CAIO CESAR VIEIRA ROCHA

**LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE A JURISDIÇÃO
ARBITRAL NO BRASIL**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. TITULAR JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

CAIO CESAR VIEIRA ROCHA

**LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE A JURISDIÇÃO
ARBITRAL NO BRASIL**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Prof. Titular José Rogério Cruz e Tucci.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Titular José Rogério Cruz e Tucci (Orientador)

DEDICATÓRIA

À minha amada Tatiana: a companheira que escolhi e que a vida escolheu para mim.
(Assim eu entendo Comte-Sponville: “É preciso estar vivo para amar, mas é preciso amar
para tomar gosto pela vida”).

Às minhas três Marias: Isadora, Alice e Gabriela (ainda por chegar), que me mostram, por
meio da delicadeza feminina, cada uma à sua maneira, a beleza do Mundo.
(Vocês me fazem entender Gibran: “Podeis abrigar seus corpos, mas não suas almas; pois
suas almas moram na mansão do amanhã, que vós não podeis visitar nem mesmo em sonho
(...) porque a vida não anda para trás e não se demora com os dias passados”).

Aos meus pais: vocês sempre serão o começo de tudo para mim.
(Ainda Gibran: “Vos sóis os arcos dos quais vossos filhos são arremessados como flechas
vivas”).

Como vocês fazem fácil a vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor José Rogério Cruz e Tucci, pela amizade e por tudo que me ensinou.

Agradeço a todos os que fizeram e fazem o Escritório Rocha, Marinho e Sales, nas pessoas dos sócios e irmãos, Anastacio e Deborah.

Ao Tiago, primo/irmão, pela amizade e estímulo acadêmico.

Aos paradigmas na advocacia: Eduardo Ferrão, “Chico” Mussnich, Roberto Rosas e José Antônio Fichtner.

Todos vocês sabem, cada qual por razões distintas, o grau da contribuição que deram na realização desta tese. Haverá sempre sincera gratidão.

À Deus, pela sorte que tenho.

RESUMO

A presente tese tem como objeto a defesa da ideia de que há, em relação à arbitragem doméstica no Brasil, limites ao controle judicial sobre a jurisdição arbitral; e que tais limites podem ser sistematizados em observância ao que dispõe a Lei de Arbitragem e em respeito ao princípio do devido processo legal. Admitiram-se duas premissas: a primeira consistente no entendimento de que a arbitragem busca resolver o litígio que as partes lhe submetem por meio do proferimento de uma decisão final e formalmente justa. Para ser final, no sentido de obrigatória e inalterável, deve se defender a mínima intervenção judicial. No entanto, para que seja formalmente justa, deve haver a garantia de que o processo arbitral desenvolva-se com integral respeito aos princípios que compõem o devido processo legal. A segunda premissa é de que há necessária complementaridade entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal, na medida em que cabe aos órgãos jurisdicionais do Estado prestar auxílio e assistência à arbitragem, seja para assegurar a instauração do processo arbitral, quando houver indevida resistência por uma das partes, seja para garantir a implementação coercitiva da sentença arbitral, se ausente o cumprimento espontâneo, seja, por fim, para exercer controle sobre a legalidade do desenvolvimento do processo arbitral. As hipóteses de controle judicial sobre a jurisdição arbitral são analisadas com base na cronologia do desenvolvimento da arbitragem, de forma que são estudados os limites do controle judicial sobre a arbitragem na fase pré-arbitral, arbitral e pós-arbitral. A importância desta tese se estabelece na necessidade, hoje mais do que nunca, de assegurar o pleno desenvolvimento da arbitragem como mecanismo de resolução de litígios, com observância das garantias básicas do processo, e respeito às características inerentes à arbitragem. O objetivo será desenvolver um sistema que permita, a um só tempo, garantir o máximo respeito às decisões arbitrais e destacar as fronteiras onde a interferência judicial no processo arbitral encontra fim.

Palavras-Chave: Arbitragem. Poder Judiciário. Controle judicial. Limites. Devido Processo Legal. Lei 9.307/1996.

ABSTRACT

The present thesis defends the idea that, regarding the domestic arbitration in Brazil, there are limits on judicial control over the arbitral jurisdiction; and that those limits can be systematized in observance to what is both established by the Brazilian Arbitration Act and the constitutional principle of due process of law. To that end, it was admitted two premises: the first one consists on the understanding that arbitration aims to resolve disputes submitted by the parties by a final and just arbitral award. To be final, in a binding and unalterable way, one must defend a minimal judicial intervention. However, to be formally just, it must be assured that the arbitration proceedings develops with full respect to the principles that make up the due process. The second premise lie in the notion that judicial jurisdiction is complimentary to arbitral jurisdiction, as the Courts shall provide aid and assistance to arbitration in guaranteeing the establishment of the arbitral proceedings, when there is undue resistance to it, and by implementing the award compelling the resistant party to abide; and, finally, by exercising judicial control regarding the development of the arbitral procedure. The propositions of judicial control over arbitral jurisdiction are investigated based on the arbitration's chronological development, so the study advances supported on the limits of judicial review during the *pre-arbitral*, *arbitral* and *pos-arbitral* phases. The importance of this thesis resides in the need, today more than ever, to ensure the full development of arbitration as a credited mechanism of dispute resolution, subject to the basic procedural guarantees, such as the observance of due process, and in accordance to the inherent characteristics that make arbitration what it is. The primal goal is to develop a system that, at the same time that ensures the utmost respect to arbitration awards, highlights the limits where judicial interference in the arbitral jurisdiction finds its final boundary.

Key-words: Arbitration. Judiciary. Limits of judicial control. Due process of law. Brazilian Arbitration Act (Law 9.307/1996).

RÉSUMÉ

Cette thèse a pour objet la défense de l'idée qu'il y a, par rapport à l'arbitrage interne au Brésil, limites au contrôle judiciaire sur la juridiction arbitrale; et que telles limites peuvent être systématisés en conformité avec la disposition de la Loi d'arbitrage et sur le respect du droit à une procédure légale régulière. Se sont admises deux prémisses: premièrement compatible avec la compréhension que l'arbitrage cherche à résoudre le litige qui les parties lui soumettent à l'énoncé d'une décision finale et formellement juste. Pour être définitive, dans le sens obligatoire et inaltérable, doivent se débrouiller d'une intervention judiciaire minime. Néanmoins, pour que ce soit formellement juste, il doit assuré que la procédure arbitrale se développe avec intégral respect aux principes qui compose le droit à une procédure légale régulière. La deuxième prémisse est qu'il ya une complémentarité entre la juridiction arbitrale et la juridiction de l'État, parce que les agences juridictionnels de l'État sont compétent pour prêter aide et assistance à l'arbitrage, soit pour assurer l'instauration de la procédure arbitrale, quand aura induit résistance par une des parties, soit pour garantir la mise en oeuvre coercitive du jugement arbitral, si absent l'accomplissement spontané, soit, finalement, pour exercer contrôle sur la légalité du développement de la procédure arbitrale. Les hypothèses du contrôle judiciaire sur la juridiction arbitrale sont analysées en fonction de la chronologie du développement de l'arbitrage, de forme qui sont étudiées les limites du contrôle judiciaire sur l'arbitrage dans la phase avant l'arbitrage, au cours de l'arbitrage et après l'arbitrage. L'importance de cette thèse s'établit dans le besoin, aujourd'hui plus que jamais, à assurer le plein développement de l'arbitrage comme un mécanisme de résolution de litiges, avec respect des garanties basiques de la procédure et des caractéristiques inhérentes à l'arbitrage. L'objectif est de développer un système selon lequel, dans le même temps, assurer le plus grand respect aux sentences arbitrales et de souligner les limites où le contrôle judiciaire sur la procédure arbitrale trouve fin.

Mots-Clés: Arbitrage. Judiciaire. Contrôle judiciaire. Limites.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
Delimitação do objeto e originalidade da tese	11

PARTE I **JURISDIÇÃO ARBITRAL**

2. NOÇÕES, CONCEITOS E DEFINIÇÕES PRELIMINARES.....	16
2.1. Arbitragem	16
2.2. Natureza jurisdicional da arbitragem	17
2.3. Controle judicial da arbitragem.....	29
2.4. Princípios constitucionais do processo	32
2.5. Principais normas que regulam a arbitragem internacional	37
3. JURISDIÇÃO ARBITRAL	40
3.1. Arbitrabilidade – limitação material e formal da convenção de arbitragem	40
3.2. Convenção de arbitragem e suas modalidades (compromisso arbitral e cláusula arbitral).....	48
3.3. Características da jurisdição arbitral	50
3.3.1. Autonomia da cláusula compromissória	50
3.3.2. Princípio “competência-competência”	52
3.3.3. Convenção de arbitragem e seus efeitos: positivo e negativo	56
3.4. Boa-fé e consentimento como fundamentos da jurisdição arbitral.....	58
4. RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO ARBITRAL E ESTATAL.....	63
4.1. Primeiras reflexões sobre os pontos de contato entre juízo arbitral e jurisdição estatal	63
4.2. Por que o judiciário pode intervir na jurisdição arbitral?.....	68
4.3. Necessidade de controle e assistência judicial ao instituto da arbitragem	70
4.4. Necessidade de prestígio das decisões arbitrais	72
4.5. Relação entre jurisdição arbitral e estatal no Brasil	75
4.6. Cumprimento de sentença arbitral e sincretismo processual	78
4.7. Conclusões parciais.....	85

PARTE II **CONTROLE JUDICIAL DA JURISDIÇÃO ARBITRAL**

5. CONTROLE JUDICIAL NA FASE PRÉ-ARBITRAL	92
5.1. Convenção de arbitragem como preliminar de contestação.....	92
5.2. Execução específica da cláusula compromissória.....	100

5.3. Tutela de urgência antes de instaurada a arbitragem	110
5.3.1. Medidas cautelares	112
5.3.2. Antecipação de tutela	119
5.4. “Anti-suit injunctions” e teratologias perceptíveis “prima facie”	121
5.5. Impugnação à decisão arbitral que julgar incabível a arbitragem	129
5.6. Conclusões parciais	133
6. CONTROLE JUDICIAL NA FASE ARBITRAL	142
6.1. Conexão, continência, litispendência e jurisdição arbitral	143
6.1.1. Conexão e continência	143
6.1.2. Litispendência	145
6.1.3. Arbitragens paralelas e interpretação da convenção de arbitragem	148
6.2. Resolução de conflito de competência relacionado a causa submetida a arbitragem	153
6.3. Litisconsórcio necessário e facultativo: considerações acerca da manutenção e afastamento da competência arbitral	160
6.3.1. Litisconsórcio facultativo	162
6.3.2. Litisconsórcio necessário	166
6.4. Medidas cautelares e antecipatórias na fase arbitral	171
6.5. Produção probatória e demais medidas coercitivas no curso do processo de arbitragem	179
6.6. Mandado de segurança e jurisdição arbitral	184
6.7. Questão prejudicial referente a direito indisponível	188
6.8. Conclusões parciais	193
7. CONTROLE JUDICIAL PÓS-ARBITRAL	197
7.1. Controle judicial por meio de ação prevista no art. 33, “caput”, e as hipóteses descritas no art. 32, ambos da Lei de Arbitragem	197
7.1.1. Competência para processar a ação do art. 33	200
7.1.2. Hipóteses de nulidade relativa e absoluta da sentença arbitral	201
7.1.3. Efeitos da sentença judicial proferida em virtude da ação do Art. 33	208
7.1.4. Legitimidade para propor a ação prevista no art. 33	209
7.1.5. Hipóteses de controle judicial da sentença arbitral decorrentes de defeitos da convenção de arbitragem	211
7.1.5. a) nulidade do compromisso	211
7.1.5. a) i. Nulidade decorrente de ofensa a arbitrabilidade subjetiva	213
7.1.5. a) ii. Nulidade decorrente de ofensa a arbitrabilidade objetiva	215
7.1.5. a) iii. Nulidade decorrente de descumprimento de forma essencial prescrita em lei	220
7.1.5. b) Desrespeito aos limites da convenção de arbitragem	228
7.1.6. Hipóteses de controle judicial da sentença arbitral decorrentes da não observância do devido processo legal	232

7.1.6. a) Sentença que emanar de quem não podia ser árbitro.....	234
7.1.6. b) Sentença proferida fora de prazo.....	238
7.1.6. c) Sentença que não contiver os requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem.....	242
7.1.6. d) Sentença que não decidir todo o litígio submetido à arbitragem.....	248
7.1.6. e) Sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva	250
7.1.6. f) Sentença proferida em desrespeito aos princípios de que trata o art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem.....	255
7.2. Princípio da instrumentalidade das formas na arbitragem	260
7.3. Controle judicial por meio de ação declaratória de nulidade e ação rescisória relacionada à arbitragem	261
7.4. Controle judicial sobre o processo arbitral desempenhado no curso do cumprimento das decisões: impugnação ao cumprimento de sentença e exceção de pré-executividade	270
7.5. Controle judicial do processo arbitral com base em afronta à ordem pública	277
7.6. Conclusões parciais.....	280
8. CONCLUSÃO	289
8.1. Relação entre arbitragem e Poder Judiciário.....	289
8.2. Controle judicial na fase pré-arbitral	290
8.3. Controle judicial na fase arbitral	294
8.4. Controle judicial na fase pós-arbitral	296
8.5. Conclusões finais	302
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	305

1. INTRODUÇÃO

Delimitação do objeto e originalidade da tese

Este trabalho possui como tema central a defesa de um sistema de limites ao controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil, fundamentado na legislação nacional (especialmente a Lei de Arbitragem – 9.307/1996) e na ideia de complementaridade entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal.

A tese reside, portanto, não só na afirmação de que há limites ao controle judicial sobre a arbitragem, mas sobretudo na sistematização de tal controle, como forma de preservar ao máximo a jurisdição arbitral da interferência indevida do Estado-Juiz, garantindo, com isso, regular e profícuo desenvolvimento ao instituto. Esta sistematização será organizada de forma cronológica em relação ao desenvolvimento do processo arbitral, ou seja, analisar-se-á o controle judicial *anterior* à instauração de procedimento de arbitragem, o controle judicial *paralelo* ao desenvolvimento de processo de arbitragem e o controle judicial *posterior* ao processo arbitral (respeitando a divisão clássica da arbitragem nas fases pré-arbitral, arbitral e pós-arbitral).

Admitiu-se, como pressuposto para o desenvolvimento da tese, a existência de duas premissas.

A primeira consiste no entendimento de que a arbitragem tem como objetivo a resolução de um litígio através da obtenção de uma decisão final justa. Para que a decisão seja efetivamente final, no sentido de definitiva, deve buscar submetê-la à mínima intervenção judicial possível, sob pena de tornar a arbitragem fase preliminar de posterior litígio na instância judiciária. Por outro lado, a fim de que a decisão seja justa (no sentido formal), devem ser observados os princípios constitucionais do devido processo legal, especialmente o contraditório e o tratamento isonômico das partes. Tal observância só se pode administrar por mecanismos mediante os quais a parte prejudicada possa pleitear a intervenção do Estado-Juiz.

A segunda premissa, decorrente da primeira, configura-se na ideia de complementaridade entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal, já que a longo prazo a arbitragem não subsistiria num cenário de absoluta independência do Poder Judiciário.

Cabe aos órgãos jurisdicionais do Estado prestar auxílio e assistência à arbitragem, a fim de, primeiro, garantir a instauração de processo arbitral na hipótese de resistência imotivada por uma das partes signatárias de uma convenção válida, e, em seguida, assegurar a implementação da sentença arbitral, se ausente o cumprimento espontâneo pela sucumbente. De igual modo, é atribuição do Estado, por meio do Judiciário, exercer, em certa medida, o controle do processo arbitral, que, no Brasil, se dará quando presentes as hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, mas não só restrita a elas. O controle justifica-se na necessidade de assegurar a observância mínima, na arbitragem, dos princípios constitucionais do processo. Infensa ao controle judicial, a arbitragem eventualmente sujeitar-se-ia a decisões absurdas, desmotivadas, iníquas, ofensivas ao devido processo legal, o que decerto comprometeria a sua credibilidade perante os jurisdicionados, inibindo, conseqüentemente, a sua evolução.

Necessário, deste modo, é encontrar o tênue equilíbrio entre garantir o prestígio das decisões arbitrais, sem, contudo, deixar de observar o devido processo legal. A máxima garantia de efetividade da arbitragem não pode ocorrer ao preço do desrespeito aos princípios constitucionais do processo, nem das premissas medulares que a ela se aplicam; tampouco se deve permitir que a interferência ultrapasse a fronteira do desejável, o que tornaria a arbitragem instrumento sem utilidade, já que se transformaria numa inútil etapa da futura judicialização do litígio.

É, assim, na complementaridade existente entre as jurisdições arbitral e estatal, que reside a hipótese de desenvolvimento deste trabalho.

Ao longo do estudo realizado, não se conseguiu localizar nenhum outro trabalho acadêmico ou profissional dedicado especificamente à análise dos limites do controle judicial sobre a arbitragem no Brasil¹. Entende-se, no entanto, que importaria excessiva veleidade afirmar ser este o único estudo específico sobre o assunto – a pesquisa bibliográfica foi árdua e extensa, mas não à ponto de se alcançar a impossível exaustão absoluta. Para não correr o risco da presunção, afirma-se que a originalidade da presente tese consiste em defender uma visão sistematizada do controle judicial sobre a jurisdição arbitral, alicerçada na noção de complementaridade entre as jurisdições, e na visão de que é

¹Ao longo do trabalho, perceber-se-á que há algumas menções a artigos da doutrina nacional e estrangeira (esta a respeito da arbitragem internacional) que enfrentam a relação entre arbitragem e Poder Judiciário, sem, contudo, vislumbrá-la do ponto de vista dos limites ao controle deste sobre aquela. Verificar-se-á, ainda, que há pelo menos uma obra estrangeira de que se tem notícia, mas que enfrenta o tema à luz da arbitragem internacional.

necessário prestigiar ao máximo as decisões arbitrais, sem ofender os princípios basilares do processo, notadamente o devido processo legal, sem descaracterizar o instituto da arbitragem. Portanto, caso não haja precisão em se afirmar ser esta a primeira vez que se escreve sobre este tema, não haveria demasia em se dizer que é a primeira vez que se aborda o tema sob o enfoque anunciado.

Este trabalho tem como objeto a arbitragem nacional, ou seja, aquela exercida com base na Lei de Arbitragem (9.307/1996). Não tem foco na sua manifestação internacional. Todos os temas abordados são analisados em relação à arbitragem doméstica, mas, em alguns casos, a arbitragem internacional será superficialmente enfrentada.

O trabalho será dividido em duas partes, e subdividido em oito capítulos.

A primeira parte tem como objetivo tecer algumas considerações preliminares necessárias ao desenvolvimento do estudo, e ainda discorrer sobre alguns elementos da jurisdição arbitral. São explicados alguns conceitos, necessários à leitura desta tese. Por exemplo, enfrenta-se o debate, já muito explorado, e por isso mesmo pouco instigante ou sedutor, acerca da natureza jurídica da arbitragem, a fim de explicar, à luz das modernas teorias, por que se insiste em defender a jurisdicionalidade da arbitragem nacional. Há a definição da acepção do termo “controle”, aplicado neste trabalho tanto no sentido de sindicância, como ainda para abranger o apoio ou a assistência que o Poder Judiciário presta à arbitragem – mas nunca no sentido de superioridade ou subjugação hierárquica.

