em profundo estudo do princípio *Kompetenz-Kompetenz* e dos institutos a ele relacionados, em boa parte mencionado nesse trabalho. O monografista apoia sua conclusão final, em suma, nos seguintes fundamentos: (i) não existe relação de subordinação entre árbitros e juízes, mas sim de coordenação e cooperação, não podendo a decisão de um juiz sobre sua própria competência prevalecer sobre a do árbitro; (ii) as medidas antiarbitragem representam uma afronta ao artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, que positiva o *Kompetenz-Kompetenz*, e também à Convenção de Nova Iorque - que “pretende favorecer a autonomia da arbitragem em relação às cortes estatais” – especialmente ao seu artigo V(1)(e) diante de arbitragens estrangeiras, na medida em que a avaliação da regularidade da convenção de arbitragem, para tais fins, cabe ao “Judiciário local” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 218/222). Análogas são as ponderações de JOÃO BOSCO LEE (LEE, João Bosco. *Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 11. Jul-Ago-Set 2006. Porto Alegre: Síntese. p. 33/36) e THIAGO MARINHO NUNES (NUNES, Thiago Marinho. *A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 5. Jan-Fev-Mar 2005. Porto Alegre: Síntese. p. 50) e, tratando da questão em âmbito internacional, MATHIEU DE BOISSESON (BOISSESON, Mathieu de. As anti-suit injunction e o princípio da “competência-competência”. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 138 | Out / 2005DTR(2005)612). Procurou-se demonstrar nos capítulos III.3 e III.4 que, não obstante esses em boa parte corretos argumentos, em hipóteses excepcionais, o controle externo primário da atividade do árbitro pode ser antecipado. Com base em provas pré-constituídas e enquanto ainda não iniciada a arbitragem, há que se admitir que o Judiciário avalie a regularidade da convenção arbitral para fins de censura a futuras arbitragens. Se é assim, então não há

obrigação de não fazer pode vir de forma cumulada com pleito declaratório; mas, também, pode vir isoladamente, sendo a nulidade da convenção arbitral tratada como questão de mérito⁵³². Já nos casos de anulabilidade, tal provimento *deverá* ser cumulado com o pedido desconstitutivo da convenção, sob pena de inafastável improcedência, já que, como visto, sem pedido, a convenção não poderá ser anulada e, então, não há que se falar em ilicitude em condutas que visem a dar início à arbitragem.

O que não pode ser admitido em hipótese alguma são medidas antiarbitragem com o objetivo de obstar o início de processos arbitrais submetidos a outras ordens jurídicas. Como visto do capítulo II.2.a, o controle externo primário de tais arbitragens – aquele que visa a obstar o início de uma demanda arbitral – cabe exclusivamente ao Judiciário da sede da arbitragem, não possuindo o Judiciário Brasileiro competência internacional para controlar arbitragens alienígenas⁵³³.

Vale aqui reforçar que isso é também imperativo da harmonia que sempre se busca ao se tratar de competência internacional. Pudessem as Justiças dos mais variados Estados disparar, concomitantemente, ordens judiciais visando a paralisação de arbitragens alienígenas, o mecanismo da arbitragem internacional estaria submetido a

porque inadmitir-se tal avaliação por meio das assim denominadas ações “antiarbitragem” que, como será visto, não passam de uma ação com objeto supostamente englobado por convenção arbitral. Ainda, não parece totalmente correto o argumento de que não há hierarquia entre juiz e árbitro no que toca à apreciação de sua “competência”. É que, embora ambos possam livremente avaliar suas respectivas Jurisdições, e seja saudável para o sistema que o árbitro o faça com prioridade, a palavra do Juiz, ao final, prevalecerá sobre a do árbitro no que toca à existência jurisdição arbitral, já que a ação anulatória de sentença arbitral será decidida pelo Judiciário. FELIPE WLADECK também defende a admissibilidade das ações antiarbitragem, e com amplitude consideravelmente superior à aqui aceita, na medida em que seriam cabíveis tanto antes de iniciada quanto no curso da arbitragem e, somente no segundo caso, com limitação à instrução probatória (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 121/128).

⁵³²“As questões de mérito, assim conceituadas, não se confundem com o mérito. Elas constituem antecedente lógico da conclusão por acolher ou rejeitar a pretensão do autor, ou seja, antecedente lógico da decisão de mérito, mas não são o *mérito*. O juiz lhes dá solução quando compõe a motivação da sentença, enquanto que a procedência ou improcedência da demanda reside no *decisum*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 186).

⁵³³Nesse sentido: “That said, one cannot deny the plenary competence of the primary jurisdiction to issue such injunctions. Where the primary jurisdiction enjoins an arbitration, secondary fora are bound to enforce these decisions. Where secondary fora do so, the injunction is limited in effect to the secondary forum's domestic courts. This is a consequence – and a cost – of the differential distribution of competences by the New York Convention. Primary fora which capriciously exercise their competence to enjoin arbitration will, we assume, be shunned and, thus, experience the economic costs that follow” (REISMAN, W. Michael. RICHARDSON, Brian. *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012. p. 39).

batalhas judiciais que poderiam torná-lo obsoleto e inseguro, atravancando, consequentemente, o desenvolvimento econômico-social internacional⁵³⁴.

Sendo as ações “antiarbitragem” ações com objeto englobado por convenção arbitral, aplica-se aqui boa parte do raciocínio exposto no capítulo anterior. A legitimidade e o interesse processual para a ação em que tal controle será exercido também seguirão os mesmos ditames de qualquer ação judicial, sendo adequado que também se confira ao Ministério Público legitimidade extraordinária para buscar provimento dessa natureza sob o fundamento de nulidade da convenção arbitral, desde que isso esteja dentro de suas funções institucionais (artigo 168 do Código Civil).

O procedimento da ação também será aquele estabelecido (ou admitido) por Lei para a controvérsia em questão, sendo imperiosa tão somente a limitação probatória já exposta e, da mesma forma, o provimento buscado poderá ser objeto de tutela de urgência, desde que haja correlação entre o provimento de urgência e o pleito final, e estejam presentes seus requisitos autorizadores.

Também valem aqui as mesmas observações expostas ao tratarmos das tutelas de urgência nas ações com objeto englobado com convenção arbitral. O direito à solução de conflitos pela via arbitral é um direito forte, advindo da vontade manifestada pelas partes e cuja inobservância pode gerar negativas repercussões econômico-sociais no seio da sociedade, afastando investimentos e ampliando o preço dos negócios, o que significa, em última análise, um entrave ao desenvolvimento do país. É importante que isso seja atentamente sopesado pelo julgador ao apreciar um requerimento de tutela de urgência, de forma a concedê-lo somente em hipóteses estritamente necessárias, em que o (suposto) direito à arbitragem possa ser realmente ser subjugado.

Da mesma forma como ocorre no âmbito das ações com objeto englobado por convenção arbitral, as consequências do controle externo exercido nesses termos também

⁵³⁴Por isso que ADRIANA BRAGHETTA parece ter razão quando afirma que “essa prática, notadamente em arbitragens internacionais, tornou-se uma praga que pode vir a comprometer a própria utilização desse mecanismo de solução de disputas” (BRAGHETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 15).

variam de acordo com seu resultado. Caso o juiz se abstenha de resolver o mérito do litígio, deverá a questão ser descolada para a arbitragem.

Se, por outro lado, a controvérsia for resolvida, na hipótese de procedência, a parte estará impedida de iniciar arbitragens com base na convenção arbitral em questão e, uma vez preclusa a sentença, o comando objeto do pleito cominatório estará coberto pela coisa julgada material, resolvendo definitivamente a controvérsia quanto à licitude da conduta de se iniciar arbitragens. Caso o pedido tenha vindo de forma cumulada a provimento declaratório ou constitutivo relacionado à higidez da convenção arbitral (nesse segundo caso, como visto, a cumulação é imperiosa), o comando da sentença que declara a nulidade da convenção arbitral ou a desconstitui também estará coberto pela coisa julgada.

Diante de procedência, a cumulação acabará, na prática, sendo indiferente, na medida em que, ainda que não haja comando declaratório de nulidade da convenção arbitral, haverá comando cominatório impedindo o início de uma arbitragem, o que basta para que futuras arbitragens não possam ser iniciadas.

Da mesma forma, a sentença de improcedência preclusa também adquirirá a qualidade de coisa julgada, impedindo rediscussão quanto à ilicitude do ato de início de uma arbitragem sob a causa de pedir então deduzida. A diferença é que, caso tal pleito não esteja cumulado com pleito declaratório de nulidade da convenção, a nulidade em si e sob o fundamento aventado poderá ser rediscutida em arbitragens ou em outros processos judiciais, já que isso não foi mérito da demanda⁵³⁵, tendo sido, quando muito, tratada como questão de mérito.

IV.2.b.3. Ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem

A nossa lei de arbitragem dispõe em seu artigo 7º que, pretendendo a parte iniciar arbitragem para a solução de determinado conflito, mas não prevendo a convenção

⁵³⁵Ressalva-se aqui que o comando declaratório contido em qualquer demanda cominatória está relacionado à licitude ou ilicitude da conduta que se pretende evitar, mas só. O ato deve ser evitado porque é ilícito ou pode ser praticado porque é lícito. Mas, não isso não se estende às razões pelas quais o ato seja lícito ou ilícito, a não ser que haja pedido expresso nesse sentido.

arbitral a forma pela qual a arbitragem será instituída⁵³⁶ e não chegando as partes a um consenso quanto a isso⁵³⁷, caberá ao Judiciário intervir para estabelecer a instituição da arbitragem. Para tanto, deverá a parte autora apresentar cópia da convenção arbitral, assim como indicar com precisão o objeto do litígio a ser resolvido via arbitragem (artigo 7º, § 1º, da Lei de Arbitragem).

Entre nós, o objeto da demanda é, como se extrai até dessa exigência legal, a definição do mecanismo de instauração do procedimento arbitral para a solução do conflito especificado pela parte. Ao Judiciário cabe, portanto, decidir se, para a solução do conflito em questão, deve ou não ser instaurada a arbitragem e de que forma.

Isso não significa que, nesse momento, o Juiz deva necessariamente avaliar a regularidade da jurisdição a ser exercida pelo árbitro, promovendo completa análise do cabimento da arbitragem para o litígio em questão. Em regra, o Juiz deve deixar essa primeira análise ao árbitro, por força do já tão abordado *Kompetenz-Kompetenz*.

Não obstante, a mencionada exigência legal induz a alguma espécie de controle da jurisdição arbitral já nesse momento prévio à instituição de arbitragem⁵³⁸. Quisesse o Legislador exigir do julgador cega e ilimitada obediência ao *Kompetenz-Kompetenz*, a mera alegação da existência de uma convenção arbitral absorvendo o conflito bastaria para que o Juiz determinasse a instauração da arbitragem, deixando para o árbitro a solução de quaisquer controvérsias quanto à regularidade da jurisdição arbitral.

Pretendeu o legislador, no entanto, que o juiz já tivesse contato *tanto com a convenção arbitral quanto com o objeto do conflito que se pretende arbitrar*. De forma a

⁵³⁶O que equivale a não estabelecer as regras para a constituição do painel arbitral, na medida em que, uma vez constituído o painel, está instituída a arbitragem. Nessa linha: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 156; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 219/220.

⁵³⁷Nos termos do artigo 6º, *caput*, da Lei de Arbitragem, deve-se, inicialmente, convocar a parte contrária a comparecer em local certo, e em dia e hora determinados, para “firmar o compromisso arbitral”. Diante de recusa da parte em comparecer ou ainda das partes não chegarem a um acordo, admite-se, então, a ação regulada pelo artigo 7º da Lei (vide artigo 6º, parágrafo único). De acordo com CARMONA, a ausência desse procedimento extraprocessual prévio leva à extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de interesse processual (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 143/144).

⁵³⁸Em sentido contrário: PARENTE, Eduardo Albuquerque de. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 83/86

adequar essa exigência legal com o quanto exposto ao acerca do momento para o controle externo primário da atividade do árbitro, é correto que tal apreciação judicial se limite à excepcional avaliação prematura da jurisdição do árbitro; isto é, diante de inexistência⁵³⁹ ou irregularidade manifesta, aberrante, verificável *prima-facie*, da convenção arbitral; portanto, inconsistência constatável mediante provas pré-constituídas.

Isso se alinha a tudo o quanto foi tratado ao se justificar a excepcional flexibilização do *Kompetenz-Kompetenz*. É ineficiente que o Judiciário ignore uma já antevista inconsistência na jurisdição arbitral e promova a instituição da arbitragem para que, eventualmente após todo o seu desenvolvimento, decida o que já poderia afirmado lá atrás: essa arbitragem não deveria sequer ter sido iniciada. Tal conduta é contrária à celeridade exigida de qualquer mecanismo adjudicatório, encarece a solução do conflito, e não traz qualquer ganho sob o ângulo da qualidade do controle, já que a inconsistência da jurisdição arbitral se mostra desde o princípio evidente.

Isso demonstra que, embora o legislador não tenha explicitado hipóteses de relativização do *Kompetenz-Kompetenz*, induz o interprete da lei a reconhecê-las em situações excepcionais, diante das quais não há justificativa para que se aguarde a instituição da arbitragem e a consequente avaliação do árbitro quanto à existência de jurisdição arbitral.

Portanto, diante inconsistências evidentes, poderá o Judiciário rejeitar a pretensão da parte à instituição da arbitragem, julgando-a improcedente e remetendo as partes à via judicial, se assim ainda desejarem⁵⁴⁰.

⁵³⁹O que envolve uma avaliação da extensão da convenção arbitral para o litígio em questão.

⁵⁴⁰DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 221), CARMONA (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 160/161) e WLADECK (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 114/115) vão mais além, admitindo até mesmo eventual prova oral ou pericial a fim de se aferir a regularidade da convenção arbitral. Repita-se aqui que, por tudo o quanto já dito acerca do *Kompetenz-Kompetenz*, não parece ter sido essa a intenção do legislador. Quisesse estabelecer, em tal momento, uma ampla investigação da regularidade da convenção arbitral, teria quando menos registrado a admissibilidade de tal excepcional apreciação no âmbito desse processo. Em adição a isso, note-se que o artigo 7º da Lei, ao estabelecer o procedimento dessa ação, em nenhum momento trata da produção de provas não documentais, o que está em consonância com a posição aqui defendida. A legislação francesa, cujo modelo de aplicação do *Kompetenz-Kompetenz* é, como visto, bastante próximo ao nosso, é mais clara ao inadmitir ampla instrução probatória, prevendo que o “juiz de apoio” somente não deverá auxiliar na instituição da arbitragem se a cláusula compromissória for *manifestamente* nula ou inaplicável ao litígio (artigo 1455 do Código de Processo Civil francês). Ainda sob a égide da legislação francesa anterior à reforma de 2011, mas cujo artigo 1444 possuía disposição bastante

Imperioso, no entanto, que tal controle ocorra apenas diante de resistência por parte da requerida fundamentada em inconsistência na convenção. Isso porque, como visto no capítulo III.5, a aquiescência da parte quanto ao desenvolvimento da arbitragem impede seu controle externo. Da mesma forma, se a parte não pretende, no âmbito da ação para instauração da arbitragem, resistir à via arbitral, mas, por exemplo, apenas discutir a forma de eleição do painel arbitral, é inoportuno que o juiz promova a investigação aqui aventada.

É verdade que o silêncio da parte nesse momento prévio não pode ser interpretado com a aquiescência em si, mas sim como indicativo dela, a ser eventualmente confirmado no curso do processo arbitral. Isso porque, nossa lei de arbitragem é expressa ao reservar eventual insurgência quanto à jurisdição do árbitro para o primeiro momento após a instituição da arbitragem (art. 20), sendo, diante disso, incorreto que se exija da parte a antecipação de tal exercício, ainda mais para um controle excepcional.

Ainda assim, diante do silêncio da parte quando já poderia manifestar sua insurgência, adequado que o Juiz promova a instituição da arbitragem para que, no momento reservado pela Lei, seja efetivamente verificada a concordância (ainda que tácita) da parte com relação à jurisdição do árbitro para a solução do conflito.

Ademais, correto que somente as hipóteses de inexistência de convenção arbitral englobando conflito e de eventual nulidade da convenção sejam objeto desse controle prematuro. Como visto, a anulabilidade leva à desconstituição da convenção arbitral, o

similar ao atual 1455, JUDIAN LEW, LOUKAS MISTELIS e STEFAN KRÖLL afirmam que “The most convincing view is that the courts at that stage can review the *prima facie* existence of a valid arbitration agreement” (LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003 p. 353). No mesmo sentido, é o posicionamento de JEAN-LOUIS DELVOLVÉ, GERALD POINTON, e JEAN ROUCHE acerca da legislação francesa (DELVOLVÉ, Jean-Louis. POINTON, Gerald. ROUCHE, Jean. *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2009. p. 83). Já sob a égide do atual artigo 1455 da legislação francesa, é essa, ainda, a posição de GARY BORN (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014. p. 1112). Ainda nesse sentido, a também recentíssima Lei de Arbitragem espanhola, absolutamente clara ao admitir a avaliação da regularidade da convenção de arbitragem tão somente com base em provas documentais (artigo 15 da Lei 60/2003, reformada pela Lei 11/2011).

que deve ser objeto de provimento jurisdicional específico (constitutivo). Enquanto tal não ocorrer, mantém-se a higidez da convenção.

Não há que se falar em legitimidade e interesse processual no que toca especificamente ao controle aqui aventado, mais sim a aplicação de tais conceitos à própria ação para instituição da arbitragem.

Mesmo diante de tão específico objeto, não há como se descartar intervenções de terceiros. Haverá, a título de exemplo, interesse jurídico a justificar assistência por quem entenda ser parte necessária na demanda vindoura (eventual hipótese de litisconsórcio necessário), mas não concorde com a submissão do conflito à arbitragem.

Há, também, possibilidade de intervenção do Ministério Público para postular tal controle diante das hipóteses que admitem sua atuação, o que ocorrerá, na linha já mencionada, nos casos em que se pretender a instauração de arbitragem para solução de conflitos envolvendo direitos indisponíveis.

Quanto às consequências do controle então exercido, julgando-se improcedente o pleito de instauração da arbitragem, tal pretensão restará obstada e, uma vez preclusa a decisão, o comando da sentença adquirirá a qualidade de coisa julgada material, impedindo que a parte futuramente pretenda, com base na mesma convenção, instaurar uma arbitragem para a solução do mesmo conflito. Restar-lhe-á, diante disso, a via judicial.

Isso não significa que o eventual reconhecimento da inconsistência da jurisdição arbitral também adquira estabilidade, não podendo tal questão ser futuramente discutida. Tal divergência terá, quando muito, sido apreciada como questão de mérito e não como o mérito da demanda judicial, fazendo parte da fundamentação da sentença que conclui pela improcedência da pretensão de instauração da arbitragem, o que impede que tal solução adquira a qualidade de coisa julgada.

Assim, não poderá impedir que a parte pretenda instaurar judicialmente arbitragens para conflitos diversos, que não tenham integrado o pleito de instauração decidido pela demanda judicial em questão⁵⁴¹.

Na hipótese de procedência do pleito, a arbitragem será instaurada, mas a alegada inconsistência na convenção arbitral poderá ser livremente reapreciada em âmbito arbitral, já que não integrou o mérito da ação judicial.

Finamente, e tal qual também defende CARMONA, diante de eventual negativa da instituição arbitral em promover a arbitragem com base em controle interno da regularidade da convenção arbitral (capítulo V.1.c), deve ser admitida a demanda aqui tratada para fins de instituição da arbitragem, agregando-se a própria instituição arbitral ao polo passivo da demanda, visto que a resistência partiu desse órgão⁵⁴².

Nessa hipótese, também caberá ao juiz a mesma avaliação superficial aqui exposta da existência e regularidade da convenção arbitral abrangendo o litígio que a parte pretende submeter ao judiciário, após a oitiva não apenas da parte a ser demandada na arbitragem, mas inclusive da instituição arbitral.

Caso de convenção, com base em provas pré-constituídas, pela inexistência ou nulidade da convenção arbitral, deverá julgar o pedido improcedente, o que acarretará as mesmas consequências já tratadas. Uma vez julgado procedente o pedido, deverá a instituição arbitral, então, dar início à arbitragem.

⁵⁴¹DINAMARCO inclusive vai mais além, afirmado que as partes não poderão invocar a cláusula compromissória “como fundamento para a extinção de eventual processo estatal sem julgamento” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 222). Isso deve, no entanto, estar restrito ao conflito que a parte pretendeu levar à arbitragem pois foi com relação a ele que houve sentença de improcedência de instauração da arbitragem. Em relação a outros conflitos, o raciocínio não deve ser aplicado, já que o reconhecimento de tal irregularidade está fundamentação da sentença, não havendo declaração em tal sentido no seu comando.

⁵⁴²CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 167/168.

IV.2.b.4. Ação judicial para concessão de tutelas de urgência

É, atualmente, pacífico em âmbito doutrinário e jurisprudencial que, não obstante a jurisdição exclusiva do árbitro para solucionar os conflitos objeto de pacto arbitral, o que engloba a concessão de tutelas de urgência, em hipóteses em que a urgência seja tamanha que não se possa aguardar a instituição da arbitragem, as partes poderão requerer tal tutela ao Judiciário, em caráter (ainda mais) precário, e exclusivamente a fim de lhes proteger enquanto o painel arbitral é constituído⁵⁴³.

Isso se dá no ínterim entre a eclosão do conflito e a constituição do tribunal arbitral, período que dificilmente durará menos de um mês, ressalvando-se, em regra, as hipóteses em que, na convenção de arbitragem, as partes já prevejam mecanismos que superem essa dificuldade prática, tais como os assim denominados “árbitros de emergência” do regulamento da CCI.

Tal possibilidade está expressamente prevista em outras legislações⁵⁴⁴, mas não em nossa Lei de Arbitragem, que dedica espaço parco às tutelas de urgência⁵⁴⁵. Coube à doutrina e à jurisprudência construir o caminho para a obtenção dessa proteção jurisdicional, admitindo o já exposto apoio judicial, assim como estabelecendo que tais

⁵⁴³Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 223/224; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 222/228. DINAMARCO inclusive lamenta uma prática que se tornou comum entre advogados e juízes de denominarem tais tutelas sempre de cautelares. Tanto aquelas tutelas que visam a assegurar o resultado da demanda quanto as que efetivamente antecipam os efeitos da tutela jurisdicional são admitidas, desde que configurada urgência tamanha que impeça o aguardo da constituição do painel arbitral (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 224).

⁵⁴⁴Cita-se, nesse sentido, o artigo 1449 do Código de Processo Civil Francês, extremamente claro: “L’existence d’une convention d’arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n’est pas constitué, à ce qu’une partie saisisse une juridiction de l’Etat aux fins d’obtenir une mesure d’instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire”. Nos termos do artigo 7º da Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária: “Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal”.

⁵⁴⁵Está atualmente em trâmite perante a Câmara Federal o Projeto de Lei do Senado nº 406/2013, cujo objetivo é a reforma da Lei de Arbitragem. Dentre as inovações propostas, encontra-se a inserção de capítulo dedicado às “tutelas cautelares e de urgência”, que positiviza a admissibilidade interferência judicial aqui exposta (artigo 22-A projetado), bem como prevê que (i) a arbitragem deverá ser proposta no prazo de 30 dias da concessão da tutela de urgência, sob pena da perda de sua “eficácia” (artigo 22-A, parágrafo único, projetado); e (ii) instituída a arbitragem, caberá ao tribunal arbitral rever a decisão do juiz togado (artigo 22-B projetado).

ações deverão seguir o rito cautelar, e ressalvando que caberá ao painel arbitral, oportunamente, rever a decisão do juiz togado⁵⁴⁶.

Parece isenta de dúvidas a impossibilidade de, pela via da ação para concessão de tutela de urgência em favor da arbitragem, a parte requerida obter tutela jurisdicional que impeça o início da arbitragem vindoura. A ausência de pretensão com tal finalidade impede qualquer cogitação nesse sentido, justamente em respeito à correlação exigida entre demanda e sentença. E nem há como se argumentar com base em pleito reconvenicional, incabível em sede de tutelas de urgência, provisórias e instrumentais; que não visam a efetiva solução do conflito. Não bastasse isso, o efeito negativo da convenção arbitral (provisoriamente mitigado diante de situações de urgência), aliado ao *Kompetenz-Kompetenz*, impediriam tal pretensão.

Não obstante, de forma análoga com que ocorre no âmbito da ação judicial para instituição da arbitragem, ao pleitear a tutela de urgência ao judiciário, deverá a parte apresentar cópia do instrumento de convenção de arbitragem, além de atender aos requisitos próprios da ação cautelar, dentro das quais está a indicação do objeto da demanda (arbitral) vindoura.

Retomando o raciocínio desenvolvido no capítulo anterior, essa dupla exigência é, também, indicativo de que, mesmo nessa etapa preliminar, a atividade do árbitro é de alguma forma controlada. Fosse correto exigir-se do Judiciário cego e ilimitado respeito ao *Kompetenz-Kompetenz*, a mera alegação da existência de uma convenção arbitral bastaria para que o Juiz tivesse que tomar isso como premissa até a questão ser apreciada em sede arbitral, sendo, então, quando menos desnecessária a apresentação da convenção arbitral.

Compatibilizando-se tal indicativo com o quanto já exposto acerca do *kompetenz-kompetenz*, o controle pode excepcionalmente ocorrer diante da desnecessidade de dilação probatória para aferição da possível inconsistência na

⁵⁴⁶Da extensa doutrina: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 223/225; SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 82; FICHTNER, José Antonio. MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 129; PARENTE, Eduardo Albuquerque de. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 223.

jurisdição arbitral. Sendo possível ao julgador verificar a irregularidade de plano (mediante provas pré-constituídas) da convenção arbitral, parece correto que o faça, mas, nesse caso, com a finalidade de rejeitar a tutela de urgência buscada pela parte ante a baixa probabilidade do provimento final vir a ser concedido (ausência de *fumus boni iuris*)⁵⁴⁷.