Abordam-se elementos gerais da arbitragem, tal como a convenção (suas modalidades e efeitos), o princípio competência-competência, a autonomia da cláusula compromissória, a limitação material e formal da arbitragem, a autonomia de vontade e a boa-fé das partes.

Ao fim da primeira parte, discorre-se sobre a relação entre a jurisdição arbitral e estatal. É explicado por que o Judiciário pode intervir na arbitragem, não para ferir sua autonomia e independência, mas antes para assegurar o seu desenvolvimento, por meio de mecanismos de assistência e de controle. É abordado ainda o tema da necessidade de prestígio das decisões arbitrais, e como essa percepção deve influenciar na modelação de um regime de limites do controle judicial sobre a arbitragem. Por fim, expõem-se algumas considerações sobre a relação entre jurisdição arbitral e estatal no Brasil.

A segunda parte do trabalho constitui-se do sistema de controle judicial da jurisdição arbitral desenvolvido com base nas premissas antes delineadas. É dividida em três

capítulos que analisam o exercício da interação do Judiciário com a arbitragem na cronologia do desenvolvimento do processo de arbitragem: a relação de controle exercida pelo Judiciário *antes, durante e depois* do processo arbitral.

A importância desta tese finca-se na necessidade, hoje mais do que nunca, de assegurar o pleno desenvolvimento da arbitragem como mecanismo de resolução de litígios, com observância das garantias básicas do processo, e respeito às características inerentes à arbitragem. Como consequência da consolidação do instituto da arbitragem no Brasil, surgem divergências quanto à extensão, ao alcance, e aos limites do controle judicial sobre a jurisdição. Este trabalho pretende lançar bases teóricas sobre as quais deve-se fundar esta relação de controle. O objetivo será desenvolver um sistema que permita, a um só tempo, garantir o máximo respeito às decisões arbitrais e destacar as fronteiras onde a interferência judicial no processo arbitral encontra fim.

Esta tese tem como foco e tema central o controle judicial sobre a arbitragem. Não é uma tese genérica sobre arbitragem, nem sobre jurisdição. Por ser uma tese de processo civil, alguns conceitos básicos desta ciência serão abordados perifericamente, mas não serão objeto de aprofundamento teórico. Assim é expresso a fim de que certas omissões ou superficialidades eventualmente cometidas não sejam encaradas como descuido, mas sim como resultado de escolha consciente e deliberada do autor. Entre concentrar esforços no que realmente precisa ser analisado de forma exaustiva e despendar energia com releituras de conceitos conhecidos e reconhecidos, preferiu-se a primeira opção.

PARTE I
JURISDIÇÃO ARBITRAL

CAPÍTULO 2. NOÇÕES, CONCEITOS E DEFINIÇÕES PRELIMINARES

O primeiro capítulo deste trabalho buscará nortear o leitor nos termos, conceitos e definições utilizados ao longo do estudo. Forçoso é começar conceituando arbitragem. Em seguida se enfrentará a natureza jurisdicional da arbitragem, tendo em conta que a locução “jurisdição arbitral” é utilizada não só no título da tese, como também repetida diversas vezes no decorrer dos capítulos. Por fim, busca-se sintetizar qual o entendimento que se possui sobre a acepção “controle”, a fim de explicar em qual sentido o vocábulo é utilizado no título desta tese.

2.1. Arbitragem

Arbitragem pode ser conceituada como o método heterônomo de resolução de litígios, por meio do qual as partes litigantes resolvem, por livre convenção, afastar a jurisdição estatal em favor de uma jurisdição arbitral, formada por árbitro ou árbitros por elas escolhidos, que terão a tarefa de proferir sentença sobre a matéria a eles submetida, impositiva em relação às partes, e capaz de produzir coisa julgada material, configurando título executivo judicial.

É geralmente incluída no rol dos meios de resolução alternativa de disputas (ou ADR, referente à sigla em inglês – “Alternative Dispute Resolution”); no entanto, atualmente, só pode ser assim considerada (alternativa) em relação à solução de conflitos por meio do processo estatal, convencional, administrado pelos órgãos do Poder Judiciário. A evolução das relações jurídicas não mais permite, por ponto de vista que não seja o da comparação com o processo judicial, atribuir à arbitragem a alcunha de alternativa, já que ela se tornou realidade e prática corriqueira no âmbito internacional e doméstico.

No Brasil, a arbitragem é regida pela Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que estabelece os critérios sobre os quais o processo arbitral pode se desenvolver. Ela decorre de uma convenção de arbitragem, consubstanciada num negócio jurídico firmado entre

duas ou mais partes, que pode se materializar por cláusula compromissória (ajuste em que as partes submetem à solução arbitral eventual litígio futuro decorrente de uma relação jurídica preexistente), ou de compromisso arbitral (ajuste em que as partes submetem litígio preexistente à solução arbitral, onde escolhem as regras que irão reger a arbitragem e elegem o(s) árbitro(s)).

Para os fins deste estudo, entende-se que a arbitragem possui natureza jurídica jurisdicional, já que é, segundo a lei, capaz de produzir coisa julgada e constitui título executivo judicial. Torna-se, pois, necessária a apresentação das justificativas para tal consideração.

2.2. Natureza jurisdicional da arbitragem

A lição de Carlos Alberto Carmona é incisiva, ao afirmar que a discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem é meramente acadêmica, possuindo pouco ou nenhum efeito prático para o atual desenvolvimento do instituto³. Se por um lado assiste absoluta razão ao doutrinador, é certo também que o tema, apesar de já não ter a relevância de outrora, é de abordagem necessária, ainda que apenas para justificar a escolha das palavras que compõem o título desta tese, por seu propósito acadêmico (“Limites do controle judicial sobre a **jurisdição arbitral** no Brasil”). Por isso mesmo que a sua abordagem será

²No capítulo seguinte é abordado de modo mais aprofundado o conceito de convenção de arbitragem, e suas modalidades (cláusula compromissória e compromisso arbitral).

³“A verdade, porém, é que o debate adquireu um colorido excessivamente acadêmico, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nestes onze anos de vigência da Lei de Arbitragem – que não tenha desafiado o assunto, explorando filão que já se esgotara nas duas últimas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo legal e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência, para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009). Interessante notar a evolução do pensamento do professor Carmona, acompanhando a evolução dos tempos, pois nos idos de 1990, ao concluir artigo sobre a discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem (onde já defendia mesmo antes do advento da Lei 9.307/1996 o seu caráter jurisdicional), ele havia escrito: “Em síntese a discussão sobre arbitragem e jurisdição não é meramente acadêmica. A jurisdicionalização da arbitragem é uma realidade, que o legislador brasileiro já reconheceu. Resta saber se haverá coragem suficiente para libertar o instituto das teias a que se encontra preso para torná-lo novamente útil e viável a nível interno, equiparando - a nível internacional - nossa antiquada legislação sobre a matéria aos modernos sistemas europeus”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e jurisdição*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33, abr./jun. 1990).

feita à “vol d’oidesau”, apenas porque a ausência de qualquer referência poderia importar omissão, e é somente no intuito de evitá-la que se discorrerá resumidamente sobre o tema.

No âmbito internacional a discussão acadêmica a respeito da natureza jurídica da arbitragem é muito mais antiga e remonta ao início do século XX⁴. Há, de acordo com a doutrina internacional, quatro teorias acerca da natureza jurídica do instituto da arbitragem: (1) a teoria jurisdicional, (2) a teoria contratual, (3) a teoria mista (ou híbrida, ou ainda sincrética), e (4) a teoria autônoma. Nenhuma delas possui aceitação unânime, e cada país adota livremente o modelo que entender mais adequado, de acordo com a política legislativa de cada região.

O debate sobre a questão remonta ao longínquo ano de 1937 as três teorias mais antigas já eram diferenciadas na França, em clássico estudo sobre o tema⁵. Do ponto de vista jurisprudencial, a primeira notícia que se tem a respeito desta discussão aponta para a decisão da Cour d’Appel de Paris, no caso denominado *Del Drago*, em que, ao homologar uma sentença arbitral estrangeira, a Corte decidiu equiparar a sentença arbitral estrangeira à sentença judicial estrangeira, pois ambas não seriam autoexecutáveis, dependendo dos órgãos da jurisdição estatal para serem implementadas, na ausência de cumprimento espontâneo⁶.

A teoria jurisdicional, possui como base o fato de ser o Estado quem dá origem, por lei, à arbitragem. Tal instituto decorre da lei e, portanto, o Estado tem os poderes de

⁴“These questions (...) have been the subject of mainly academic discourse, in particular, in the first half of the 20th century”. (Tradução livre do autor: “Tais questões têm sido objeto principalment de discussões acadêmicas, em particular na primeira metade do século XX”). (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 72).

⁵BERNARD, Alfred. “L’Arbitrage volontaire en droit privé”. Paris: É. Bruylant, 1937”, citado por LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 73. Referido autor assim expõe: “According to the first – which distinguishes between the submission to arbitration and the award – (the award) is compared to a judgment rendered by ordinary courts; according to the second – which considers the submission to arbitration and the award as two phase of the same agreement: the arbitration agreement – the award has contractual character and cannot be compared to a judgment; the third – which can be considered an intermediary (between the two) – considers an award subject to the ordinary courts to the extent that it requires their preliminary order (exequatur)” (Tradução livre do autor: “De acordo com o primeiro – que distingue entre a submissão à arbitragem e à sentença arbitral – (a sentença arbitral) é comparada ao julgamento proferido pelos tribunais estatais; de acordo com o segundo – que considera a submissão à arbitragem e à sentença arbitral como duas fases de um mesmo ajuste: o compromisso arbitral – a sentença arbitral possui natureza contratual e não pode ser comparada com um julgado; a terceira – que pode ser considerada uma intermediária (entre as duas primeiras) – considera a sentença arbitral sujeita aos tribunais estatais na extensão de que requer sua ordem preliminar (exequatur)”).

⁶“In *Del Drago*, the Paris Court of Appeal declared a foreign arbitral award equal or equivalent to a foreign judgment, highlighting the jurisdictional character of the award” (Tradução livre do autor: No caso *Del Drago*, a Corte de Apelações de Paris declarou serem equivalentes o laudo arbitral estrangeiro e a sentença estrangeira, destacando o caráter jurisdicional do laudo”). (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 76).

disciplinar e controlar, intervindo quando necessário, no processo arbitral. Por conseguinte, a atividade jurisdicional seria, sob a óptica da teoria aqui esboçada, monopólio estatal não absoluto, que, ao seu critério, delegaria ou permitiria que certas matérias pudessem ser decididas por árbitros escolhidos ao livre critério das partes, observadas as exigências da lei local⁷.

Em outras palavras, na ideia jurisdicional da arbitragem, tanto o juiz quanto os árbitros têm seus poderes derivados da lei, com a diferença de que os juízes togados são legitimados e nomeados diretamente por ela, enquanto os árbitros recebem dela apenas a legitimidade, devendo a nomeação a ato privado praticado pelas partes⁸.

Nesse contexto, duas características inerentes à arbitragem a aproximam da atividade jurisdicional, a saber: o caráter vinculante da sentença arbitral (o que for decidido numa arbitragem validamente constituída e desenvolvida obrigará as partes a ela convencionadas), e a imperiosidade de que o litígio a ela submetido seja resolvido (os árbitros, como os juízes, não podem se negar a proferir uma decisão final sobre o litígio

⁷Ana Teresa Palhares Basílio e André R. C. Fontes, afirmam: “*Os defensores das Teorias Jurisdicionalistas da arbitragem partem da premissa não da vontade das partes e sim da vontade do legislador para fundamentá-la. Entendem eles que, assim como a jurisdição, a arbitragem revela, acima de tudo, vontade do próprio Estado, traduzida na disposição legal para resolver conflitos de interesses. Sustentam os seguidores dessa tese que o Estado outorga poderes ao juiz e ao árbitro, e ambos exercem a mesma função de resolver conflitos, com a diferença apenas de que incumbe às partes a escolha dos árbitros. A igualdade das funções de árbitro e juiz redundaria na idéia de um sentido único para essa função, que se denomina jurisdição*” (BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48, jul./set. 2007). O jurista argentino Roque J. Caivano, estabelece: “*El sentido de las normas que imponen para la ejecución de los laudos arbitrales el trámite procesal de ejecución de sentencias, surge de reconocer que la jurisdicción, la función de administrar justicia resolviendo las controversias que puedan suscitarse entre los miembros de una comunidad, no es monopolio de los órganos del Estado.*” (Tradução livre do autor: “*O sentido das normas que impõe aos laudos arbitrais o trâmite processual da execução de sentenças, surge do reconhecimento de que a jurisdição, função de administrar a justiça resolvendo as controvérsias que possam ser suscitadas entre os membros de uma comunidade, não é monopólio dos órgãos do Estado.*”) (CALVANO, Roque J. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. In: PUCCL, Adriana Noemi (Coord.). *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1998. p. 138).

⁸“*It follows that the arbitrator, like the judge, draws his power and authority from the local law; hence the arbitrator is considered to closely resemble a judge (...) The only difference between judge and arbitrator is that the former derives his nomination and authority directly from the sovereign, whilst the latter derives his authority from the sovereign but his nomination is a matter for the parties*” (Tradução livre do autor: “*Segue que o árbitro, como o juiz, retira seu poder e autoridade da lei local; daí se considerar que o árbitro guarda próxima semelhança ao juiz (...) A única diferença entre juiz e árbitro é que aquele tem sua nomeação e autoridade diretamente decorrentes do poder soberano, enquanto este possui sua autoridade decorrente do poder soberano, mas sua nomeação é questão a ser definida pelas partes*”). (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 66).

submetido à sua apreciação)⁹. No Brasil, a teoria jurisdicional da arbitragem é defendida por inúmeros conceituados autores¹⁰.

A teoria contratual, por seu turno, parte do pressuposto de que a decisão arbitral nada mais é do que a extensão do acordo firmado entre as partes. Os partidários dessa linha de pensar rejeitam qualquer primazia ao Estado, ou mesmo controle, sobre a arbitragem, pois ela teria seu fundamento apenas no consentimento e na vontade das partes. Seria como se a arbitragem nada mais fosse do que uma etapa posterior de um mesmo contrato, consituindo a convenção de arbitragem mera etapa preliminar, como se fossem grupos de contratos, enfeixados em sequência¹¹.

Sob tal óptica, se as partes não derem espontâneo cumprimento ao decidido pelo árbitro, o Estado será acionado para fazer cumprir a decisão, como seria acionado para fazer cumprir um contrato não adimplido. A teoria contratualista fundamenta-se ainda nas

⁹*“There are two aspects of the arbitrators’ judicial role: their decisions must be binding on the parties (A) and must resolve a dispute (B). These simple principles determine whether or not the proceedings in question in fact constitute an arbitration”.* (Tradução livre do autor: “Existem dois aspectos do papel jurisdicional do árbitro: as suas decisões devem submeter obrigatoriamente as partes (A) e devem solucionar uma disputa (B). Estes simples preceitos determinam se o procedimento em questão é ou não uma arbitragem.”) (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1999. p. 12).

¹⁰Em artigo de autoria de Athos Gusmão Carneiro, ele elenca os seguintes autores como partidários da teoria jurisdicional da arbitragem: Eduardo Arruda Alvim (Curso de Direito Processual Civil, RT, 1999, v. 1, p. 56/57), Joel Dias Figueira Jr. (Manual da Arbitragem, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 96/97), Humberto Theodoro Jr. (Curso de Direito Processual Civil, Forense, v. III, 27a Ed., João Alberto de Almeida (*Processo arbitral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 141), e J. E. CARREIRA Alvim (Direito Arbitral, Forense, 2a Ed., 2004, p. 46). Todas as referências bibliográficas constam aqui conforme reproduzidas no artigo de autoria de Athos Gusmão Carneiro (Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares antecipatórias. Civil law e common law. Incompetência da Justiça Estatal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 839, p. 129, set. 2005). Além destes, filia-se a esta corrente Carlos Alberto Carmona: “O legislador optou assim por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal (...)”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/1996, cit., p. 41).

¹¹Sobre o tema, Ana Teresa Palhares Basílio e André R. C. Fontes, assim discorrem: “A base das Teorias Privatistas é a de que os atos volitivos impregnam a arbitragem ao ponto de tomar todo o seu conteúdo. A vontade de duas partes na prática de um ato traduz-se em uma declaração única de vontade, de soberania dos litigantes e de poder de disposição, que dão a marca e as feições contratuais à arbitragem. Pois bem, o cumprimento das disposições negociadas pelas partes na arbitragem é a vontade desses sujeitos e equipara-se ao que se entende no direito contratual por cumprimento das manifestações de vontade dos co-contratantes. Se o cumprimento de um e outro tem o mesmo perfil e características, pode-se deduzir que a base da vontade sujeita à execução é a mesma. Cumprimento de cunho contratual e vontade de natureza também contratual. Essas são causa e efeito, ou melhor, antecedentes e conseqüentes, presentes de igual modo no contrato e na arbitragem. As evidências de identificação com o contrato estão muito mais caracterizadas pela amplitude da liberdade das partes, se comparadas aos mais importantes contratos da atualidade. Em resumo: seria a arbitragem um contrato, porque todas as suas características se fazem presentes nesse instituto. Daí o enquadramento privado da arbitragem.” (BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem, cit., p. 48).

críticas que se fazem à teoria jurisdicional, já que, para alguns processualistas¹², é inconcebível que a jurisdição, que deve ser una e indivisível, seja delegável a particulares. As críticas feitas sobre esta teoria recaem no fato de que, embora a arbitragem tenha origem num contrato firmado entre as partes, há limites para a convenção entre as partes (e não só aqueles impostos pela legislação local), já que, uma vez iniciado o processo de arbitragem, a autonomia das partes resta parcialmente limitada.

A terceira teoria sobre a natureza jurídica da arbitragem é a teoria mista, ou também denominada teoria híbrida, ou ainda teoria sincrética. Ela se apresenta, como seu nome evidencia, como uma junção entre as duas teorias anteriores, pois pressupõe que a arbitragem possui igual arrimo na teoria publicista e na teoria privatista, haja vista conter elementos jurisdicionais e contratuais. Os que dela partilham procuram conciliar o caráter vinculante da decisão arbitral, com a sua origem convencional, principalmente em decorrência da noção de que a autonomia convencional das partes é limitada, e que a arbitragem não pode, a longo prazo, subsistir fora de um sistema judiciário local que lhe dê arrimo, para garantir a efetividade das decisões arbitrais, assegurar a instauração da arbitragem em caso de resistência, e fiscalizar o desenvolvimento regular do processo¹³.