A hipótese é útil em prol da efetividade do sistema. Não seria razoável ao Judiciário se movimentar para resolver uma situação de urgência, impondo custos ao Estado e às partes, eventualmente com relevantes consequências negativas para a parte requerida, se já pode antever que, ao final, aquilo cujos efeitos estão sendo antecipados não poderá ser concedido (ao menos nos termos postulados – mediante arbitragem), ou então que a medida não terá qualquer utilidade para a solução final do litígio⁵⁴⁸.

Pelo momento em que ocorrerá, tal controle também se limitará a vícios relacionados à jurisdição do árbitro, pois, não havendo painel arbitral instituído, não como se cogitar outros vícios que admitiriam controle externo.

Repita-se quantas vezes for oportuno: isso deve ser tratado como uma excepcionalidade, exigindo-se do julgador absoluta segurança quanto à inconsistência jurisdição do árbitro, pois, de outra forma, estará desrespeitando o *kompetenz-kompetenz* e, nessa hipótese, com um agravante: em denegação ao direito constitucional da parte à tutela de urgência.

Na mesma linha do quanto exposto no capítulo anterior, tal controle deverá ser objeto de requerimento expresso da parte e, como deve ser exercido como fundamento para rejeição da tutela de urgência, não há que se falar especificamente em legitimidade e interesse processual para postulá-lo, cabendo à parte requerida a ele resistir.

⁵⁴⁷Como será visto no capítulo seguinte (nota de rodapé 551), a recentíssima Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária prevê expressamente hipóteses em que o Judiciário pode recusar a efetivação de uma tutela de urgência. Dentre tais hipóteses, encontram-se vícios na jurisdição arbitral e na aptidão do árbitro. A *ratio* desse dispositivo justifica, com ainda mais força, o controle aqui defendido, na medida em que lá a regularidade da medida já passou pelo crivo do árbitro, enquanto que aqui é postulada diretamente ao Judiciário.

⁵⁴⁸Seguindo a esteira da nota anterior, no capítulo seguinte é exposta corrente doutrinária a favor de controle similar ao aqui defendido diante do apoio judicial a tutelar de urgência concedidas pelo árbitro (capítulo IV.2.b.5). Nos mesmo termos, com mais razão esse controle deve aqui ocorrer.

A consequência do controle significará a rejeição do pleito de urgência postulado, ante a ausência de probabilidade de concessão da tutela jurisdicional final, lembrando-se que, no âmbito de demandas como essa, cabe ao julgador estatal tão somente apreciar o pedido de urgência, mas, eventualmente, revê-lo diante de novos fatos e alegações trazidas pela parte contrária, mas sempre enquanto ainda não instituída a arbitragem.

Tampouco cabe falar em coisa julgada em relação ao controle exercido, já que não há resolução do mérito da controvérsia no âmbito da cautelar e, de qualquer forma, não é esse o objeto do pedido.

IV.2.b.5. Medidas de apoio judicial ao árbitro

Foi demonstrado no capítulo dedicado ao momento para o controle da atividade do árbitro (capítulo III.4) que, uma vez iniciado o processo arbitral, não há mais espaço para medidas judiciais de repressão, ainda que dentro daquelas hipóteses excepcionais em que o *Kompetenz-Kompetenz* pode ser flexibilizado. Mas, isso não significa que, a partir de então e enquanto se desenvolve a arbitragem, a apreciação judicial de vícios na atividade arbitral deve ser totalmente descartada.

Nossa lei de arbitragem prevê que, uma vez instituída a arbitragem, o Poder Judiciário pode ser convocado a intervir em processos arbitrais com a finalidade de conduzir testemunha à audiência de instrução, ou ainda de efetivar de medidas de constrição oriundas de eventuais tutelas de urgência concedidas no âmbito do processo arbitral (artigo 22, § 2º e 4º). Isso se dá porque, embora o árbitro exerça jurisdição, seu poder jurisdicional é limitado, não possuindo poder de constrição.

Tal interferência judicial ocorre, como se vê, com o objetivo de *apoiar*, e não de *censurar*, o desenvolvimento do procedimento arbitral. Ainda assim, e retomando o raciocínio exposto nos capítulos anteriores, a própria Lei de Arbitragem sugere, nessa oportunidade, algum controle da regularidade da atividade do árbitro, na medida em que

exige expressamente a apresentação da convenção de arbitragem (art. 22, § 2º e 4º, da Lei de Arbitragem)⁵⁴⁹.

De forma a novamente compatibilizar tais exigências com o quanto já asseverado acerca do momento para o controle da atividade do árbitro, há que se admitir nessa oportunidade o excepcional reconhecimento judicial de eventuais vícios no desenvolvimento da arbitragem, e com a consequência de negativa judicial quanto ao apoio buscado.

Sendo incorreto cogitar de qualquer ato de censura - seja por conta do que já foi dito, seja porque sequer há espaço para pedido da parte interessada nesse sentido⁵⁵⁰ -, e tendo-se em mente a limitação cognitiva própria da prematura apreciação judicial da atividade do árbitro, o que seria admitido nessa oportunidade é um juízo superficial, deliberatório, da regularidade da atividade do árbitro, embasado na mencionada documentação exigida por lei – e em outras provas documentais trazidas pelas partes – mas sem qualquer dilação probatória.

Assim, caso o Juiz possa, nesses termos, constatar vícios na atividade do árbitro, correto que não conceda o apoio judicial buscado à arbitragem inequivocamente viciada⁵⁵¹. Por outro lado, no caso de meras dúvidas quanto à regularidade da atividade –

⁵⁴⁹O Projeto do Novo Código de Processo Civil, em sua versão recentemente aprovada pelo Senado, prevê a figura das “cartas arbitrais” justamente com o objetivo de se obter tal apoio. Nos termos do seu artigo 258, § 3º, tais cartas deverão ser instruídas “com a convenção de arbitragem e com as provas de nomeação do árbitro e da sua aceitação da função”.

⁵⁵⁰Lembrando-se que são os próprios árbitros os postulantes do apoio judicial (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 323/324).

⁵⁵¹Como antecipado no capítulo anterior, a Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária prevê, em seu artigo 28, a recusa judicial quanto ao “reconhecimento e execução coercitiva de uma providência cautelar” dentro hipóteses relacionadas a vícios na jurisdição arbitral, tais como incapacidade de parte e irregularidade na convenção arbitral; decisão relacionada a litígio não abrangido pela convenção, mas também à aptidão do árbitro, tais como a constituição do painel arbitral em desobediência à convenção, e ainda diante do desenvolvimento do processo sem ciência do Demandado. DINAMARCO admite a negativa judicial em cooperar com o painel arbitral quando restar evidente eventual vício na convenção arbitral, tal como a hipótese da tutela de urgência transpor os limites do que pode ser submetido ao árbitro nos termos da convenção arbitral (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 232). De forma análoga: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 325/326. FICHTNER e MONTEIRO também admitem a recusa dentre outras hipóteses diante (i) da nulidade do compromisso; (ii) de decisão tomada por quem não poderia ser árbitro; (iii) decisão proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; e (iv) decisão proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva. Espelham, assim, as hipóteses de controle externo da atividade do árbitro previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem. (FICHTNER, José Antonio. MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 144/146).

que deveriam ser resolvidas com dilação probatória – deverá conceder o apoio buscado, deixando a completa e profunda avaliação da questão para o momento próprio.

Isso se alinha com o quanto já dito acerca da eficiência do sistema pois, retomando novamente o raciocínio dos capítulos anteriores, seria inadequado ao Judiciário interferir na arbitragem, gerando custos, bem como eventuais consequências negativas para partes e terceiros, se desde logo constata que tal apoio será, ao final, um desperdício.

É válido lembrar que tal apoio pode acarretar em medidas constritivas em desfavor das partes, atingindo diretamente suas esferas de direito. Não é razoável que o Judiciário colabore para tanto mesmo restando inequívoco que a atividade arbitral está viciada. Como já dito, isso poderia até mesmo significar colaboração judicial com conluio e falcaturas, auxiliando-se tribunais arbitrais manifestamente parciais, ou então arbitragens evidentemente impositivas, até mesmo em colaboração judicial com condutas criminosas.

O controle em questão deve ter lugar no que toca a vícios na jurisdição e na aptidão do árbitro, e ainda diante de processos desenvolvidos sem a ciência do demandado. Tanto as medidas solicitadas por árbitros parciais quanto aquelas fruto de arbitragem que não possui origem em convenção regular devem ser rejeitadas, assim como processos em manifesto desrespeito ao contraditório decorrente de ausência ou irregular citação da parte demandada. Eventuais outras irregularidades que admitem controle externo não devem ensejar tal controle pois, como será visto no capítulo V.2.d.3, somente atingirão a higidez da arbitragem se efetivamente trouxerem prejuízo, o que poderá ser auferido ao final do processo arbitral.

Aqui, não há mais que se falar em necessário requerimento das partes para que tal controle possa ser exercido com relação à jurisdição do árbitro. Já tendo a arbitragem sido instaurada, já se passou o momento oportuno para a parte lançar impugnações ou aquiescer diante de eventual irregularidade na jurisdição ou aptidão do árbitro (capítulo III.6).

O que o julgador deverá é levar em consideração tal eventual aquiescência, solicitando, inclusive, esclarecimentos das partes, até de forma a preservar seu direito ao contraditório.

Mais uma vez, como tal controle é exercido como fundamento para rejeição da medida de apoio buscada, não há que se falar em legitimidade e interesse processual para postular seu exercício, reiterando-se caberá ao próprio painel arbitral buscar tal apoio. Por outro lado, como as partes envolvidas na arbitragem (aqui considerando-se eventuais terceiros integrados) poderão ser atingidas pelas medidas judiciais, há que se admitir sua interferência para que possam requerer tal controle. O mesmo se diga com relação ao Ministério Público, nas hipóteses compatíveis com seu ofício, como visto anteriormente.

A consequência do controle significará, pelo quanto já exposto, a rejeição do apoio buscado. Não cabe falar em estabilização extraprocessual quanto ao controle exercido, já que não há resolução do mérito de controvérsia e, de qualquer forma, não é esse o objeto do pleito direcionado ao Judiciário.

IV.2.b.6. Conflito de competência?

Não obstante o quanto visto e reiterado acerca do momento para o controle da atividade do árbitro, já se tem notícias de mecanismos instaurados com fulcro no artigo 105, inciso I, letra “d”, da Constituição Federal⁵⁵² postulando-se sejam resolvidos “conflitos de competência” entre órgãos estatais e arbitrais, assim como entre painéis arbitrais.

O conflito cogitado ocorreria na situação em que mais de um painel arbitral passe a resolver uma mesma pendência, ambos entendendo terem sido validamente constituídos, ou ainda quando órgãos do Judiciário e árbitros passem a, concomitantemente, resolver determinada pendência, o que pode se dar seja mediante diferentes interpretações conferidas a convenções arbitrais, seja, no âmbito estatal, por

⁵⁵²“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, ‘o’, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”;

meio de uma (em determinadas situações inoportuna) avaliação judicial da regularidade ou extensão da convenção arbitral, ou ainda por uma completa rejeição, por parte de um Juiz, quanto ao instituto da arbitragem.

Em quaisquer dessas hipóteses, a solução do impasse por meio de suscitação de conflito de competência equivaleria a um controle judicial da atividade do árbitro, inclusive tendo como consequência uma possível repressão ao processo arbitral.

Em 2010, houve a suscitação de conflito positivo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo como suscitados o “Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá” e o “Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro – RJ”⁵⁵³. Tal expediente veio a ser julgado apenas em 2013, após diversos pedidos de vista pelos Ministros então integrantes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Em apertada decisão, prevaleceu por cinco votos a quarto o entendimento asseverado pela Exma. Ministra Relatora NANCY ANDRIGHI, pelo cabimento do expediente suscitado e reconhecimento da “competência” do “Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá”. A divergência, inaugurada pela Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, não conhecia do expediente suscitado, na medida em que não havia conflito entre órgãos do Poder Judiciário a ser resolvido.

Anteriormente, o Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, relator originário do expediente, já havia se posicionado pelo cabimento do conflito de competência suscitado ao deferir a liminar requerida no seu âmbito, em decisão cujos fundamentos são em parte análogos à prolatada pelo mesmo Ministro ao indeferir liminar postulada em outro conflito de competência⁵⁵⁴, que acabou não sendo julgado pelo colegiado.

O entendimento que prevaleceu no citado julgamento colegiado parte do raciocínio de que a função do árbitro é jurisdicional e equiparada à do julgador estatal. Assim, na hipótese em que juiz e árbitro “avocam a mesma causa exercendo atividade

⁵⁵³Conflito de competência nº111.230/DF, Min. Rel. Nancy Andrigli, 2ª Seção, DJ. 8.5.2013.

⁵⁵⁴Conflito de Competência nº 106.121/AL.

jurisdicional”⁵⁵⁵, há conflito de competência a ser resolvido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por seu turno, a Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, embora reconheça o caráter jurisdicional da arbitragem, assevera que jurisdição e competência são conceitos distintos, compreendendo o primeiro a função de dizer o direito, enquanto que o segundo equivale à “estruturação da função jurisdicional do Estado”, ou seja, a divisão da jurisdição estatal entre vários órgãos do Poder Judiciário. Ainda de acordo com voto, isso não possui correspondência no âmbito da arbitragem, até porque “o árbitro não ocupa ‘cargo’ de árbitro”, mas é eleito para uma controvérsia específica⁵⁵⁶.

Diante disso, o voto assevera que um possível conflito entre juiz e árbitro não é um conflito “entre dois órgãos do Poder Judiciário” e, portanto, não é um conflito de competência a ser resolvido nos termos do artigo 105, inciso I, letra “d”, da Constituição Federal. Ainda, a Ministra ressalta que a solução de tais conflitos pode muitas vezes envolver interpretação de cláusulas contratuais, o que não é função própria do Superior Tribunal de Justiça. Assim, eventuais controvérsias que levem ao cogitado “conflito de competência” devem ser resolvidas pelas vias ordinárias, na medida em que “o atalho do conflito de competência não tem, data máxima vênua, fundamento constitucional”⁵⁵⁷.

Também em 2010, o Superior Tribunal de Justiça julgou conflito de competência suscitado entre dois painéis arbitrais⁵⁵⁸, tendo, então, também por maioria de votos, decidido que não cabia à Corte Superior solucionar o cogitado conflito, pois tal função não se encaixa em sua competência originária.

Em que pese o entendimento que prevaleceu do primeiro julgado citado, parece mais acertado o voto exarado pela Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. No que toca ao segundo julgado, a decisão foi correta, mas exige ponderação que virá na sequência.

⁵⁵⁵Voto vencedor proferido pela Ministra Nancy Andrichi.

⁵⁵⁶Voto vencido proferido pela Ministra Isabel Gallotti.

⁵⁵⁷*Ibis idem.*

⁵⁵⁸CC 113.260/SP, Min. Rel. Nancy Andrichi, Segunda Seção, DJ. 8.9.2010.

A competência originária dos Tribunais é definida expressa e taxativamente por Lei⁵⁵⁹; no caso dos Tribunais Superiores, pela Constituição Federal⁵⁶⁰. Tais Tribunais somente podem atuar originariamente naquelas hipóteses expressamente previstas na Carta Magna, significando verdadeira usurpação de competência qualquer atividade jurisdicional originária desenvolvida em hipóteses diversas das constitucionalmente previstas.

Na hipótese em questão, a Constituição Federal confere ao Superior Tribunal de Justiça a função de resolver conflitos de competência entre dois ou mais tribunais, ou entre tribunais e juízes a eles não vinculados, ou entre juízes vinculados a tribunais diversos. A função, resta claro, é resolver possíveis impasses decorrentes da *distribuição da jurisdição estatal*, servindo a isso o conceito de competência⁵⁶¹.

Embora seja pacífico que o árbitro também exerce verdadeira função jurisdicional⁵⁶², não é ele um dos órgãos dentre os quais é dividida a função jurisdicional do Estado. O árbitro não é um órgão público judicante, mas sim privado, que exerce jurisdição oriunda de convenção entre as partes (jurisdição convencional)⁵⁶³. O juiz e o árbitro necessariamente exercem *jurisdição* - e não *competência* - diversa.

Assim, não há como se conceber que um mecanismo especificamente voltado à solução de impasses no que toca à divisão de trabalhos entre órgãos da Justiça seja utilizado para a solução de conflitos entre juízes e árbitros, órgãos diversos, com poder jurisdicional extraído de fontes distintas. Haveria, quando muito, um conflito de jurisdições, mas nunca de competência⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 196.

⁵⁶⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 563/564.

⁵⁶¹Por isso que DINAMARCO é exato ao afirmar que o mecanismo em questão objetiva resolver “conflitos entre órgãos judiciais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 457).

⁵⁶²É esse o argumento fundamental utilizado por ARNOLDO WALD *et all.* para defender a admissibilidade de conflito de competência entre juízes e árbitros (WALD, Arnaldo *et all.* *Conflito positivo de competência. Jurisdição estatal arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3/5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 23 | p. 281 | Out / 2009DTR\2011\4528).

⁵⁶³Também nesse sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 214.

⁵⁶⁴Embora posicione-se pela admissibilidade do mecanismo na hipótese aqui tratada, CAIO CESAR VIEIRA ROCHA assevera que: “Sabe-se que, em realidade, não haverá propriamente conflito de competência decorrente do processamento simultâneo de idêntico processo perante o Poder Judiciário e juízo arbitral. A situação descrita traduz na realidade um conflito de jurisdições” (ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Conflito*

O argumento de que a Constituição Federal é anterior à Lei Brasileira de Arbitragem⁵⁶⁵ não convence porque a inteligência do dispositivo legal em questão é tratar da divisão das funções do Poder Judiciário – do qual o árbitro não é integrante. É incorreto, assim, sustentar que tal dispositivo não tenha contemplado eventual conflito de competência entre juízes e árbitros somente por ter vindo antes da Lei 9.307/96. O advento desse diploma legal em nada altera a divisão funcional dos órgãos do Poder Judiciário.

Além disso, embora a Lei de Arbitragem seja posterior, a arbitragem em si já era admitida em nossa ordem jurídica antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, tanto que dispositivos legais a ela relacionados estavam presentes no nosso Código Civil de 1916 (artigos 1037 a 1048), assim como no Código de Processo Civil de 1973, com sua redação anterior à Lei de Arbitragem (artigos 1072 a 1112, revogados justamente pela Lei de Arbitragem, ao dar tratamento diverso ao instituto).

Não bastasse, a admissão desses suscitados “conflitos de competência” pode subverter toda a sistemática de controle da atividade do árbitro, especialmente no que toca ao controle externo primário. Isso porque, o conflito cogitado somente ocorreria uma vez iniciada a arbitragem, quando dois painéis arbitrais, ou mesmo árbitros e juízes, entendam que devem solucionar a questão. Mas, como visto no capítulo III.3, uma vez iniciada a arbitragem, não cabe mais ao Judiciário qualquer medida que, com base no controle da atividade do árbitro, possa censurá-la; ao menos até que finda a arbitragem.

Assim, conflitos de competência são concebíveis na jurisdição estatal porque, lá, é correto que os juízes avaliem simultaneamente sua competência para determinada demanda, não havendo como a decisão de um se sobrepor à de outro⁵⁶⁶. Na arbitragem,

positivo de competência entre árbitro e magistrado. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 263 | Jul / 2012 DTR\2012\450623).

⁵⁶⁵ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 263 | Jul / 2012 DTR\2012\450623.

⁵⁶⁶Substancialmente nesse sentido: FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006 DTR\2006\225.

pelo quanto já exposto, isso não ocorre: cabe ao árbitro avaliar prioritariamente a questão, ficando o Judiciário com a revisão da decisão.

Mas, ainda que o juiz interfira (indevidamente) na arbitragem, não há como se falar em conflito entre juízes e árbitros. Nessa hipótese, deverá o árbitro se conformar com tal interferência, já que a última palavra sempre caberá ao juiz, admitindo-se, por outro lado, a reavaliação de tal interferência pelos meios recursais próprios do processo estatal, até que, se necessário, a questão eventualmente chegue ao Superior Tribunal de Justiça ou até o Supremo Tribunal Federal⁵⁶⁷.

O correto é que, inexistindo previsão constitucional de competência originária dos Tribunais Superiores para a solução dessa questão, o impasse chegue a essa Corte Superior pelo caminho ordinário⁵⁶⁸.

Em suma, estando os cogitados conflitos fora da competência originária do Superior Tribunal de Justiça, a solução direta de tais impasses não deve ser admitida, inclusive sob pena de possível usurpação da competência dos juízes de Primeiro Grau (a ser exercida no momento oportuno – após finda a arbitragem).

Por consequência, correto o julgado que não conheceu do conflito de competência suscitado entre painéis arbitrais. Não obstante, não se pode admitir que “o conflito de competência supostamente ocorrido entre câmaras de arbitragem” seja “dirimido no Juízo de primeiro grau”⁵⁶⁹, tal qual consta no bojo do voto divergente e que prevaleceu.

⁵⁶⁷ Assim, não é correto o raciocínio de CAIO CESAR VIEIRA ROCHA de que o conflito de competência deve ser admitido pois não há outra solução eficaz para a questão (ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 263 | Jul / 2012 DTR\2012\450623). A solução será sempre – e ainda que incorretamente – dada pelo juiz estatal, a quem cabe a última palavra sobre o assunto. Espera-se que o Judiciário não interfira indevidamente no andamento da arbitragem, mas, se isso ocorrer, só resta, como já dito, o caminho dos recursos.

⁵⁶⁸ Também contrários à admissibilidade do mecanismo: TALAMINI, Eduardo. *Arguição de convenção arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 12. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 40/2014 | p. 81 | Jan / 2014. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 145 | Set / 2014 DTR\2014\999; ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 214/215; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006 DTR\2006\225.

⁵⁶⁹ Voto proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha, que inaugurou a divergência.

Não se trata, ao menos nos termos da nossa sistemática de controle, de suscitar conflito de competência perante o juízo estatal de primeiro grau, mas, sim, de eliminar, após findas as arbitragens, a sentença arbitral fruto de arbitragem viciada, cujo órgão julgador não se constituiu em atenção às disposições definidas pelas partes.

É assim que a questão, se chegar ao extremo de duas sentenças arbitrais, deve ser solucionada, sendo também inadmissível o prematuro seu controle por meio de suscitação de conflitos de competência.

IV.2.b.7. Mandado de segurança?

Finalmente, há quem defenda a admissibilidade de mandados de segurança com o objetivo de impugnar decisões tomadas pelo painel arbitral no curso da arbitragem. Argumenta-se que o árbitro exerce função pública (jurisdição), tanto que, até pelos próprios termos da Lei de Arbitragem (artigo 31), a sentença arbitral se equivale à judicial⁵⁷⁰. Assim, sua aceitação impera diante da garantia constitucional ao controle jurisdicional sempre que não houver outro “remédio eficiente” contra lesões a direitos líquidos e certos⁵⁷¹.

O mecanismo também só teria lugar uma vez iniciada a arbitragem, na medida em que exige o ato coator promovido pelo árbitro, consubstanciado em eventual decisão tomada no curso da arbitragem.

Os argumentos em prol da utilização do mecanismo, com a devida vênia, não podem ser aceitos, devendo ser rejeitada qualquer tentativa de, por meio de mandado de segurança, buscar-se um prematuro controle externo primário da atividade do árbitro.

⁵⁷⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 233/235. Ainda assim, o processualista admite o *writ* em situações “excepcionalíssimas”. Também sobre a excepcionalidade do mecanismo: WALD, Arnoldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O mandado de segurança e a arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 13 | p. 11 | Abr / 2007 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 871 | Set / 2014 DTR\2007\874.

⁵⁷¹*Ibis idem*.

Isso porque, como já visto, o árbitro não exerce uma função pública, não podendo sua tarefa ser equiparada a de um agente estatal. A função do árbitro é, repita-se, eminentemente privada, sendo essa uma característica inerente à arbitragem (uma via *privada* de exercício de jurisdição)⁵⁷². O equívoco do raciocínio está na premissa de que a Jurisdição seria função eminentemente pública quando nada no nosso ordenamento leva a tal conclusão. Aliás, a própria admissão da arbitragem demonstra justamente o contrário.

A equivalência entre as funções prevista em Lei se dá para fins para fins de sujeição do árbitro à legislação penal, a fim de que o árbitro possa ser responsabilizado por crimes que, nos termos da legislação penal, podem ser cometidos por juízes (tais como a concussão, a corrupção, e a prevaricação)⁵⁷³, mas isso não transforma o árbitro em um agente estatal ou em figura equivalente. Sua atividade continua sendo indiscutivelmente privada, característica própria da jurisdição por ele exercida.

Além disso, retomando-se mais uma vez o quanto já estabelecido acerca do momento para o controle externo primário da atividade do árbitro, medidas de repressivas à arbitragem não são admitidas enquanto o processo arbitral se desenvolve, mesmo diante de hipóteses que admitiriam a excepcional flexibilização do *Kompetenz-Kompetenz*.

Como também visto, não há, diante disso, qualquer ofensa ao preceito constitucional de acesso à justiça pois o *Kompetenz-Kompetenz* não nega tal acesso; apenas o reserva para o momento adequado.

Até porque, retomando o raciocínio desenvolvido nos capítulos III.3 e IV.2.b.5, durante o seu desenvolvimento, a arbitragem não poderá atingir a esfera de direitos das partes sem a colaboração do Poder Judiciário e, uma vez solicitado tal auxílio, cabe ao Juiz promover certo controle da atividade do árbitro com base em cognição semelhante à admitida no mandado de segurança (provas pré-constituídas). Diante disso, mesmo face

⁵⁷²Também nesse sentido: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 494/504.