¹²Alexandre Freitas Câmara defende que não exerce atividade jurisdicional, já que, apesar de entender que a arbitragem é um processo, não seria “... *porém um processo jurisdicional, pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado*”, indo mais além, afirma: “...*não aceito a natureza jurisdicional da arbitragem e, por conseguinte, nego a aptidão da sentença arbitral para alcançar a autoridade de coisa julgada*”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei nº 9.307/96. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005 e Contrato de representação comercial. Cláusula compromissória. Validade e eficácia. Incompetência do Poder Judiciário para julgar o litígio. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 217, maio/ago. 2004. Para Cândido Rangel Dinamarco, seria uma atividade pública parajurisdicional, opinião também aceita por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 1, p. 122 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 28). Cândido Rangel Dinamarco, contudo, afirma que se a jurisdição for concebida pelo seu resultado, que é o de “...*pacificação de pessoas e eliminação de conflitos segundo critérios de justiça*...”, e não em face de sua obrigação de dar efetividade ao direito material, aplicando o direito substancial ao caso concreto (já que na arbitragem não há essa obrigatoriedade de aplicar a “*vontade concreta da lei*”, pois ela, como exemplo, pode ser realizada por equidade, ou com base nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio – art. 2º da Lei de Arbitragem), fica mais fácil “.. *partindo dessas premissas (...) aceitar a proposta de Carlos Alberto Carmona, de atribuir natureza jurisdicional ao juízo arbitral*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 54, jan./mar. 1996). Teori Albino Zavascki também critica a teoria jurisdicional: “*nem se poderia, mediante lei ordinária, igualar ato privado como ato de jurisdição, já que isso importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição*” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 8).

¹³Essa teoria foi criada por Sauser-Hall em relatório dirigido ao Instituto de Direito Internacional, datado de 1952. Seu argumento é de que a arbitragem não poderia ser vista descontextualizada de um sistema legal específico, dependendo de uma lei local a determinar a sua validade e possibilidade de implementação da decisão arbitral. Segundo Julian M. D. Lew, Loukas Mistellis, e Stefan Kröl, “*Ele argumentou que a arbitragem não poderia restar além de todo e qualquer sistema legal; deveria haver alguma lei para determinar a validade da submissão à arbitragem, e a implementação da sentença arbitral*. Percebeu,

Tem como fundamento o fato de que a origem convencional do processo arbitral é não só inquestionável, como na verdade é elemento característico sem o qual a arbitragem se desnaturaria¹⁴.

A teoria híbrida foi por muito tempo a mais aceita pela doutrina mundial, sendo adotada pela maioria dos países desenvolvidos. Os partidários da visão intermediária não rejeitam a divisão dicotômica entre a feição pública e o caráter privado da arbitragem, mas na verdade nela fundamentam a necessidade de uma terceira via, mediante a qual o instituto da arbitragem possa se desenvolver plenamente. Seria uma forma de jurisdição convencional, pois que teria origem na autonomia da vontade de particulares, com início num contrato, e se desenvolveria por um processo, assemelhado ao estatal, com efeitos jurisdicionais assim estabelecidos em virtude da lei. Seria, para mais não dizer, contratual em seu início, e jurisdicional em suas consequências¹⁵.

A quarta e última teoria a respeito da natureza da arbitragem é a teoria autônoma, criada em 1965 por Rubellin-Devichi¹⁶, que seria uma evolução refinada da teoria híbrida.

*outrossim, que cada processo de arbitragem tem sua origem num contrato privado, e que os árbitros selecionados e as regras escolhidas para governar o procedimento arbitral dependem primariamente no acordo das partes. Assim ele entendeu serem os elementos contratuais e jurisdicionais da arbitragem 'indissoluvelmente interligados'"; (tradução livre do autor, segue versão original em inglês: "He argued that arbitration could not be beyond every legal system; there had to be some law which could determine the validity of submission to arbitration and the enforceability of the award. Equally he acknowledged that each arbitration has its origin in a private contract, and the arbitrators selected and the rules to govern arbitration procedure depend primarily on the parties agreement. Thus he maintained the contractual and jurisdictional elements of arbitration to be 'indissolubly intertwined'"). (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 79-80). No Brasil, de acordo com Athos Gusmão Carneiro, essa teoria é defendida por José Cretella Neto e José Carlos de Magalhães (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares antecipatórias. Civil law e common law. Incompetência da Justiça Estatal*, cit., p. 129).*

¹⁴“Em nossa visão, arbitragem deve ser definida por referência a dois elementos constitutivos, os quais os doutrinadores e as cortes quase unanimemente reconhecem. Primeiro a função dos árbitros é resolver um litígio. Segundo, a origem desse papel judicial é um contrato: o poder dos árbitros para decidir um litígio tem origem na intenção comum das partes. Assim, arbitragem contém tanto um elemento jurisdicional quanto contratual” (tradução livre do autor, segue versão original em inglês: “In our view, arbitration should be defined by reference to two constituent elements which commentators and the courts almost unanimously recognize. First arbitrators task is to resolve a dispute. Second, the source of this judicial role is a contract: the arbitrators’ power to decide a dispute originates in the common intention of the parties. Thus, arbitration comprises both a judicial and a contractual element”). (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 11).

¹⁵Discorrendo sobre a teoria intermediária acerca da natureza jurisdicional da arbitragem, Ana Teresa Palhares Basílio e André R. C. Fontes, asseveram: “Demais disso, em ambos a vontade das partes destina-se à busca da justiça. De modo que o árbitro e o juiz, na identidade e similitude de seus atos, podem conhecer os mais variados aspectos dos temas trazidos pelas partes e dar uma solução justa ao caso. Para os adeptos dessa teoria, a idéia é de que a arbitragem é uma instituição contratual nas suas origens e jurisdicional nos seus efeitos”. (BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*, cit., p. 48).

¹⁶Segundo lição de Julian M. D. Lew, Loukas Mistellis, e Stefan Kröl (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 79). Referidos autores

Por esta maneira de pensar, a arbitragem seria um instituto autônomo, e constituiria ramo próprio do saber, com natureza jurídica própria. Não seria nada dependente de nenhum outro ramo do estudo do Direito, seja ele processual (público) ou contratual (privado), embora com eles tenha relação.

Seria uma forma de contemporizar todas as críticas feitas pelos adeptos de uma ou outra teoria, e condensá-las a fim de prestar uma explicação coerente e razoável do instituto. Apesar de exercer função assemelhada à jurisdição, principalmente no seus efeitos, a arbitragem às vezes escapa dessa definição, já que pode se prestar a ir além da aplicação do direito local, ao passo que está autorizada a utilizar outros critérios para fundamentar a sentença final, como a equidade, as práticas comerciais (*lex mercatoria*¹⁷), ou mesmo aplicar num país a legislação de outra nacionalidade. Além disso, à arbitragem falta o poder jurisdicional, o denominado *imperium*, restrito ao Estado-Juiz, já que carece do poder coercitivo, e para tanto sempre precisará do auxílio estatal – muito embora este argumento possa ser contemporizado, por exemplo, quando se examina que no próprio sistema processual há juízes que não exercem diretamente o poder de *imperium*¹⁸. De qualquer modo, para acolher a arbitragem dentro do conceito de jurisdição, seria necessário dividir a atividade jurisdicional em etapas de conhecimento, decisão e execução e aceitar que apenas uma delas, segregada das demais, constituiria atividade jurisdicional. Por outro lado, é certo que a força vinculante das decisões arbitrais, aliada à resolução heterônoma do conflito, assemelha a atividade do árbitro à do juiz togado. De igual maneira, restaria contornado o problema segundo o qual, apesar de ter início na vontade das partes, a arbitragem não se basta à vontade das partes, pois que elas aceitam se submeter à sentença arbitral proferida por terceiro, conferindo caráter heterônomo que a distancia da natureza contratual.

fazem a seguinte referência bibliográfica: RUBELLIN-DEVICHI, Jaqueline. *L'arbitrage: nature juridique: droit interne et droit international privé*. Paris: LGDJ, 1965).

¹⁷Maria Helena Diniz assim define Lex Mercatoria: “O *jus gentium* dos empresários, designado *lex mercatoria*, consiste num sistema de relações onde se misturam o direito, os princípios ou usos mercantis e a equidade. O *jus mercatorum* ou a nova *lex mercatoria* está desvinculado de qualquer ordenamento jurídico estatal, sendo anacional, ou seja, um direito corporativo autônomo, decorrente do comércio internacional. Constitui, tão somente, um conjunto de normas originárias de operações de comércio internacional, ou melhor *derelações econômicas internacionais*, que não se submetem a nenhum direito estatal. Trata-se de um direito uniforme regido por normas de origem proissional ou consuetudinária por princípios emanados de sentenças prolatadas em juízo arbitral”. (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3, p. 128).

¹⁸Na esfera penal, por exemplo, normalmente o juiz que fixa a sentença não é o mesmo juiz que a executa (art. 65, Lei 7.210/1984).

Segundo esta concepção, a arbitragem se desenvolveu em virtude da necessidade das partes, especialmente as que se relacionam comercialmente no plano transnacional, de encontrarem um mecanismo satisfatório para resolução dos conflitos originados daquelas relações. Assim, ela foi sendo organizada e desenvolvida segundo os critérios que o mercado internacional entendeu adequados: a arbitragem deveria vincular as partes, por meio de uma decisão final proferida por árbitros imparciais e justos, capaz de ser executável perante uma autoridade local. Dessa maneira, ela pode subsistir fora do contexto de um sistema positivado nacional. Os tratados internacionais que advieram ao longo dos anos foram, nessa toada, influenciados pela comunidade estudiosa da arbitragem internacional, que teriam estimulado a edição, por exemplo, da Convenção de Genebra, em 1923, e de Nova Iorque, em 1958.

A teoria autônoma considera a arbitragem como um fato da vida, de maneira muito mais pragmática do que teórica¹⁹, dando mais importância à realidade da atividade mercantil e dos usos e costumes que a regem, do que a critérios adotados pela política nacional de cada país específico. Há uma mudança de foco: a prática internacional, nesse viés, possui maior importância do que as leis do local onde a arbitragem se desenvolve.

É, desta forma, a ideia mais moderna sobre a natureza jurídica da arbitragem, a qual prescindiria de um desenvolvimento científico do instituto independente do Direito Processual Civil ou do Direito Civil, autônomo, capaz de constituir objeto para estudo próprio e exclusivo.

No Brasil, abstraindo-se quaisquer considerações teóricas a respeito, não restam dúvidas de que a Lei de Arbitragem atribuiu à sentença arbitral o mesmo efeito da sentença proferida pelos juízes estatais. Quanto aos seus efeitos, portanto, a sentença arbitral possui

¹⁹“*International commercial arbitration is a fact of life. It is used by the international business world because it can be, and has been, tailored for their particular needs. In its course, arbitration practice has been the catalyst for the development of new and less parochial national arbitration laws, and truly international instruments to regulate what happens in practice. It is the practice of arbitration rather than national considerations that now controls the arbitration framework. To meet the needs and expectations of the parties national and international laws have been amended. It is the process and its users, rather than the national interest and the law, that has determined the changes to international arbitration practice*”. (Tradução livre do autor: “A arbitragem comercial internacional é um fato da vida. É usada pelo mundo dos negócios internacionais por que pode ser, e tem sido, moldada para as suas necessidades particulares. No decorrer do seu desenvolvimento, a prática da arbitragem tem sido catalisadora do desenvolvimento de novas e menos paroquiais leis de arbitragens nacionais, constituindo verdadeiro instrumento internacional a fim de regular o que ocorre na prática. Nos dias atuais, é a prática da arbitragem, e não as deliberações nacionais, o que controla a moldura do instituto da arbitragem. A fim de satisfazer as necessidades das partes é que as leis, nacionais e internacionais, tem sido adaptadas. É, em verdade, o processo e seus usuários, ao invés do interesse nacional e da lei, que tem determinado as mudanças na prática arbitral internacional”). (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 82).

cunho jurisdicional. Tal sucede por força do disposto no artigo 31 (“A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”), cumulado com o que estabelece o artigo 18 (“O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”), ambos daquele diploma. A par disso, verifica-se que o art. 475-N do Código de Processo Civil incluiu a sentença arbitral como título executivo judicial, equiparando-a definitivamente à sentença judicial²⁰. Para todos os efeitos, por força da lei, a sentença arbitral é título executivo judicial, e, independente de tal inclusão estar certa ou errada na visão da doutrina, é a realidade inarredável.

É corretíssima, por isso, a afirmação de Carlos Alberto Carmona de ser a discussão a respeito do assunto, pelo menos no Brasil, e em face da arbitragem doméstica, meramente acadêmica.

Por isso que, a despeito de se verificar ser a teoria autonomista da arbitragem a mais modernamente aceita pela doutrina internacional, e concordar que ela é a que mais facilmente consegue explicar as peculiaridades e características próprias da arbitragem, e, sem dúvida alguma, é a que mais se compatibiliza com o conceito de arbitragem internacional, ante a ausência de uma vinculação a um lei estatal, é de se aderir, pelo menos em relação às arbitragens nacionais, à teoria da natureza jurisdicional.

No momento em que o legislador incluiu a sentença no rol de títulos executivos judiciais, estendeu à sentença arbitral os mesmos efeitos produzidos pelas sentenças judiciais, capaz, inclusive, de produzir coisa julgada²¹, qualidade esta que só poderá ser afastada nas hipóteses previstas para ação anulatória inseridas no art. 33 da Lei de Arbitragem. Assim, se pode ser discutível, o que é objeto de acalorado debate, que a arbitragem possui, tal qual uma ação judicial, natureza jurisdicional, é correto que a

²⁰Esta equiparação, todavia, não é absoluta, conforme se examinará no capítulo a respeito da relação entre a jurisdição arbitral e estatal (Capítulo 4).

²¹Embora, apesar da redação do artigo 467 do Código de Processo Civil, se saiba que a coisa julgada é mais uma qualidade do que um efeito. Sobre o tema da coisa julgada em matéria arbitral, Ada Pellegrini Grinover escreve: “*Embora não seja usual falar-se em trânsito em julgado em relação à sentença arbitral, é certo que, uma vez proferida e não cabendo contra ela recurso, tecnicamente se opera fenômeno aí que em tudo corresponde ao da autoridade da coisa julgada. O que nem é infirmado pela possibilidade de posterior controle jurisdicional, dada a limitação dos meios colocados à disposição do interessado (que, ademais, não são e não podem ser considerados “recursos”), pelo sistema, para a finalidade de barrar a execução fundada na sentença arbitral*”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem. Execução. Ação para reconhecer a invalidade da arbitragem. Embargos à execução. Identidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 146, abr. 2007).

sentença arbitral possui a mesma natureza jurídica que aquelas proferidas pelos juízes togados.

Conforme lição já referida de Cândido Rangel Dinamarco²², à medida em que se tem a arbitragem como mecanismo de resolução heterônoma de litígios, com decisão final vinculante e executável, não há que se discutir que, quanto à finalidade, guarda idêntico escopo de pacificação social perseguido pela jurisdição estatal. De igual maneira, pode-se afirmar que a função do árbitro é a mesma que a do juiz togado: aplicar o Direito ao caso concreto, resolvendo definitivamente o litígio entre as partes²³.

O fato de que a Lei de Arbitragem, além de permitir o julgamento por equidade, possibilita ainda às partes escolherem as regras de direito que serão aplicadas, podendo inclusive optar pela adoção de leis estrangeiras, ou mesmo usos e costumes do comércio internacional (art. 2º da Lei de Arbitragem, *caput* e §§ 1º e 2º), não seria capaz de distanciar a arbitragem da atividade jurisdicional. Isso porque os órgãos da jurisdição permanente, em dadas situações, também podem decidir com base na equidade (art.127²⁴ do Código de Processo Civil), nos costumes (art. 126²⁵ do Código de Processo Civil), ou na legislação estrangeira (art. 337²⁶ do Código de Processo Civil, cumulado com artigos 13, 14, 16 e 17 da Lei de Introdução ao Código Civil²⁷), sem que isso importe em ofensa à soberania nacional²⁸.

²²DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional, cit., p. 54.

²³Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam: “*O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social*” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual, até 1.10.2007. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007).

²⁴Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

²⁵Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

²⁶Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

²⁷Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência.

(...)

Art. 16. Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

²⁸Sobre o tema, Luiz Olavo Baptista, leciona que: “*Ao se aplicar o direito estrangeiro, aparentemente ocorre uma brecha na soberania. Com efeito, aí o Juiz estaria reconhecendo uma autoridade ou a competência ao legislador estrangeiro autor da norma aplicada. Todavia é mera aparência. Isso não ocorre. A questão está também ligada à de saber como esse direito será reconhecido. Ambas foram objeto de muita discussão e a doutrina, em diversos países, deu soluções diferentes a esses problemas*”. (BAPTISTA, Luiz Olavo. Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 764, p. 33, jun. 1999).

O monopólio estatal da jurisdição, motivo de tanta preocupação para alguns doutrinadores²⁹, não é ameaçado pela coexistência de uma atividade jurisdicional paralela, excepcionalmente ministrada por arbitragem, tendo em conta que é próprio Estado, mediante a lei, que permite o exercício de atos judicantes por árbitros escolhidos pelas partes³⁰. Ademais, vale destacar, a Lei de Arbitragem foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não cabendo, quanto a este ponto, qualquer discussão acerca da inconstitucionalidade da delegação jurisdicional do Estado à arbitragem³¹.

Por último, constata-se que a jurisdição arbitral, ao contrário de outras modalidades de resolução heterônoma de conflitos (tais como, por exemplo, aquelas exercidas por entes da Administração, como, por exemplo, as proferidas pelo Tribunal Marítimo³², pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados, e pelo CADE) possui como característica a capacidade de produzir coisa julgada material (leitura dos artigos 31 da Lei de Arbitragem, em conjunto com o art. 475-N do Código de Processo Civil), além de ser infensa e insuscetível de qualquer controle externo (Art. 18 da Lei de Arbitragem)

Assim, conclui-se que, embora a teoria da natureza jurídica autônoma seja a mais adequada à compreensão do instituto da arbitragem internacional, especialmente afetado pelas normas da moderna *merchant's law*, plasmada ao longo do tempo pelas práticas comerciais internacionais, pode-se afirmar, em referência à arbitragem doméstica, a sua natureza jurisdicional, por força das normas peculiares que disciplinam o instituto no Brasil.

Justifica-se, por isso, a adoção da expressão “jurisdição arbitral” para compor o título desta tese. Entende-se, por tudo o que foi exposto, que a “jurisdição arbitral” compreende tanto aquilo que pode ser decidido pelo árbitro em razão da convenção de

²⁹Teori Albino Zavascki também critica a teoria jurisdicional: “*nem se poderia, mediante lei ordinária, igualar ato privado como ato de jurisdição, já que isso importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição*” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit.).

³⁰No dizer de Fredie Didier Jr.: “*É possível afirmar que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer há monopólio de seu exercício. O Estado brasileiro autoriza, não só pela Lei, mas também em nível constitucional (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/88), o exercício da jurisdição por juízes privados. Perceba-se, ainda, que, ao escolher a arbitragem, os indivíduos não estão abrindo mão das suas garantias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal), porquanto deva o árbitro respeitar todas elas, sob pena de invalidade de sua decisão*” (DIDIER, JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2008. v. 1, p. 81).

³¹A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi declarada incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da homologação de sentença estrangeira n. 5.206-7 (ainda de competência daquela Corte Suprema, antes da vigência da Emenda Constitucional n. 45), em 12 de dezembro de 2001.

³²Lei Federal n. 2.180/1954.

arbitragem firmada pelas partes, como também o poder que os árbitros detêm, ao serem apontados pelas partes, com base nas disposições estabelecidas em lei³³. Ao contrário da jurisdição convencional, a jurisdição arbitral não decorre exclusivamente da lei, pois prescinde de convenção a ser firmada entre as partes.

A jurisdição dos árbitros configura-se, deste modo, como a função atribuída a terceiro imparcial, compreendendo os poderes para decidir determinada matéria (realizar o Direito), originada e limitada por uma convenção de arbitragem validamente constituída por livre opção das partes, com base nos requisitos que a lei estabelece, e que se desenvolve por via de processo culminante numa sentença arbitral, que será vinculante entre as partes, passível de implementação forçada³⁴, e capaz de tornar-se indiscutível (com a produção de coisa julgada material).

³³ “The jurisdiction of the tribunal is fundamental to the authority and decision making power of the arbitrators. Awards rendered without jurisdiction have no legitimacy. The absence of jurisdiction is one of the few recognised reasons for a court to set aside or refuse recognition and enforcement of an award. (...) Unlike the jurisdiction of national courts, the jurisdiction of an arbitral tribunal is not determined by the provisions of a single *lex fori*. Due to the hybrid character of arbitration, it is based on a complex mixture of contractual and jurisdictional elements, i.e., the will of the parties as expressed in the arbitration agreement on the one hand, and the different laws applicable to the various aspects of the arbitration agreement on the other hand”. (Tradução livre do autor: “A jurisdição do tribunal [arbitral] é fundamental para a autoridade e poder decisório dos árbitros. Sentenças arbitrais proferidas sem jurisdição não possuem legitimidade. A ausência de jurisdição é uma das poucas razões situações em que se admite a uma corte estatal ignorar ou rejeitar o reconhecimento e implementação forçada de uma sentença arbitral (...) Diferente da jurisdição das cortes nacionais, a jurisdição de um juízo arbitral não é determinada por provisões de uma única *Lex Fori*. Devido ao caráter híbrido da arbitragem, ela baseia-se numa complexa mixagem de elementos contratuais e jurisdicionais, i.e., a vontade das partes como expressa na convenção de arbitragem, de um lado, e as diferentes leis aplicáveis aos vários aspectos da convenção de arbitragem, do outro.”) (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 329-331).

³⁴ “The arbitration agreement empowers the arbitral tribunal to make a decision resolving a dispute which the parties are obliged to submit to it. That decision will be binding on the parties, and it may be rendered enforceable by the courts: that, it is suggested, results from the arbitrators’ appointment. (...) Accordingly, the extent of the arbitrators’ power to resolve disputes, and hence their jurisdiction, coincides exactly with the limits of the arbitration agreement”. (Tradução livre do autor: “A convenção de arbitragem dá poderes ao tribunal arbitral para proferir uma decisão definitiva de uma disputa, à qual as partes obrigatoriamente deverão submeter-se. Referida decisão será obrigatória às partes, e pode ser implementada forçosamente pelas cortes estatais: isto, sugere-se, resulta da indicação dos árbitros [pelas partes] (...) Deste modo, a extensão dos poderes dos árbitros para resolver disputas, e por consequência a sua jurisdição, coincidem exatamente com os limites da convenção de arbitragem”). (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 394).

2.3. Controle Judicial da Arbitragem

A expressão “controle judicial da jurisdição arbitral”, ou controle judicial da arbitragem, é utilizada em incontáveis ocasiões ao longo do desenvolvimento deste trabalho. Isso importa a necessidade de explicar o significado que se confere ao uso desta locução.

No primeiro relance, “controle” poderia conduzir o leitor a um equivocado sentido de revisão judicial dos atos arbitrais. De fato, um dos significados aceitos para o verbete em questão é o de “*poder, domínio ou autoridade sobre alguém ou algo*”³⁵. A adoção desta acepção poderia importar na ideia de uma (inexistente) subjugação da jurisdição arbitral à judicial.

Deve-se, ainda, afastar qualquer aproximação entre o sentido aqui empregado e a teoria do *judicial control*, como sinônimo do *judicial review* dos Estados Unidos da América, no Brasil difundida na forma da teoria do controle do ato administrativo pelo Judiciário³⁶. No *judicial review*, aos órgãos do Judiciário é assegurado o exame da legalidade dos atos administrativos, a fim de garantir a observância dos princípios e garantias constitucionais. A medida maior ou menor do alcance dessa revisão varia, a depender da política legislativa adotada em cada país, ou do nível de ativismo judicial aceito pelo ordenamento respectivo.

Não é este, contudo, o conceito que se adotou ao longo deste trabalho.

De acordo com os linguistas, a acepção “controle” possui como primeiro significado “*monitoração, fiscalização ou exame minucioso que obedece a determinadas expectativas, normas, convenções etc.*”³⁷. É este o sentido de “controle” adotado ao longo deste estudo.

³⁵HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 825, 4a definição do verbete “controle”.

³⁶Sob este entendimento, todo e qualquer ato administrativo pode ser submetido ao controle de legalidade a ser exercido judicialmente. Sobre o tema ver GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes direccionales, poderes del gobierno, poderes normativos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 38, n. 514, Mayo/Jun. 1976. Ver ainda MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

³⁷HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, cit., p. 825, 1a definição do verbete “controle”.

O controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil, portanto, significa a fiscalização e o exame realizados pelos órgãos do Poder Judiciário sobre o processo arbitral, observando-se a disciplina estabelecida na Lei de Arbitragem (em especial o art. 32 e 33), as convenções decorrentes da interpretação do instituto e as expectativas originadas do ajuste realizado entre as partes (convenção de arbitragem). Tal exame não pode exceder certos limites, nem autoriza a revisão do ato arbitral quanto ao mérito da decisão, mas se concentra apenas na verificação da observância de certas regras de procedimento, a fim de assegurar que a arbitragem se desenvolva com atenção aos princípios básicos do processo inseridos na Constituição Federal, bem como às regras basilares decorrentes da natureza do instituto, inseridas na própria lei regente (9.307/1996), ou tacitamente apreendidas.

É, num entendimento mais restrito, a fiscalização feita pelo Judiciário da observância na arbitragem do princípio do devido processo legal, na sua manifestação procedimental (*procedural due process*). Ou seja, ao Judiciário cabe examinar se a arbitragem seguiu atenta às regras básicas que regem o seu procedimento. Seria, deste modo, um controle de validade, e não de acerto, justiça da decisão, ou correta apreciação da prova pelo árbitro. O que não significa, no entanto, que o controle judicial não possa averiguar se a arbitragem adequa-se à ordem pública, mas não o fará em relação ao mérito da decisão arbitral, mas apenas no que a ordem pública, aqui compreendida restritivamente como o ordenamento jurídico, disciplina sobre a arbitragem. Ou seja, o Judiciário examinará se o processo arbitral respeitou o que o ordenamento jurídico disciplina sobre o instituto da arbitragem, especialmente no que diz respeito à arbitrabilidade (o que pode ser objeto de arbitragem, seja do ponto de vista objetivo ou subjetivo)³⁸.

Numa acepção mais extensa, o termo “controle” é adotado neste trabalho para abranger também em seu significado outra função exercida pela jurisdição estatal em relação à arbitral. Trata-se da função de assistência (amparo ou apoio), que é indispensável ao desenvolvimento do instituto da arbitragem, e só pode ser desempenhada pelo Poder Judiciário. Tal função manifesta-se de modo mais evidente em duas situações (mas não

³⁸Sobre este tema é dedicado tópico específico, no capítulo 7, item 7.5 (“Controle judicial do processo arbitral com base em afronta à ordem pública”), inclusive com análise da (im)possibilidade de aplicação no Brasil da doutrina do *manifest disregard of the law*, desenvolvida pela jurisprudência das Cortes dos Estados Unidos. Na mesma ocasião é analisada a possibilidade de controle judicial sobre a jurisdição arbitral decorrente de afronta à ordem pública, aí compreendida restritivamente como o conjunto de regras acerca da arbitrabilidade.

está restrita a elas³⁹), que são (I) a atividade de zelar pela instauração do procedimento arbitral quando houver resistência imotivada por uma das partes; e (II) garantir a implementação da sentença arbitral, não havendo o cumprimento espontâneo pela parte vencida.

Nestas hipóteses, embora à primeira vista não se enxergue aqui atividade propriamente de *fiscalização, exame ou monitoração*, pois o que se desenvolve é uma atividade de auxílio, amparo, ajuda ou apoio, prestada pela jurisdição permanente à arbitral, optou-se por mantê-la sob o gênero “controle”. Isto tem justificativa na verificação de que, mesmo nessas ocasiões, cabe ao Judiciário certa medida de interferência que pode importar uma atividade de fiscalização e supervisão – isto poderá ser observado na segunda parte deste estudo⁴⁰.

Afirma-se para não restar dúvidas: a atividade de “controle” do Judiciário sobre a arbitragem não é uma atividade de revisão, nem de domínio da jurisdição estatal sobre a jurisdição privada, mas uma fiscalização da aplicação das regras a ela inerentes, sejam decorrentes da Lei (9.307/1996), sejam originárias da natureza do próprio instituto, ou ainda aquelas criadas pela livre convenção das partes (no âmbito de sua disponibilidade). Para melhor estruturação metodológica, decidiu-se incluir no gênero “controle” a atividade de apoio exercida pelo Judiciário em relação à arbitragem, pois – também aí – pode haver a análise das condições da arbitragem, o que importa num exercício de fiscalização das regras do instituto, ainda que superficial.

O que se defende é uma sindicabilidade judicial sobre a jurisdição arbitral, que não vá além da fiscalização da validade formal do processo, como forma de evitar decisões absurdas, iníquas, proferidas em desacordo aos princípios basilares que norteiam não só o processo civil, mas o processo como um todo.

É, deste modo, que a locução “controle judicial sobre a jurisdição arbitral” adquire formato compatível com a noção de que o “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18, Lei de Arbitragem), e a capacidade de produzir coisa julgada material, configurando consequente título executivo judicial (art. 475-N, Código de Processo Civil).

³⁹ O julgamento de conflito de competência eventualmente instaurado entre órgão arbitral e órgão da jurisdição estatal, minuciosamente examinado no item 6.2, do capítulo 6 deste trabalho (“Controle judicial na fase arbitral”), é outro exemplo de referida assistência e apoio.

⁴⁰ Ver “Parte II – Controle judicial da jurisdição arbitral”, capítulos 5 a 8 deste trabalho.

2.4. Princípios constitucionais do processo

Ao longo do trabalho, há repetidas referências aos princípios constitucionais do processo, notadamente o princípio do devido processo legal. Tal repetição acontece porque uma das justificativas, entre outras, para autorizar o controle judicial sobre o processo arbitral reside justamente na necessidade de verificar-se a observância do devido processo legal no âmbito da arbitragem. Só será válida a arbitragem desenvolvida com estrita atenção ao *due process*. Do contrário, a parte que se achar prejudicada poderá socorrer-se do Judiciário.

É importante destacar que, na atual fase do constitucionalismo, denominada de pós-positivista⁴¹, os princípios passaram a compor a estrutura interna dos ordenamentos jurídicos⁴², incluindo-se na categoria das normas jurídicas, na qual convivem em harmonia com as regras. Embora da mesma categoria, entretanto, as normas-princípios se distinguem das normas-regras. Enquanto aquelas consubstanciam “mandamentos de otimização”, estas, por outro lado, são normas jurídicas específicas, que possuem aplicação direta, e servem como intermediadoras daqueles mandamentos⁴³.

Como se mencionou na introdução, o tema central desta tese é a fiscalização do Judiciário sobre a arbitragem. Não há aqui a intenção de aprofundar-se sobre conceitos já conhecidos no mundo do processo civil ou do Direito Constitucional, o que importaria desvio de rota desnecessário. Importante, no entanto, é definir, em linhas gerais e superficiais, a noção que se possui do referido princípio, a fim de compreender qual o alcance do conceito de devido processo legal utilizado nesta tese.

⁴¹O constitucionalista cearense Paulo Bonavides, na esteira de teorias estrangeiras da lavra de Ronald Dworkin (Estados Unidos da América) e Robert Alexy (Alemanha), principalmente, afirma que a teoria dos princípios jurídicos passaram por três fases distintas: a fase jusnaturalista, em que predominavam os postulados do direito natural, a fase positivista, em que todas as normas jurídicas encontravam fundamento estritamente legal, e a atual fase pós-positivista, em que os ordenamentos jurídicos possuem objetivos delineados pelos princípios constitucionais (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 396).

⁴²Tiago Asfor Rocha Lima afirma que: “a discrepância da categoria normas em princípios e em regras é fruto do acolhimento pelas Constituições de preceitos que possuem conteúdos diversos, seja pela generalidade, pela abstratividade, pela valoração, pela fundamentação ou por qualquer outra diferença (princípios), implicando assim necessidade de se comparar, para fins de dissecação, com outros preceptivos previstos no corpo legislativo que funcionam como mediadores na concretização dos sobreditos preceitos, possuindo assim aplicabilidade direta sem necessidade de qualquer intervenção (regras)” (ROCHA LIMA, Tiago Asfor. *Antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009).

⁴³Esta é a concepção de Robert Alexy. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86-87).

O princípio do devido processo legal é o princípio processual mais importante, configurando esteio de onde emanam todos os demais princípios constitucionais do processo⁴⁴. Assim, ao se referir à isonomia, ao contraditório, à imparcialidade do julgador, à ampla defesa, à efetividade, entre outros, se está, em verdade, referindo-se a formas de manifestação do princípio do devido processo legal.

Sua aplicação é assegurada a fim de tutelar o trinômio vida-liberdade-propriedade. O conceito de processo é genérico e abrange todas as suas possibilidades de manifestação: processo legislativo, processo judicial, processo administrativo, e processo negocial⁴⁵.

Já não há mais discussão na doutrina a respeito da aplicação do devido processo legal no âmbito das relações privadas⁴⁶. Por isso não remanescem dúvidas quanto à necessidade de ser o mesmo observado no âmbito da arbitragem.

O devido processo legal é empregado ao longo deste trabalho no seu sentido formal, consistente no direito que assiste às partes de participar do processo de acordo com regras previamente estabelecidas (*procedural due process*). Por isso, quando se menciona o devido processo legal, o leitor não deve se confundir com a aplicação da sua manifestação substancial, da qual decorrem, segundo a doutrina⁴⁷, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁴⁸.

⁴⁴Ao tratar dos princípios constitucionais do processo, Cândido Rangel Dinamarco afirma: “*muitos desses princípios, garantias e exigências convergem a um núcleo central e comum, que é o devido processo legal, porque observar os padrões previamente estabelecidos na Constituição e na lei é oferecer o contraditório, a publicidade, possibilidade de defesa ampla etc*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 198).

⁴⁵“*A palavra processo aqui deve ser compreendida em seu sentido amplo: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo e negocial*”. (DIDIER, JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 30).

⁴⁶Por escapar ao foco do trabalho, não se irá discorrer sobre as três teorias existentes na doutrina internacional sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Apenas a título de referência, a teoria do *state action* nega a extensão dos direitos fundamentais ao âmbito privado, a teoria da eficácia indireta afirma que os princípios constitucionais devem servir de balizas a orientar o legislador que deverá observá-los ao editar as normas de direito privado, e, por fim, a teoria da eficácia direta, vigente no Brasil, pela qual entende-se que os direitos, princípios e garantias constitucionais têm aplicação imediata e direta no âmbito das relações privadas (Sobre o assunto, ver SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005).

⁴⁷Fredie Didier Jr. (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, cit., v. 1) e Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997).

⁴⁸Não se pretende aqui defender a inaplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no exercício do controle judicial sobre a jurisdição arbitral. Pelo contrário, tais princípios devem pautar sempre a atuação do juiz, já que todas as decisões judiciais, por força do devido processo legal substancial, devem ser substancialmente fundamentadas. No entanto, o que se afirma é que não é o desrespeito ao devido processo legal formal pelo árbitro que justificará o controle judicial, nas hipóteses enfrentadas ao longo desta tese.

A definição do devido processo legal adotada nesta tese é a de garantia às partes de que serão estritamente observadas, na materialização procedimental do processo de arbitragem, todas as regras formais e todos os princípios constitucionais do processo.

Mesmo no âmbito da arbitragem internacional, não há discussão de que certos princípios processuais devem ser observados, no que se convencionou denominar *magna carta of arbitration*. Portanto, independentemente da instituição ou da sede em que se desenvolva a arbitragem internacional, algumas regras procedimentais básicas devem ser observadas, e representam condições de validade ao regular processamento da arbitragem⁴⁹.

O legislador brasileiro, ao editar a Lei de Arbitragem, assimilou a importância do devido processo legal. No art. 32⁵⁰ do referido diploma, há expressa menção às hipóteses de nulidade da sentença arbitral. Dentre os oito incisos mencionados, seis deles dizem respeito à não observância do devido processo legal. Na verdade, se quisesse ter sido econômico em suas palavras, o legislador poderia ter indicado que a sentença arbitral seria nula se fosse nulo o compromisso, proferida fora dos limites da convenção, ou em caso de desrespeito ao devido processo legal. Tal disposição teria o mesmo alcance que a atual, em

⁴⁹“Regardless of the procedure and the law chosen, it is undisputed that the arbitration tribunal shall guarantee a number of principles that constitute the procedural “magna carta of arbitration”. What are these fundamental standards of international commercial arbitration and where are they to be found? In fact they are the constitutional cornerstones of arbitration proceedings – due process, fairness and the application of the appropriate law or other standard to the substance of the dispute. The magna carta of arbitration has two main principles: due process and fair hearing; and independence and impartiality of arbitrators”. (Tradução livre do autor: “A despeito do procedimento e da lei escolhidos, é inquestionável que o juízo arbitral deve garantir alguns princípios que constituem a “carta magna” da arbitragem. Quais são esses elementos fundamentais da arbitragem comercial internacional e onde podem ser encontrados? De fato eles são as pedras angulares constitucionais do procedimento de arbitragem – devido processo legal, justiça e a aplicação da lei adequada ou outro padrão substancial à disputa. A “carta magna” da arbitragem tem dois fundamentais princípios: devido processo legal e contraditório; além da independência e imparcialidade dos árbitros”). (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 95). Entende-se, contudo, que a imparcialidade e independência são elementos constitutivos do devido processo legal.

⁵⁰Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nulo o compromisso;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- 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; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

que são mencionadas oito situações, gerando dúvidas quanto a se tratar de elenco exaustivo ou meramente exemplificativo⁵¹.

De fato, o inciso II do art. 32 indica que a sentença será nula se emanar de quem não podia ser árbitro. Ou seja, se houver desrespeito ao *due process* decorrente das regras procedimentais de nomeação do árbitro, especialmente aquelas constantes do art. 13 e parágrafos da Lei de Arbitragem.