⁵⁷³CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 267.

a situações excepcionálissimas, notadamente teratológicas e prejudiciais, há caminho mais adequado para se evitar lesões a direito líquido e certo.

Também com base nesse raciocínio, não há como se cogitar da utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal, primeiro, porque há mecanismo expressamente previsto em lei para o controle externo primário da atividade do árbitro, que se estende a desvios constatados no curso da arbitragem (a ação anulatória da sentença arbitral); segundo, porque o Judiciário não deve ser tratado como uma instância recursal das decisões arbitrais⁵⁷⁴, mas sim como órgão responsável pela repressão, em hipóteses específicas, de arbitragens viciadas. Não se promove uma ampla revisão das decisões do árbitro, mas sim a desconstituição (ou declaração de inexistência/ineficácia) da sentença arbitral em hipóteses bastante específicas.

Por tais razões, não há espaço para controle da atividade do árbitro por meio de mandado de segurança enquanto não concluída a arbitragem.

IV.2.c. Mecanismos de controle retardado da atividade do árbitro

IV.2.c.1. Ação declaratória de inexistência de sentença arbitral

Uma vez esgotado o prazo decadencial para a ação anulatória de sentença arbitral (e para a impugnação à execução de sentença com base nos mesmos fundamentos), em regra não há mais como se impugnar judicialmente a sentença por vícios na atividade do árbitro. A partir de então, perde-se o direito à desconstituição da sentença arbitral atingida por vícios de invalidade que, assim, adquire estabilidade similar à da sentença judicial após findo o prazo decadencial da ação rescisória.

⁵⁷⁴Por isso que, com a devida vênia, não prospera o argumento de WALD e RODRIGO DA FONSECA de que “O requisito para permitir a impetração, no caso, é a existência de direito líquido e certo violado por ato ilegal ou abusivo dos árbitros que não possa ser corrigido por recurso com efeito suspensivo. Na hipótese de arbitragem, equiparam-se aos recursos a ação anulatória e os embargos do devedor, ou a nova impugnação ao cumprimento da sentença, com as medidas cautelares que podem dar-lhes efeito suspensivo. Não cabendo nenhum deles, e diante de decisão arbitral definitiva, entendemos que pode ser impetrado o mandado de segurança” (WALD, Arnold. FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O mandado de segurança e a arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 13 | p. 11 | Abr / 2007 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 871 | Set / 2014 DTR\2007\874).

A exceção são os já mencionados vícios no processo arbitral que levam à inexistência jurídica ou ineficácia da sentença arbitral. Tais vícios são de tal forma graves que impedem que o ato adquira a qualidade jurídica de sentença arbitral ou irradie eficácia (ao menos em relação a determinadas partes)⁵⁷⁵.

Nesses casos - e somente nesses - o transcurso do prazo decadencial para desconstituição da sentença arbitral não trará quaisquer consequências sobre o controle externo primário da atividade do árbitro, podendo o vício ser reconhecido a qualquer momento, inclusive de ofício pelo juiz estatal⁵⁷⁶.

No que toca à atividade do árbitro, levarão à ineficácia da sentença os processos arbitrais desenvolvidos sem que a parte demandada tenha sido regularmente citada a deles participar e desde que seu resultado prejudique tal parte (capítulo V.2.d.3). Serão inexistentes aquelas sentenças que solucionem conflitos envolvendo direitos inarbitráveis, seja pelo ângulo objetivo, seja pelo ângulo subjetivo, ou aquelas decididas por pessoa incapaz (capítulo V.2.d.2).

Uma das formas de se obter tal reconhecimento, inclusive com a qualidade de coisa julgada material, é a demanda judicial para declaração de inexistência jurídica ou ineficácia da sentença arbitral⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵DINAMARCO: “A sentença é juridicamente inexistente quando incapaz, *por si própria, de produzir os efeitos programados*. Ela existe como fato, não é um *nada histórico* – mas, porque não produz efeitos, perante o direito reputa-se inexistente. E, porque não os produz, não é suscetível de ficar imunizada pela coisa julgada material”. “Ineficaz é a sentença que, existindo juridicamente, não contendo qualquer vício e sendo proferida mediante procedimento válido (sentença válida, não-nula), por algum outro motivo é incapaz de produzir os efeitos programados, ou alguns deles. A resistência à eficácia da sentença é ordinariamente consequência da impossibilidade de se impor seus efeitos a um sujeito que não figure como parte sequer na demanda inicial” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 680/683).

⁵⁷⁶ARMELIN, Donaldo. *A ação declaratória em matéria arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 108 | Abr / 2006 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 893 | Set / 2014 DTR\2006\233; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 383; Também é essa a posição de YARSHELL acerca da inexistência da sentença judicial e “das invalidades que, por sua gravidade, a ela se equiparam” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 241/243).

⁵⁷⁷ARMELIN, Donaldo. *A ação declaratória em matéria arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 7. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 108 | Abr / 2006 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 893 | Set / 2014 DTR\2006\233; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 382/384; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 319.

Tal como visto ao tratarmos da ação anulatória de sentença arbitral (capítulo IV.2.a.1), também possuirão legitimidade ativa para a ação declaratória aqueles que figuraram como partes no processo arbitral⁵⁷⁸, já que a declaração de inexistência ou ineficácia da sentença poderá afetar diretamente suas relações jurídicas. Tal legitimidade é, da mesma forma, restrita aos capítulos da sentença que puderem atingir as relações jurídicas da parte.

Também não há como se excluir peremptoriamente a legitimidade do terceiro juridicamente prejudicado ou do próprio Ministério Público para a ação anulatória de sentença arbitral⁵⁷⁹ até porque, para a presente hipótese, não há como se argumentar o contrário com base no artigo 33 da Lei de Arbitragem, voltado às ações anulatórias de sentença arbitral.

De qualquer forma, e também na linha lá estabelecida, é inconteste que a atividade desenvolvida pelo árbitro em determinada demanda pode acabar afetando a esfera jurídica de terceiros. É o que ocorrerá, retomando o mesmo exemplo, diante de demanda em que determinada parte deveria figurar como litisconsorte (litisconsórcio necessário) e o objeto do processo é incindível entre ela e seus pares (litisconsórcio unitário), mas tal parte não é convidada a participar do processo e, ainda assim, o mérito do litígio é resolvido. Isso viola o direito da parte preterida ao contraditório, podendo prejudicá-la e, nesse caso, levando à ineficácia da sentença.

Da mesma forma, na hipótese em que a sentença trata de direitos indisponíveis ou de partes incapazes, em violação ao disposto no artigo 1º na Lei de Arbitragem, poderá o *Parquet* postular sua inexistência jurídica, já que dentro de suas funções institucionais.

Tal qual desenvolvido acerca da ação anulatória de sentença arbitral, a legitimidade passiva também recai sob as demais partes envolvidas na demanda arbitral, ainda que tenham sido apenas parcialmente vitoriosas, ou inclusive totalmente derrotadas.

⁵⁷⁸Considerando-se também aqui tanto as partes originárias quanto aquelas que vieram a integrar o processo por meio de intervenções de terceiros.

⁵⁷⁹Tal legitimidade também se faz presente no âmbito da ação rescisória, nos artigos do artigo 487, incisos II e III do Código de Processo Civil.

Isso se dá porque o resultado da ação declaratória, por consequência lógica, poderá afetar diretamente suas esferas jurídicas.

Os integrantes do painel arbitral prolator da sentença também não possuem legitimidade passiva, já que o resultado dessa demanda não poderá trazer consequências às suas esferas de direitos.

O interesse processual também se resolve de forma similar. Possuirá interesse para a demanda declaratória a parte que possa vir a ser beneficiada com a declaração de inexistência ou ineficácia da sentença arbitral, o que exclui a parte integralmente vitoriosa no que toca ao mérito da arbitragem. Por outro lado, não há como se negar interesse processual à parte que tenha sido parcialmente vencedora na arbitragem, já que a declaração pretendida lhe auxiliará em eventual busca pela vitória completa no litígio.

Também no que toca ao terceiro, é seu próprio interesse jurídico na declaração de inexistência ou ineficácia de sentença arbitral cujo resultado tenha atingido sua esfera de direitos que ditará seu interesse processual. E, quanto ao Ministério Público, é a sua legitimidade para a defesa de determinados direitos (indisponíveis) que o torna parte interessada para a impugnação de determinadas sentenças arbitrais.

Também em decorrência do quanto anteriormente exposto, o interesse processual para o provimento objeto da demanda declaratória exige que a sentença tenha resolvido o mérito da demanda (ou parte dele), ou, do contrário, não haverá utilidade alguma na declaração de sua inexistência ou ineficácia.

No mais, ainda que se trate de vício de inexistência ou ineficácia da sentença arbitral, para que o provimento postulado seja concedido, necessário que a parte o requeira expressamente (formulado seu pedido) e apresente os fundamentos fáticos e jurídicos de sua pretensão, ficando o juiz vinculado a tal causa de pedir, ainda que conclua pela inexistência da sentença por outro fundamento, ou, do contrário haveria desrespeito à necessária correlação entre o pedido e o concedido⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰Reporta-se aqui ao quanto dito acerca da ação anulatória de sentença arbitral (capítulo IV.2.a.1).

Como nossa legislação não prevê qualquer limitação procedimental, o procedimento da ação declaratória de inexistência e ineficácia de sentença arbitral será o que se encaixar às especificidades da demanda. Também plenamente admissível antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, reiterando-se, nesse ponto, as mesmas ressalvas anteriormente feitas.

Não há que se falar em submissão prévia do vício ao controle interno sob pena de aquiescência, justamente porque o vício tratado leva à inexistência ou ineficácia da sentença arbitral. Não se trata de direito potestativo à desconstituição da sentença, mas sim de ato que não adquire a qualidade jurídica de sentença arbitral ou não produz efeitos e ineficácia perante determinada parte. Isso não possui qualquer relação com a esfera dispositiva das partes e, justamente por isso, pode ser reconhecido independentemente de sua conduta.

As consequências do controle exercido por força da ação declaratória serão aqueles próprios de qualquer provimento declaratório; isto é, a resolução de uma crise de certeza jurídica.

Assim, declarada a inexistência ou ineficácia da sentença arbitral e preclusa a decisão, isso deverá passar a ser tomado premissa em qualquer relação jurídica. Caso o pleito tenha sido julgado improcedente, a inexistência ou ineficácia da sentença sob o fundamento em que afirmada não poderá ser reconhecida em qualquer outra relação, processual ou material. Nada impede a parte de, no entanto, postular novamente provimento declaratório com a mesma finalidade, desde que com base em outra causa de pedir.

Finalmente, nada impede que o pedido declaratório venha cumulado com pedido de resolução do mérito do conflito submetido à arbitragem, desde que a declaração de inexistência esteja relacionada à inadmissibilidade de se submeter o conflito à arbitragem (inarbitrabilidade subjetiva ou objetiva). Uma vez reconhecido isso, não haverá outra opção às partes que não resolverem o litígio mediante o juízo estatal.

IV.2.c.2. Reconhecimento de inexistência jurídica ou ineficácia da sentença arbitral em execução ou em demanda judicial ou arbitral em que a sentença seja invocada

Além de poder ser objeto de provimento declaratório judicial a ser postulado a qualquer momento, a inexistência jurídica e a eficácia da sentença arbitral podem ser reconhecidas em qualquer demanda judicial ou arbitral em que tal sentença seja invocada⁵⁸¹.

Na execução judicial de sentença arbitral (artigo 475-N, inciso IV, do CPC), o vício em questão impedirá a execução na medida em que a sentença, por ser juridicamente inexistente ou ineficaz, não produz o efeito condenatório em relação à parte demandada para que possa ensejar a expropriação de seus bens.

Foi visto que a alegação de inexistência e ineficácia da sentença arbitral pode vir como fundamento da impugnação à execução da sentença (capítulo IV.2.a.2). Isso não retira a utilidade prática do quanto aqui exposto na medida em que, como também visto, tal impugnação possui prazo preclusivo para ser manejada (15 dias, contados a partir da penhora de bens do executado).

Assim, e mesmo que esgotado tal prazo, a alegação de inexistência/ineficácia da sentença arbitral poderá vir ao processo ainda que mediante simples petição, ou então por meio da assim denominada exceção de pré-executividade (capítulo III.4). A diferença é que, enquanto a questão pode ser objeto de preceito declaratório na impugnação à execução de sentença, de sorte que sua solução adquirirá estabilidade de coisa julgada material, aqui, virá apenas como fundamento para resistência à execução.

⁵⁸¹Embora defenda que os vícios na sentença arbitral que podem ser objeto de controle externo devem ser sempre alegados pela parte prejudicada, DINAMARCO alerta que “ressalvam-se certas situações, e muito particularmente os casos de eventual *inexistência jurídica* do laudo arbitral. Descontadas as dificuldades decorrentes da fluidez e da imprecisão do próprio conceito de *inexistência jurídica*, quando o laudo for juridicamente inexistente cumprirá ao juiz do cumprimento de sentença negar-lhe executividade e extinguir o processo, haja ou não sido deduzida uma impugnação pelo executado”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 240/241).

Justamente diante disso, não há que se falar propriamente em legitimidade ou interesse processual para postular o controle judicial em questão, cabendo à parte executada argui-lo caso não seja reconhecido de ofício pelo Julgador. Também por tal razão e ao contrário do que ocorre quando se postula a desconstituição ou declaração de inexistência/ineficácia da sentença arbitral via impugnação à execução de sentença, não há porque integrar ao processo as demais partes que tenham participado da demanda arbitral.

No que toca às consequências desse controle, o reconhecimento da inexistência jurídica ou ineficácia da sentença arbitral leva à extinção do processo de execução sem ulteriores medidas para satisfação do débito. Caso a alegação do suposto vício seja rejeitada, a execução deverá seguir normalmente. Em quaisquer hipóteses, como já adiantado, não há que se falar em coisa julgada material, pois o reconhecimento do vício não é objeto de pedido da parte, de sorte que a solução da questão não integra comando de sentença, mas é, quando muito, fundamento para o seu resultado. Isso fica ainda mais evidente quando o vício é rejeitado, na medida em que, nesse caso, nem sentença há.

Ainda, o reconhecimento da inexistência ou ineficácia da sentença arbitral pode ocorrer, de forma semelhante, em qualquer demanda em que o efeito declaratório dessa sentença venha a ser invocado, a fim de que a produção desse efeito não seja reconhecido e a demanda seja decidida sem observância ao que ficou previamente resolvido. Isso, novamente, poderá ser reconhecido de ofício pelo julgador, ou ainda por decorrência de alegação das partes.

Assim, se determinada parte alegar que o objeto da demanda judicial ou arbitral já havia sido anteriormente resolvido, ou então que o quanto decidido em demanda anterior influencia diretamente nessa segunda demanda em curso, caberá ao julgador avaliar se a sentença realmente produz o efeito declaratório alegado, para que então possa submeter o resultado da demanda ao quanto ali decidido.

Nos mesmos termos já desenvolvidos, não há que se falar propriamente em legitimidade ou interesse processual para postular o controle judicial em questão, cabendo à parte interessada argui-lo caso não seja reconhecido de ofício pelo Julgador. Também

não há porque integrar ao processo as demais partes que tenham participado da demanda arbitral.

Em relação aos efeitos do controle então exercido, a decisão que reconhecer a inexistência jurídica ou ineficácia da sentença arbitral importará na desconconsideração de tal sentença para a segunda demanda e a decisão que não reconhecer o vício importará na solução da segunda demanda levando-se em consideração essa sentença anterior. Pelas mesmas razões acima, não há que se falar em coisa julgada material.

IV.3. O mecanismo de controle externo secundário da atividade do árbitro: ação homologatória de sentença arbitral estrangeira

No capítulo relacionado aos órgãos responsáveis pelo controle da atividade do árbitro foi visto que, além do controle externo primário, a cargo do Judiciário da sede da arbitragem, a atividade do árbitro também é usualmente controlada pelos órgãos judiciários dos países em cujas ordens jurídicas pretende-se a internalização da sentença arbitral.

Entre nós, a homologação como requisito para que a sentença seja importada está prevista na Constituição Federal ao atribuir competência originária ao Superior Tribunal de Justiça⁵⁸²; na Convenção de Nova Iorque⁵⁸³ e na Lei de Arbitragem⁵⁸⁴, estando, ainda, regulamentada pela Resolução 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça.

Isso se dá por meio da assim denominada ação homologatória de sentença arbitral, demanda judicial⁵⁸⁵ de provimento constitutivo⁵⁸⁶ cuja competência é originária do Superior Tribunal de Justiça⁵⁸⁷ e que tem por objeto essa chancela judicial a fim de

⁵⁸²Artigo 105, inciso I, letra “i”.

⁵⁸³Artigos III a V.

⁵⁸⁴Artigos 34 a 40.

⁵⁸⁵LIEBMAN, Enrico Tullio. *L' Azione Per La Delibazione Delle Sentenze Straniere*. In Problemi del Processo Civile. Napoli: Morano. 1962. p. 124/125; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 414/415.

⁵⁸⁶BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 84.

⁵⁸⁷Reitera-se o quanto no capítulo III.9 acerca da alteração da competência originária para tais demandas, que passou do Supremo Tribunal Federal ao Superior Tribunal de Justiça.

que a sentença arbitral produza, no Estado de destino, a mesma eficácia e efeitos que produz na origem⁵⁸⁸.

Para tanto, deverá a parte interessada dar início a essa demanda, observando os requisitos previstos no artigo 37 da Lei de Arbitragem, com correspondência nos artigos 4(1) e 4(2) da Convenção de Nova Iorque, observando, ainda os requisitos formais previstos na Resolução 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça.

No seu âmbito, há o controle da atividade do árbitro na medida em que possíveis vícios no desenvolvimento da arbitragem podem obstar a homologação da sentença arbitral estrangeira, tal como será visto no capítulo V.3.b.

A legitimidade para postular a homologação da sentença arbitral estrangeira caberá inegavelmente àqueles que estejam vinculados ao resultado da demanda⁵⁸⁹ e que assim, usufruirão de sua internacionalização, sempre com vistas aos limites subjetivos da coisa julgada dentro da ordem jurídica em que proferida a sentença arbitral.

Entre nós, isso engloba inegavelmente tanto as partes originárias quanto aquelas eventualmente integradas à arbitragem, por meio de intervenção de terceiros – desde que vinculadas ao resultado da sentença por homologar. Mas, mesmo quem não tenha participado da arbitragem pode possuir interesse jurídico em se valer de sentença arbitral alienígena.

⁵⁸⁸“A sentença proferida por tribunal estrangeiro tem a eficácia que lhe atribua o ordenamento de origem. De acordo com a concepção predominante e, ao nosso ver, preferível, não é reconhecimento que a torna, em si, eficaz; nem lhe acrescenta qualquer dose nova de eficácia. A função do reconhecimento é a de permitir que essa eficácia, determinada pelo direito do Estado em que a sentença foi proferida, se produza *no território do Estado que a reconhece*: com o reconhecimento, a eficácia é ‘importada’ (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 74). No mesmo sentido: PONTE DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VI. Rio de Janeiro: Forense. 1973. p. 259. Há corrente doutrinária segundo a qual o provimento homologatório atribui eficácia à sentença estrangeira perante a ordem jurídica de destino (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. v. II. 9ª ed. São Paulo: Millennium. 2003. p. 536). Sem prejuízo da discussão, de relevante para esse trabalho é o entendimento – pacífico em âmbito doutrinário – de que, de uma forma ou de outra, a sentença estrangeira irradia perante a ordem jurídica de destino a mesma eficácia e efeitos produzidos na ordem de origem.

⁵⁸⁹Segundo ANDRÉ ABBUD, “Legítimas serão as partes ligadas, ainda que no plano teórico, por relação de pertinência subjetiva com a *res in iudicium deducta*, isto é, os que em tese se afigurem titulares – ativo e passivo – da relação controvertida deduzida no processo” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 111).

É o que ocorrerá, a título de exemplo, na hipótese de um sujeito que, embora fosse parte legítima para demanda arbitral cujo objeto é unitário entre os possíveis litisconsortes, não venha a dela participar. Como a coisa julgada, nessa hipótese, se estende a tal sujeito, ele possuirá legitimidade para postular a homologação da sentença arbitral. O mesmo pode ser dito daquele cuja presença se fazia necessária em um dos polos de demanda de objeto unitário, mas, embora isso não tenha sido observado, a sentença lhe foi favorável, podendo tal parte se beneficiar da sentença⁵⁹⁰.

Isso se dá porque, reiterando-se o quanto já dito, há uma intrínseca relação entre os conceitos de legitimidade e interesse; estando ambos ligados ao conceito de utilidade do provimento postulado. Na hipótese ora tratada, a relação chega a ser umbilical: detém legitimidade para postular a homologação aquele que possa, de alguma forma, usufruir do provimento.

A legitimidade passiva caberá, por seu turno, àqueles em relação aos quais a parte pretenda que irradie a eficácia e os efeitos da sentença arbitral estrangeira. Ainda que o objeto da sentença por homologar seja unitário, não há que se falar em unitariedade do pleito objeto da ação homologatória: é, em linhas práticas, possível que a sentença estrangeira irradie eficácia e efeitos contra uns e não contra outros na ordem jurídica de destino⁵⁹¹. Como também não há nada na Lei impondo litisconsórcio necessário entre todos os participantes da demanda estrangeira, não é imperioso que todos sejam integrados à ação homologatória de sentença estrangeira. Se o sujeito pretende, por exemplo, promover a execução da sentença arbitral somente contra uma ou algumas das partes condenadas, somente elas deverão figurar no polo passivo da demanda.

O interesse processual – como dito, umbilicalmente ligado à legitimidade – advém de efetiva utilidade na homologação de sentença arbitral perante determinada ordem jurídica. Isso está em consonância com o quanto já dito acerca da competência internacional para a homologação de sentença arbitral estrangeira (capítulo III.9), ficando aqui incorporadas as mesmas ponderações ali desenvolvidas. Reitera-se que mesmo a

⁵⁹⁰Reiterando-se aqui que, como será visto no capítulo seguinte, a ineficácia da sentença está condicionada a um prejuízo à parte preterida.

⁵⁹¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 87; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 113.

parte vencida na arbitragem poderá deter interesse processual na homologação de sentença arbitral estrangeira, o que ocorrerá, a título de exemplo, a fim de evitar derrota mais severa em outra demanda em curso perante o Judiciário do país em que pretende a homologação⁵⁹².

É importante destacar que o quanto disposto nos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem, assim como no artigo V da Convenção de Nova Iorque, estão relacionados ao mérito da ação homologatória de sentença arbitral – e não ao interesse processual, como dito, relacionado à utilidade do provimento para a parte. Assim, o eventual reconhecimento judicial das questões impeditivas da homologação ali dispostas deverá acarretar na improcedência do pleito homologatório.

Justamente por isso, tais questões, quando relacionadas ao controle da atividade do árbitro, estão tratadas no capítulo V.3.b, destinado ao objeto do controle ora estudado. Sem prejuízo, é importante aqui destacar que, por expressa disposição da Lei de Arbitragem, assim como da Convenção de Nova Iorque⁵⁹³, há expressiva doutrina defendendo que a maior parte das razões de denegação de homologação de sentença arbitral exigem alegação expressa da parte demandada, não podendo ser reconhecidas de ofício pelo juiz⁵⁹⁴. São elas as hipóteses previstas no artigo 38 da Lei de Arbitragem, com correspondência no artigo V(1) da Convenção de Nova Iorque.

Assim, somente poderiam ser reconhecidas pelo Juiz independentemente de alegação as hipóteses de denegação de homologação consistentes em (i) inarbitrabilidade do litígio segundo a lei brasileira (capítulo V.3.b.2) e (ii) inobservância a questões de ordem pública (capítulo V.3.b.4).

⁵⁹²ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. P. 109/111.

⁵⁹³Como exposto no capítulo V.3.a, há uma perfeita correspondência entre as hipóteses de denegação de homologação previstas na Lei de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque.

⁵⁹⁴Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 464; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 129; FICHTNER, José Antonio, MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar. 2010 p. 297

Também de se destacar aqui que o eventual reconhecimento de uma dessas questões impeditivas não obstará necessariamente nova demanda homologatória. A homologação poderá ser reiterada caso o impedimento constatado venha a ser superado.

É assim porque, embora não se negue que o comando da sentença oriunda da ação homologatória adquira a qualidade de coisa julgada ao resolver o mérito da demanda, tal coisa julgada é restrita ao contexto histórico dentro do qual a demanda foi submetida ao Judiciário⁵⁹⁵. Dentro de novo contexto, é admitida nova avaliação judicial da pretensão da parte de homologação da sentença arbitral estrangeira.

Assim, caso o pleito homologatório venha, a título de exemplo, a ser julgado improcedente com base nos artigos V(1)(e) da Convenção de Nova Iorque e 38, inciso VI, da Lei de Arbitragem por ainda não ser a sentença obrigatória entre as partes, e a sentença arbitral posteriormente se tornar obrigatória, isso admitirá novo exame do pleito homologatório, agora à luz dessa nova realidade fática.

Quanto às consequências do controle da atividade do árbitro promovido por força da ação homologatória de sentença arbitral, caso o pleito homologatório seja julgado improcedente, a sentença estrangeira não irradiará eficácia e efeitos perante a ordem jurídica de destino, adquirindo tal comando a qualidade de coisa julgada material, o que impedirá, como adiantado, a rediscussão da questão dentro do mesmo contexto fático.

Caso o pleito seja julgado procedente, a sentença então terá sua eficácia e efeitos irradiados perante a ordem jurídica de destino e, da mesma forma, uma vez preclusa a decisão, tal comando adquirirá a qualidade de coisa julgada, impedindo a rediscussão da questão.

Em quaisquer das hipóteses, ainda que haja a apreciação de questão relacionada à atividade do árbitro em si, como isso não é objeto do pleito homologatório, mas será, quando muito, questão de mérito, o quanto decidido não adquirirá qualquer estabilidade.

⁵⁹⁵É o que DINAMARCO, ancorado em LIEBMAN, denomina de eficácia *rebus sic standibus* da coisa julgada, fator que permite, inclusive, as partes de, posteriormente à preclusão da sentença, transacionarem quanto ao litígio alí resolvido (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 302).

V. OS VÍCIOS PASSÍVEIS DE CONTROLE

O último ponto do trabalho diz com os vícios na atividade do árbitro que admitem controle interno ou externo; abordando-se no segundo caso tanto o controle externo primário quanto o controle externo secundário.

Como adiantado no capítulo introdutório, uma vez que o objeto desse estudo é sistematizar o controle da atividade do árbitro – e não uma detalhada investigação de seus vícios - não se pretende aqui uma profunda abordagem de toda possível vicissitude no desenvolvimento da arbitragem, mas sim investigar quais delas poderão ser controladas interna ou externamente. Isso é propositado pois, também aqui, há substanciais diferenças entre o controle interno e externo, a depender do órgão responsável pelo controle e da natureza do vício.

Diante disso, a investigação será fracionada nos mesmos moldes dos capítulos anteriores, apresentando-se o objeto de cada controle específico, sempre em consonância com os demais temas aqui desenvolvidos.

V.1. Vícios na atividade do árbitro passíveis de controle interno

V.1.a. O controle exercido pelos painéis arbitrais

Sendo o painel arbitral o órgão contratado pelas partes para resolver suas divergências inclusive processuais, natural que o controle exercido por tal órgão seja o mais amplo e completo possível, englobando todo e qualquer desvio no desenvolvimento da arbitragem. Isso se dá também porque, como já dito, é lógico e correto que se espere do árbitro a prestação adequada de sua função jurisdicional, o que envolve o controle de eventuais desvios no desenvolvimento de sua atividade.

Ao contrário do que ocorre com o controle externo, no âmbito interno não há quaisquer limitações temporais ou substanciais ao controle da atividade do árbitro. Sem sombra de dúvidas, deve o árbitro ter toda a atenção com desvios que possam, futuramente, levar à desconstituição da sentença arbitral, tornando inútil todo o processo

desenvolvido. Faz parte das funções do árbitro entregar uma sentença arbitral útil e que não traga o risco de posterior invalidação pelo Judiciário.

Mas, também é correto que se espere do árbitro a observância a qualquer outro preceito aplicável ao processo arbitral⁵⁹⁶, ainda que sua eventual inobservância – por mais evidente que seja - não leve à desconstituição ou declaração de inexistência/ineficácia da sentença arbitral. Mesmo que eventual vício não autorize repressão judicial, não deixa de significar um desvio em relação à conduta que o painel arbitral deveria adotar, além de eventualmente inobservar preceitos definidos pelas próprias partes, arranhando uma das mais primordiais características da arbitragem (sua consensualidade), o que pode gerar insegurança e insatisfação às partes, aumentando o grau de litígio entre elas existente e, assim, prejudicando o bom desenvolvimento da arbitragem.

Um bom exemplo do que se expõe pode ser extraído de parecer proferido pelo professor DINAMARCO com relação a uma ação anulatória de sentença arbitral em que se alegou que “a rescisão contratual não havia sido pedida inicialmente pela então autora e que a explicitação (ou reiteração) desse pedido apenas em réplica não teria o efeito de alargar o objeto do processo arbitral”, o que, segundo teria a parte Autora alegado, desrespeita a regra de estabilização do objeto da demanda estipulada entre as partes quando da celebração do termo de arbitragem⁵⁹⁷.

O professor conclui pela improcedência da pretensão desconstitutiva da sentença arbitral, fundamentando seu convencimento na inocorrência de qualquer desrespeito às regras processuais da arbitragem, assim como, em grau subsidiário, na atmosfera mais flexível que impera no processo arbitral e na inocorrência de violação ao contraditório.

⁵⁹⁶Embora voltadas ao controle externo da arbitragem, são substancialmente nesse sentido aos ponderações de WLADECK: “Além, evidentemente, de decidir o mérito da causa e as questões a ele referentes, devem os árbitros zelar pela regularidade da arbitragem até o seu encerramento, competindo-lhes tomar todas as providências necessárias para garantir a plena observância do devido processo legal e seus corolários” (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 106). Também com base em raciocínio análogo, DINAMARCO assevera que “o primeiro juiz das eventuais nulidades de atos realizados no curso do processo arbitral será sempre o árbitro” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 118).

⁵⁹⁷Trecho extraído do parecer publicado pelo professor (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Possibilidade de emendas e alterações a pedidos e o princípio da estabilização no procedimento arbitral*. Obtido em Revista do Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 35/2012 | p. 227 | Out / 2012. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 67 | Set / 2014 DTR\2012\451122).

Analizando o relato trazido no parecer⁵⁹⁸, enxerga-se uma razão para a improcedência do pleito de invalidação da sentença que inclusive supera o raciocínio desenvolvido por DINAMARCO: o eventual desrespeito à regra de estabilização da demanda, ainda que efetivamente constatado, não justificaria a desconstituição da sentença arbitral, na medida em que nenhum dos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem trata do desrespeito ao limite temporal para exposição de pedidos (capítulo IV.2.d). Assim, ainda que as partes realmente tenham estabelecido um marco preclusivo para tal ato processual e que tal marco tenha sido desrespeitado, isso, por si, seria irrelevante para fins de controle externo⁵⁹⁹.

Mas, isso não deve ser razão para que o árbitro ignore tal regra procedimental alegadamente estabelecida pelas partes, assim como quaisquer outras aplicáveis ao processo arbitral. Não é porque o preceito não enseja o restrito e excepcional controle externo que o árbitro pode ignorá-lo livremente. O mesmo se dá com relação à jurisdição estatal: não são apenas as regras que justificam a desconstituição da sentença arbitral que devem ser observadas pelo juiz (ainda que da mais alta Corte estatal). É racional que ele tenha atenção a todos os demais preceitos processuais, ainda que sua decisão não venha a ser objeto de ampla revisão.

Outros exemplos disso seriam a eventual condução da arbitragem em linguagem diversa daquela estabelecida pelas partes⁶⁰⁰; a realização de atos processuais em locais ou por meios diversos dos definidos na convenção de arbitragem; a eventual alteração, pelo painel arbitral, de prazos estabelecidos pelas partes; a eventual admissão de ato processual em desrespeito a tais prazos, ou quaisquer outros desvios que não admitam, por si, controle externo⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Aqui aderido tão somente para aproveitamento do exemplo, sem qualquer juízo quanto à sentença ou à demanda judicial objeto do parecer.

⁵⁹⁹ É claro que, se tal desvio acarretar em desrespeito ao contraditório ou à igualdade entre as partes, tal como também é, pelo que se compreendeu do parecer, discutido na demanda, a situação se altera.

⁶⁰⁰ É possível, a título de exemplo, que as partes, todas brasileiras e assessoradas por advogados brasileiros, tenham constituído um painel também com tal nacionalidade para arbitragem desenvolvida no Brasil, mas optem por arbitragem em língua inglesa a fim de facilitar que a matriz de uma delas acompanhe o desenvolvimento do processo. Ainda que os árbitros mesmo assim resolvam conduzir o processo em português, se isso não trouxer quaisquer prejuízos ao contraditório ou à igualdade entre as partes – tal como se presume no exemplo – não ensejará a desconstituição judicial da sentença.

⁶⁰¹ Em sentido contrário, CARMONA defende que deveria ser objeto de controle externo a sentença fruto de arbitragem no âmbito da qual os árbitros se desviem do procedimento eleito pelas partes (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 406). Com a devida vênia, isso não está previsto em nenhum dos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem e,

É verdade que, como inclusive já dito, a arbitragem se desenvolve em uma atmosfera mais flexível, tendo o seu procedimento sido estabelecido para resolver um litígio específico. Diante disso, adaptações procedimentais que visem a garantir uma solução mais adequada do conflito são admissíveis, desde que não violem prerrogativas processuais das partes⁶⁰². Mas, não é isso que está sendo aqui tratado. Se uma regra é corretamente mitigada, em prol do próprio procedimento e sem prejuízo às partes, não há sequer como se falar em qualquer vício. O que não devem ocorrer no exercício na arbitragem são desvios arbitrários ou injustificados, ainda que não maculem a sentença.

Portanto, mesmo que nem todo vício na atividade do árbitro admita o excepcional controle externo, tal atividade deve ser desenvolvida com rigor e observância a todo o regramento aplicável, justamente para que se atenda à expectativa das partes e à legislação em vigor.

Diante de arbitrariedades, restará à parte insatisfeita não submeter seus futuros litígios ao árbitro, podendo até mesmo vetar determinado nome futuras em convenções arbitrais, se entender adequado. Também é correto que os centros de arbitragem avaliem tais circunstâncias ao indicarem árbitros ou até mesmo formarem e reverem suas listas de indicação. Pode-se até cogitar da responsabilização do árbitro por prejuízos financeiros decorrentes do desvio⁶⁰³. Mas, no que toca ao processo em questão, não há nada que possa ser feito, justamente porque, nesses casos, o sistema prefere manter o Judiciário afastado, tal como convencionado pelas próprias partes.

como será visto no capítulo V.2.d.1, é razoável que não esteja. A consensualidade da arbitragem está garantida pelo controle da existência e regularidade da convenção arbitral, assim como respeito ao mecanismo de eleição de árbitros. Se isso é observado no curso da arbitragem; ou seja, se a arbitragem se desenvolve com base em consenso entre as partes e seu juiz é eleito de acordo com o que definiram, eventuais outros desvios não devem justificar repressão externa, seja porque não atingem a consensualidade do mecanismo em seu núcleo essencial, seja porque fruto de condutas adotadas por aqueles que as partes escolheram como julgador, o que justifica que se exija seu conformismo quanto a tais desvios.

⁶⁰²“Seja qual for a escolha das partes quanto ao procedimento, é certo que haverá sempre espaço para o árbitro adaptar ao caso efetivo as regras escolhidas, até porque não se imagina um procedimento pré-concebido que seja tão completo que possa prever todas as situações e vicissitudes de uma arbitragem em completo (...). A **flexibilidade** do procedimento, todavia, não significa anarquia, ‘com partes e árbitros organizando o procedimento de acordo com regras exotéricas, alheias à realidade’, mas sim uma suavização necessária das técnicas típicas do processo estatal, técnicas essas criadas para garantir, **em outro ambiente**, os direitos dos litigantes” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 292).

⁶⁰³Na hipótese mencionada na nota de rodapé 600, pode-se imaginar o alto prejuízo financeiro que a parte terá se precisar contratar serviços de tradução das peças processuais para sua matriz, não contabilizados em seus custos de transação.

V.1.b. O controle exercido no âmbito dos recursos arbitrais

Da mesma forma como ocorre em relação ao controle da atividade do árbitro exercido pelo próprio árbitro, o objeto do controle exercido em âmbito recursal poderá ser o mais amplo possível, tendo, no entanto, a amplitude que as partes definirem. Elas poderão, como adiantado, estabelecer mecanismos de ampla revisão das decisões do primeiro painel arbitral, cabendo ao painel revisional uma investigação de vícios na atividade do árbitro equivalente àquela que deve ser exercida pelo primeiro painel arbitral, ou então limitar matéria dirigida ao painel revisional, impondo também, se assim desejarem, outras condições à admissão de recursos, tais como eventual divergência no painel arbitral.

O objeto do controle estabelecido em âmbito externo caberá, nesses termos, ao desenho procedimental por elas estabelecido.

V.1.c. O controle exercido por órgãos não jurisdicionais

O controle exercido por centros de arbitragem ou pelas assim denominadas *appointing authorities*, embora possa parecer estranho à primeira vista, é corriqueiro na experiência arbitral, sendo diversos os exemplos de controle prévio da jurisdição e aptidão do árbitro, no primeiro caso com a finalidade de impedir o início de uma arbitragem e no segundo caso a fim de que haja a substituição do indivíduo indicado como árbitro.

Para citar alguns exemplos, o artigo 6º, inciso 4º, do regulamento da CCI⁶⁰⁴ atualmente em vigor confere à Corte de Arbitragem o poder de avaliar *prima facie* a “possível existência de uma convenção de arbitragem” em relação às partes demandantes e demandadas. Nessa oportunidade, entendendo pela possível existência de convenção, a Corte deixará a questão para ser decidida pelos árbitros, mas, entendendo em sentido contrário, impedirá o prosseguimento da arbitragem.

⁶⁰⁴Disponível em <http://www.iccwbo.org>

Já nos termos no artigo 14, inciso 3º, cabe à Corte de Arbitragem decidir acerca de eventual impugnação a um ou alguns dos árbitros e, nos termos do artigo 15, inciso 2º, a Corte poderá inclusive substituir de ofício árbitros impedidos ao exercício de suas funções. Tais decisões, nos termos do regulamento, devem ser tomadas após a oitiva das partes e dos árbitros.

De acordo com os artigos 4.4.1, 4.9.2, e 4.13.1 do regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”)⁶⁰⁵, um dos mais tradicionais entre nós, eventuais árbitros nomeados pelas partes que não façam parte do corpo de árbitros do CAM-CCBC deverão passar pela aprovação do presidente da Câmara, quem, então, pode reprovar a indicação. O artigo 4.5 prevê, por seu turno, que caberá ao presidente da CAM-CCBC avaliar eventuais alegações das partes relacionadas à existência, validade, e eficácia da convenção arbitral enquanto não instituído o tribunal arbitral, cabendo ao painel arbitral, no entanto, a palavra final. Ainda, nos termos do artigo 5.4, a decisão sobre eventual impugnação ao árbitro caberá a um Comitê Especial composto de 3 membros do Corpo de Árbitros da CCBC.

O regulamento da Câmara de Conciliação, Mediação, e Arbitragem CIESP/FIESP⁶⁰⁶, outro tradicional centro em âmbito nacional, possui dispositivos semelhantes. Nos termos de seu artigo 4.1, caberá ao presidente da Câmara examinar em juízo *prima facie* questões relacionadas à existência, validade, e eficácia da convenção arbitral, cabendo também ao tribunal arbitral a palavra final. Já o artigo 7.3 prevê que eventual impugnação da parte ao árbitro deverá ser decidida por um comitê formado por 3 integrantes do quadro de árbitros da Câmara.

O regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da AMCHAM⁶⁰⁷ prevê em seu artigo 7.4 que eventual impugnação ao árbitro deverá ser decidida pelo Conselho Consultivo do centro. Já nos termos do artigo 5.8 do regulamento da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (“CAMARB”), a decisão relacionada à impugnação do árbitro caberá ao presidente da instituição.

⁶⁰⁵ <http://ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&subcategoria=Regulamento%202012>.

⁶⁰⁶ <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php/pt-BR/regulamento/4-principal/principal/127-regulamento-de-arbitragem-2013>

⁶⁰⁷ Disponível em <http://www.amcham.com.br/centro-de-arbitragem-e-mediacao/arquivos/regulamento-arbitragem-e-mediacao-2014>

Conforme se extrai desses exemplos, o objeto do controle da atividade do árbitro, quando exercido por instituições não jurisdicionais, se limita à jurisdição e aptidão do árbitro.

Isso é correto pois, como visto no capítulo VI.1.d, embora tais órgãos promovam um controle prévio da atividade arbitral, a palavra final, em âmbito interno, caberá sempre ao próprio árbitro. Assim, ainda que determinado árbitro impugnado seja mantido na função ou que o centro decida por dar andamento a arbitragem embasada em convenção cuja irregularidade seria alegadamente manifesta, o painel arbitral poderá posteriormente rever tal decisão, seja para afastar o árbitro impugnado, seja para encerrar arbitragem supostamente embasada em convenção irregular. Isso se dá justamente porque é o painel arbitral o órgão jurisdicional responsável pela solução dos conflitos existentes entre as partes, a quem cabe, por consequência, controlar a regularidade da arbitragem.

Como, no entanto, não há como se falar em um possível controle análogo (também prévio) de outros desvios relacionados à atividade do árbitro, que só poderiam ocorrer uma vez instituída a arbitragem, é correto que o controle interno exercido por órgãos não jurisdicionais se limite à jurisdição e aptidão do árbitro.

Além disso, no caso específico da impugnação ao árbitro, essa interferência de órgão não jurisdicional pode ainda ser justificada no exercício dispositivo das partes no que toca à eleição do painel arbitral, podendo “estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada” (art. 13, § 3º, da Lei de Arbitragem).

Assim, estando as partes - por expressa disposição legal – autorizadas a adotar regras de órgãos não jurisdicionais também no que toca à eleição do painel arbitral, há que se aceitar a interferência dos centros de arbitragem na questão, quando menos porque a substituição de árbitro também está dentro do campo da eleição do tribunal arbitral, função que as partes podem delegar a um terceiro. É isso o que também autoriza a atribuição de tal função às assim denominadas *appointing authorities*.

É verdade que, nos termos do regulamento da CCI, o afastamento do árbitro pela corte pode ocorrer no curso da arbitragem, o que mitigaria o primeiro argumento aqui desenvolvido. Embora, a nosso ver, o ideal fosse que tal função cessasse uma vez instituída a arbitragem, ao menos para melhor adequação à nossa sistemática de controle, o segundo argumento justifica e dá validade a essa intervenção da CCI uma vez já iniciada a arbitragem: tendo as partes atribuído a tal instituição a função de eleger árbitros, é correto e razoável que também possa destituí-los.

De qualquer forma, o quanto aqui exposto demonstra que, ao menos dentro dos mais tradicionais centros de arbitragem entre nós, o controle exercido por órgãos não jurisdicionais se limita à aptidão e jurisdição do árbitro e, como já dito, isso de forma alguma impede o painel arbitral de avaliar eventuais irregularidades na atividade do árbitro, cabendo sempre ao árbitro a última palavra.

V.2. Vícios passíveis de controle externo primário

V.2.a. A suficiência e a taxatividade do rol previsto no artigo 32 da Lei de Arbitragem

Já foi mencionado que é em seus artigos 32 e 33 que a Lei 9.307/96 expressamente disciplina o controle externo primário da arbitragem, estabelecendo uma limitação temporal ao controle da atividade do árbitro na medida em que, em regra, só o admite por ocasião do ataque à sentença arbitral e por meio dos mecanismos denominados ação anulatória de sentença arbitral e impugnação à execução de sentença arbitral (capítulos IV.2.a.1 e IV.2.a.1). Por consequência disso, é também somente no artigo 32 da Lei de Arbitragem que estão localizadas as hipóteses de desvios no desenvolvimento da arbitragem que admitiriam interferência judicial.

Em âmbito doutrinário, é corrente a assertiva de que o rol previsto em tal dispositivo deve ser interpretado de forma taxativa, de sorte que apenas os vícios ali dispostos admitem controle externo primário⁶⁰⁸.

O entendimento é correto e a primordial razão disso tem sido lembrada desde o início desse trabalho: ao contratarem a arbitragem, as partes optam justamente por afastar o Judiciário da solução de seus conflitos – o que é admitido em nossa ordem jurídica, assim como em diversas outras. Para que tal manifestação de vontade seja respeitada, há de ser inadmissível, por regra, qualquer intervenção judicial, devendo os eventuais conflitos surgidos entre as partes ser solucionados da forma que escolheram.

Isso significa que, para que a vontade das partes seja realmente efetivada com o afastamento do Poder Judiciário, o sistema deve se conformar com eventuais equívocos ocorridos seja no desenvolvimento seja no resultado da arbitragem. Somente assim, estará realmente admitindo exercício de jurisdição privado e alheio ao manto do Poder Judiciário.

Fosse atribuída ao Poder Judiciário a função de interferir em toda e qualquer decisão arbitral, não haveria como se falar em exercício de jurisdição (relativamente) independente, mas sim em total dependência da arbitragem à jurisdição estatal. A arbitragem não passaria, nesses termos, de um mecanismo pré-judicial de solução de conflitos, sempre submetido à chancela do Poder Judiciário. Mas, tanto não foi essa a intenção do Legislador que, por força da Lei 9.307/96, eliminou a homologação judicial das sentenças arbitrais nacionais, revogando os então vigentes artigos 1098 a 1102 do Código de Processo Civil.

Assim, em prol de um mecanismo de heterocomposição de conflitos verdadeiramente afastado do Judiciário, há que se aceitar que eventuais desvios

⁶⁰⁸YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 208/209; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 339; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 131; LEMES, Selma. *A sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 4 | p. 26 | Jan / 2005DTR\2005\779; NUNES PINTO, José Emílio. *Anulação de Sentença Arbitral infra petita, extra petita ou ultra petita*. In Arbitragem no Brasil – Aspectos Jurídicos Relevantes. Jobini, Eduardo, Machado, Rafael Bicca (Coord), São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2008. p. 250; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 191, dentre outros.

cometidos por árbitros não devem, por si, ser razão para que o Judiciário interfira no desenvolvimento da arbitragem. Foram as próprias partes (maiores e capazes) que optaram por submeter seus direitos (disponíveis) à arbitragem – tal como lhes autoriza nosso ordenamento jurídico – devendo, então (dentro de certos limites) se conformar com as consequências de sua opção.

A observância a essa expectativa traz segurança e confiabilidade à arbitragem, especialmente em âmbito internacional, em que é tão difundida⁶⁰⁹. Como mencionado no capítulo I.2, a arbitragem se desenvolveu no seio das relações internacionais justamente por trazer às partes a expectativa de que seus conflitos serão resolvidos em uma arena igualitária e imparcial. Essa expectativa é quebrada quando determinada Corte Estatal – eventualmente aquela com o qual uma das partes está mais acostumada e possui maior afinidade – passa a intervir em determinado processo arbitral.

O desenvolvimento da arbitragem de forma independente de intervenções judiciais também colabora para que seja um mecanismo eficaz de solução de conflitos. Pudessemos todo ato processual ser, por qualquer razão, impugnado perante o Judiciário, além dos problemas já mencionados, isso ainda atravancaria o desenvolvimento do processo arbitral, tornando-o obsoleto. É de se lembrar que a celeridade é uma das mais destacadas vantagens da arbitragem.

Como adiantado ao início do trabalho (capítulo I.4), isso também não justifica uma total independência da arbitragem em relação ao Poder Judiciário. Eventual intervenção judicial se faz necessária a fim de que as limitações e condições impostas pelo Legislador ao exercício da arbitragem sejam respeitadas. Seria incoerente que nossa ordem jurídica, de um lado, impusesse certos limites e condições ao exercício da arbitragem, mas, de outro, não disponibilizasse mecanismos com garantia de imparcialidade para o controle desses preceitos. Sendo a arbitragem um exercício *privado* de jurisdição, isso se faz ainda mais necessário, sob pena de se abrir campo até mesmo para conluíus e falcatruas.

⁶⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 118.

Nesses termos, também devem ser tratadas como excepcionais as hipóteses de intervenção judicial nos processos arbitrais, tão somente de forma a garantir que a arbitragem se desenvolva tal qual admitido pela nossa ordem jurídica⁶¹⁰. Isso significa que equívocos e desvios no desenvolvimento e resultado da arbitragem são, em princípio, aceitos pelo sistema, desde que não ultrapassem os limites impostos pelo Legislador para admissão desse mecanismo de solução de conflitos.

Assim, as hipóteses previstas em Lei de controle externo primário devem ser interpretadas justamente como aquelas em que, excepcionalmente, o exercício da arbitragem deve ser controlado para que não infrinja as barreiras legais dentro das quais deve se desenvolver. Isso leva à taxatividade do rol previsto no artigo 32 da Lei de Arbitragem, seja para que não haja interferência para além do que o sistema entende necessário⁶¹¹, seja porque o que é excepcional deve sempre ser interpretado de forma estrita⁶¹².

Em seu estudo sobre a questão, EDOARDO RICCI se afasta parcialmente desse entendimento doutrinário ao defender a interpretação do rol previsto no artigo 32 da Lei de Arbitragem em consonância com outros preceitos processuais estabelecidos em nossa Constituição Federal e legislação processual. Isso se daria, pelo raciocínio do professor, pois referido rol não se mostra suficiente para proteger as partes de todas as possíveis violações às suas garantias legais e constitucionais⁶¹³.

DINAMARCO manifesta sua aderência a esse pensamento, afirmando que o disposto no inciso VI do artigo 32 da Lei de Arbitragem “não é exaustivo quanto às

⁶¹⁰Segundo o pensamento de CARMONA, o objetivo da ação anulatória é “desconstituir os efeitos da decisão arbitral por inobservância ou infração de matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009 . p. 412).

⁶¹¹Também nesse sentido, WLADECK: “O objetivo do legislador, ao especificar em *numeros clausus* os casos em que tem cabimento o controle judicial da sentença, foi preservar a arbitragem de intervenções estatais que não as estritamente necessárias para garantir a regularidade da tutela prestada” (WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 131).

⁶¹²SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1988. p. 204/205; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 269/270; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 292/293.

⁶¹³RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 69/91.

garantias constitucionais que devem permear o processo arbitral, mas *todos os princípios constitucionais* se impõem a este, seja por autoridade própria, independentemente de reafirmação no direito infraconstitucional, seja mediante uma *interpretação sistemática* do próprio art. 21, § 2º⁶¹⁴.

O argumento pode ser perigoso, especialmente diante da extensão conferida pelo professor RICCI, quem concebe sete situações em que seria admitida essa interpretação integrativa⁶¹⁵, algumas das quais autorizariam uma avaliação judicial do próprio mérito da sentença arbitral, em situações em que isso não deve ser admitido (capítulo V.2.b).