Quanto aos requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem, indicados no inciso III do art. 32, referem-se aos pressupostos da sentença arbitral, que deverá conter relatório, fundamentos e dispositivo, sendo mera reprodução na esfera arbitral do princípio da motivação, do livre convencimento e da fundamentação das decisões judiciais, estes também decorrentes do devido processo legal.

O inciso IV aponta para a nulidade da sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, o que também é uma referência indireta ao devido processo legal, uma vez que a própria lei de arbitragem estabelece que a arbitragem só poderá dirimir litígios regularmente submetidos via convenção entre as partes. Portanto, admitir sentença arbitral sobre matéria não submetida à arbitragem também configura afronta ao devido processo legal.

Idêntico desfecho decorre da previsão constante do inciso V, pois aqui a nulidade seria em face da ausência de decisão sobre todo o litígio levado ao árbitro. Há neste ponto, para o árbitro, reprodução da obrigação do juiz togado de decidir toda a matéria, ou seja, a afirmação da garantia de prestação jurisdicional, que é, por sua vez, decorrente do *due process of law*.

O proferimento de sentença por prevaricação, concussão ou corrupção passiva (inciso VI), também constitui afronta ao devido processo legal, que tem como um dos corolários a garantia de imparcialidade do julgador.

O desrespeito ao prazo fixado para término da arbitragem constitui lesão aos princípios da celeridade, da efetividade, da garantia de um processo sem dilações indevidas⁵², também originários do mesmo princípio-pai.

⁵¹ Como se observa no capítulo 7 (“Controle judicial pós-arbitral”), as hipóteses descritas no art. 32, apesar de serem amplas, pois cada uma delas pode prever variadas situações, são taxativas, porém, a via da ação prevista no art. 33, não é a única que possibilita o controle judicial na fase pós-arbitral.

⁵² Sobre o tema ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do processo sem dilações indevidas: garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Por fim, o inciso VIII indica que a sentença arbitral será nula se forem desrespeitados os princípios indicados no art. 21, §2º da Lei de Arbitragem, que são os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Todos estes princípios são formas de manifestação do princípio do devido processo legal.

Admitir que o devido processo legal deve ser observado na arbitragem não significa negar a autonomia ou liberdade das partes para pactuarem as regras que entenderem pertinentes; no entanto, uma vez pactuadas tais regras, inclusive no que diz respeito ao procedimento, estas deverão ser estritamente observadas. E mesmo a pactuação destas regras deve ser realizada tendo como limites e parâmetros os ditames do devido processo legal. É aí que o devido processo legal impõe fronteiras à autonomia de vontade das partes⁵³.

Convém salientar que se aplica ao processo arbitral o princípio da instrumentalidade das formas, decorrente da ideia de que não haverá nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), que é explorada com detalhes adiante⁵⁴. Tal aferição do grau de prejuízo será importantíssima, a fim de evitar excesso de subjetivismo que pode conduzir à judicialização indevida de litígio submetido à arbitragem.

⁵³Importante é destacar que nem toda regra processual aplicada ao processo civil pode ou deve necessariamente ser aplicada ao processo arbitral, já que este está sujeito ao ajuste realizado entre as partes, decorrente da autonomia da vontade destas. Assim, as partes poderão estabelecer ritos diferentes daqueles. De acordo com a doutrina estrangeira, mesmo a arbitragem internacional deverá observar tais princípios: “*The principle of fair trial will effectively imply that:*
 - *each party is given a reasonable opportunity to put his case and to deal with that of his opponent;*
 - *delays will be avoided by fixing appropriate short periods for written submissions and oral arguments;*
 - *exercising maximum discretion when deciding as to the admissibility of evidence;*
 - *the arbitration tribunal treats parties equally and fairly*”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 95).

⁵⁴ Ver item 7.2.

2.5. Principais normas que regulam a arbitragem internacional

Haverá ao longo desta tese muitas menções a diversos regramentos internacionais, daí a importância de que se tenha familiaridade com eles, no entanto, sob risco de prolixidade, há de se restringir tal análise apenas àquelas normas tidas como mais importantes. Conforme estatuído na introdução deste trabalho, este não tem como foco a arbitragem internacional, já que é dedicado especificamente à arbitragem doméstica. Há, contudo, necessidade de fazer breves considerações sobre algumas importantes normas e tratados de abrangência global que regulam a arbitragem internacional, já que é dela de onde a doutrina brasileira extrai as mais importantes influências teóricas, responsáveis pelos avanços sentidos nos últimos anos na arbitragem brasileira.

Há muito tempo a arbitragem é considerada, senão a melhor, pelo menos uma forma bastante adequada de resolução das disputas internacionais, daí ser natural que seu desenvolvimento na doutrina estrangeira tenha se dado de modo mais incisivo do que internamente. Com a evolução da arbitragem e o aprimoramento das relações negociais, passou a ser necessário regular a possibilidade de intervenção judicial sobre o processo arbitral, seja para exercer o controle de legalidade formal propriamente dito, como para assegurar apoio e assistência necessários à efetivação da jurisdição. De outra forma, a arbitragem poderia ficar à mercê de critérios intervencionistas estabelecidos por parte de cada ordenamento jurídico, de forma a trazer risco para o desenvolvimento do instituto.

A partir do fim do século XIX, início do século XX, a arbitragem moderna passou a adquirir os contornos que possui hoje. Em 1919 foi criado o ICC – International Chamber of Commerce, que em 1923 inaugurou o seu órgão de arbitragem, que é desde então o principal órgão de arbitragem insitucional da comunidade comerciante internacional.

Em 1923 e 1927, por envolvimento direto da ICC, foram promulgadas as duas importantes Convenções de Genebra (*Geneva Protocol on Arbitration Clauses* e *Geneva Convention on the Execution of Foreign Awards*). Para o sistema então vigente, tais protocolos apresentaram soluções adequadas, mas que foram ao decorrer do tempo demonstrando conter alguns problemas.

Os documentos suíços acima indicados foram a semente do que se tornou talvez a mais importante norma sobre arbitragem internacional chamada no diminutivo Convenção de Nova Iorque, é, em verdade, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de

Sentenças Arbitrais Estrangeiras firmada pelas Nações Unidas (ou no original em inglês: *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*). Apesar de datar de 1958, ela só foi formalmente aderida pelo Brasil em 2002, quando foi promulgado o Decreto n. 4.311, em 23 de julho desse ano.

Ela é diploma fundamental para a arbitragem moderna ter adquirido os contornos e as características que hoje possui. Sua sistemática é adotada por cerca de 140 países⁵⁵, passando a configurar o denominador comum da arbitragem internacional a dar esteio à necessária função de apoio e de controle judicial sobre a jurisdição arbitral internacional. A adesão pelo Brasil, ainda que tardiamente, em 2002, demonstra o recente atinar do legislador para a necessidade de posicionar o País dentro do contexto negocial internacional, possibilitando e estimulando o florescimento de negócios jurídicos que poderiam deixar de existir, ou ocorrer em custo muito maior, caso não houvesse ao estrangeiro a certeza de que o Brasil assegura a arbitragem como instituto confiável, juridicamente protegido pelo Estado.

Constam da Convenção de Nova Iorque os mais importantes princípios que regem a arbitragem, tanto internacional, quanto a doméstica. A mistura de muitas experiências jurídicas de vários ordenamentos, que passaram a se inter-relacionar por força da Convenção, fez com que se desenvolvessem regras flexíveis, com padrões comuns a diversos ordenamentos distintos.

Em 1985, novamente por iniciativa das Nações Unidas, foi criada a Lei Modelo UNCITRAL (*Commission on International Trade Law*), que é instrumento a servir de modelo para adoção de normas relativas a arbitragem doméstica, a fim de que pudessem servir de inspiração, ou mesmo serem integralmente adotados, pelos mais diversos países. Veio no sentido de sanar diferenças expressivas entre os ordenamentos no que diz respeito à arbitragem⁵⁶. A Lei Modelo UNCITRAL serviu de base para diversos ordenamentos

⁵⁵Segundo apontam Nádia de Araújo e Lidia Spitz (A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre seu âmbito de aplicação. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53).

⁵⁶“In some countries the courts still sought to control and supervise arbitrations taking place in their jurisdictions. Other countries sought rather to provide support for the arbitration process whilst refusing to intervene or interfere in the process itself, as opposed to strict supervision of the arbitration process.(...) The third group of countries had either old and out of date arbitration laws or no arbitration laws at all”. (Tradução livre do autor: “Em alguns países as cortes estatais ainda procuram controlar e supervisionar arbitragens que se realizam sob suas jurisdições. Outros países buscam de outro modo prover apoio ao processo arbitral enquanto se recusam a intervir no processo arbitral, em oposição a mera supervisão do processo de arbitragem (...) O terceiro grupo de países possuem antiga ou defasada legislação sobre arbitragem, ou mesmo nem as possuem”). (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 27).

jurídicos desenvolverem sistemas de arbitragem compatíveis com a realidade moderna das relações comerciais. Prevê uma abordagem minimalista, com poucas interferências do Judiciário no processo arbitral. Este conceito é atualmente adotado na maioria dos países. Prevê, basicamente, o apoio da jurisdição estatal para instaurar a arbitragem, remover árbitros, assegurar a implementação de tutelas de urgência e de produção de provas. Já a função de supervisão, no sentido de controle propriamente dito, é manifestado na situação de analisar a regularidade da jurisdição arbitral, implementar as sentenças arbitrais e verificar a regularidade formal do desenvolvimento do processo de arbitragem.

3. JURISDIÇÃO ARBITRAL

Todos os conceitos a respeito da jurisdição arbitral, bem como as características a ela inerentes, abordadas neste capítulo, configuram elementos de elevada importância para o entendimento não só do instituto da arbitragem, mas também do funcionamento prático da jurisdição arbitral. São temas que, apesar de já muito explorados, poderiam, cada um, ser objeto de uma tese de doutorado específica. Como exposto, o objeto do estudo aqui desenvolvido é o controle judicial sobre a jurisdição arbitral, sendo aí que reside o foco principal do trabalho. Mostra-se, entretanto, necessária a abordagem, ainda que superficial, sobre os elementos característicos da jurisdição arbitral, já que tais, além de serem mencionados em múltiplas ocasiões ao longo do trabalho, são de fundamental importância como premissas para as conclusões a que se pretende chegar neste trabalho

Feita esta ressalva inicial, sobretudo deixando claro que os tópicos seguintes são abordados de forma superficial, sem interesse em esgotamento da matéria, pois o foco do trabalho é outro. A importância de abordá-los, no entanto, apresenta-se na necessidade de que se compreenda o entendimento que se detém sobre cada um destes conceitos, inerentes e indispensáveis à compreensão da arbitragem contemporânea, aplicável à arbitragem doméstica e internacional.

3.1. Arbitrabilidade - limitação material e formal da convenção de arbitragem

Dá-se o nome de arbitrabilidade ao conceito que designa a possibilidade de um litígio ser resolvido por arbitragem⁵⁷. A arbitrabilidade refere-se, geralmente, ao objeto do

⁵⁷“*L’arbitrabilité est l’aptitude d’un litige à faire l’objet d’un arbitrage*”. (Tradução livre do autor: “A arbitrabilidade é a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem”). (FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Libres disponibilité des droits et conflits de lois*. Paris: LGDJ, 1996). No mesmo sentido, Eduardo Gonçalves Damiano: “A faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem é o que se chama de arbitrabilidade” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 8, orientação Prof. José Carlos Magalhães, exemplar com o Autor). Ainda sobre arbitrabilidade, José Carlos Fernández Rozas: “*L’arbitrabilité signifie qu’une question est susceptible d’arbitrage par nature ou parce qu’aucune disposition légale ne la soumet à la compétence exclusive d’un tribunal étatique*”. (Tradução livre do autor: “A arbitrabilidade significa que uma questão é susceptível a arbitragem por natureza ou porque nenhuma disposição legal submete a questão à competência exclusiva de um tribunal estatal”). (FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international. Recueil des Cours*, Académie de La Haye de Droit International (Kluwer), Haia-Holanda, 2002).

litígio, mas pode também referir-se à qualidade das partes. Distingue-se, portanto, a “arbitrabilidade objetiva”, ou *ratione materiae*, – relativa à matéria que pode ser objeto da arbitragem – da “arbitrabilidade subjetiva”⁵⁸, ou *ratione personae*, – relacionada às partes que podem convencionar uma arbitragem.

Sob a óptica objetiva, é arbitrável o litígio que envolva negócio jurídico que a lei autorize seja submetido a arbitragem⁵⁹. Do ponto de vista subjetivo, por outro lado, é arbitrável o litígio entre partes que, por lei, sejam capazes de firmar convenção de arbitragem⁶⁰.

O critério da arbitrabilidade está condicionado às disposições legais, cabendo à lei de cada país fixar limites no alcance do instituto da arbitragem. Guarda intrínseca relação com o conceito de validade da convenção de arbitragem, já que esta, se for válida, importará na arbitrabilidade do litígio. E, para ser válida, a convenção precisa ter sido firmada por partes legalmente capazes e dispor sobre matéria que a lei permita se sujeitar à arbitragem⁶¹.

⁵⁸Sobre a distinção entre “arbitrabilidade subjetiva” e “arbitrabilidade objetiva”, ver HANOTIAU, Bernard. L’arbitrabilité. *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 2002. Chapters I & II (Collected Courses of the Hague Academy of International Law).

⁵⁹Piero Bernardini, disserta sobre o tema: “*It is worth recalling that one reason for the invalidity of the arbitration agreement is the circumstance that the dispute or disputes covered thereby are not capable of settlement by arbitration, an issue which not always may be immediately perceived since it depends on the actual development of the case and of the parties' claims*”. (Tradução livre: “Vale a pena lembrar que uma razão para a invalidação da convenção de arbitragem é a circunstância de que a disputa ou disputas abrangida por ela não serem passível de resolução via arbitragem, uma questão que pode nem sempre ser imediatamente percebida já que depende do efetivo desenvolvimento do caso e das alegações das partes”). (BERNARDINI, Piero. *Arbitral Justice, Courts and Legislation*. In: SPECIAL Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade. 1999).

⁶⁰Há, na doutrina, quem distinga arbitrabilidade *lato sensu* de arbitrabilidade *stricto sensu*. Segundo João Bosco Lee, “a primeira consiste em determinar preliminarmente o campo de aplicação da cláusula compromissória, para, em seguida, examinar se o litígio é suscetível de ser resolvido pela arbitragem (...). A arbitrabilidade *stricto sensu* se limita à análise da condição de validade da convenção de arbitragem”. (LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário*, São Paulo, v. 8, abr./jun. 2000). A arbitrabilidade *lato sensu* importa numa análise mais mais abstrata, ao passo que a arbitrabilidade *stricto sensu*, guarda, por natureza, relação com a convenção de arbitragem num dado caso concreto. A arbitrabilidade subjetiva e objetiva são espécies de manifestação da arbitrabilidade *stricto sensu*. É certo que o uso do conceito de arbitrabilidade em sentido lato é de aceitação polêmica na doutrina.

⁶¹“Por reconhecer competência aos árbitros, a Lei exige que as partes tenham expressado numa convenção o seu desejo de submeterem a jurisdição daqueles e que posteriormente se entenderão sobre a escolha dos árbitros; a arbitragem evolue assim num quadro onde existe certa liberdade de disposição e se funda sobre o exercício pelas partes da liberdade de firmarem pactos sobre direitos disponíveis”. No original em francês: “*Pour reconnaître compétence aux arbitres, la loi exige que les parties aient exprimé dans une convention leur volonté de se soumettre à leur juridiction et qu’ultérieurement elles se soient entendues sur le choix des arbitres; l’arbitrage évolue ainsi dans un cadre où existe une certaine liberté de disposition et se fonde sur l’exercice par les parties de leur liberté de conclure des pactes portant sur leurs droits disponibles.*” FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international, cit.

Nos últimos tempos, a evolução do instituto da arbitragem importou, além da ampliação do alcance da arbitrabilidade, também, uma reafirmação do seu domínio, por força da manifestação do princípio denominado pela doutrina de *favor arbitrandum*. Tal princípio acarretou a preponderância da arbitrabilidade sobre a inarbitrabilidade⁶².

No campo da arbitragem internacional, ainda que sem menção expressa, a Convenção de Nova Iorque dispõe sobre a arbitrabilidade objetiva, especificamente no seu Artigo 2, parágrafo 1, quando estabelece que “Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, **com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem**” (grifos não constantes do original)⁶³. Portanto, a jurisdição arbitral é limitada pela convenção das partes, que é, por seu turno, limitada pelo ordenamento jurídico⁶⁴. Assim, a arbitrabilidade encontra fronteiras impostas pela lei de cada país.

No mesmo artigo da Convenção de Nova Iorque, no parágrafo terceiro, em clara alusão ao conceito de arbitrabilidade, dispõe-se que cada Estado signatário deverá

⁶²Sobre o assunto, ver HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un reexamen. *Journal du Droit International*, Paris, v. 121, n. 4, p. 899-966, oct./dec. 1994. João Bosco Lee, a respeito da evolução da arbitragem nos países do Mercosul, leciona que: “...nos países em via de desenvolvimento, dentre os quais aqueles que formam o Mercosul, esta liberalização do campo de aplicação da arbitragem é menos evidente. Certamente, os países do terceiro mundo modernizaram suas leis de arbitragem, mas a extensão da arbitrabilidade depende mais da cultura arbitral do país em questão que de uma nova legislação. Desta forma, pode-se temer que a favor arbitrandum não seja tão bem aceita nos países do Mercosul, e que o termo contra arbitrandum seja mais adequado. Assim, se há tendência de se opor à arbitrabilidade e principalmente no que diz respeito às “matérias sensíveis”, as matérias indisponíveis clássicas, ao contrário, não apresentam problemas”. (LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul, cit.).

⁶³A tradução acima inserida é a oficial, constante do Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002, que finalmente promulgou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que havia entrado em vigor em 7 de junho de 1959, objeto do Decreto Legislativo n. 52/2002. No original em inglês: “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration”.

⁶⁴Neste sentido, Karl Böckstiegel afirma: “Se a jurisdição dos árbitros encontra limite no que as partes por convenção autorizaram, deve-se acrescentar imediatamente que esta jurisdição também encontra limite no que as partes podem autorizar. Os limites da autonomia das partes, portanto, tornam-se limites à jurisdição dos árbitros. A falta de arbitrabilidade é um limite, e a ordem pública é um qualificador específico deste limite”. No original em inglês: “If the jurisdiction of the arbitrators can only go as far as the parties by agreement have authorized them, one has to add immediately, that this jurisdiction can also go only as far as the parties can authorize them. Limits of party autonomy thereby become limits for the jurisdiction of the arbitrators. The lack of arbitrability is such a limit, and public policy is a specific qualification of that limit”. BÖCKSTIEGEL, K. H. Public policy and arbitrability. In: COMPARATIVE arbitration practice and public policy in arbitration. Deventer: Kluwer Law & Taxation, 1987. (ICCA Congress Series n. 3).

encaminhar à arbitragem a “ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo”, salvo quando constatar que “tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”⁶⁵.