Não parece que, mesmo no que toca ao controle do resultado da arbitragem, a revisão dos julgamentos arbitrais se faça necessária de forma tão ampla. Se a admissibilidade da arbitragem – desde que voluntária - está em consonância com a Constituição Federal⁶¹⁶, é justamente porque, como dito, nosso sistema aceita a solução privada de conflitos e, assim, se conforma com eventuais equívocos nessa solução, ainda que envolvam a avaliação de “normas materiais inderrogáveis”. O relevante para observância à Constituição Federal é que a arbitragem seja voluntária e os preceitos processuais-constitucionais a ela aplicáveis estejam garantidos.

⁶¹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 243.

⁶¹⁵(i) necessária efetivação da vontade essencial das partes, o que envolveria a desconstituição de sentenças que resolvam o conflito por equidade quando as partes tenham optado pela resolução por Lei, ou também na hipótese contrária, assim como prolação da sentença arbitral em inobservância a quaisquer disposições estabelecidas entre as partes dentre aquelas previstas no artigo 10 da Lei de Arbitragem; (ii) necessária efetivação das garantias constitucionais do processo, o que envolveria a desconstituição de sentenças embasadas em provas ilícitas; (iii) necessária efetivação do direito das partes à decisão do mérito da controvérsia, o que envolveria a desconstituição de sentenças que extinguem o processo sem resolução de mérito por ausência de pressupostos ou condições da ação quando seu mérito estaria em condições de ser resolvido; (iv) necessária efetivação do princípio da legalidade processual, o que envolveria a desconstituição da sentença que resolve o mérito do litígio quando o processo não estiver em condições de ter seu mérito resolvido, devendo ser extinto por ausência de pressupostos ou condições da ação; (v) necessária efetivação do princípio de legalidade processual e violação de normas inderrogáveis acerca do procedimento, que envolveria o desrespeito a normas legais relacionadas ao processo estatal, tal como o disposto no artigo 25 da Lei de Arbitragem, segundo o qual cabe ao painel arbitral suspender o andamento da arbitragem quando determinada questão de mérito envolver direitos disponíveis, até que tal questão seja resolvida pelo Judiciário; (vi) necessária aplicação de normas materiais inderrogáveis, que envolveria o julgamento da demanda em desatenção à normas materiais imperativas; (vii) a hipótese de violação da coisa julgada, que envolveria a prolação de sentença arbitral em desrespeito a decisão anterior, processual ou arbitral, já estabilizada (RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 73/85).

⁶¹⁶De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (nota de rodapé 18).

Ao menos no que toca ao controle da atividade do árbitro – objeto desse estudo – o artigo 32 e seus respectivos incisos, desde que corretamente interpretados, se mostram suficientes para tanto, garantindo que a arbitragem se desenvolverá sempre dentro dos limites impostos por Lei.

Como adiantado na introdução desse trabalho (capítulo I.4), a limitação e o condicionamento legal à atividade do árbitro possuem três grandes pilares: (i) a consensualidade desse mecanismo de solução de conflitos; (ii) o respeito aos princípios integradores do Devido Processo Legal; (iii) o desrespeito aos limites legais dentro dos quais a arbitragem é admitida. Isso significa que o árbitro deve ser capaz e não pode conduzir arbitragens impositivas ou que versem sobre direitos indisponíveis, assim como inobservar os princípios do contraditório, da igualdade entre as partes, e da imparcialidade.

Espelhado em tais grandes pilares, o controle de arbitragens impositivas está garantido pelo incisos I e IV do referido dispositivo legal (capítulo V.2.d.1); o controle de atividade arbitral que desrespeite os limites legais dentro dos quais o mecanismo é aceito (arbitrabilidade objetiva e subjetiva e julgamento por árbitro capaz) está garantido pelo incisos I e II do referido dispositivo legal (capítulo V.2.d.2); o controle de arbitragens desenvolvidas em desrespeito aos preceitos processuais-constitucionais do Devido Processo Legal está garantido pelos artigos II e VIII (capítulo V.2.d.3).

Tanto é assim que nenhuma das situações trazidas pelo professor RICCI envolve o controle vícios na atividade do árbitro, mas sempre no resultado da arbitragem. De qualquer forma, o quanto aqui exposto talvez demonstre que o renomado professor se preocupa com algo que, com a devida vênia, não deve ser assunto para o Judiciário⁶¹⁷.

⁶¹⁷Mesmo no que toca ao controle do resultado da arbitragem, a preocupação parece, a uma primeira vista, exagerada. A garantia à inadmissibilidade de provas ilícitas parece estar inserida no princípio do livre convencimento do julgador, garantido pelo artigo 21, § 2º da Lei de Arbitragem e, consequentemente, protegido pelo artigo 32, inciso VIII da Lei. Sabe-se que o livre convencimento do julgador deve estar motivado em provas admitidas pelo sistema. A motivação embasada em provas ilícitas parece, assim, equivaler-se à ausência de motivação. A violação à coisa julgada parece ser combatida pelo artigo 1º da Lei, que admite a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos. Se há coisa julgada, então o conflito já foi resolvido e, assim, não há mais conflito a ser arbitrado. Por consequência, a coisa julgada estaria protegida pelo artigo 32, inciso I, da Lei de Arbitragem. Equívocos no julgamento da demanda (com ou sem resolução de mérito), ainda que mediante aplicação de normas inderrogáveis parecem estar a salvo de intervenção judicial, desde que envolvendo direitos disponíveis, justamente pois, como já dito, o sistema admite o afastamento judicial do litígio, aceitando, por decorrência, equívocos do árbitro. A parte tem que

Repita-se: a arbitragem é fruto de consenso entre as partes e admitida somente para direitos disponíveis. Se nossa ordem jurídica aceita isso, é porque entende que, nesse cenário, a sociedade está apta a promover mecanismos de solução heterogênea de conflitos independentes do Estado. O que não se pode admitir é tal solução de conflitos se dê fora dos limites e condições legalmente estabelecidos.

Diante disso, não há razão para tal ampliação no menos no que toca ao controle externo da atividade do árbitro. Isso apenas desprestigiaria a lógica do sistema, que é o afastamento judicial dos conflitos submetidos à arbitragem, sem qualquer outra justificativa para intervenção estatal no quanto livremente pactuado pelos combatentes. Reitera-se que, nos termos em que concebido, o controle externo da atividade do árbitro já se mostra suficiente para garantir que tal atividade se desenvolverá em consonância com o quanto admitido por lei e pela Constituição Federal.

V.2.b. Segue: Inadmissibilidade de controle do mérito da sentença arbitral?

Em parte por decorrência do quanto exposto no capítulo anterior, também se colhe da doutrina o entendimento de que, em hipótese alguma, seria admitido o controle do mérito da sentença arbitral. *Erros in judicando* não deveriam admitir interferência judicial, reservada apenas a *erros in procedendo*⁶¹⁸.

Isso se daria não apenas por decorrência da já tratada taxatividade do rol previsto no artigo 32 da Lei de Arbitragem – do qual seriam extraídos apenas *erros in procedendo*, mas também, e novamente, da própria *ratio* da arbitragem, que é o afastamento judicial

estar ciente de que optou por esse caminho e, assim, assumiu tal risco. Enfim, uma análise mais profunda do tema pode levar à conclusão de que, em casos muito específicos, o controle do resultado da arbitragem para além das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei se faça necessário para sua adequação aos preceitos constitucionais aplicáveis ao processo arbitral, mas, ao que parece, isso não pode ter a extensão sugerida pelo professor RICCI, sob pena inclusive de deturpar a *ratio* da arbitragem.

⁶¹⁸YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 207; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 235/236; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 407; NUNES PINTO, José Emílio. *Anulação de Sentença Arbitral infra petita, extra petita ou ultra petita*. In *Arbitragem no Brasil – Aspectos Jurídicos Relevantes*. Jobini, Eduardo, Machado, Rafael Bicca (Coord), São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2008. p. 250/251, dentre outros.

dos litígios a ela submetidos. No que toca a *erros in judicando*, o argumento tem ainda mais força na medida em que eventuais interferências judiciais atingiriam o livre convencimento do árbitro, atribuindo a palavra final quanto ao mérito do conflito ao Judiciário, em ainda mais evidente desrespeito à opção das partes de afastarem a Jurisdição Estatal de suas controvérsias.

Por isso que, reiterando-se o quanto exposto no capítulo anterior – e embora isso esteja mais afeito ao controle do resultado da arbitragem – parece, em regra, realmente correta a mencionada limitação doutrinária ao controle externo, admitindo-o somente diante de *erros in procedendo*.

Mas, justamente diante do controle da atividade do árbitro, há hipóteses em que o vício passível de controle representa, ao mesmo tempo, *error in judicando* e *error in procedendo*. É o que ocorrerá quando a divergência relacionada à jurisdição ou aptidão do árbitro também representar o mérito da arbitragem (ou parte dele) (capítulo III.5).

O objetivo desse controle permanecerá sendo garantir que a arbitragem não se desenvolva para além dos limites estabelecidos em nossa ordem jurídica, evitando-se que prosperem arbitragens impositivas. Essa imposição pode se dar tanto no que toca à submissão do conflito à arbitragem sem que haja a concordância de uma das partes, quanto no que se refere na definição do órgão julgador em inobservância ao quanto pactuado pelos litigantes (capítulo V.d.2.1).

A questão é que tais divergências possuirão origem em um contrato, mais precisamente na convenção arbitral que daria embasamento à arbitragem e, como isso, é natural que eventualmente sejam objeto de pretensões jurisdicionais das partes, representando o mérito de uma demanda. Nesse caso, não haveria, por razão de ordem prática, como se separar *error in judicando* e *error in procedendo*. O *error in judicando* necessariamente confirmará um *error in procedendo* e, havendo necessidade de se controlar este, aquele também acabará controlado⁶¹⁹.

⁶¹⁹Também nesse sentido, embora tratando apenas de vícios relacionados à jurisdição do árbitro: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 165.

Assim, caso a parte alegue que a arbitragem não pode ter curso por vício de nulidade ou anulabilidade da convenção arbitral e postule provimento declaratório ou constitutivo nesse sentido, o julgamento de improcedência do pleito admitirá controle judicial por força da ação anulatória de sentença arbitral, no âmbito da qual o próprio mérito da sentença será revisto. Se a parte ainda pleitear, cumulativamente, o julgamento (agora judicial) do mérito desse pedido – o que é admitido diante de vícios na jurisdição arbitral – haverá no âmbito da ação anulatória juízos similares ao rescindente e rescisório da ação rescisória de sentença judicial. Isso demonstra que o mérito da sentença será, nessa oportunidade, não apenas revisto, como alterado por decisão judicial (capítulo IV.2.a.1).

Caso o pleito da parte venha a ser julgado procedente, com a consequente extinção do processo arbitral sem resolução de mérito, o mesmo não ocorrerá pois, como já adiantado e melhor visto a seguir, tal hipótese não admite controle externo primário, restando às partes tão somente a via judicial para a solução de seus (demais) conflitos.

Isso também pode ocorrer diante de controvérsias relacionadas à aptidão do árbitro. Se, diante de eventual divergência relacionada à forma de eleição do painel arbitral definida na convenção, a parte que impugna a eleição de determinado árbitro postular provimento declaratório a fim de resolver tal incerteza e tal pretensão vir a ser julgada improcedente, mantendo-se o painel inicialmente eleito, o controle externo primário ensejará a revisão do mérito da sentença, ainda que com a finalidade de avaliar a aptidão dos árbitros que a proferiram.

Nesse caso, haveria tão somente algo equivalente ao juízo rescindente da ação rescisória, na medida em que, como o vício não atinge a jurisdição do árbitro, mas a aptidão do órgão formado para prolação daquela sentença, seu reconhecimento não acarreta na resolução judicial da controvérsia, mas sim na instauração de nova arbitragem para que o pleito seja reeditado e venha a ser apreciado por órgão corretamente constituído.

Ainda assim, fato é que o mérito da sentença arbitral (ou do capítulo em questão) é em algumas hipóteses controlado, o que representa mais uma exceção à regra

doutrinária segundo a qual o mérito da sentença arbitral não deve ser objeto de controle externo.

No que toca à atividade do árbitro, os demais vícios passíveis de controle realmente representariam vícios *in procedendo*, já que relacionados ao desrespeito ao contraditório, à igualdade entre as partes e à imparcialidade, como será visto na sequência⁶²⁰.

V.2.c. Segue: extensão das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem para o controle prematuro e retardado da atividade do árbitro

Uma vez que nossa Lei de arbitragem reserva seu controle judicial para logo após a conclusão do processo arbitral, é natural que trate apenas do controle de vícios na atividade do árbitro por meio da ação anulatória da sentença arbitral e correspondente impugnação à execução de sentença, prevendo, em seu artigo 32, que “é nula a sentença arbitral se: (...)”.

Foi visto no capítulo IV.2.a.1 que, não obstante a redação do dispositivo, o provimento jurisdicional oriundo da ação anulatória de sentença arbitral atinge não somente a sentença, mas também todos os atos processuais realizados, de sorte que, diante da procedência do pleito, caberá às partes ou iniciar nova arbitragem ou litigar perante o Judiciário (caso a decisão tenha sido fundada em vícios na convenção arbitral).

Sem prejuízo disso, o trabalho também abordou hipóteses em que o controle judicial é excepcionalmente admitido em inobservância a essa limitação temporal. Isso pode levar à seguinte indagação: quais seriam os vícios na atividade do árbitro que admitem tal controle excepcional prematuro?

⁶²⁰Embora não seja objeto desse trabalho, registra-se aqui a impressão de que, no que se refere ao controle do resultado da arbitragem, a colocação doutrinária aqui enfrentada também merece melhor reflexão. Basta considerar a hipótese – que ainda aguarda enfrentamento doutrinário – da desconsideração da coisa julgada. Se o raciocínio desenvolvido para o processo estatal puder ser transposto ao processo arbitral, então isso representaria uma hipótese de controle judicial de *errors in judicando* na sentença arbitral.

A resposta é: os mesmos que ensejam o controle da atividade do árbitro em seu momento próprio. É que, como visto, a admissão do controle prematuro não passa de uma adequação do sistema a hipóteses excepcionais em que a concentração do controle para logo após o cabo da arbitragem se mostraria inadequada, gerando ineficiência ao sistema de controle da atividade do árbitro – justamente na contramão do quanto pretendido com tal limitação temporal.

Sendo tal adequação tão somente temporal, não há porque, por consequência disso, virem a ser alteradas as hipóteses em que deve ser admitido o controle externo prematuro da atividade do árbitro. A única adaptação que se faz necessária é relativa à leitura do próprio *caput* do artigo 32 da Lei de Arbitragem, a fim de que os vícios que admitam controle prematuro levem à ilicitude da arbitragem.

A situação se altera com relação ao controle retardado, que é admitido diante de vícios de inexistência e ineficácia da sentença arbitral, ou seja, em razão da natureza do vício. Não serão todos aqueles desvios previstos no artigo 32 da Lei de Arbitragem que levarão à inexistência ou ineficácia da sentença arbitral e, consequentemente, o autorizarão, mas somente alguns específicos (inarbitrabilidade objetiva ou subjetiva, assim como painel arbitral integrado por árbitro incapaz, no caso de inexistência, e ausência de citação no caso de ineficácia). Diante disso, a extensão ao controle retardado ocorre apenas de forma parcial.

V.2.d. Análise específica dos vícios na atividade do árbitro que admitem controle externo primário

O quanto adiantado acerca da suficiência do artigo 32 da Lei de Arbitragem para o controle externo da atividade do árbitro será testado no presente capítulo, em que, retomando-se o raciocínio exposto no início desse trabalho e aqui reiterado, será demonstrado que os limites e condições dentro dos quais nossa ordem jurídica admite a arbitragem estão assegurados pelo referido dispositivo legal.

Para tanto, o capítulo será dividido em (i) controle de arbitragens impositivas; (ii) controle das limitações legais ao exercício da arbitragem; e (iii) controle da

inobservância ao Devido Processo Legal. No desenvolvimento desse estudo, ainda abordaremos a natureza do vício que atinge as decisões arbitrais por decorrência de inobservância a esses preceitos de nossa ordem jurídica, o que se faz relevante na medida em que o controle retardado da atividade do árbitro e, conseqüentemente, os mecanismos em que tal controle é admitido, são admitidos somente diante de vícios dessas naturezas.

V.2.d.1. O controle da consensualidade da arbitragem

Já está claro a essa altura que a arbitragem somente pode se desenvolver em nossa ordem jurídica diante do consenso entre os contendentes no que toca ao seu exercício. Isso, como visto, pode ocorrer por meio de convenção de arbitragem ou cláusula compromissória arbitral; a primeira genérica, relacionada a eventuais e futuros conflitos decorrente de uma relação jurídica, e a segunda específica, decorrente de um conflito já existente entre as partes.

Por decorrência disso, e para que a arbitragem se restrinja à consensualidade dentro da qual é aceita, os incisos I, II, e IV do artigo 32 da Lei 9.307/96 estabelecem o controle externo primário de arbitragens (i) cujo “compromisso” “for nulo”; (ii) desenvolvidas por “quem não poderia ser árbitro; e (iii) desenvolvidas “fora dos limites da convenção de arbitragem”.

Não obstante a imprecisa redação do referido inciso I, tal hipótese submete ao controle externo as arbitragens embasadas em convenções irregulares, quer cláusulas compromissórias, quer compromissos arbitrais⁶²¹, bem como seja por decorrência de vício de nulidade, seja por decorrência de vício de anulabilidade da convenção.

Não há como se aceitar que somente as convenções “nulas” impeçam o desenvolvimento de arbitragens e maculem o seu resultado, já que as anulabilidades levam à desconstituição da convenção, desautorizando a atividade do árbitro. Da mesma forma, não há como se admitir que somente a nulidade/anulabilidade do compromisso

⁶²¹No mesmo sentido, CARMONA, quem inclusive destaca a mesma imprecisão na legislação italiana anterior a 2006 (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 400/401); Também: NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 143.

arbitral macule a arbitragem e a consequente sentença arbitral, pois o vício na convenção também impede a produção de seus efeitos e, conseqüentemente, torna impositiva a arbitragem nela embasada.

O inciso IV do artigo 32 da Lei de Arbitragem visa ao mesmo fim ao estabelecer o controle de arbitragens que não sejam decorrentes de qualquer negócio jurídico, o que igualmente leva à imposição da arbitragem a uma das partes.

Embora referido dispositivo preveja a inadmissibilidade de arbitragens desenvolvidas “fora dos limites da convenção de arbitragem”, o que poderia sugerir que somente arbitragens cujos objetos extrapolariam os limites de dada convenção devem ser reprimidas, não é essa, pelo quanto exposto, a intenção do Legislador. O que se pretende é, repita-se, impedir arbitragens impositivas, nesse caso não por decorrência de convenções irregulares, mas sim de total ausência de convenção arbitral.

E isso se dá tanto quando se inicia uma arbitragem que não esteja embasada em qualquer convenção quanto quando se desenvolve uma arbitragem cujos pedidos estejam parte englobados por convenção e parte descobertos⁶²². Nesse caso, a irregularidade da arbitragem e da consequente sentença serão restritas aos pedidos que extrapolem a convenção arbitral. Em qualquer dessas hipóteses, a arbitragem poderá ser impedida ou seu resultado impugnado por força do disposto no inciso IV da Lei de arbitragem.

Ainda, o inciso II admite a repreensão judicial de arbitragens cujo painel arbitral tenha sido constituído por “aquele que não poderia ser arbitro”, o que impede não apenas o funcionamento de árbitros incapazes ou envolvidos em circunstâncias que possam macular sua parcialidade, mas também – e no que interessa para o momento – a

⁶²²Nesse ponto, CARMONA assevera que “será anulável o laudo arbitral que ultrapassar as balizas firmemente fincadas pelas partes quanto à matéria atribuída à cognição dos árbitros”. Com isso, o professor qualifica a sentença assim viciada de “*extra petita*” ou “*ultra petita*” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 405). Reitera-se, nesse ponto, as observações da nota de rodapé 508.

constituição de painéis arbitrais em inobservância ao quanto estabelecido entre as partes na convenção arbitral⁶²³.

Isso integra a vontade manifestada pelas partes em prol da arbitragem pois, nas hipóteses em que convencionam regras de constituição do painel arbitral, as partes não apenas avençam o afastamento do Poder Judiciário de seus conflitos, mas também a resolução de seus conflitos por um juiz (ou grupo de juízes) determinado ou determinável nos termos estabelecidos.

As partes podem, assim, já nomear determinado painel para seus conflitos, ou pretender garantir a oportuna eleição individual ou conjunta de um ou alguns dos componentes do órgão julgador, ou ainda estabelecer a eleição de árbitros dentro de determinada lista, por sorteio ou apontamento pelas partes, ou até a imposição de critérios na escolha de árbitros (como a especialidade em determinada matéria). Enfim, nessas e em quaisquer outras hipóteses, as partes terão estabelecido critérios de determinação de seu julgador e isso integra essencialmente sua vontade por arbitrar: estão confiando seus litígios a julgador com tais características ou nomeado de tal forma, e não a qualquer indivíduo.

Assim, a instituição da arbitragem em inobservância ao quanto estipulado pelas partes significará um mecanismo substancialmente diverso daquele contratado, pelo qual as partes não manifestaram consenso. É por isso que, ao contrário do que ocorre com relação a outras peculiaridades da convenção cuja inobservância não admite o controle externo (capítulo V.1.a), o sistema corretamente confere a tal manifestação de vontade relevância equivalente à opção pela própria arbitragem, maculando o desenvolvimento de arbitragens e consequentes sentenças arbitrais que desrespeitem as convenções nesse tocante.

É de se reiterar que, nos demais casos, eventuais desvios são cometidos por árbitros eleitos de acordo com a vontade das partes; em que as partes depositaram sua confiança – o que também ocorre diante de eventuais *errors in judicando*, como já

⁶²³Também nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 406/407; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 168.

abordado. Diante disso, não há como se defender que os desvios fogem por completo à consensualidade do instituto, pois quando menos o órgão que os cometeu foi eleito em conformidade com o avençado pelas partes.

Chama a atenção nenhum dos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem fazer alusão ao controle externo de decisões arbitrais que tenham indevidamente reconhecido a ausência de jurisdição arbitral. O inciso V não admite tal controle pois trata de vício de omissão quanto a um ou alguns dos pedidos da parte, o que torna a sentença *infra petita*. No caso em questão, não há qualquer omissão. Os pedidos da parte são considerados, mas seu mérito (ou parte dele) não é resolvido porque o painel arbitral entende que tal tarefa não lhe cabe.

Isso significa que, se o painel arbitral decidir que determinada convenção arbitral é irregular ou que não há convenção admitindo a submissão de determinado litígio à arbitragem e assim extinguir o processo sem julgamento de mérito com relação aos pedidos das partes (ou a parte deles), isso não admitirá apreciação judicial, ainda que, por decorrência, o painel arbitral julgue procedente o pedido da parte direcionado à declaração de nulidade ou desconstituição da convenção⁶²⁴.

O sistema não se mostra inconsistente ao, de um lado, admitir a revisão judicial de decisões arbitrais reconhecendo a jurisdição do árbitro e, de outro, inadmitir a revisão de decisões que rejeitam tal decisão. É que, como visto desde o início, o objeto do controle externo é, nesse ponto, garantir que não vinguem arbitragens impositivas. O Judiciário não deve se preocupar com a inobservância de um direito contratual da parte justamente porque isso é consequência da opção da parte pela arbitragem (assim como ocorre com *errors in judicando*). Mas, o direito à jurisdição estatal, constitucionalmente garantido, deve ser objeto de preocupação, inclusive para que não se ignore uma das mais primordiais características da arbitragem, que é a consensualidade.

⁶²⁴Também nesse sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009; ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 25. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 263 | Jul / 2012 DTR\2012\450623.

A circunstância do painel arbitral entender não possuir jurisdição para apreciar os conflitos existentes entre as partes e, concomitantemente, resolver o mérito de pedido direcionado à convenção arbitral pode gerar, em uma primeira leitura, certa perplexidade. Se o painel não detém jurisdição consensual para tal fim, de onde viria seu poder jurisdicional para resolver o mérito do pedido da parte?

A resposta trazida pela doutrina advém do *Kompetenz-Kompetenz*, que atribuiria tal poder ao painel arbitral. Ao definir que caberá ao árbitro avaliar quaisquer questões relacionadas à sua jurisdição, a Lei de Arbitragem admite a solução desse conflito específico pelo árbitro, ainda que sua consequência seja o reconhecimento de ausência de jurisdição arbitral e, assim, lhe garante poder jurisdicional para solucionar esse conflito específico⁶²⁵.

Há outro fator a ser considerado: a própria parte contra quem tal pedido é direcionado se posicionou favoravelmente à solução dos litígios pela via arbitral, reconhecendo, assim, o poder jurisdicional do árbitro para tal fim. Isso a impede de buscar a revisão judicial de tal decisão, nos termos tratados no capítulo III.5. Já a parte que impugnou a convenção arbitral, ainda que tenha se dirigido ao árbitro em exclusiva observância às regras do *Komptenz-Kompetenz*, sem reconhecer, portanto, a jurisdição do árbitro, não poderá impugnar tal decisão perante o Judiciário por falta de interesse processual. Tal sujeito saiu integralmente vitorioso na arbitragem, possuindo em mãos provimento jurisdicional que favorece a posição jurídica por ele defendida, não havendo como o controle externo lhe possa ser útil.

Isso tudo se coaduna com a *ratio* do sistema de interferência judicial apenas em situações estritamente necessárias.

Finalmente, importa registrar que os vícios aqui tratados atingem os atos processuais do árbitro no plano da validade. Embora haja quem os qualifique como vícios de inexistência, não parece ser essa a melhor solução.

⁶²⁵ ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 166/167.

Voltando-se exclusivamente para a sentença arbitral, a doutrina argumenta que, em paralelo com o que ocorre no âmbito estatal diante de decisões proferidas por quem não é investido na posição de juiz, faltaria a tal ato processual um elemento essencial: agente dotado de poder jurisdicional⁶²⁶.

O raciocínio desenvolvido para o âmbito estatal não pode, no entanto, ser de tal forma transposto para o campo da arbitragem. No campo estatal, a situação recebe essa moldura pois a eleição de juízes cabe ao Estado, que os impõe aos Jurisdicionados para solução de suas contendas. É o Estado quem define se determinado sujeito exerce, ou não, autoridade jurisdicional e isso leva a questão para além da capacidade dispositiva das partes, o que justifica a preocupação em se definir como decisão jurisdicional somente aqueles atos praticados por quem o Estado elege para tal fim.

Se o indivíduo não é investido na função de Juiz, realmente não há como se considerar os atos por ele praticados como jurisdicionais, a despeito do que pretendam as partes. Isso demonstra que a investidura do agente é, realmente, elemento imprescindível para que os seus atos possam ser sejam juridicamente qualificados como decisões jurisdicionais.

No campo da arbitragem, as coisas funcionam de forma substancialmente diversa. As limitações impostas pelo ordenamento para que a jurisdição privada seja exercida são (i) a arbitrabilidade objetiva e subjetiva do conflito e (ii) que o indivíduo eleito como árbitro possua capacidade. Até mesmo questões relacionadas à imparcialidade podem, como visto anteriormente (capítulo III.5), ser mitigadas pelas partes, cabendo a elas eleger o seu julgador, em quem depositarão confiança.

Isso significa que, sendo capaz o sujeito eleito como árbitro e sendo o conflito arbitrável, estarão satisfeitas as “mínimas condições, perante o direito, para realizar o ato”⁶²⁷ consubstanciado em decisão jurisdicional, o que basta para a sua existência

⁶²⁶WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 165; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 166.

⁶²⁷E, como se extrai dos ensinamentos de DINAMARCO, é a ausência de tais mínimas condições que obsta a existência de um ato processual (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 584).

jurídica⁶²⁸. A partir daí, a submissão do conflito à arbitragem é questão afeita exclusivamente à esfera dispositiva das partes, descendo ao campo da validade. São elas que definem se determinada questão deve ou não ser submetida ao juízo arbitral, o que, como visto, pode se dar até no curso do próprio processo arbitral, no âmbito do qual as condutas das partes acabam *validando* a decisão do julgador (capítulo III.5)⁶²⁹.

Assim, as decisões proferidas por painel arbitral constituído sem que houvesse consentimento de ambos os litigantes devem ser tratadas como inválidas, já que o vício está relacionado exclusivamente à capacidade dispositiva das partes. Poderão ser objeto de preceito desconstitutivo mas, assim como pode ocorrer no curso da arbitragem, a conduta das partes também poderá convalidá-las e isso ocorrerá inclusive se, uma vez proferida sentença arbitral, vencer o prazo decadencial da ação anulatória e correspondente impugnação à execução de sentença.

V.2.d.2. O controle das limitações legais ao exercício da arbitragem

Também foi adiantado que a arbitragem somente é admitida entre partes capazes (arbitrabilidade subjetiva) e para litígios relacionados a direitos disponíveis (arbitrabilidade objetiva). Isso está expresso no artigo 1º da Lei de Arbitragem. Sendo a arbitragem um mecanismo consensual, aqueles que não possuem capacidade dispositiva não poderão ser a ela submetidos⁶³⁰ e, por decorrência lógica, controvérsias relacionadas a direitos indisponíveis não poderão ser assim resolvidos⁶³¹.

⁶²⁸É possível estabelecer um paralelo com as hipóteses de violação de regras constitucionais de incompetência, que, segundo autorizada doutrina, também não levam à inexistência dos atos jurisdicionais, justamente porque “está presente o elemento mínimo para a configuração da existência do processo” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005. p. 326)

⁶²⁹Semelhante é o raciocínio de TALAMINI ao tratar da hipótese em que a arbitragem exorbita os limites da convenção arbitral. Para o professor, ainda que determinado objeto não esteja englobado por convenção arbitral, os atos postulatórios podem acabar “ampliando o objeto da arbitragem” e, assim, validando a sentença arbitral (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: revista dos Tribunais. 2005. p. 331). Isso bem demonstra que o vício que em questão atinge as decisões do árbitro (e, eventualmente, a sentença arbitral) no plano da validade. Afinal, “os atos processuais *inexistentes* não convalidam, porque não existem perante o direito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 602).

⁶³⁰Por todos, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 37; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 76/77.

⁶³¹EDOARDO RICCI defende a ausência de relação entre a disponibilidade do direito e a admissibilidade da arbitragem, argumentando que optar pela arbitragem significa dispor do juízo estatal, mas não do direito em si. Assim, a convenção de arbitragem “não é convenção sobre o objeto da lide, nem ato de disposição do direito controvertido: é convenção sobre objeto diferente, sobre a simples escolha do juiz” (RICCI,

O disposto no inciso I do artigo 32 da Lei de Arbitragem também resguarda essa limitação da nossa ordem jurídica ao estabelecer que arbitragens cujo “compromisso” “for nulo” devem ser objeto de controle externo. Para que se atinja tal conclusão, necessário conjugar tal dispositivo legal com o artigo 101, incisos I e IV do Código Civil, segundo os quais a validade do negócio depende de agente capaz e objeto lícito, assim como com o artigo 166, incisos I e II, do mesmo diploma legal, e no mesmo sentido⁶³².

Nesses termos, seja pelo ângulo subjetivo, seja pelo ângulo objetivo, as convenções arbitrais que inobservarem o disposto no artigo 1º da Lei de Arbitragem devem ser consideradas nulas, o que, por força do disposto no artigo 32, inciso I, da Lei de Arbitragem, macula as eventuais arbitragens delas decorrentes.

Reitera-se, no mais, o quanto dito no capítulo anterior. Embora o inciso I do artigo 32 da Lei 9.307/96 faça referência apenas ao compromisso arbitral, isso deve ser estendido à convenção de arbitragem, pois seria contrário à *ratio* do sistema garantir o controle de arbitragens que desrespeitem o artigo 1º da mesma lei somente quando instituídas com base em compromissos. Ademais, e também na linha lá desenvolvida, não justifica intervenção judicial a abstenção quanto à solução do conflito com fundamento em inarbitrabilidade subjetiva ou objetiva, ainda que isso envolva a declaração de nulidade da convenção arbitral.

Edoardo Flávio. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes *et al.* (Coord). São Paulo: Atlas. 2007. p. 402/412). Mas, ainda que não haja uma relação umbilical entre a disponibilidade do direito e a admissibilidade da arbitragem, as mesmas razões que levam à indisponibilidade de direitos em certas circunstâncias justificam a inadmissibilidade da arbitragem, porque em ambas o que o Legislador pretende é inadmitir que se abra mão da segurança jurídica consistente na submissão de tais direitos ao juiz togado. Por isso que, embora um raciocínio prático possa admitir arbitragens relacionadas a direitos indisponíveis, a *ratio* de tal limitação à capacidade dispositiva das partes leva logicamente à impossibilidade de submissão de tais litígios ao juízo privado. Também nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 75/77.

⁶³²DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 76/77; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 400; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 158/162.

Ademais, nossa lei limita o exercício da jurisdição privada ao determinar, em seu artigo 13, que somente poderão figurar como árbitros pessoas capazes. Isso exclui da função de árbitro os mesmos sujeitos que não podem submeter seus litígios à arbitragem. Tal limitação legal também está assegurada pelo já mencionado artigo 32, inciso II, da Lei de Arbitragem, que admite a reapreensão judicial de sentenças proferidas por painel arbitral tenha sido constituído por “aquele que não poderia ser arbitro”⁶³³.

Isso demonstra que o rol previsto no artigo 32 da Lei de Arbitragem igualmente assegura o respeito às limitações impostas pela nossa ordem jurídica à submissão de litígios à arbitragem e eleição de painéis arbitrais.

As decisões do árbitro relacionadas a direitos inarbitráveis, assim como aquelas prolatadas por quem não possui capacidade para ser árbitro, são, aqui sim, juridicamente inexistentes. É que, ao contrário do quanto visto no capítulo anterior, nesses casos, nossa ordem jurídica não admite que a jurisdição arbitral para determinados litígios⁶³⁴ e exercida por determinados sujeitos⁶³⁵.

Diante de direitos indisponíveis e para litígios envolvendo incapazes, só resta a jurisdição estatal. A função de árbitro, por seu turno, só cabe a quem possui capacidade. Assim, não há como qualquer indivíduo incapaz possuir mínimas condições de arbitrar conflitos, assim como não há como se conceber que alguém que não seja juiz estatal possa, mesmo em tese, solucionar conflitos inarbitráveis.

Note-se que, nesse ponto, a atribuição de jurisdição ao sujeito não está na esfera dispositiva das partes. A proibição advém da própria ordem jurídica, o que leva o vício ao plano da inexistência: não se admite a jurisdição privada em tais hipóteses, assim como a jurisdição pública é reservada a indivíduos investidos pelo Estado. Diante disso,

⁶³³CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 400; NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 166/167.

⁶³⁴É esse o pensamento de GIOVANNI BONATO, em detalhada análise da questão (BONATO, Giovanni. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*. Napoli: Jovene editore. 2012. p. 268/276). Também nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 331; WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 165.

⁶³⁵Também: WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014. p. 165.

decisões relacionadas a direitos indisponíveis e envolvendo partes incapazes, assim como aquelas proferidas por incapazes, não possuem requisito mínimo para que possam ser qualificadas como decisões arbitrais.

V.2.d.3. O controle do Devido Processo Legal

A terceira condição imposta pela nossa ordem jurídica ao desenvolvimento da atividade do árbitro é o respeito aos preceitos formadores do Devido Processo Legal. Em compatibilidade com o disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, nossa Lei de Arbitragem determina, em seu artigo 21, § 2º, o respeito ao contraditório, à igualdade entre as partes, à imparcialidade e ao livre convencimento do julgador. A imparcialidade ainda é exigida pelo artigo 13, inciso VI, da Lei de Arbitragem, assim como pelo artigo 14 ao inadmitir o funcionamento como árbitro de pessoas que tenham com as partes quaisquer relações que possam gerar seu impedimento ou suspeição⁶³⁶.

Os três primeiros preceitos estão relacionados à atividade do árbitro⁶³⁷, que deve ser desenvolvida por painéis constituídos por árbitros imparciais, assim como devem ser observados, em quaisquer atos processuais, o contraditório e a igualdade entre as partes.

Em consonância com isso, o inciso VIII do artigo 32 da Lei de Arbitragem estabelece o controle externo primário de arbitragens que desrespeitem o disposto no mencionado artigo 21, § 2º, da Lei e isso é reforçado pelo já mencionado inciso II do referido artigo 32 ao prever o controle de painéis arbitrais constituídos por aqueles que não podem ser árbitros.

Sob o ângulo da atividade do julgador, o respeito ao contraditório engloba desde o regular convite dos sujeitos passivos da relação processual a participarem da arbitragem – incluindo-se aí todas as partes que devem necessariamente integrar a relação

⁶³⁶“Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil”.

⁶³⁷O quarto preceito, por seu turno, está relacionado ao resultado da arbitragem, na medida em que inadmite prestações jurisdicionais fruto de convencimento que não seja livre e próprio dos julgadores.

processual – até a concessão de oportunidade para adequado exercício, por todos os envolvidos na arbitragem, de seu direito de defesa.

No que toca à citação dos sujeitos passivos, isso se dá porque o contraditório também visa a garantir o escopo social do processo, que envolve a participação da sociedade no exercício de jurisdição. Além disso, e conforme os já citados autorizados ensinamentos de DINAMARCO, o contraditório se desdobra na prerrogativa de pedir, alegar e provar⁶³⁸. À parte demandada somente estará garantido o direito de alegar e provar se for cientificada da existência do processo e convidada a dela participar.

Isso é expressão do que, em âmbito doutrinário, se resume ao binômio ciência e reação. É imperioso que os sujeitos do processo – nesse caso, passivos – sejam cientificados do que contra eles é pretendido para que possam se defender, assim como lhes seja garantida oportunidade de defesa adequada.

Da mesma forma, e uma vez trazidos à demanda os sujeitos passivos da relação processual, o contraditório somente estará assegurado se, então, for efetivamente garantida a todas as partes o direito de alegar e provar. Por decorrência dos Princípios da Efetividade e da Instrumentalidade, somente devem ser levadas em consideração as alegações que tenham relação com a controvérsia material estabelecida, devendo ser garantidas às partes o direito de produzir provas úteis ao deslinde das controvérsias fáticas relacionadas a tais alegações.

Nesses termos, ofenderão o contraditório a ausência de citação ou a citação inválida dos sujeitos que devem figurar no polo passivo da relação processual; a ausência de concessão, às partes, de oportunidade para exporem seus argumentos e provarem as alegações fáticas a eles relacionadas (desde que oportunas para o deslinde da controvérsia); a inviabilização, a uma das partes, de reação quanto a alegações ou provas de sua adversária, seja por não lhe ser concedida ciência de tais alegações ou provas, seja por não lhe ser concedida oportunidade de reagir, e assim consequentemente.

⁶³⁸Vide nota de rodapé 300.

A igualdade entre as partes representa, por seu turno, a consagração do que se denomina Acesso à Justiça⁶³⁹, devendo ser garantido às partes tratamento paritário no que se refere à busca pela tutela jurisdicional, abrindo-se aos litigantes acesso a provimentos jurisdicionais, mas também condições equivalentes de exporem e provarem suas posições no litígio, o que se intitula *paridade de armas* no desenvolvimento do processo⁶⁴⁰. A bem da verdade, esse segundo aspecto já está englobado no conceito de contraditório, representado pela concessão às partes de condições equivalentes de agirem e de reagirem aos movimentos de seu adversário.

Válido lembrar que igualdade equivale a tratar os iguais de forma similar e os desiguais de forma diversa, desde que tal tratamento seja proporcional à desigualdade⁶⁴¹. Isso justifica que, em algumas situações, o processo penda para uma das partes, admitindo, a título de exemplo, a inversão do ônus em prol do consumidor em disputas contra fornecedores, assim como, para alguns, uma postura mais ativa do Juiz em prol de uma das partes no âmbito da instrução probatória.

Até para que as partes litiguem em igualdade e, conseqüentemente, possam exercer em sua plenitude sua prerrogativa ao contraditório, o Devido Processo Legal exige que o litígio seja decidido por um sujeito (ou grupo de sujeitos) que não possua predisposição a favorecer nenhuma das partes. Tal é o Princípio da Imparcialidade, intimamente ligado ao Princípio da Independência⁶⁴². Em regra, somente será imparcial o julgador que não possua relação de dependência com nenhum dos combatentes, já que tal relação tende a favorecer a parte com a qual o juiz possui tal relação.

A Lei de Arbitragem relaciona a imparcialidade e a independência com o impedimento e a suspeição do julgador tal qual qualificados pelo Código de Processo Civil em vigor, mas especificamente nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil⁶⁴³.

⁶³⁹Por todos: YARSELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 120/123.

⁶⁴⁰*Ibis idem*.

⁶⁴¹*Ibis idem*.

⁶⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 27.

⁶⁴³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 28.

Mas, duas ressalvas são necessárias: por um lado, nem todas as relações ali estabelecidas podem ser transpostas ao campo da arbitragem. Há hipóteses simplesmente inviáveis no âmbito da jurisdição privada, tais como a disposta no artigo 134, inciso III, do Código de Processo Civil. Não haveria como se conceber um árbitro que tenha funcionado em primeiro grau no litígio e, posteriormente, integrado órgão revisor⁶⁴⁴. Por outro lado, há situações que, no âmbito do processo arbitral, podem levar à parcialidade do Julgador, mas não estão retratadas no diploma do processo estatal, até porque inconcebíveis no seu exercício. Basta imaginar a hipótese do árbitro que mantenha relação de sociedade advocatícia com o patrono de uma das partes, o que afetará sua independência.

Isso demonstra que a referência da Lei de Arbitragem ao Código de Processo Civil deve ser tratada apenas como indicativo de hipóteses que possam afetar a imparcialidade do árbitro, não devendo partes, árbitros e juízes se limitarem a tal diploma. Imperioso que perquiram, caso a caso, se há alguma relação que possa comprometer a imparcialidade do julgador⁶⁴⁵.

Importante lembrar que, no campo da arbitragem, mesmo normas relacionadas ao impedimento não devem ser tratadas como no processo estatal. Na jurisdição privada, as partes estão livres para pactuar a eleição do julgador e isso admite até mesmo que submetam seus conflitos a indivíduo que possua estreitas relações com uma ou ambas as partes. A confiança depositada no julgador é, nesse campo, pessoal – e

⁶⁴⁴Por mais que se admita recursos no âmbito da arbitragem para além dos embargos arbitrais, há que se pressupor que tais recursos serão dirigidos a sujeitos diversos daqueles que vieram a primeiramente decidir o litígio. O painel arbitral revisor será constituído para aquele conflito específico, sendo pressuposto disso a constituição dos indivíduos diversos. Se, por mais ilógico que pareça, isso não for respeitado, então realmente haverá aí uma situação de parcialidade.

⁶⁴⁵Uma referência para isso são os guias elaborados por entidades especializadas e disponibilizados à comunidade arbitral, tais como o *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. No entanto, há que se ter em mente o alerta de CARMONA, para quem esses guias, dependendo de como forem interpretados, podem trazer mais trevas do que luzes. É que, como bem pondera o professor, as mais conhecidas cartilhas foram concebidas por profissionais acostumados a outra cultura e, eventualmente, outro sistema jurídico (*common law*). Assim, o que lá pode parecer inadmissível em, por exemplo, relações entre árbitros e advogados, para nós pode ser absolutamente natural, simplesmente porque nossa cultura é diversa. É de se lembrar que o desenvolvimento das arbitragens em nosso país ainda se concentra entre poucos profissionais, sejam árbitros ou advogados. Isso leva a relações mais próximas, que nem sempre importam em dependência ou parcialidade (CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 47 | Jan / 2011 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 681 | Set / 2014 DTR\2011\1296).

não institucional – e isso admite a eleição e a aquiescência com relação ao funcionamento de qualquer indivíduo (capítulo III.5).

Há, ainda, um último ponto a ser ressaltado: no que toca às ofensas ao Devido Processo Legal, sua eventual ocorrência no curso da arbitragem não necessariamente maculará toda a sentença arbitral. É possível que esses vícios sejam sanados ou se tornem irrelevantes, de forma a não significarem qualquer prejuízo à parte cuja prerrogativa processual tenha sido vulnerada. Nesse cenário, não haverá porque se admitir a invalidação do ato jurisdicional, já que em matéria estritamente processual, sem prejuízo, não há nulidade⁶⁴⁶.

Isso ocorrerá, a título de exemplo, se não for admitida a imediata manifestação de uma parte sobre um documento apresentado por sua adversária, mas, em posterior oportunidade, a parte inicialmente prejudicada acabar abordando a prova em suas alegações, o que bastará para que o vício reste sanado.

As decisões do árbitro que ofendam os princípios do Devido Processo Legal serão inválidas. Tais atos são juridicamente existentes, pois também estão preenchidos os requisitos mínimos para que sejam considerados decisões jurisdicionais. O que pode ocorrer é a inobservância, por parte do julgador, de requisitos necessários para que o ato tenha sua validade resguardada.

A exceção a isso são os vícios relacionados à citação da parte demandada e a inobservância da regra de litisconsórcio necessário, os quais, a nosso ver – e ao contrário do que defende a doutrina majoritária⁶⁴⁷ – levam à ineficácia da sentença arbitral⁶⁴⁸. A regra disposta no artigo 285-A do Código de Processo Civil por si já causa perplexidade ao raciocínio segundo o qual a ausência citação do sujeito passivo levaria à inexistência

⁶⁴⁶Ainda seguindo os oportunos ensinamentos de BEDAQUE, “somente se pode falar em ato processual nulo se, além da atipicidade, verificar-se a frustração quanto ao resultado programado. Atingido o fim a que se destinava o ato, cumprida sua função no sistema processual, a não observância da forma passa a ser irrelevante. A verificação do objetivo sempre supre completamente a irregularidade. (...) Para a verificação da nulidade tanto faz pensarmos em *prejuízo* com em *finalidade*. Qualquer um é suficiente para a determinação da natureza do vício” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 448).

⁶⁴⁷Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 680/681.

⁶⁴⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 465/488.

do processo. Se o processo é inexistente como poderia o Juiz proferir sentença capaz de adquirir a autoridade de coisa julgada? Como essa sentença produziria eficácia se sequer possui existência jurídica?

A resposta exige um tratamento diverso às vicissitudes decorrentes da ausência da citação (ou irregularidade equivalente). De fato, não parece que citação seja elemento essencial à existência de processo. Para além da hipótese acima mencionada, se, uma vez indeferida a inicial, o demandante apelar, o processo passará a se desenvolver, sem que o demandado seja convidado a acompanhá-lo.

A ausência de citação do demandado é, não há dúvidas, vício gravíssimo, na medida em que, como já adiantado, impede o exercício da garantia constitucional ao contraditório e, conseqüentemente, a sujeição do demandado à autoridade de eventual comando jurisdicional de mérito.

Mas, mesmo nessa situação, a atividade jurisdicional pode ser útil ao demandado, o que ocorrerá diante da improcedência do pleito do demandante. Se isso se verificar, o demandado receberá sem custos e esforços a melhor prestação jurisdicional que poderia buscar se tivesse integrado a relação processual. Nesse cenário, qual seria a utilidade de se reconhecer a inexistência da sentença quando, como visto, processo houve? Metodologicamente, parece ser mais adequado buscar outra solução para o problema, capaz de evitar prejuízos ao mesmo tempo em que se garante eficiência à atividade jurisdicional.

Isso se resolve no campo da eficácia da sentença. Reconhecendo a existência de processo e levando em consideração que sem prejuízo não há invalidade, nas situações em que o demandado é preterido mas a sentença lhe favorece, é mais adequado aceitar a validade da sentença. Poderá o demandado opor o comando da sentença ao demandante, quem estará sujeito à sua autoridade.

Caso, por outro lado, a sentença seja desfavorável ao demandado, o processo será da mesma forma existente, mas maculado por vício de invalidade, capaz de levar a sentença e todos os atos anteriores à desconstituição. Uma vez transposto o prazo legal para tanto, a eficácia dessa sentença ainda assim não atingirá o demandado uma vez que,

diante dos limites subjetivos da coisa julgada, somente se imporá àqueles que participaram do processo. Poderá o demandado, assim, resistir por qualquer forma, assim como buscar comando jurisdicional contrário à decisão oriunda de processo de que não tenha participado.

Isso resolve o problema de forma mais eficiente, aproveitando-se atos processuais viciados nas hipóteses em que, não obstante o mal, atingem sua finalidade. É isso expressão máxima dos Princípios da Instrumentalidade e da Efetividade do Processo.

No que toca ao litisconsórcio necessário, a questão se resolve de forma semelhante: se, não obstante a necessidade, o objeto do processo não for unitário, a sentença será existente, válida e eficaz entre as partes que participaram da contenda, mas será ineficaz ao sujeito preterido. Como o objeto da demanda é divisível entre os sujeitos da relação passiva, haverá comandos independentes a eles direcionados.

Já diante de litisconsórcio necessário e objeto unitário, a eficácia se manifestaria da mesma forma entre todos que deveriam figurar no mesmo polo. A indivisibilidade do objeto impede a sentença de ser eficaz perante uns e não perante outros. Mas, note-se que, se a sentença for favorável a esse polo da demanda, poderá ser oposta ao polo contrário tanto pelos que participaram quanto pelos que não participaram. Com relação a esse polo, a sentença é eficaz.

V.3. Vícios na atividade do árbitro passíveis de controle externo secundário

V.3.a. A equivalência entre as hipóteses previstas na Lei de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque e sua similaridade com as hipóteses de controle externo primário

Em nossa ordem jurídica, a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras é disciplinada pela Lei de Arbitragem, que veio à tona em 1996, assim como pela Convenção de Nova Iorque, promulgada em 2002. Isso poderia gerar discussões

relacionadas à sobreposição de hipóteses de denegação de homologação a sentenças alienígenas, ou então à revogação das disposições daquela por esta.

Fato é que nosso legislador, consciente da importância de inserir o Brasil na trilha internacional de tratamento uniforme das sentenças arbitrais, já se espelhou na Convenção de Nova Iorque ao editar, ainda em 1996, a nossa Lei de Arbitragem⁶⁴⁹. Nessa esteira, as hipóteses de controle previstas no artigo V da Convenção de Nova Iorque são rigorosamente as mesmas que as previstas nos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem e levam, conseqüentemente, a um idêntico controle externo secundário da atividade do árbitro.

Analisando-se tais disposições, também se verifica que o controle externo secundário da atividade do árbitro se dá em hipóteses similares às que autorizam o controle externo primário, demonstrando uma preocupação equivalente em se garantir que a arbitragem (i) seja consensual; (ii) respeite os limites dentro dos quais é autorizada; e (iii) observe os preceitos próprios do Devido Processo Legal.

Isso é adequado inclusive porque, se o objeto do controle externo secundário da atividade do árbitro é admitir que uma sentença estrangeira surta efeitos e eficácia dentro da nossa ordem jurídica, tais como surtem as sentenças fruto de arbitragens com sede no Brasil (capítulo IV.3), correto que as mesmas condições impostas para que as sentenças brasileiras prosperem em nossa ordem jurídica sejam impostas às sentenças alienígenas.

É bem verdade que o controle em si não ocorre de forma similar, sendo o controle secundário imperioso para que a sentença alienígena seja internalizada, enquanto a sentença oriunda de arbitragem com sede no Brasil já surte efeitos e eficácia independentemente de qualquer homologação judicial. Assim, é possível que as sentenças nacionais nunca venham a passar por qualquer controle externo.

Mas, isso ocorre justamente porque a sentença alienígena está fundada em outra ordem jurídica, o que justifica que, para que possa ser cumprida e respeitada no

⁶⁴⁹CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 463/464.