Outra alusão implícita à arbitrabilidade constante da Convenção consta no parágrafo 1 do Artigo V, que define a possibilidade de indeferimento da execução de uma sentença arbitral quando a parte resistente conseguir demonstrar certas falhas de procedimento. Uma destas falhas consiste na prova, pela parte resistente, de que o acordo (convenção de arbitragem) “não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram”. Há, no mesmo dispositivo, referência indireta à arbitrabilidade subjetiva, ao estabelecer a possibilidade de indeferimento da execução de sentença arbitral quando “as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas”.

De igual maneira, mas independentemente de requerimento ou prova por qualquer das partes, o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso se verifique que “(a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou, (b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”⁶⁶.

Ainda no âmbito da arbitragem internacional, verifica-se que a Lei Modelo UNCITRAL, também traz menções à arbitrabilidade, reproduzindo o disposto na Convenção de Nova Iorque, especificamente no seu Artigo 36, (1), (b), (i), ao estabelecer que poderá ser recusado o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral caso o tribunal constate que “objeto do litígio não é suscetível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado”⁶⁷.

⁶⁵Na redação original em inglês: “. 3. *The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*”.

⁶⁶No original em inglês: “*Article V. 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it (...). 2. Recognition and enforcement of an arbitration award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country*”.

⁶⁷Na redação oficial em inglês: “(b) *if the court finds that: (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State...*”.

No Brasil, é a Lei 9.306/1997 que impõe os pressupostos que devem estar presentes a fim de que determinado litígio possa ser resolvido por arbitragem. O primeiro desses pressupostos é a capacidade de contratar (art. 1º, da Lei 9.307/1996), consubstanciada na capacidade civil das partes (arbitrabilidade subjetiva). O segundo pressuposto é de que a arbitragem só poderá versar sobre matéria relativa a direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva). É, portanto, vedada a arbitragem sobre direitos indisponíveis. Dispõe a lei: “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Quanto à capacidade, o legislador preferiu pecar pelo excesso, pois sequer havia a necessidade de estabelecer que a arbitragem só seria permitida para as pessoas capazes de contratar, quando o próprio Código Civil estabelece ser nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, e anuláveis os negócios celebrados por pessoa relativamente incapaz (arts. 166, 171, §§3º e 4º).

A arbitrabilidade subjetiva, na maior parte das vezes, é analisada quando se discute a possibilidade de submissão à arbitragem de pessoas jurídicas de Direito Público⁶⁸, no entanto, o conceito de arbitrabilidade subjetiva engloba espectro mais amplo, pois relaciona-se, por exemplo, com a questão da capacidade da parte em firmar a convenção arbitral. De um modo geral, as restrições relacionadas à capacidade das partes para submeter litígio à arbitragem decorrem da intenção do legislador em proteger as próprias partes, ao passo que as restrições relacionadas aos entes estatais geralmente decorrem de opções de política legislativa⁶⁹.

Também pode gerar discussões relativas à arbitrabilidade subjetiva a questão da submissão de parte não signatária à jurisdição arbitral – como, por exemplo, nos casos de

⁶⁸Yves Fortier assevera: “Se, sob a aplicação de uma lei específica, uma entidade – tipicamente um Estado ou ente da Administração – pode ser parte de uma convenção de arbitragem e se a disputa se tal entidade é parte pode ser submetida à arbitragem é referida pelos doutrinados como ‘arbitrabilidade subjetiva’(ou arbitrabilidade *ratione personae*)” (tradução livre, segue versão original em inglês: “Whether, under an applicable law, a particular entity – typically a State or other public body – may be a party to an arbitration agreement and thus whether a dispute to which such entity is a party may be submitted to arbitration is referred to by commentators as ‘subjective arbitrability’ (or arbitrability *ratione personae*)” (FORTIER, L. Yves. Arbitrability of disputes. In: AKSEN, Gerald et al. (Ed.). *Global reflections on international law, commerce, and dispute resolution: liber amicorum in honour of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005. p. 269).

⁶⁹Assim, Loukas A. Mistellis: “Restrições à capacidade da parte para convencionar uma arbitragem visam proteger a própria parte. Em contraste, as restrições à capacidade dos entes estatais para ingressar em arbitragens são fundadas em considerações de política pública”. (Tradução livre, no original em inglês: “Restrictions on the capacity of a party to enter into arbitration agreements aim to protect the party itself. By contrast, the restrictions on the state’s entitlement to enter into arbitration agreements are based on policy considerations”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 735).

convenção tácita, cadeia de contratos, contratos de adesão, convenção de arbitragem em estatuto social de empresas, dentre outros⁷⁰.

No que se refere à participação de pessoas jurídicas de Direito público em processos de arbitragem, alguns países, como, por exemplo, a França, proíbem de modo geral a participação de pessoas jurídicas de direito público e empresas estatais de firmarem convenções de arbitragem⁷¹. Outros, como exemplo a Arábia Saudita, o Irã e a Síria,

⁷⁰Sobre o consentimento tácito à arbitragem e a submissão de partes em razão de uma cadeia de contratos conexos e interrelacionados, ver WALD, Arnaldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, p. 31, maio 2004. Ainda sobre a tendência de atenuação do formalismo e em favor da possibilidade de reconhecimento da convenção tácita, ver MUNIZ, Joaquim de Paiva; PRADO, Maria da Graça Almeida. *Agreements in writing* e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 26, p. 59, jul. 2010. Sobre a possibilidade de convenção de arbitragem inserida em contrato de adesão, ver PRADO, Maria da Graça de Almeida. Contratos de adesão e segurança jurídica do sistema arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul. 2011. Quanto à inclusão de cláusulas compromissórias estatutárias, no bojo do estatuto social da empresa, ver MAKANT, Barbara. A Arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, p. 82, Jan. 2005; além de LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária (II) (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 27, out. 2010.

⁷¹O art. 2060 do Código Civil Francês assim estabelece: “Art. 2060. Não se pode transigir acerca de questões de Estado e que digam respeito à capacidade das pessoas, sobre aquelas relativas ao divórcio e à separação de corpo, nem sobre os interesses das coletividades públicas e dos estabelecimentos públicos e mais genericamente em relação a todas as matérias que interessam à ordem pública. No entanto, as categorias de estabelecimento público industriais e comerciais podem ser autorizadas por decreto a transigir” (tradução livre do autor, segue a versão original em Francês: “Article 2060. On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre”). A despeito dessa proibição, já não é nova na França a corrente em favor da adoção da arbitragem, mesmo por pessoas de direito público, e em especial por empresas estatais – a segunda parte do artigo acima transcrito (“Toutefois...”) já foi decorrente de reforma do Código Civil Francês ocorrida em 1975, por força da Lei 75-596. Outras alterações legais que autoriza a arbitragem podem ser citadas exemplificativamente: o Art. 25 da Lei 82-1153, de 1982, autoriza a SNCF (empresa pública francesa de transportes ferroviários); o art. 28 da Lei 90-568, de 1990, autoriza a La Poste; o artigo L. 1414-12 do Código Geral das Coletividades Territoriais, permite submeter a arbitragem os casos de contratos de parceria (público privadas) firmados com municípios franceses. Essa tendência aproxima a França dos demais países desenvolvidos, já que era uma das únicas legislações a vedar a participação de entes estatais em arbitragem. Em artigo, reproduzindo colóquio realizado em 30 de setembro de 2009 pela *Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public*, o então Vice-Presidente do *Conseil D'État et la Jurisdiction Administrative* da França, M. Jean-Marc Sauvé, afirmou que, “de um parte, a extensão deste modo alternativo de resolução de litígios resulta atualmente de uma necessidade das pessoas públicas a qual nós devemos prestar atenção. De outra parte, a filosofia da arbitragem pode sem pena se adaptar à natureza das missões particulares assinaladas estas pessoas” (tradução livre do autor. Versão original em francês: *D'une part, l'extension de ce mode alternatif de règlement des différends résulte aujourd'hui d'un besoin des personnes publiques auquel nous devons prêter attention. D'autre part, la philosophie de l'arbitrage peut sans peine s'adapter à la nature des missions particulières assignées à ces personnes*). (SAUVÉ, Jean-Marc. L'arbitrage et les personnes morales de droit public. Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/discours-et-interventions/larbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public.html>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

condicionam a participação do Estado à anuência prévia de certas autoridades indicadas em lei⁷²

No Brasil, como na maioria dos países, não há, sob este prisma, limitação à capacidade de submeter-se à arbitragem para entidades da Administração Pública direta ou indireta, sejam elas pessoas jurídicas de Direito público (União, Estados, Município, autarquias), sejam pessoas jurídicas de Direito privado (sociedades de economia mista, empresas públicas)⁷³.

O tema, portanto, é da discricção legislativa de cada país, que levará em consideração critérios de política próprios⁷⁴. No âmbito da arbitragem internacional, entretanto, já vigora há algum tempo o entendimento de que as partes estatais, signatárias

⁷²Conforme lição de Julian Lew, Loukas Mistelis, e Stefan Kröl (*Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 734-735).

⁷³Esta afirmação não poderia ser feita sem se levar em consideração a evolução do pensamento da doutrina e da jurisprudência brasileiras que dedicou variados estudos a respeito do assunto. É importante destacar o julgamento paradigma proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em 21.10.2005, através de sua 2ª Turma, no Resp 612439/RS, relatado pelo Min. João Otávio de Noronha, em que aquela corte se posicionou no sentido de serem “(...) válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”. Este *leading case* é analisado em estudo feito por Joaquim Simões Barbosa (BARBOSA, Joaquim Simões. STJ confirma validade de cláusula compromissória estipulada por sociedade de economia mista prestadora de serviço público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, p. 59, jan. 2007). Em sentido contrário, em artigo publicado a partir de parecer proferido no mesmo caso concreto julgado pelo STJ, defendendo o entendimento de que a participação de sociedade de economia mista em arbitragem dependeria de prévia autorização legislativa, é a posição de Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 19, p. 415, jan. 2003). Ainda sobre o tema, ver os seguintes artigos: LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 21, p. 387, jul. 2003; TALAMINI, Eduardo. Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 119, p. 151, jan. 2005; GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 18, p. 395, out. 2002; WALD, Arnaldo. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 16, p. 11, jan. 2008; LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 17, p. 342, jul. 2002.

⁷⁴“Every national law determines which types of disputes are exclusive domain of national courts and which cabe referred to arbitration. This differs from state to state reflecting political, social and economic prerogatives of the state, as well as its general attitude towards arbitration. It involves a balancing of the mainly domestic importance of reserving certain matters for exclusive decision of courts with the more general public interest of promoting trade and commerce through an effective means of dispute settlement”. (Tradução livre: “Toda legislação nacional determina quais disputas são de domíni exclusivo das cortes nacionais e quais podem ser submetidas à arbitragem. Isto difere de Estado para Estado, refletindo prerrogativas políticas, sociais e econômicas do Estado, bem como sua receptividade e atitude em relação ao instituto da arbitragem. Envolve um balanceamento entre a importância (prioritariamente) doméstica de reservar certas matérias para decisão exclusiva das cortes estatais e o interesse mais geral de promoção do comércio e dos negócios através de métodos efetivos de resolução de disputas”) (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 199).

de convenção de arbitragem válida, não podem argumentar limitações decorrentes da legislação local para escapar ao processo arbitral⁷⁵. Tal entendimento foi erigido com base na ordem pública internacional e na boa-fé.

A arbitrabilidade, portanto, é condição essencial para o exercício e mesmo a existência da jurisdição arbitral. Se uma convenção de arbitragem versar sobre matéria sobre a qual a lei impedir a submissão à arbitragem, a mesma será nula, e a sentença arbitral dela decorrente será igualmente nula. Configura o limite intransponível da autonomia de vontade: as partes, mesmo querendo, não podem submeter matéria não arbitrável à jurisdição estatal. É requisito que cumprirá importante papel no desempenho do controle judicial sobre a jurisdição arbitral, já que pautará a atuação do juiz togado, que deverá cogitar sempre em sua análise.

Eventual inarbitrabilidade, conforme se vê na análise de situações específicas feitas na segunda parte deste trabalho⁷⁶, importará nulidade absoluta e insanável da convenção, e consequentemente de todo o processo arbitral, incluindo, se já tiver sido proferida, a sua sentença. Deverá ser conhecida de ofício pelo juiz togado, e não se sujeitando de forma alguma à decadência⁷⁷.

Afirmar, porém, que a ausência de arbitrabilidade reflete vício insanável, visto que não há decadência do direito de aduzi-la, significa apenas dizer que não poderá ser convalidada pela conduta das partes, no entanto, é possível que o passar do tempo remedie o vício. Explica-se. O conceito de arbitrabilidade, como observado, decorre da política legislativa adotada por parte de cada país. De fato, cada ordenamento jurídico pode acolher critérios distintos para definir o que é matéria passível de sujeitar-se à arbitragem, e quais as pessoas que podem submeter seus conflitos à jurisdição. Tal vai depender do que é considerado do interesse público. Por ser maleável, o conceito de ordem pública pode modificar-se com o passar dos anos. Assim, o desrespeito à ordem pública, capaz de

⁷⁵Ver, sobre o tema: HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. In: VAN DER BERG, A. (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Paris, 1999. (ICCA Congress Series N. 9).

⁷⁶Parte II – Controle Judicial da Jurisdição Arbitral.

⁷⁷No tópico próprio são refletidas as situações em que a sentença arbitral for proferida sobre matéria inarbitrável, analisando-se quais os mecanismos de controle judicial nestas circunstâncias, ainda que esgotado o prazo de 90 dias previsto na Lei de Arbitragem. Como será analisado, trata-se de hipótese de ausência de jurisdição do árbitro, e por isso importa análise separada, e não se sujeita à decadência. Ver item 7.1.2 – *Hipóteses de nulidade relativa e absoluta da sentença arbitral*, e itens 7.3. *Controle Judicial por meio de ação declaratória de nulidade e ação rescisória relacionada à arbitragem* e 7.4. *Controle judicial sobre o processo arbitral desempenhado no curso do cumprimento das decisões: impugnação ao cumprimento de sentença e exceção de pré-executividade*.

ensejar a nulidade, de arbitragem tirada de convenção firmada sobre campo inarbitrável, pode, com o passar do tempo, deixar de ser considerado afrontoso à ordem pública.

Por exemplo, atualmente a arbitragem é solução restrita aos absolutamente capazes. Quer dizer, quando uma das partes for relativa ou absolutamente incapaz, não poderá submeter-se à arbitragem, ainda que devidamente representada. Imagine-se que tal regramento, decorrente da ordem pública, seja desrespeitado, e uma parte absolutamente incapaz, por seu representante legal, convençione uma arbitragem. A arbitragem desenvolve-se em processo que em tudo o mais é regular, até findar-se com o proferimento de sentença. Tudo estaria lícito, não fosse a restrição quanto à capacidade da parte. Se não for proposta ação para desconstituir a sentença arbitral, que, no momento em que proferida é absolutamente nula, e, depois de anos, advier mudança legislativa a admitir àquelas partes detentoras de incapacidade absoluta que arbitrem seus interesses, desde que legalmente representadas, haverá, então, o saneamento do vício anterior. Se tal ocorrer, a parte que tiver interesse em desconstituir a sentença arbitral não terá mais argumentos para fazê-lo, ante a mudança do critério de arbitrabilidade adotado pelo legislador. O mesmo exemplo é aplicável também para hipóteses de inarbitrabilidade objetiva.

Salvo essa hipotética e rara exceção, entretanto, pois que de tão rara só existe mesmo na imaginação do exercício teórico – o juiz togado terá de reconhecer a nulidade decorrente da ausência de arbitrabilidade da questão submetida à jurisdição privada convencionada entre as partes.

3.2. Convenção de arbitragem e suas modalidades (compromisso arbitral e cláusula arbitral)

De acordo com a Lei de Arbitragem, a convenção de arbitragem pode se manifestar no Brasil na forma de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral (art. 3º da Lei de Arbitragem⁷⁸). Não há distinção, quanto aos efeitos, entre as duas espécies de convenção de arbitragem.

A diferença entre as duas modalidades reside no fato de que o compromisso arbitral é firmado quando já existente um litígio entre as partes, excluindo assim a jurisdição

⁷⁸Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

estatal em prol da resolução via arbitragem. Trata-se de um acordo feito quando as partes já conhecem qual é o litígio, elegendo um órgão arbitral ou escolhendo árbitros independentes. Pode ser judicial ou extrajudicial, a depender se firmado em juízo (por termo nos autos durante o curso da demanda) ou fora dele (que pode ser celebrado por instrumento contratual público ou privado)⁷⁹.

Por outro lado, a cláusula compromissória, ou cláusula arbitral, caracteriza-se por ser firmada antes da existência de um litígio, no momento em que as partes firmam um contrato, e dispõem que eventual litígio dele decorrente será resolvido por arbitragem. Enquanto o compromisso tem como objeto litígio existente, a cláusula visa a litígio futuro e eventual, mas ambas possuem o mesmo objeto (promessa de instituição de juízo arbitral), e produzem o mesmo efeito (subtrair da jurisdição estatal a competência sobre um determinado litígio e permitir que, havendo resistência, seja assegurada pelo Judiciário a instauração da arbitragem).

A convenção de arbitragem possui o condão de produzir o que se conhece por eficácia negativa da arbitragem, configurada na capacidade de afastar a jurisdição estatal em prol daquela eleita pelas partes. Em sentido oposto, a existência de uma convenção de arbitragem válida produz o efeito positivo de permitir às partes que busquem judicialmente a instauração da arbitragem, mediante a execução específica, caso uma delas se recuse ou se arrependa unilateralmente. Trata-se aqui de uma das funções de apoio que o Poder Judiciário deve realizar em favor da arbitragem.

A cláusula compromissória pode ser cheia, quando contiver nela mesma as regras que irão reger a arbitragem, ou vazia, quando contiver apenas o compromisso de submeter litígios à arbitragem. Nesta última hipótese, caso uma das partes resista à instauração do processo arbitral, caberá ao juiz, ao sentenciar a execução específica da cláusula compromissória, definir o árbitro (art. 7º, §4º, da Lei de Arbitragem), e estabelecer as normas que disciplinarão a arbitragem, podendo aludir às regras de um dado órgão arbitral.

⁷⁹ A natureza jurídica do compromisso é polêmica. Para Alexandre Freitas Câmara, é contrato de direito privado, “cujo efeito é a instauração do processo arbitral” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 36). Para Carlos Alberto Carmona “é negócio jurídico processual através do qual os interessados em resolver um litígio, que verse sobre direitos disponíveis, deferem a sua solução a terceiros, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá se processar o juízo arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 35).

A sentença que julgar o pedido de execução específica valerá como compromisso arbitral, e a ele substituirá a vontade da parte, já expressa na cláusula compromissória⁸⁰.