Estado de destino, promova-se uma avaliação de certos requisitos exigidos pela ordem jurídica de destino⁶⁵⁰. Por outro lado, o controle externo primário da atividade do árbitro, que visa a verificar a adequação da sentença com a ordem jurídica de origem, também poderá ocorrer e, caso venha a repudiar a sentença, isso deverá ser respeitado no destino (capítulo II.2.a).

Na mesma linha já desenvolvida para o controle externo primário, as hipóteses de denegação de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras – ou seja, dentro das quais o controle externo secundário é admitido – também devem ser tratadas como taxativas⁶⁵¹. Seja porque a regra é que o Poder Judiciário se mantenha afastando dos conflitos submetidos à arbitragem, seja porque, pelo quanto já exposto, tais hipóteses garantem que somente serão homologadas sentenças fruto de atividade arbitral desenvolvida em compatibilidade com nossa ordem jurídica, não há porque se estender o controle para além do quanto expressamente previsto.

Da mesma forma, é adequado estabelecer a regra de que – aqui até com mais razão do que no controle externo primário – o objetivo do exercício homologatório da sentença arbitral não deve ser a revisão do mérito da sentença⁶⁵², mas sim, e conforme já dito, avaliar se a arbitragem e a sentença que dela adveio são compatíveis com requisitos exigidos pela nossa ordem jurídica.

Não obstante, novamente aqui, haverá situações em que o mérito da sentença acabará sendo avaliado. Com relação ao controle da atividade do árbitro, é a já mencionada hipótese em que há pedido da parte direcionado à convenção arbitral. No que toca ao resultado da arbitragem (e embora isso não deva ser aqui estudado), pode-se imaginar hipóteses de comandos jurisdicionais expressamente contrários a preceitos públicos de relevante valor social, tais como o clássico exemplo extraído do Mercador de

⁶⁵⁰ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 81.

⁶⁵¹Também nesse sentido: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 24; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 52

⁶⁵²No mesmo sentido: BAPTISTA, Luis Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex editora. 2011. p. 281; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 123; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 53.

Veneza (condenar o sujeito cumprir obrigação com carne própria). Nesse caso, o controle se daria por meio da hipótese de ofensa à ordem pública (capítulo V.3.b.4)

Nesse contexto, a análise específica das hipóteses de controle externo secundário da atividade do árbitro seguirá a mesma estrutura apresentada para a análise das hipóteses de controle externo primário, salvo no que toca a à ofensa à ordem pública, que não encontra correspondência no controle externo primário e será abordada ao final.

V.3.b. Análise específica dos vícios na atividade do árbitro que admitem controle externo secundário

V.3.b.1. O controle da consensualidade da arbitragem

Como adiantado, de forma similar ao que ocorre no controle externo primário da atividade do árbitro, nosso ordenamento jurídico exige que, para que uma sentença arbitral alienígena surta efeitos perante nossa ordem jurídica, seu desenvolvimento tenha sido fruto de consenso entre as partes. Isso está expresso no artigo 38, incisos II e IV da nossa Lei de Arbitragem, assim como no artigo 5(1)(a) e 5(1)(c) da Convenção de Nova Iorque, segundo os quais o pedido homologatório deve ser julgado improcedente se restar demonstrado que a convenção em que embasada a arbitragem é irregular⁶⁵³ ou que não há convenção submetendo o litígio à arbitragem⁶⁵⁴.

Destaca-se que os dispositivos expressamente reconhecem que a regularidade da convenção é regida pela ordem jurídica da sede da arbitragem⁶⁵⁵. Assim, se, a título de exemplo, a ordem jurídica de origem admitir manifestações de vontade tácitas e já no

⁶⁵³CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 469; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 136/146.

⁶⁵⁴CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 471/472; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 154/160.

⁶⁵⁵Reitera-se aqui o quanto dito no capítulo II.2.a acerca do disposto no artigo V(e) da convenção de arbitragem. Ao submeterem a regularidade da convenção arbitral à lei eleita pelas partes ou à lei do Estado em que proferida a sentença, os dispositivos estão apenas ressaltando a possibilidade de arbitragens estarem sujeitas a determinada ordem jurídica ainda que a sentença arbitral não tenha sido lá proferida. É, como dito, o que se denomina sede jurídica da arbitragem.

curso do processo arbitral, tal como ocorre entre nós (capítulo III.5), o Superior Tribunal de Justiça deve levar tal fator em consideração ao avaliar a consensualidade da atividade arbitral cujo resultado está sendo submetido ao juízo homologatório.

A ressalva é pertinente pois já se encontra, no Superior Tribunal de Justiça, julgados de improcedência de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras oriundas de arbitragens que teriam por base convenções objeto de consentimento “tácito”, extraídos da conduta adotada pela parte. É o caso do acórdão oriundo da SEC 978-EX, no âmbito do qual restou consignado que a manifestação de vontade por arbitrar “pode se dar em instrumento apartado ou no próprio contrato, desde que haja anuência expressa específica em relação à cláusula compromissória, não se admitindo, pois, anuência tácita ou implícita, por se tratar de exceção à regra de jurisdição estatal”⁶⁵⁶.

Com a devida vênia, a questão urge reflexão mais profunda, seja porque a regularidade da convenção arbitral deve ser avaliada com base nos requisitos próprios da ordem jurídica a que vinculada a arbitragem⁶⁵⁷, seja porque, como já reiterado, mesmo entre nós a exigência relacionada à assinatura no instrumento da convenção não deve prevalecer. O consentimento da parte quanto à arbitragem pode sim ser extraído de suas condutas, inclusive de sua submissão à arbitragem sem arguir vícios na jurisdição do árbitro.

Tal como visto na abordagem do controle externo primário, o disposto nos artigos 38, inciso II, da Lei de Arbitragem e 5(1)(c) da Convenção de Nova Iorque também bastam para fundamentar a improcedência do pleito homologatório de sentenças arbitrais fruto de arbitragens que não estejam embasadas em qualquer convenção. A *ratio* desse controle é investigar a consensualidade da arbitragem e é com tal fim que os dispositivos a ele relacionados devem ser aplicados.

Ademais, a homologação parcial ali disposta representa tratamento análogo ao já abordado acerca da desconstituição e declaração de inexistência/ineficácia de sentenças arbitrais nacionais. O provimento é dirigido ao comando da sentença e, havendo na

⁶⁵⁶Min. Rel. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJ. 17.12.2008.

⁶⁵⁷E, na fundamentação do acórdão, consta remissão expressa à nossa Lei de Arbitragem como premissa para a conclusão de que a convenção deveria estar assinada pelas partes.

sentença capítulos independentes, nada impede que alguns sejam homologados e outros não, assim como é possível que alguns sejam desconstituídos e outros não.

É isso o que representa a assim denominada homologação parcial da sentença arbitral estrangeira, admitida pelo artigo 5(1)(c) da Convenção de Nova Iorque e, a *contrario sensu*, pelo artigo 38, inciso IV, da Lei de Arbitragem.

Já o inciso V do artigo 38⁶⁵⁸ da Lei de Arbitragem e o artigo 5(1)(d) da Convenção de Nova Iorque⁶⁵⁹ protegem consensualidade da arbitragem ao, da mesma forma que acontece no âmbito do controle externo primário, justificarem a denegação de homologação a sentenças fruto de arbitragens que não tenham sido constituídas de acordo com o avençado entre as partes. Reitera-se aqui que isso representa elemento essencial da vontade manifestada pelas partes em prol da arbitragem e, por isso, é correto que arbitragens em desconformidade com tais preceitos sejam repreendidas ou, quando submetidas a outras ordens jurídicas, suas sentenças não sejam homologadas.

Por tal razão, e na linha exposta no capítulo V.2.d.1, é correto que o trecho “ou o procedimento arbitral” constante no artigo o artigo 5(1)(d) da Convenção de Nova Iorque seja interpretado como procedimento para eleição do árbitro, impedindo a homologação das sentenças fruto de arbitragens em que figure como árbitro indivíduo que não tenha sido eleito de acordo com o procedimento estabelecido pelas partes. Eventuais outros desvios em relação ao procedimento arbitral não devem admitir sanção externa⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸“V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

⁶⁵⁹“d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu”.

⁶⁶⁰É essa, também, a posição de ANDRÉ ABBUD: “Logo, se o direito interno brasileiro não estipula como óbice à homologação o confronto entre o acordo de arbitragem e o trâmite do procedimento arbitral (após a formação do *iudicium*), essa circunstância não deve ser reputada exigível para que o laudo seja reconhecido no país. Diante da prevalência da regra mais benéfica, somente se o tribunal arbitral houver sido instaurado em dissonância com o acordo ou, no silêncio deste, com a lei do país em que ocorreu a arbitragem, pode ser invocada a causa obstativa em comento” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 162).

V.3.b.2. O controle das limitações legais ao exercício da arbitragem

Os limites subjetivos e objetivos dentro dos quais a arbitragem é admitida estão resguardados pelo controle externo secundário por meio do inciso I do artigo 38 e do inciso I do artigo 39 da Lei de Arbitragem, assim como pelos artigos 5(1)(a) e 5(2)(a) da Convenção de Nova Iorque.

A arbitrabilidade subjetiva é tratada de maneira unitária, impedindo-se a homologação de sentenças arbitrais oriundas de arbitragens envolvendo incapazes, independentemente da ordem jurídica a que submetidas ou destinadas (art. 38, inciso I, da Lei de Arbitragem e art. 5(1)(a) da Convenção de Nova Iorque). Isso está em sintonia com o já mencionado consenso em âmbito internacional no que toca à contratualidade da arbitragem. Como a jurisdição privada é sempre consensual, incapazes nunca poderiam dela participar e isso admite um tratamento unificado da questão⁶⁶¹.

Já a arbitrabilidade objetiva é fruto de leves variações, o que impede tratamento similar. Além disso, ao contrário do que ocorre com a regularidade da convenção arbitral, a arbitrabilidade objetiva do litígio deve, também no âmbito do exercício homologatório, ser avaliada de acordo com as regras da ordem jurídica de destino da sentença (art. 39, inciso I, da Lei de Arbitragem e 5(2)(a) da Convenção de Nova Iorque).

Isso é correto porque, como visto, tal questão envolve os limites dentro dos quais a ordem jurídica admite a jurisdição privada, sendo inclusive inexistentes as decisões arbitrais que desrespeitem tais condições. Se a ordem jurídica não autoriza a jurisdição privada para determinados conflitos, é correto que também não admita que sentenças alienígenas fruto de arbitragens a eles relacionadas produzam eficácia e efeitos⁶⁶².

⁶⁶¹Na mesma esteira: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 465; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 131/132.

⁶⁶²Também nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 475/476; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 201.

Isso significa que, perante a ordem jurídica brasileira, somente poderão circular sentenças arbitrais que envolvam litígios patrimoniais e disponíveis. A questão possui relevância coletiva, pois voltada à reserva de jurisdição estatal a determinados conflitos, devendo ser tratada como norma cogente e inderrogável.

V.3.b.3. O controle do Devido Processo Legal

No que toca ao Devido Processo Legal, a Lei de Arbitragem e a Convenção de Nova Iorque tratam apenas do Contraditório, respectivamente em seus artigos 38, inciso III e 5(1)(b). Nos termos de ambos, tanto a ausência de convite dos sujeitos passivos da relação processual a participarem da arbitragem quanto a concessão de oportunidade para adequado exercício do direito de defesa por aqueles que figuraram como partes na arbitragem justificam o julgamento de improcedência do pleito homologatório.

Tal qual expressamente previsto no artigo 39, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a citação pode ocorrer de acordo com o quanto estipulado pelas partes na convenção de arbitragem, ou ainda com a lei aplicável ao processo arbitral, sem que haja ofensa a questão de ordem pública. Inclusive como expressamente ressalvado no aludido dispositivo, a citação pode ocorrer por correspondência, sendo impraticável e desnecessária a utilização de carta rogatória, como já estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁶³.

Ao contrário do que ocorre no âmbito do controle externo primário, no âmbito do controle externo secundário, nosso ordenamento jurídico não faz referência à igualdade entre as partes e à imparcialidade do julgador. Mas, como no visto no capítulo V.2.d.3, em âmbito processual, a igualdade e o contraditório estão intimamente ligados. O tratamento concedido às partes deve ser proporcional à sua desigualdade justamente

⁶⁶³SEC 10658 / EX, Min. Rel. HUMBERTO MARTINS, Corte Especial, DJ. 1.10.2014; SEC 8847 / EX, Min. Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, DJ. 20.11.2013; SEC 6760 / EX, Min. Rel. SIDNEI BENETI, Corte Especial, DJ. 25.4.2013; Há, no entanto, um julgado de 2006 de improcedência de pleito homologatório dentre outras razões porque a citação não foi efetivada via rogatória (SEC 833 / US, Min. Rel. LUIZ FUX, Corte Especial, DJ. 16.8.2006). Diante do mais recente tratamento dado à questão, esse entendimento parece ter sido superado. Isso é correto, primeiro diante do quanto expressamente previsto em Lei, e segundo porque painel arbitral é um órgão privado, que nunca poderia se valer de uma carta rogatória para atos de cooperação internacional.

para que, litigando em pé de igualdade, tenham condições equivalentes de expor e provar seus argumentos.

Mas, diante de eventual desrespeito à igualdade entre as partes que não tenha necessária correlação com o contraditório, o pleito homologatório poderá ser julgado improcedente por ofensa à ordem pública (capítulo V.3.b.4), já que o Devido Processo Legal e os preceitos a ele relacionados devem como tal ser tratados.

Em relação à imparcialidade do árbitro, a ausência de qualquer referência específica impede que tal questão seja objeto de controle externo pois, como visto no capítulo III.5, no âmbito da arbitragem, tal questão não deve ser erigida à condição de ordem pública. A eleição de julgadores se encontra na esfera dispositiva das partes, que podem eleger até mesmo sujeito que possua relação caracterizada como de impedimento com o adversário. Se, ciente disso, a parte concorda expressamente ou não se opõe à permanência do julgador no painel arbitral, não deve o Judiciário intervir na questão.

Isso não significa que, mesmo nos casos de expressa discordância da parte, a presença de julgador potencialmente imparcial no órgão arbitral deve ser menosprezada. Mas, para isso, o controle interno e o controle externo secundário terão que atuar. Se a questão não é reconhecida nem em âmbito interno nem pelo Judiciário da sede da arbitragem, não há como controle externo secundário se voltar a ela.

V.3.b.4. O controle da inobservância a questões de ordem pública

A ampla adesão internacional à Convenção de Nova Iorque leva, ao menos em tese, a uma uniformidade internacional no que se refere ao tratamento da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, sendo esse inclusive um dos seus objetivos. É de se esperar que, com a sua observância por parte das Cortes dos Estados que a ratificaram, a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras seja concedida ou denegada de forma relativamente similar entre tais Estados.

Mas, de forma a garantir uma reserva individual a cada Estado no que toca à apreciação da compatibilidade entre a sentença arbitral estrangeira e preceitos

fundamentais da sua ordem jurídica, a Convenção de Nova Iorque prevê em seu artigo V(2)(d), que o pleito homologatório deve ser julgado improcedente se restar constatada ofensa a questão de ordem pública, o que é replicado pela Lei de Arbitragem em seu artigo 39, inciso II.

A hipótese é, sem dúvidas, extremamente aberta, funcionando como uma válvula de escape⁶⁶⁴ para quaisquer outras possíveis incompatibilidades entre a sentença homologanda e a ordem jurídica de destino que, por ventura, já não estejam resguardadas pelas demais hipóteses de denegação previstas na convenção e na nossa lei. .

Isso torna espinhosa a delimitação dessa hipótese de controle externo secundário da atividade do árbitro. O conceito de ordem pública é instável e controverso na doutrina⁶⁶⁵, variando também de acordo com ramo do direito no âmbito do qual tratada⁶⁶⁶, assim como com a evolução das relações sociais⁶⁶⁷, inclusive processuais⁶⁶⁸.

A completa investigação do conceito de ordem pública, com todas as suas variações – inclusive temporais –, escapa ao objeto e aos limites desse estudo. Com tal ressalva, para os fins aqui tratados, parece suficiente que ordem pública seja definida como aquela gama de princípios e normas que são consideradas cogentes por decorrência de sua relevância para a convivência e o desenvolvimento social⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴Também nesse sentido: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 204; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 70.

⁶⁶⁵ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 204; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 5.

⁶⁶⁶APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 5/13.

⁶⁶⁷Um ótimo exemplo disso é o da escravidão, prática que já foi aceita e inclusive incentivada em nossa ordem jurídica, mas, atualmente, é abominada, a ponto de sua proibição ser indiscutivelmente considerada questão de ordem pública.

⁶⁶⁸Basta pensar na relevância que o Projeto de novo Código de Processo Civil confere aos precedentes e à uniformização da jurisprudência, mitigando substancialmente valor que, há algumas décadas, chegava às raízes do intocável: o livre convencimento do julgador.

⁶⁶⁹Próximos são os conceitos apresentados por DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 71); CARMONA (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 70); e ABBUD (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 204).

Justamente por isso que, no campo do processo, são tratadas como de ordem pública aquelas regras que visam garantir a ética, probidade e transparência do mecanismo, para que possa alcançar justa composição dos conflitos; ou seja, as regras do Devido Processo Legal.

Essa conceituação, igualmente ampla, permite que se compreenda o objetivo do preceito ora estudado, encontrando-se, assim, sua real função: obstar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais que sofram de eventual incompatibilidade com a ordem jurídica *ad quem* por razões que não se encaixem na lista fechada trazida pela Convenção de Nova Iorque e pela Lei de Arbitragem.

Parece ser justamente isso o que a Convenção de Nova Iorque objetivou ao, após trazer um rol taxativo de hipóteses de denegação de homologação, encerrar a lista com conceito de tal forma amplo: evitar que a evolução das relações sociais ou as especificidades de cada Estado que viesse a aderir à convenção acabasse justificando, por razões então não concebidas, a denegação de homologação. Com isso, estabeleceu-se a ofensa à ordem pública como saída para que, em tais situações, as Cortes Judiciais possam rejeitar determinada sentença arbitral estrangeira sem ferir a Convenção de Nova Iorque.

Mas isso também não pode ser motivo para que, embasando-se em ofensa à ordem pública, as Cortes Judiciais passem a ignorar a *ratio* e a lógica da Convenção de Nova Iorque, que é facilitar a circulação de sentenças arbitrais estrangeiras, atribuindo-lhes um tratamento, dentro do possível, uniforme em âmbito internacional. O correto é que as Cortes tenham isso em mente e se valham da ofensa à ordem pública somente quando, realmente, a arbitragem e seu fruto estejam em dissonância com valores essenciais de suas respectivas ordens jurídicas.

Isso justifica que a hipótese seja tratada como subsidiária e excepcional, funcionando justamente da forma como concebida: tão somente para justificar uma insuperável incompatibilidade.

Também nessa linha, é correta a assertiva doutrinária de que a ordem pública a ser protegida é aquela aplicável às relações internacionais de cada Estado, e não às

relações nacionais⁶⁷⁰. Afinal, é no seio de tais relações que o exercício homologatório de sentença arbitral estrangeira se encontra. Note-se: não se trata de aplicar a ordem pública compartilhada pelas nações civilizadas, mas sim de se aplicar os princípios e regras de relevante valor social destinados às relações com outras nações.

É isso o que se entende por ordem pública “nacional” para fins de homologação de sentença arbitral estrangeira: a aplicação dos preceitos fundamentais próprios de cada nação (por isso, nacional), mas destinados às relações internacionais.

No que toca ao objeto desse estudo, o enfrentamento dessa questão parece estar novamente relacionado à *ratio* da existência de mecanismos de controle da atividade do árbitro – especialmente controle externo – que é garantir que a arbitragem se desenvolva dentro dos limites e das condições estabelecidas pela nossa ordem jurídica. Havendo observância a tais condições, a arbitragem deve prevalecer, sem qualquer reprimenda externa. Por consequência lógica, arbitragens alienígenas que observem tais preceitos serão compatíveis com a nossa ordem jurídica.

Como visto nos capítulos anteriores, tais questões já estão em sua quase integralidade protegidas pela Lei de Arbitragem e pela Convenção de Nova Iorque ao definirem as demais hipóteses em que o controle externo secundário é admitido. Poderia se excetuar apenas a observância à igualdade entre as partes que, no entanto, está intimamente ligada ao contraditório. Por decorrência disso, a ofensa à ordem pública acabará reservada a incompatibilidades relacionadas ao resultado da arbitragem, podendo-se aqui citar a inobservância ao princípio do livre convencimento do julgador, violado, por exemplo, diante de prevaricação, concussão, ou corrupção passiva.

De qualquer sorte, eventual questão relacionada à atividade do árbitro que extrapole os limites e condições dentro dos quais a arbitragem é admitida entre nós e não se encaixe nas demais hipóteses de controle previstas na Lei de Arbitragem e na

⁶⁷⁰APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 53/56; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 70. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 208

Convenção de Nova Iorque poderá ser controlada com base na hipótese de ofensa à ordem pública.

O importante é que, em regra, se promova uma avaliação das arbitragens estrangeiras com os limites e condições básicos dentro dos quais é admitida em nossa ordem jurídica. Se isso estiver configurado, seja pela inaplicabilidade das demais hipóteses, seja pela inocorrência de desrespeito à ordem pública, a sentença deverá ser homologada.

VI. SÍNTESE CONCLUSIVA

No curso deste trabalho, procurou-se abordar de que forma a atividade do árbitro pode ser controlada. Para tanto, considerou-se possíveis vícios manifestados desde a assunção da função de arbitrar e em todo o desenvolvimento do processo, excluindo-se, por consequência, vícios verificados exclusivamente na resposta jurisdicional entregue pelo árbitro.

Isso se mostrou adequado para o desenvolvimento do trabalho na medida em que, como se procurou demonstrar, os vícios relacionados à atividade do árbitro são objeto de um sistema de controle com especificidades bastante diversas das constatadas no âmbito do processo judicial e também em parte das constatadas para o controle de vícios verificados especificamente na resposta jurisdicional do árbitro.

Inicialmente, como visto no capítulo II, os órgãos responsáveis por esse controle podem variar em âmbito interno, a depender da vontade das partes. Para além do controle exercido pelo próprio árbitro, as partes podem estabelecer outros órgãos de controle da atividade do árbitro, os quais podem se consubstanciar em painéis arbitrais de revisão, mas também em órgãos que não são dotados de poder jurisdicional.

Embora esse controle exercido por um órgão não dotado de poder jurisdicional - capaz até mesmo afastar determinado árbitro no curso da arbitragem - tenha gerado certa perplexidade inicial, a investigação da questão demonstrou que isso não passa de consequência da própria consensualidade da arbitragem, que também se traduz na liberdade das partes quanto à eleição de seus julgadores e, consequentemente, na entrega de tal tarefa a terceiros. Se as partes podem entregar a um terceiro a função de eleger árbitros, é lógico e correto que também possam lhe atribuir o papel de destituí-los.

Ainda acerca dos órgãos responsáveis pelo controle da atividade do árbitro, foi visto que há, em âmbito externo, um sistema de competência internacional coordenada para o controle de atividade do árbitro, cabendo ao Judiciário da sede da arbitragem a função de impedir o seu desenvolvimento ou reprimir o seu resultado, enquanto que às cortes estatais dos demais Estados aos quais a parte pretende levar a sentença arbitral cabe

avaliar se tais sentenças são compatíveis com suas respectivas ordens jurídicas, para que possam ser a elas integradas.

Isso está em consonância com o disposto na Convenção de Nova Iorque e leva a um exercício harmônico e coordenado do controle da atividade do árbitro, impedindo conflito de decisões jurisdicionais com o mesmo objetivo e alcance.

Mas, é no que toca ao momento para o seu exercício que o controle da atividade do árbitro adquire feições próprias não apenas em relação de controle da jurisdição estatal, mas também em relação ao controle da resposta jurisdicional entregue pelo árbitro.

Como visto no capítulo III, há uma relação de temporalidade entre o controle interno e externo da atividade do árbitro, segundo a qual o controle externo é em regra postergado para o final da arbitragem, enquanto que o controle interno deve se dar, em regra, de forma imediata. Isso ocorre por força do assim denominado Princípio *Kompetenz-Kompetenz* que, em razão de seu efeito positivo, atribui tal função ao árbitro e, por força de seu efeito negativo – aspecto de maior relevância – impede do Poder Judiciário de intervir em questões relacionadas à atividade do árbitro até que concluída a arbitragem.

Nessa linha, questões relacionadas à regularidade da convenção arbitral não podem ser submetidas ao Judiciário mesmo que ainda não haja arbitragem em curso, devendo a parte interessada iniciar o processo arbitral para, então, submeter a questão ao árbitro, buscando o provimento jurisdicional pretendido.

Tal interferência prematura somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais; naquelas em que o vício na convenção arbitral pode ser aferido mediante provas pré-constituídas ou naquelas em que a parte não possui condições financeiras de iniciar o processo arbitral para demonstrar que a convenção arbitral a que supostamente vinculada é irregular e não basta para afastar o Judiciário da solução de seus conflitos.

Ainda, e como complemento a essa relação temporal, restou demonstrado que há também uma relação de dependência entre o controle externo e o controle interno, de sorte que o controle externo somente deve ser admitido se o vício na atividade do árbitro

tiver, em regra, sido submetido inicialmente ao controle interno. Isso vale não apenas para o painel arbitral original, mas também para eventuais painéis recursais que, mediante o procedimento estabelecido entre as partes, possam ser acionados. As exceções a essa regra seriam aqueles vícios que levem à inexistência/ineficácia da convenção arbitral, que podem ser reconhecidos a qualquer tempo e independentemente de tal condição, assim como as hipóteses em que partes desavisadas e mal assessoradas são ludibriadas por supostas câmaras de arbitragem que se fazem passar por órgãos do Poder Judiciário, adotando condutas que podem até chegar a ser criminosas.

Nessa esteira de ideias, os vícios na atividade do árbitro devem, inclusive, ser submetidos ao controle interno na primeira oportunidade possível, sob pena de preclusão, excetuando-se, nesse caso, apenas questões que devem, no âmbito da arbitragem, ser tratadas como de ordem pública.

Isso tudo, atuando conjuntamente, visa a garantir efetividade à arbitragem, permitindo que tal mecanismo se desenvolva sem interferências externas que possam travar seu andamento – inclusive aquelas adotadas eventualmente de má-fé – assim como colaborar para a qualidade das decisões relacionadas a tal controle, com a apreciação de vícios na atividade do árbitro pelo próprio árbitro.

Diante disso, o controle externo primário da atividade do árbitro deve em regra ocorrer dentro do decadencial previsto na Lei de Arbitragem (90 dias), a ser iniciado com a notificação das partes acerca do resultado da arbitragem. Findo tal prazo, somente vícios que levem à inexistência ou ineficácia da sentença arbitral admitem controle externo primários. Da mesma forma, o controle externo secundário da atividade do árbitro ocorre também uma vez finda a arbitragem, quando a sentença arbitral se tornar definitiva e vier a ser postulada a sua homologação.

Com base nesses preceitos, o capítulo IV abordou os mecanismos mediante dos quais a atividade do árbitro pode ser controlada, tanto em âmbito interno quanto em âmbito externo primário e secundário, passando-se, no âmbito do controle externo primário, pelos mecanismos de controle da atividade do árbitro em seu momento próprios, assim como por aqueles mediante os quais tal controle é exercido de forma prematura e retardada.

Finalmente, o capítulo V foi destinado aos vícios na atividade do árbitro que admitem controle, segregando-os em vícios que admitem controle interno, externo primário, e externo secundário.

Nesse ponto, procurou-se demonstrar que, enquanto em âmbito interno a atividade do árbitro admite controle da forma mais ampla possível, englobando todos os possíveis vícios que possam se manifestar, o controle externo primário e secundário são objeto de forte limitação, sendo admitidos apenas dentro das listas fechadas previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem para o controle primário, e nos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem e 5(1) e 5(2) da Convenção de Nova Iorque para o controle secundário.

Nesses termos, espera-se ter estudado e sistematizado adequadamente o controle da atividade do árbitro, em suas principais facetas: (i) os órgãos responsáveis pelo controle, (ii) o momento para o controle, (iii) os mecanismos de controle, e (iv) os vícios que admitem controle.

VII. REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas. 2008.

AEBERLI, Peter. *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*. Arbitration International. Kluwer Law International. v. 21 Issue 3. 2005.

ALMEIDA, Edson Oliveira. *Cláusula compromissória inserida em contrato não-assinado pelas partes. Validade*. In Revista de Arbitragem e Mediação. n° 8. ano 3. Janeiro-março de 2006.

ALVES, Rafael. *A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia Privada ou devido processo legal?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 109 | Out / 2005 DTR\2005\604.

_____. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. (em coautoria). *Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral*. Obtido em revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 DTR\2014\586.

ANCEL, Bertrand. *O Controle de Validade da Convenção de Arbitragem: O Efeito Negativo da “Competência-Competência”*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 6. Abr-Mai-Jun 2005. Porto Alegre: Síntese.

ANDREWS, Neil. *Global perspectives on commercial arbitration (parte 1)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 201 | p. 249 | Nov / 2011 DTR\2011\4800.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas. 2011.

ARAÚJO, Nádia de. *O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 27 | p. 265 | Out / 2010 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 6 | p. 1003 | Jun / 2011 DTR\2010\749.

ARMELIN, Donaldo. *A ação declaratória em matéria arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 108 | Abr / 2006 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 893 | Set / 2014 DTR\2006\233.

_____. *Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 1. nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. a abril/2004.

ASSIS, João Afonso de. *A nulidade de cláusula arbitral, os princípios da autonomia da Cláusula compromissória e da kompetenz-kompetenz*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10/12. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 4 | p. 231 | Jan / 2005DTR\2011\2853.

AZEVEDO, Luiz Carlos de (em coautoria). *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

BALL, Markham. *The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration*. In Arbitration International. Volume 22. Issue 1. 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

BAPTISTA, Luis Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex editora. 2011.

_____. *Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação da sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 36/2013 | p. 199 | Jan / 2013 DTR\2013\2506.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

_____. *Execução fiscal – “exceção de pré-executividade”*. In Revista Forense. V. 376.

_____. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense. 1972.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1968.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Princípios orientadores principais da nova Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) Portuguesa*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 37/2013 | p. 413 | Abr / 2013 DTR\2013\3480.

BARROS, Octávio Fragata M. de. *Reflexões Acerca dos Efeitos Infringentes dos Embargos Arbitrais*. In. Revista Brasileira de Arbitragem. n° 9 (Jan-mar/2006). Porto Alegre: Síntese

BASILIO, Ana Tereza Palhares (em coautoria). *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 4. N° 14. Julho-Setembro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth*. *ASA Bulletin*. Association Suisse de l'Arbitrage. Kluwer Law International. Volume 31. Issue 2. 2013.

BENETTI, Giovana Valentiniano (em coautoria). *O consensualismo como fundamento da arbitragem e os Impasses decorrentes do dissenso*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 10/11. Fonte original citada: Revista de Direito Empresarial | vol. 2/2014 | p. 303 | Mar / 2014DTR\2014\1436.

BOISSESON, Mathieu de. *As anti-suit injunction e o princípio da "competência-competência"*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 138 | Out / 2005DTR\2005\612

BONATO, Giovanni. *Arbitragem na Itália e na França. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 43. Jul-ago-set 2014.

_____. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*. Napoli: Jovene editore. 2012.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração e arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 181 | Jul / 2012DTR\2012\450619.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RSC. 2006.

BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*. 4ª ed. Kluwer Law International. 2013.

_____. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2014.

BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho (em coautoria). *O consensualismo como fundamento da arbitragem e os Impasses decorrentes do dissenso*. Obtido em Revista dos

Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Direito Empresarial | vol. 2/2014 | p. 303 | Mar / 2014DTR\2014\1436

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Da Competência Internacional e dos Princípios que a informam*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Processo, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

_____. *The Framework of the International Arbitration System: the Challenge Derived from the Improper Conduct of Judicial Courts*. In *International Arbitration: The Coming of a New Age?* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). ICCA Congress Series. Volume 17. Kluwer Law International. 2013.

BRODSKY, Jerry P. (em coautoria). *A seleção de árbitros nos procedimentos arbitrais: uma abordagem prática*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 20 | p. 193 | Jan / 2009. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 791 | Set / 2014DTR\2009\807.

BROZOLO, Luca G. Ricarti di. *The present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A pro-arbitration critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"*. In *Arbitration: The Next Fifty Years*. VAN DEN BERG, Albert (coord). ICCA Congress Series. V. 16. Kluwer Law International. 2012. p. 74.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 254.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei 9.307/96*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

CAPRASSE, Olivier. *A arbitragem e os grupos de Sociedades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 21 | p. 339 | Jul / 2003DTR\2003\339.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 1993.

_____. Apresentação à obra *A inadmissibilidade das medidas antiarbitrais no Direito Brasileiro*, ALVES, Rafael Francisco. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. *Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes *et al.* (Coord). São Paulo: Atlas. 2007.

_____. *Em torno do árbitro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 47 | Jan / 2011 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 681 | Set / 2014 DTR\2011\1296.

_____. *Ensaio sobre a sentença parcial arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 165 | p. 9 | Nov / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 663 | Set / 2014 DTR\2008\675.

_____. *O processo arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 21 | Jan / 2004 DTR\2004\8.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

_____. *Jurisdição e competência*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Aspectos processuais da nova lei de arbitragem*. Revista Forense. V. 339. ano 93. julho-setembro de 1997.

CAVALIERI, Thamar. *Imparcialidade na arbitragem*. Obtido em revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 41/2014 | p. 117 | Abr / 2014 DTR\2014\8919.

CHAN, Calvin. *Of Arbitral Institutions and Provisional Determinations on Jurisdiction, Global Gold case*. Arbitration International. Kluwer Law International. Volume 25. Issue 3. 2009.

CHARLWOOD, Susanna (em coautoria). *Challenges to Arbitration Awards*. In LEW. Julian D. M. BOR, Harris et al. (ed). Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland. Kluwer Law International. 2013.

CINTRA, Antônio Carlos De Araújo (em coautoria). *Teoria Geral Do Processo*. 22ª Ed. São Paulo: Melhoramentos. 2006.

COLAIUTA, Virginie. *The similarity of aims in the American and French legal systems with respect to arbitrators' powers to determine their jurisdiction*. In International Arbitration 2006: Back to Basics? VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). Kluwer Law International. 2007.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. V. 24. Kluwer Law International. 2012.

DAVID, Renata Brazil. *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. Volume 28. Issue 5. 2011.

DELVOLVÉ, Jean-Louis (em coautoria). *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2009.

DEYÀ, Federico S. *Incorporación de partes no signatarias al arbitraje*. In Revista de Arbitragem e Mediação, nº 7. ano 2. outubro-dezembro de 2005.

DIAS, Aline. *Extensão da atividade do Ministério Público como fiscal da lei na arbitragem comercial doméstica*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 43/2014 | p. 217 - 250 | Out - Dez / 2014DTR\2014\21101

DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. VAN DEN BERG, Albert (ed). ICCA Congress Series. Kluwer Law International. 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2013.

_____. *A Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. *Capítulos de Sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

_____. *Execução Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1993.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil II*. São Paulo: Malheiros. 2001.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros. 2001.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil IV*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. In Nova Era de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. *Litisconsórcio*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____. *Possibilidade de emendas e alterações a pedidos e o princípio da estabilização no procedimento arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 35/2012 | p. 227 | Out / 2012. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 67 | Set / 2014 DTR\2012\451122

_____. *Relativizar a coisa julgada material*. In Nova era de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. (em coautoria). *Teoria Geral Do Processo*. 22ª Ed. São Paulo: Melhoramentos. 2006.

FALECK, Diego (em coautoria). *Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral*. Obtido em revista dos Tribunais Online. p. 4/5. Fonte original citada: Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 DTR\2014\586.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas. 2008.

_____. *Suspeição e impedimento em arbitragem. Sobre o dever de Revelar na lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28 | p. 65 | Jan / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 969 | Set / 2014 DTR\2011\1297.

FICHTNER, José Antonio (em coautoria). *Temas de arbitragem*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

FONSECA, Rodrigo Garcia da (em coautoria). *Convenção de New York: atualização ou interpretação?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 18 | p. 50 | Jul / 2008 DTR\2008\883.

_____. *O mandado de segurança e a arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 13 | p. 11 | Abr / 2007 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 871 | Set / 2014 DTR\2007\874

_____. *O princípio competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 277 | Abr / 2006 DTR\2006\225.

_____. *Reflexões sobre a sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 40 | Jul / 2005 DTR\2005\393.

FONTES, André R.C. (em coautoria). *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 4. Nº 14. Julho-Setembro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Volume 1997. Issue 3. 1997.

GAILLARD, Emmanuel (em coautoria) (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Recentes notas sobre o impedimento no direito processual civil brasileiro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte Original Citada: Revista de Processo | vol. 174 | p. 82 | Ago / 2009DTR\2009\501.

GEE, Steven. *The Autonomy of Arbitrators, and Fraud Unravels All*. Arbitration International. Kluwer Law International. V. 22. Issue 3. 2006.

GIUSTI, Gilberto (em coautoria). *As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 49 | Out / 2005 Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 5 | p. 1209 | Fev / 2012DTR\2005\606.

GONZALEZ, Fernando Gomez de Liaño. *El proceso civil*. 3ª ed. Oviedo: Forum. 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

_____. *Homologação de Sentença Estrangeira*. São Paulo: Saraiva. 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky. 1975.

_____. (em coautoria). *Teoria Geral Do Processo*. 22ª Ed. São Paulo: Melhoramentos. 2006.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. *O Brasil como sede de arbitragens internacionais a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 119 | Jul / 2012DTR\2012\450629.

HANOTIAU, Bernard. *Groupes de sociétés et groupes de contrats dans l'arbitrage Commercial international*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 12 | p. 114 | Jan / 2007DTR\2007\860).

HASCHER, Dominique. *Les recours judiciaires concernant les sentences (reconnaissance, execution, annulation)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 12 | p. 136 | Jan / 2007DTR\2007\863.

HOSKING, James M. *The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent*. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal: Vol. 4: Iss. 3. Article 6. Disponível em: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/6>.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

KEE, Christopher. *Chapter 16: The Evolving Role of an Appointing Authority*. In KRÖLL, Stefan Michael *et alli* (ed). *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Kluwer Law International. 2011.

KRÖLL, Stefan M. (em coautoria). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. *Modernização da arbitragem: os ensinamentos da reforma francesa de 2011*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 29 | p. 105 | Abr / 2011DTR\2011\1781.

LAMAS, Natália Mizrahi. *Alguns preceitos aplicáveis à arbitragem internacional na França*. In In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 24. Out-Nov-Dez 2009. Porto Alegre: Síntese.

LEE, João Bosco. *Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 11. Jul-Ago-Set 2006. Porto Alegre: Síntese.

LEMES, Selma. *A sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 4 | p. 26 | Jan / 2005DTR\2005\779.

_____. *O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada. Quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1.º, da Lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da lei 9.307/1996)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 36/2013 | p. 231 | Jan / 2013 DTR\2013\2508.

_____. *Os "embargos arbitrais" e a revitalização da sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 37 | Jul / 2005 | DTR\2005\811.

_____. *Sete motivos para eleger a arbitragem em contratos empresariais e públicos*. In Revista Resultado. Março/abril 2008.

LEPORACE, Guilherme (em coautoria). *Cumprimento e impugnação da sentença arbitral no poder judiciário*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30 | p. 199 | Jul / 2011 | DTR\2011\2583.

LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International*. LCIA. Kluwer Law International. Volume 22. Issue 2. 2006.

_____. (em coautoria). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *L' Azione Per La Delibazione Delle Sentenze Straniere*. In Problemi del Processo Civile. Napoli: Morano. 1962.

LIMA, Felipe Esbroglio de Barros (em coautoria). *Dos efeitos da convenção de arbitragem no processo de execução*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4/5. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 31 | p. 17 | Out / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 1069 | Set / 2014DTR\2011\5126.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *A definição de sentença arbitral estrangeira*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 9 | p. 62 | Abr / 2006DTR\2006\220.

_____. (em coautoria). *Cumprimento e impugnação da sentença arbitral no poder judiciário*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30 | p. 199 | Jul / 2011 | DTR\2011\2583.

LONGO, Samantha Mendes. *Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado. Art. 4.º, § 1.º, da lei 9.307/1996*. Obtido em Revista dos Tribunais online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30 | p. 331 | Jul / 2011DTR\2011\2574).

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva. 2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 39/2013 | p. 39 | Out / 2013 | DTR\2013\10439.

MADEIRA FILHO, Victor (em coautoria). *A seleção de árbitros nos procedimentos arbitrais: uma abordagem prática*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 5. Fonte

Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 20 | p. 193 | Jan / 2009.
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 791 | Set / 2014DTR\2009\807

MAGALHÃES, José Carlos de. *A tardia ratificação da convenção de nova iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 18 | p. 24 | Jul / 2008Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 5 | p. 587 | Set / 2014DTR\2008\879

_____. *Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do stf para apreciação da validade em homologação*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 135 | Jan / 2004DTR\2011\4076.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso de Diritto Processuale*. v. III. 7ª ed. Torino: Giappichelli. 1989.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. v. II. 9ª ed. São Paulo: Millennium. 2003

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

_____. *Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 33/2012 | p. 245 | Abr / 2012DTR\2012\44752

_____. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

_____. *Poder Judiciário - Princípio da autonomia da cláusula compromissória - Princípio da competência-competência -Convenção de Nova Iorque - Outorga de poderes para firmar Cláusula compromissória - determinação da lei aplicável ao Conflito - Julgamento pelo tribunal arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 173 | Out / 2005DTR\2005\825.

MARTINS, Sofia. *A nova lei da arbitragem voluntária portuguesa (parte 1)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32 | p. 111 | Jan / 2012DTR\2012\2274.

MAYER, Pierre. *Seeking the middle ground of court control: a replay to I. N. Duncan Wallace*. LCIA. Kluwer Law International. v. 7. Issue 4. 1991.

MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011

MEDINA, José Miguel Garcia (em coautoria). *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MELO, Leonardo de Campos. *Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 55 | Jul / 2012DTR\2012\450628.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MISTELIS, Loukas A., (em coautoria). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003.

MONTEIRO, André Luís (em coautoria). *Temas de arbitragem*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar. 2010 p. 129.

NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

NUNES PINTO, José Emílio. *A confidencialidade na arbitragem*. Obtido em revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6 | p. 25 | Jul / 2005. DTR\2005\810.

_____. *A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição*. In Revista do Advogado nº 87, setembro de 2006.

_____. *Anulação de Sentença Arbitral infra petita, extra petita ou ultra petita*. In Arbitragem no Brasil – Aspectos Jurídicos Relevantes. Jobini, Eduardo, Machado, Rafael Bicca (Coord), São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2008.

_____ (Em coautoria). *Convenção de New York: atualização ou interpretação?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 18 | p. 50 | Jul / 2008DTR\2008\883.

_____. *Recusa e Impugnação de Árbitro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 2. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 80 | Out / 2007 DTR\2013\2633.

_____. *A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro*. In Revista Brasileira de Arbitragem. Nº 5. Jan-Fev-Mar 2005. Porto Alegre: Síntese.

_____ (em coautoria). *O Brasil como sede de arbitragens internacionais a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras*. Obtido em Revista dos Tribunais

Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 119 | Jul / 2012DTR\2012\450629.

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

PARK, Willian W. *Por que os tribunais revisam as decisões arbitrais*. Obtido em revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 161 | Set / 2004DTR\2004\528).

_____. *The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-kompetenz has crossed the atlantic?*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 9. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 11 | p. 142 | Out / 2006DTR\2006\579.

_____. *The lex loci arbitri and international commercial arbitration*. International and Comparative Law Quarterly. 1983.

PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. International and Comparative Law Quarterly. 30. 1981.

_____. *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and why it Matters*. International and Comparative Law Quarterly. 32. 1983.

PEREIRA, Ana Lúcia. *Considerações sobre a possibilidade da ação rescisória na sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 11. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 17 | p. 71 | Abr / 2008DTR\2008\867.

PEREIRA, Marcela Harumi Takanashi. *Homologação de Sentenças Estrangeiras: aspectos gerais e o problema da falta de fundamentação no exterior*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

PITOMBO, Eleonora Coelho. *Os efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes *et all.* (Coord). São Paulo: Atlas. 2007.

POINTON, Gerald (em coautoria). *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2009.

PONTE DE MIRANDA, Fracisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VI. Rio de Janeiro: Forense. 1973.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXVI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1971.

PREIDT, Heidrun E (em coautoria). *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - Challenge of Arbitrators:Procedural Requirements*. In KLAUSEGGER,

Christian et ali. (ed). Austrian Yearbook on International Arbitration. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. 2010.

RAGNWALDH, Jakob. *Compétence-compétence – The Power of an Arbitral Tribunal to Decide the Existence and Extent of its Own Jurisdiction*. In VAN DEN BERG, Albert (ed). International Arbitration: The Coming of a New Age?. ICCA Congress Series. v. 17. Kluwer Law International. 2013.

RANZOLIN, Ricardo. *Controle Judicial da Arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ. 2011.

REALE, Miguel. *Crise da Justiça e Arbitragem*. In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 2. N° 5. Abril-junho de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

REISMAN, Willian Michael (em coautoria). *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In Arbitration: The Next Fifty Years. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012.

_____. *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration. Break down and repair*. Durhan: Duke University Press. 1992.

RICCI, Edoardo Flavio. *A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

_____. *A sentença arbitral brasileira com nacionalidade de outros países*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

_____. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes et all. (Coord). São Paulo: Atlas. 2007.

_____. *O art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem*. In Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

RICHARDSON, Brian (em coautoria). *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*. In Arbitration: The Next Fifty Years. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). ICCA Congress Series. Volume 16 Kluwer Law International. 2012.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 263 | Jul / 2012 DTR\2012\450623

ROUCHE, Jean (em coautoria). *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2ª ed. Kluwer Law International. 2009.

SALLES, Carlos Arberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

SANCHES, Guilherme Cardoso. *Sentenças Parciais no Processo Arbitral*. Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

SÁNCHEZ, José Luis Gonzáles-Montes. *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley. 2008.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1988.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. Vol I. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

SANTOS, Fernando Silva Moreira dos. *Impedimento e suspeição do árbitro: o dever de revelação*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 35/2012 | p. 35 | Out / 2012 DTR\2012\451125.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 12ª ed. Padova: Cedam. 1996.

SAVAGE, John (em coautoria) (edição e atualização). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 1999.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil. Um Estudo sobre a posição do Réu*. São Paulo: Atlas. 2011.

SILVA, Thiago Silva da (em coautoria). *O Brasil como sede de arbitragens internacionais a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 34/2012 | p. 119 | Jul / 2012 DTR\2012\450629.

SPIEGELFELD, Benedikt (em coautoria). *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - Challenge of Arbitrators: Procedural Requirements*. In KLAUSEGGER, Christian et ali. (ed). *Austrian Yearbook on International Arbitration*. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. 2010.

STRAUBE, Frederico José. *Uma primeira análise do novo regulamento do CAM/CCBC*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 227 | Jan / 2012 DTR\2012\2280.

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr. 1998.

TALAMINI, Eduardo. *Arguição de convenção arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem)*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 40/2014 | p. 81 | Jan / 2014. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 145 | Set / 2014 DTR\2014\999.

_____. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Tutela monitoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 31 | p. 279 | Out / 2011 DTR\2011\5135.

TEPEDINO, Gustavo. *Cláusula compromissória no acordo de acionistas*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Soluções Práticas - Tepedino | vol. 3 | p. 221 | Nov / 2011 DTR\2012\462.

_____. *Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de Sociedades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista dos Tribunais | vol. 903 | p. 9 | Jan / 2011 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 6 | p. 933 | Jun / 2011 DTR\2011\1084.

TESORIERE, Giovanni. *Il processo civile reformato. Guida teorico-pratica*. 2ª ed. Padova: CEDAM. 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

TIBÚRCIO, Carmen. *O Princípio da Kompetenz-Kompetenz Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof)*. In Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. Selma Ferreira Lemes et all. (Coord). São Paulo: Atlas. 2007.

TIMM, Luciano Benetti (em coautoria). *Dos efeitos da convenção de arbitragem no processo de execução*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 4/5. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 31 | p. 17 | Out / 2011. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 1069 | Set / 2014 DTR\2011\5126.

TRINDADE, Adriano Drummond C (em coautoria). *As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 6. Fonte original citada: Revista de

Arbitragem e Mediação | vol. 7 | p. 49 | Out / 2005 Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 5 | p. 1209 | Fev / 2012DTR\2005\606.

TUCCI, José Rogério Cruz e (em coautoria). *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 15 | p. 134 | Out / 2007DTR\2013\2632.

VAN DEN BERG, Albert. *France No. 36, Directorate General of Civil Aviation of the Emirate of Dubai v. International Bechtel Co. Limited Liability Company (Panama), Cour d'appel [Court of Appeal], Paris, Not Indicated, 29 September 2005*. In VAN DEN BERG, Albert (ed). *Yearbook Commercial Arbitration 2006*. Volume XXXI. Kluwer Law International. 2006.

_____. *The New York Convention and its application by brazilian courts*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 36/2013 | p. 15 | Jan / 2013 DTR\2013\2523.

_____. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer Law. 1981.

VERÇOSA, Fabiane. *A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 332 | Jan / 2004 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 711 | Set / 2014DTR\2004\5

VERSIANI, Nelmo. *Ação rescisória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 135 | p. 90 | Mai / 2006 DTR\2006\325

WAINCYMER, Jeff. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International. 2012.

WALD, Arnoldo *et all*. *Conflito positivo de competência. Jurisdição estatal arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. p. 3/5. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 23 | p. 281 | Out / 2009DTR\2011\4528

_____. *O mandado de segurança e a arbitragem*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte Original Citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 13 | p. 11 | Abr / 2007Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 871 | Set / 2014DTR\2007\874

_____. *Os meios judiciais do controle da sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 1 | p. 40 | Jan / 2004 DTR\2004\2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Inviabilidade da demanda de anulação da sentença arbitral estrangeira ajuizada perante o poder judiciário brasileiro*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Pareceres - Teresa Arruda Alvim Wambier | vol. 1 | p. 145 | Out / 2012DTR\2012\450940.

_____. (em coautoria). *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

_____. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM. 2014.

WOLFSON, David. (em coautoria). *Challenges to Arbitration Awards*. In LEW. Julian D. M. BOR, Harris et al. (ed). *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*. Kluwer Law International. 2013.

WURZE, Susanne (em coautoria). *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - Challenge of Arbitrators: Procedural Requirements*. In KLAUSEGGER, Christian et ali. (ed). *Austrian Yearbook on International Arbitration*. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. 2010.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 5 | p. 95 | Abr / 2005DTR\2005\228.

_____. *Ação Rescisória e Decisões Proferidas no Processo de Execução*. In Execução civil (aspectos polêmicos). LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coord). São Paulo: Dialética. 2005.

_____. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros. 2005.

_____. *Breves considerações sobre arbitragem e prova*. In Carta Forense. Edição de 5.11.2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/breves-consideracoes-sobre-arbitragem-e-prova/9779>.

_____. *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*. Obtido em Revista dos Tribunais Online. Fonte original citada: Revista de Processo | vol. 207/2012 | p. 13 | Mai / 2012DTR\2012\38924.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva. 2011