3.3. Características da jurisdição arbitral

Tal qual sucedido com os conceitos acima explorados, as características da jurisdição arbitral abordadas abaixo poderiam, cada uma, ser objeto de um tratado específico. Aqui não se pretende exaurir os temas, pois fogem do escopo principal da tese. O que se pretende com as considerações abaixo é dar uma visão panorâmica sobre as características mais importantes da jurisdição arbitral, a fim de que o leitor, ao chegar na segunda parte desta tese, aí sim o escopo principal, tenha uma noção geral de jurisdição arbitral, e da compreensão que o autor detém sobre ela.

3.3.1. Autonomia da cláusula compromissória

A cláusula compromissória, como visto, sempre há de fazer referência a eventual litígio que possa no futuro vir a ser instaurado entre duas partes, em razão de um negócio jurídico por elas firmado. Distancia-se, pois, do conceito de compromisso arbitral, já que este sempre terá como objeto um litígio já existente. Quanto aos efeitos de afastar a jurisdição ordinária do Estado e garantir a resolução por uma jurisdição arbitral, ambos produzem-nos iguais, daí porque serem espécies do mesmo gênero, que é a convenção de arbitragem.

Como visto, a cláusula compromissória é geralmente inserida no corpo de um contrato, o qual conterá o negócio jurídico cujo litígio poderá decorrer. A cláusula pode ser instrumentalizada por documento à parte, ou mesmo em aditivo ao contrato que contém

⁸⁰ Ao atribuir os mesmos efeitos tanto para a cláusula compromissória quanto para o compromisso arbitral, o legislador brasileiro deixou para trás o modelo clássico inspirado no Código de Processo Civil francês, de 1806, sobre o qual a doutrina se desenvolveu no sentido de que a cláusula arbitral não seria suficiente para afastar a competência do judiciário (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, cit., p. 101).

como objeto o negócio jurídico principal (a partir de agora, denominado simplesmente “contrato principal”), ou por mera troca de correspondências⁸¹..

A doutrina arbitralista internacional, a fim de salvaguardar a integridade da jurisdição arbitral, criou a teoria da autonomia da cláusula arbitral, adotada integralmente pela legislação brasileira de 1996. Ser autônoma significa que a cláusula compromissória consubstancia instrumento contratual independente do contrato que tratar do negócio principal, no qual ela poderá estar eventualmente inserida. Apesar de relacionado com o contrato principal, a cláusula compromissória é tida como contrato à parte, com objeto específico, podendo ser inclusive sujeita a lei diferente.

Por isso, a cláusula é tida como uma espécie de contrato separado daquele principal que delibera sobre o negócio jurídico, embora geralmente possa ser materializada como uma cláusula daquele. Assim, a nulidade ou rescisão do contrato principal não afeta a jurisdição arbitral. O vício que fulminar o contrato principal não atingirá a cláusula compromissória, assegurando à jurisdição arbitral a primazia na resolução de eventual lide, inclusive no que concerne ao próprio contrato principal⁸².

Verifica-se, contudo, que a autonomia da cláusula compromissória estende-se apenas aos vícios que eventualmente macularem o contrato principal. Tal afirmação serve para salvaguardar a cláusula compromissória nas hipóteses de cessão do contrato principal, não havendo a necessidade de que haja anuência expressa do cessionário à cláusula arbitral, tendo em conta, como se disse, que a sua autonomia refere-se apenas aos vícios do contrato principal.

Assim a Lei de Arbitragem brasileira preceitua: “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

⁸¹Há entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, com o qual se concorda, conforme analisado no item 7.1.5. a) *Nulidade do compromisso*, bem como no item 7.2. *Princípio da instrumentalidade das formas na arbitragem*, que admite que, em alguns casos específicos, a depender de circunstâncias do fato concreto, poderá ser dispensável a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem, tendo em conta que o elemento essencial que a lei visa assegurar é o mútuo consentimento entre as partes de submissão do litígio à resolução arbitral.

⁸²“*The autonomy of the arbitration agreement from the main contract gives rise to at least two direct consequences: first, the arbitration agreement is unaffected by the status of the main contract (1°) and, second, it may be governed by a law different from that governing the main contract (2°)*”. (Tradução livre: “*A autonomia da convenção de arbitragem do contrato principal dá ensejo a pelo menos duas consequências diretas: primeiro, a convenção não é atingida pelo status do contrato principal (1o), e, segundo, pode ser regida por uma lei diferente daquela que rege o contrato principal (2o)*”). (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 209).

Vê-se que, apesar de ter adotado a teoria da autonomia da cláusula compromissória, a legislação brasileira não excluiu totalmente a possibilidade de o vício do contrato principal atingir a cláusula. Isto porque, a depender das situações fáticas verificáveis caso a caso, poderá ocorrer situações em que haverá a necessária nulidade de ambos os instrumentos: contrato principal e cláusula. É esta a situação que ocorrerá com o contrato firmado por absolutamente incapazes, ou o contrato que versar sobre objeto ilícito. Em tais situações, descritas com intuito meramente exemplificativo, haverá necessariamente a nulidade tanto da cláusula quanto do contrato no qual estiver inserida.

A autonomia exerce importante função de assegurar a livre vontade das partes, e deve ser sempre observada pelo juiz togado quando se deparar com situações em que seja chamado a intervir em relação ao processo arbitral. É, ao lado do princípio da competência-competência, tratado logo a seguir, uma das maiores garantias da jurisdição arbitral: enquanto a competência-competência garante ao árbitro a análise da sua jurisdição, a autonomia da cláusula assegura que o árbitro poderá julgar o mérito da questão, que muitas vezes se refere à própria rescisão do caso concreto.

Portanto, só a autonomia da cláusula arbitral garante que, mesmo em caso de rescisão ou nulidade do contrato principal, haverá de ser assegurada a instância arbitral. Serve como salvaguarda à cláusula compromissória em relação à eventual nulidade do contrato principal. É dizer: mesmo se o contrato principal for declarado nulo, por algum motivo eventual, tal fato não importa necessariamente nulidade da cláusula arbitral.

O princípio da competência-competência, visto na sequência, emana diretamente da característica da autonomia da cláusula arbitral. A autonomia da cláusula arbitral é uma das causas das quais teve origem a ideia de competência-competência.

3.3.2. Princípio “competência-competência”

O princípio competência-competência é aquele pelo qual se extrai a noção de que caberá ao juízo arbitral a precedência na apreciação de sua jurisdição. Tem sua origem remota no Direito alemão, e era originalmente aplicável ao processo civil tradicional⁸³.

⁸³“Embora hoje muito associado ao direito arbitral, o princípio competência-competência tem origem no direito processual tradicional, estatal. Trata-se de formulação originária dos processualistas alemães, conhecida como princípio *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual cada juiz é o senhor da sua própria competência, ou seja, cada juiz deve decidir sobre a sua própria competência para apreciar o mérito das ações que lhe são submetidas.

Apesar de ter ganho fama como competência-competência, na verdade, dito princípio serve para que o árbitro seja o primeiro a aferir se detém jurisdição sobre a matéria convencionada. E tal aferição não será definitiva, pois, ao Poder Judiciário, caberá, *a posteriori*, rever a legalidade da decisão do árbitro quanto a este aspecto.

Dito princípio estabelece apenas a regra geral de precedência do árbitro na análise da jurisdição e não lhe dá a condição de única e absoluta decisão sobre a matéria. Neste ponto, distingue-se do significado tradicional do *kompetenz-kompetenz* alemão, que dá ao juiz que o detém o poder de decidir de forma absoluta, sem sujeitar-se a revisão posterior por outra autoridade⁸⁴

Sua adoção no sistema de arbitragem brasileiro é estampada de forma clara no parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, ao dizer que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória”. Vê-se, com isso, que ao árbitro caberá não só analisar a sua própria jurisdição, como manifestar-se acerca da validade do contrato principal.

Por força deste princípio, o juiz-árbitro terá sempre a prevalência sobre o juiz togado na análise da validade do contrato principal, da cláusula compromissória, e de sua jurisdição. Ao Poder Judiciário é assegurada a possibilidade de controle de tais elementos apenas em fase ulterior, que via de regra ocorrerá na fase pós-arbitral, seja por meio da ação de que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem, seja por meio de outro instrumento, o que é estutado em tópico próprio.

Há aqui de enfrentar-se importante discussão: qual a natureza da decisão do árbitro em que afirma a sua própria jurisdição? Em outras palavras, a decisão do árbitro que decide sobre sua própria competência consiste mera ordem processual (decisão interlocutória), ou trata-se em verdade de sentença parcial? Tal debate não é meramente acadêmico, na medida em que a sua solução representa importantes efeitos práticos e concretos, já que, em algumas hipóteses, poderia ocorrer a decadência do direito da parte de contestar a decisão do árbitro. Se prevalecer o entendimento de que a decisão consiste

Em qualquer ação judicial, a primeira análise feita pelo magistrado é no tocante à sua própria competência ou incompetência para apreciar a demanda. Os demais aspectos da causa só serão apreciados se, a princípio, o juiz encarregado se considerar competente para fazê-lo. (FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 227, abr./jun. 2006).

⁸⁴Neste sentido ver GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 400, item 659.

em sentença parcial⁸⁵, a ação anulatória de que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem poderá ser proposta imediatamente; se, por outro lado, consistir em decisão interlocutória⁸⁶, a ação anulatória só poderá ser proposta ao final da arbitragem.

Apesar de admitir-se a complexidade da discussão, é de se defender a ideia de que a decisão do árbitro não consiste sentença parcial, mas se trata de decisão interlocutória (ou ordem processual, na dicção usualmente adotada na esfera arbitral). De fato, admitir que o pronunciamento do árbitro no início do processo pudesse consistir sentença parcial, seria admitir que o mesmo estaria impedido de rever tal posição, ao final da arbitragem, após a instrução e desenvolvimento do processo, quando já evidenciados e amadurecidos todos os elementos para que o mesmo possa aferir sua jurisdição de forma mais profunda. Assim, o árbitro, no início da arbitragem, ao auxiliar-se do princípio competência-competência para afirmar que possui jurisdição sobre a matéria a ele submetida, apenas ordena o início da arbitragem, sem que isso importe necessariamente em ser esta sua posição definitiva acerca da questão da arbitrabilidade eventualmente aduzida por uma das partes. Em outras palavras, poderá o árbitro revisitar o tema, quando, amparado em elementos mais consistentes, eventualmente verificar que sua primeira decisão não estava correta; neste caso encerrará a arbitragem e remeterá as partes ao Judiciário.

A tese de que tal decisão consistiria sentença parcial determinaria a imposição do árbitro à sua primeira manifestação, impedindo-o assim de reanalisar a questão à luz de novos elementos eventualmente produzidos no curso da arbitragem.

O princípio da competência-competência é de mecanismo fundamental para a integridade e defesa da jurisdição arbitral. Não é, contudo, princípio absoluto, como se vê na segunda parte do desenvolvimento desta tese, especialmente quando se tratar das hipóteses de controle judicial exercidas na fase pré-arbitral. Percebem-se pelo menos duas situações em que a própria lei admite exceções à regra: quando o juiz observar exceção processual de existência de convenção de arbitragem (art. 267, VII, Código de Processo Civil), e quando deparar a ação de execução específica de que trata o art. 7º da Lei de Arbitragem.

Tais situações são bem desenvolvidas no primeiro capítulo da segunda parte desta tese, que trata justamente da possibilidade de controle na fase pré-arbitral. Portanto, apesar

⁸⁵ Linha defendida, dentre outros, por Pedro Baptista Martins (MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008).

⁸⁶ Opinião compartilhada por Carlos Alberto Carmona (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, cit.).

de o legislador brasileiro haver adotado o dito princípio, criou de cara duas possibilidades de excepcioná-lo, pois o julgador estatal, ao deparar a exceção do artigo 267, inc. VII, do Código de Processo Civil, poderá rejeitá-la se verificar, numa análise superficial, que há elementos a eivar de nulidade a convenção. De igual modo, na audiência de que trata o art. 7º da Lei de Arbitragem, poderá acolher argumentos do executado de eventual nulidade da convenção, extinguindo assim a execução. Nestes dois casos, a jurisdição arbitral terá sido suprimida antes mesmo de ser instaurada. Desenvolvimento aprofundado sobre estas questões é feito no tópico pertinente⁸⁷.

O princípio competência-competência tem o condão de produzir dois efeitos: um negativo e outro positivo. O efeito negativo consiste na regra do afastamento da jurisdição estatal pelo juiz togado, ao verificar que há convenção de arbitragem sobre o litígio. O maior símbolo do dito efeito é a mencionada regra do art. 267, inc. VII, do Código de Processo Civil. Já o efeito positivo consiste na afirmação da jurisdição arbitral e na necessária remessa das partes à arbitragem por meio da ação, também mencionada, de execução específica da cláusula compromissória prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem.

Tais regras, como dito não são absolutas, mas as exceções devem ser aplicadas com bastante temperança, sob pena de infligir à jurisdição arbitral interferências indevidas. Daí que se vê, na segunda parte deste trabalho, como se deve proceder à aplicação do princípio aqui analisado nos casos concretos quando o juiz togado deparar situação para a qual tenha sido chamado a exercer o controle de legalidade sobre o juízo arbitral. O princípio competência-competência é o que faz remeter para um momento ulterior a averiguação da regularidade da convenção e do contrato principal pelo juiz togado.

A prerrogativa assegurada aos árbitros de avaliarem se detêm jurisdição sobre o litígio representa proteção à boa-fé e à livre manifestação de vontade das partes esboçada no momento em que firmaram a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. De fato, ao firmarem um negócio jurídico em relação ao qual firmam uma convenção de arbitragem, as partes estão levando em consideração todos os efeitos decorrentes de sua escolha: tais como aspectos econômicos, de celeridade, especialidade, sigilo etc. Portanto, dar ao árbitro a primazia na avaliação da sua jurisdição é fazer valer a vontade primeva das

⁸⁷Ver itens 5.1. *Convenção de arbitragem como preliminar de contestação* e 5.2. *Execução específica da cláusula compromissória*. Em igual sentido é o estabelecido no art. II, 3, da Convenção de Nova Iorque: “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”.

partes quando realizaram o negócio. Perceba-se, ainda, que se a vontade das partes não for criteriosamente aplicada, pode-se estar a pôr em risco toda uma série de relações negociais. É bem verdade que os negócios jurídicos submetidos à arbitragem poderiam sequer vir a concretizar-se se as partes não pudessem contar o conforto (para elas) de poderem contar com a resolução na via arbitral. O certo é que se fossem contar com a possibilidade do afastamento da jurisdição arbitral, certamente tais negócios jurídicos seriam realizados a preço muito mais elevado, já que teriam de contingenciar os custos que teriam em eventual litígio no Judiciário.

Assim, assegurar a primeira manifestação do árbitro sobre a sua jurisdição é defender a vontade das partes, garantindo a efetividade da jurisdição arbitral. O princípio da competência-competência deverá ser assimilado pelo juiz togado ao deparar qualquer questão relacionada à arbitragem, especialmente mas não restrita à fase pré-arbitral. Deve servir de norte em direção ao qual deverão apontar as suas decisões.

3.3.3. Convenção de arbitragem e seus efeitos: positivo e negativo

O primeiro efeito da convenção de arbitragem é positivo, consubstanciado na conferição de jurisdição ao juízo arbitral escolhido por consentimento mútuo das partes. Assim, havendo convenção regularmente válida, somente o juízo arbitral deterá jurisdição para resolver a lide que lhe foi submetida.

Em sentido negativo, como consequência do efeito positivo, a convenção produz o efeito de suprimir a jurisdição estatal sobre a matéria validamente submetida à arbitragem. O efeito negativo é propalado no artigo II, (3), da Convenção de Nova Iorque, ao dispor que “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 inexecutível”⁸⁸. Ou seja, sendo válida e eficaz, a convenção de arbitragem necessariamente afasta o litígio da alçada judicial.

⁸⁸Tradução oficial, constante do Decreto n. 4.311/2002, em que foi promulgada a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentença Arbitrais Estrangeiras.

A mesma regra é contida no Protocolo de Genebra, de 1923, no seu artigo 4, parágrafo 1⁸⁹, e também da Lei Modelo UNCITRAL, em seu artigo 8, parágrafo 1⁹⁰.

Em igual sentido, a Lei de Arbitragem adota ditos efeitos em diversas de suas disposições (ver, por exemplo, o art. 7º, que adota a solução da ação de execução específica quando houver resistência por uma das partes na instituição da arbitragem), conduta seguida pelo próprio Código de Processo Civil (no art. 267, inc. VII, que impõe a extinção da ação sem resolução de mérito em caso de existência de convenção de arbitragem).

O duplo efeito da convenção decorre da legítima manifestação de vontades expressa pelas partes, ao firmarem o acordo de submeter seus litígios à arbitragem. Surge ainda como consequência da ideia de autonomia da cláusula compromissória, aliada com a aplicação do princípio competência-competência.

Quanto ao efeito positivo, a decorrência é clara do conceito de *pacta sunt servanda*, uma das regras mais conhecidas e observadas no Direito internacional⁹¹, pela qual entende-se que as partes são obrigadas a se submeterem aos ajustes que elas tenham contratado. Decorre do efeito positivo o fato de ser obrigatória e vinculativa a submissão das partes à arbitragem decorrente de convenção validamente firmada.

Não cabe ao juiz, porém, decidir de ofício sobre o alcance do efeito negativo da convenção. Isto acontece em função do caráter consensual da convenção, pois se é possível às partes afastar a jurisdição estatal, será também possível a elas reajustarem tal pacto, renunciando à convenção de arbitragem previamente firmada. Assim, caso nenhuma das

⁸⁹“the tribunals of the contracting parties, on being seized of a dispute regarding a contract made between persons to whom Article I applies and including an arbitration agreement whether referring to present or future differences which is valid in virtue of the said article and capable of being carried into effect, shall refer the parties on the application of either of them to the decision of the arbitrators”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 402). Assim também o artigo 1448, do Nouveau Code de Procédure Civile, da França, objeto de recentes atualização por meio do decreto n. 2011-48 de 13 de janeiro de 2011: “*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. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite*”.

⁹⁰“a court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration”.

⁹¹GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit.

partes sustente o efeito negativo para pedir a remessa do litígio para a jurisdição arbitral, será compreendido quanto a ela que houve renúncia tácita⁹².

O efeito negativo impõe aos árbitros a primazia na análise de sua jurisdição, mas não lhe atribuem competência absoluta para tanto, pois que a sua decisão poderá ser objeto de reapreciação pelo Judiciário, só que no momento oportuno, que se manifesta, regra geral, apenas na fase pós-arbitral. Tal efeito não será absoluto, como se vê mais adiante quando do estudo do controle judicial propriamente dito.

3.4. Boa-fé e consentimento como fundamentos da jurisdição arbitral

O princípio da boa-fé detém relevante importância por ser base da própria convenção de arbitragem⁹³. O contrato principal deve ser interpretado sob o prisma de que o negócio jurídico só foi firmado por haver consenso quanto à submissão de eventuais conflitos à arbitragem. Em tais situações, conforme estudado, o julgador – no âmbito arbitral ou judicial – terá de buscar mecanismos para garantir a arbitragem sem ceder a eventuais gestões de uma das partes que, de má-fé, busquem afastar a jurisdição arbitral⁹⁴.

⁹² Apesar da opinião aqui esboçada, sabe-se que a doutrina é dividida a este respeito, quanto à possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz togado.

⁹³ A convenção de arbitragem importa no ajuste de que eventual conflito decorrente de determinado contrato será submetido à arbitragem. Assim, não é exagerado supor que o contrato em si poderia nem mesmo ser firmado caso não houvesse a convenção arbitral. Os grandes negócios atuais, especialmente no campo do Direito Privado, possuem a convenção de arbitragem quase como cláusula condicionante, em decorrência da opção econômica por uma resolução de eventuais conflitos mais célere, mais segura e menos traumática. Assim, o princípio da boa-fé, em relação à arbitragem, deve ser interpretado com essa orientação. Esta é a opinião de José Emílio Nunes Pinto: “Somos da opinião de que, sendo a cláusula compromissória de natureza contratual, o art. 422 do CC/2002 se aplica integralmente. Se, ao concluírem a cláusula compromissória, as partes se alinham com o princípio da boa-fé, certo é que este se aplicará, da mesma maneira, à fase de cumprimento das obrigações assumidas. Portanto, surgida a controvérsia, o que se pode esperar das partes é que ajam de acordo com o que convencionaram e tome todas as providências necessárias para instaurar o procedimento arbitral destinado a solucioná-la, seja na forma do art. 5º da Lei 9.307/1996, sendo a cláusula cheia, ou na do art. 6º da Lei 9.307/1996, sendo ela vazia ou patológica” (PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, p. 34, jan. 2005).

⁹⁴ Apesar de saber que a boa-fé deve pautar a relação contratual e a conduta das partes na arbitragem, tendo em vista a natureza contratual da cláusula compromissória, conforme dispõe o art. 422 do Código Civil brasileiro, não se compartilha a opinião de que a mera não observância da convenção de arbitragem possa fundamentar direito à indenização por perdas e danos da parte eventualmente prejudicada. Ao contrário da visão de parte da doutrina, como por exemplo José Emílio Nunes Pinto, que entende que “(...) em face das novas disposições legais introduzidas pelo Código Civil, a revelia da parte ou, ainda, a recusa em instaurar a arbitragem caracteriza a prática de um ato ilícito, na forma preconizada pelo art. 186 do CC/2002” (PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil, cit., p. 34), percebe-se que, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV), não como penalizar a parte que buscar no Judiciário impedir a instauração de uma arbitragem. A

Por outro lado, se é verdade ser a convenção de arbitragem em geral firmada de boa-fé, também é verdade que em alguns casos pode ter origem na má-fé de uma das partes em detrimento do desconhecimento, hipossuficiência ou fragilidade da outra. Assim, aqui a atuação do julgador – arbitral ou judicial – deve ser a oposta: compreendendo que uma das partes que convencionou a arbitragem agiu por desconhecimento ou pressionada, poderá invalidar a convenção de arbitragem.

O consentimento é base de toda arbitragem. Está na essência de qualquer convenção que tenha intenção de ser classificada como válida. Significa que as partes, ao referirem litígios presentes ou futuros à resolução arbitral, assim o fizeram partilhando de mútuo consentimento. O juiz togado pode ser chamado, assim como os árbitros, a verificar a existência do consentimento mútuo, pois sem ele não existe convenção de arbitragem.

A ocorrência de mútuo consentimento será, por força do princípio competência-competência que rege a arbitragem, primeiro examinada pelo árbitro, porém, o árbitro não deterá a única palavra sobre a matéria, já que a existência de consentimento poderá ser revista pelo juiz togado no momento apropriado. Embora, no entanto, seja garantido ao juiz estatal a análise final sobre o assunto, por tratar o consentimento de elemento que demanda análise das situações fáticas presentes, e, portanto, matéria sujeita a comprovação probatória, regra geral não vai haver possibilidade de o juiz togado se manifestar sobre o consentimento antes de tal ter sido feito pelo juízo arbitral. Isso porque, como é visto no primeiro capítulo da segunda parte deste trabalho, a “sindicabilidade” judicial eventualmente exercida na fase pré-arbitral é ocasional, e só pode ser realizada sob aspectos visíveis *prima facie*, o que impõe sejam facilmente constatados, em documentos pré-constituídos, já que o caminho da instrução probatória é vedado à autoridade judicial na fase pré-arbitral. De fato, tal seria admitir a existência de um processo judicial preliminar ao processo arbitral, que por sua vez poderia ser sucedido por outra discussão no âmbito do Poder Judiciário.

referida busca, no entanto, há de ser embasada no boa-fé, ou seja, a parte que, apesar da existência formal de convenção de arbitragem submeter eventual litígio ao Judiciário, só poderá ser penalizada civilmente caso assim o faça com pleno conhecimento de que sua pretensão não é justificada – em outras palavras, só poderá cogitar-se da reparação civil estabelecida no art. 186 do Código Civil se a parte acionar o Judiciário de má-fé. Situação bastante distinta é estabelecer, de antemão, que todo e qualquer ajuizamento importará em ato de má-fé, sem distinção ou análise das circunstâncias do caso concreto. O direito ao acesso ao Judiciário, garantido constitucionalmente, não pode configurar ilícito capaz de ensejar reparação, fora das hipóteses legalmente previstas. Se assim fosse possível, seria lícita a cláusula contratual através da qual as partes se obrigassem a não ajuizar demanda alguma no Judiciário, o que não se admite diante do nosso sistema.

A constatação do consentimento decorrerá da interpretação do contrato, que deve ser realizada com base na boa-fé. Pelo princípio da boa-fé, o juiz togado terá de averiguar as reais intenções das partes, afastando, se for o caso, o que tiver sido expresso, quando no que foi expressado não condiz com o verdadeiramente intencionado. Afasta-se, portanto, a interpretação literal, meramente formal, para se perquirir a interpretação de acordo com a intenção. Daí poder-se concluir, como se faz na segunda parte do trabalho, que a essência da convenção não reside na sua forma escrita, mas sim na existência de mútuo consentimento.

A boa-fé importará na análise da intenção das partes no contexto do que as partes legitimamente esperavam quando firmaram a convenção. Em segundo lugar, tornará importante a análise da conduta das partes depois da assinatura da convenção (se tal tiver ocorrido) e mesmo durante o curso do desenvolvimento do processo arbitral. Por isso que uma parte que se defendeu no mérito em sede de arbitragem, sem contestar a validade da convenção, não o poderá fazer posteriormente ao processo arbitral, pois terá consentido, ainda que tacitamente, à convenção que deu causa à arbitragem. É o princípio da boa-fé que vedará omitir nulidades para arguição futura, no intuito de postergar a resolução do litígio. Seriam hipóteses de *venire contra factum proprium*⁹⁵.

A convenção há, por força ainda da boa-fé, de ser interpretada em seu contexto integral, isto é, verificando-se todas as cláusulas como um todo, e também a integralidade do contrato principal sobre o qual tem esteio a convenção de arbitragem. De outro modo, pode resultar uma interpretação capenga, não correspondente às intenções verdadeiras das partes.

Emana ainda da boa-fé o princípio da “interpretação efetiva” (*effective interpretation*)⁹⁶, que também pode ser entendido como o princípio *favor arbitrandum*, pelo qual se conclui que, tendo a cláusula compromissória ou compromisso arbitral duas interpretações possíveis, será adotada aquela que mais garantir a efetividade da arbitragem. Assim, na dúvida entre duas opções, uma mais e outra menos benéfica à arbitragem, o juiz togado, no exercício do apoio à jurisdição arbitral, que é papel que só a ele compete desempenhar, deve adotar a opção que mais viabilize e prestigie a arbitragem. Deve,

⁹⁵Tal afirmação é melhor analisada no item 7.2. *Princípio da instrumentalidade das formas na arbitragem*, quando se analisa a aplicação da boa-fé mesmo nos casos de suposta inexistência, nulidade ou anulabilidade da convenção de arbitragem.

⁹⁶GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 258.

portanto, o Poder Judiciário velar pela integralidade da jurisdição arbitral, compreendendo que, se as partes incluíram cláusula compromissória dentro de um contrato principal, é porque detinham interesse de que esta fosse posteriormente assegurada e implementada.

O princípio *favor arbitrandum*, contudo, não pode ser interpretado sem amarras ou condicionantes. De outra forma pode configurar risco, a inaugurar jurisdição arbitral sobre matéria a respeito da qual as partes não consentiram. Não basta a mera alegação de que há convenção de arbitragem, é necessário haver os elementos mínimos a possibilitar a constatação de sua existência. Verificados tais elementos mínimos, aí passa a vigorar a regra *favor arbitrandum*, pela qual a solução que prestigiar a arbitragem deve ser escolhida em detrimento daquela que lhe causar empecilho. De fato, esta é a única maneira de conciliar referido princípio com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inc. XXXV), que garante o acesso de todos ao Judiciário. A escolha pela arbitragem, portanto, há de ser inequívoca, fruto de consentimento expreso, já que toda renúncia a direito deve ser interpretada restritivamente.

Em relação ao consentimento, é possível que surjam questionamentos decorrentes do que a doutrina houver por bem denominar de cláusulas arbitrais patológicas. Tais cláusulas são aquelas que, embora baseadas em mútuo consentimento, por falha redacional ou escolha inapropriada de soluções, torna sua implementação prática impossível ou difícil de ser cumprida⁹⁷. A existência de cláusula arbitral patológica necessariamente remeterá as partes para solução de implementação judicial forçada, a fim de que o julgador, exercendo apoio, decida sobre a solução adequada ao caso.

As cláusulas patológicas podem se manifestar de múltiplas formas: o acordo indica órgão arbitral inexistente, ou afirma que a arbitragem será desenvolvida perante painel de

⁹⁷Carlos Alberto Carmona assim define as cláusulas arbitrais patológicas: “*acostumou-se a utilizar a expressão cláusula arbitral patológica, provavelmente de origem francesa, para designar aquelas avenças inseridas em contrato que submetem eventuais litígios à solução de árbitros mais que, por conta de redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição de órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem*” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, cit., p. 112). Sobre o tema Fouchard, Gaillard e Goldman asseveram: “*The expression pathological clause was first used in 1974 by Frédéric Eiseman, then honorary Secretary General of the ICC. It denotes arbitration agreements, and particular arbitration clauses, which contain a defect or defects liable to disrupt the smooth progress of the arbitration. Arbitration agreements can be pathological for a variety of reasons*”. (Tradução livre: “*A expressão cláusula patológica foi primeiramente utilizada em 1974 por Frederic Eiseman, então Secretário Geral do ICC. Ela expressa convenções de arbitragem, especialmente cláusulas compromissórias, que contém defeito ou defeitos capazes de interromper o suave prosseguimento da arbitragem. Convenções de arbitragem podem ser patológicas por variadas razões*”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 262).

três árbitros quando há mais de duas partes com interesses distintos envolvidos, pode afirmar que a resolução via arbitral é opcional, pode haver indicação de árbitros que já morreram, enfim, admite várias manifestações. A solução em tais casos será sempre, se não houver reapctuação consentida entre as partes, do juiz togado, que deverá pautar o seu escrutínio pela aferição da real intenção das partes.

Assim, verifica-se que a boa-fé, aliada à existência de mútuo consentimento, consubstanciam elementos fundamentais e imprescindíveis à materialização da jurisdição arbitral, desde o seu início, quando a expectativa é criada pela confecção da convenção, até o término do processo arbitral, e gerando efeitos além dele, na fase pós-arbitral, quando da análise, pelo juiz togado, da existência desses dois elementos fundamentais.

4. RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO ARBITRAL E ESTATAL

4.1. Primeiras reflexões sobre os pontos de contato entre juízo arbitral e jurisdição estatal

É inegável que, apesar da evolução do instituto da arbitragem, existe um elo resistente a associar a jurisdição arbitral a um sistema jurídico estatal (assim entendidos os órgãos do Poder Judiciário). Mesmo a arbitragem internacional, em tese desvinculada de qualquer ordenamento jurídico específico, contém laços que a tornam dependente de um sistema judiciário nacional, ainda que apenas no momento da efetivação da sentença arbitral⁹⁸.

No passado, a noção equivocada de que a arbitragem deveria ser totalmente dependente da esfera judicial servia para justificar ingerências indevidas do Judiciário no

⁹⁸ A comprovar tal afirmação, conferir os artigos II e III da Convenção de Nova Iorque, que estabelece a obrigação de cada Estado signatário garantir a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, e o artigo V dispõe sobre as hipóteses em que tais sentenças poderão ter o seu reconhecimento negado pela autoridade judiciária nacional. A respeito deste dispositivo, e da importância do apoio judicial à arbitragem internacional, Timothy G. Nelson sintetiza: *"Whether article II succeeds in creating an independent system for arbitration thus hinges on the willingness of the 'court[s]' of the 'Contracting State[s]' to recognize arbitration agreements, 'refer' arbitration disputes to arbitration and, as a necessary corollary, to refrain from further adjudicating the matter.*

Judicial cooperation, however, does not require that judges be passive. Instead, it requires a combination of three separate factors, only one of which could be called "passive":

1. judicial restraint, i.e., a willingness to refrain from adjudicating cases that are arbitrable for the purposes of article II of the Convention;

2. judicial comity, i.e., a willingness to recognize the arbitral tribunal as essentially being on an equal footing to that of the judicial tribunal, for purposes of determining facts, applying the law and otherwise dispensing justice. This may include, for example, recognizing that an arbitral award can be given res judicata or issue estoppel effect (see infra § 2(b)).

3. judicial assistance, i.e., a willingness to assist the arbitral process by granting injunctive relief in aid of arbitration - when appropriate. Both English and New York civil procedure expressly provides for such relief". (Tradução livre: "Apesar do art. II conseguir criar um sistema independente para a arbitragem ele depende da boa vontade das cortes do país signatário a reconhecer as convenções de arbitragem, submeter disputas arbitrais à arbitragem e, como corolário fundamental, impedir nova discussão judicial sobre a matéria. A cooperação judicial, todavia, não impõe aos juízes a passividade. Ao contrário, ela requer a combinação de três fatores distintos, sendo que apenas um pode ser tido como passivo:

1. limitação judicial, i.e., voluntariedade em deixar de apreciar casos que são arbitráveis, de acordo com o art. II da Convenção;

2. Cortesia judicial, i.e., voluntariedade em reconhecer os tribunais arbitrais como equivalentes ou semelhantes às cortes estatais, para os fins de determinar os fatos, aplicar a lei e ministrar a justiça/ Isto pode incluir, exemplificativamente, ao se reconhecer que uma sentença arbitral pode produzir coisa julgada.

3. assistência judicial, i.e., voluntariedade para auxiliar o processo arbitral por meio da garantia de medidas coercitivas em auxílio à arbitragem". (NELSON, Timothy G. Into Orbit: 50 years of global arbitration under the New York Convention. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 18, p. 73, jul. 2008).

processo arbitral. Com o evoluir do tempo, chegou-se à falsa conclusão de que o ideal seria a independência completa entre a jurisdição arbitral e estatal, de forma que as decisões proferidas nas arbitragens pudessem estar alheias a qualquer crivo ou vigilância da justiça estatal⁹⁹. O amadurecimento da ciência a respeito do instituto, contudo, demonstrou que o ideal encontra-se a meio termo: a arbitragem não pode ser considerada nem tão dependente, ao ponto de ser mera “fase preliminar” de um processo judicial, tampouco pode ser exageradamente independente e, assim, tornar-se imune ao controle e ao apoio judicial quando necessários, especialmente a fim de assegurar a observância dos princípios do devido processo legal, como forma de garantir o regular desenvolvimento do processo arbitral e garantir sua efetividade¹⁰⁰.

A despeito de concordar-se com o fato de que a arbitragem afasta a competência jurisdicional do juízo estatal sobre a matéria a ela validamente submetida, pois que tem na sua autonomia um ponto de partida, não há contradição em afirmar que ela prescinde, em certa medida, de apoio e controle a ser dispensado pela autoridade judiciária local. Daí evocar-se na doutrina a existência de uma “autoridade judiciária de apoio” à arbitragem¹⁰¹.

Essa complementaridade entre a jurisdição arbitral e estatal, decorre de uma convergência entre o interesse privado e o interesse público, no que diz respeito ao tema. A boa administração do processo de arbitragem é questão de interesse privado, mas também de interesse público.

O interesse privado na realização da arbitragem, na atual conjuntura, consiste na necessidade de prestigiar-se a autorregulamentação das relações comerciais, cujo ápice se dá por meio da resolução privada dos litígios decorrentes daquelas relações. Resolução privada dos próprios litígios não significa, no entanto, renúncia irrestrita ao amparo judicial dos órgãos do Estado. No Brasil, a Lei de Arbitragem prevê a possibilidade de reconhecimento da nulidade da sentença arbitral em determinadas situações¹⁰². Em relação à arbitragem internacional, de um modo geral, a Convenção de Nova Iorque estabelece os

⁹⁹“A cláusula compromissória, como a sentença arbitral, necessita de pelo menos um ordenamento estatal objetivo a garantir-lhe os efeitos jurisdicionais”. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 9, jul./out. 2003).

¹⁰⁰Sobre este tema, recomenda-se a leitura do último livro de Emmanuel Gaillard (GAILLARD, Emmanuel. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Assuncion: La Ley - Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Assunción, Paraguay, 2010).

¹⁰¹PANCHAUD. A. “Le siège de l’arbitrage international de droit privé”. *Rev. Arb.* 1966, pp. 3, citado em FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international*, cit., p. 24).

¹⁰²Art. 32 da Lei de Arbitragem.

casos sobre os quais os tribunais locais poderão recusar uma sentença arbitral estrangeira¹⁰³, e, de modo específico, tais hipóteses são reproduzidas aqui no Brasil pela Lei de Arbitragem.

Conclui-se, pela leitura do plexo normativo que rege a arbitragem, que as partes ao firmarem a convenção arbitral, admitem que, eventualmente, em certas circunstâncias previstas em lei, o litígio objeto da arbitragem poderá ser submetido ao juiz togado, a fim de que ele verifique a observância, na arbitragem, de certas regras de procedimento importantes para assegurar a garantia de isonomia e do devido processo legal. De igual maneira, admitem a possibilidade de ingerência judiciária a fim de reconhecer, ainda nas hipóteses apresentadas em lei, eventual nulidade do resultado do processo arbitral, causada por eventual excesso na administração da jurisdição pelo árbitro, ou também nos casos em que o árbitro, as partes, ou mesmo o objeto do litígio não poderiam ser submetidos à arbitragem. Por fim, admitem ainda ser a autoridade judiciária competente para conferir apoio ao processo de arbitragem, seja no momento de sua instauração, caso haja resistência por uma das partes – hipótese em que a cláusula arbitral seria de outra forma ineficaz – seja quando da implementação da sentença arbitral – a fim de evitar a ineficácia de todo o processo arbitral – servindo assim o Judiciário como garantidor do desenvolvimento da arbitragem.

Não há, destarte, na convenção de arbitragem, renúncia total à ajuda estatal, assim considerado o apoio ou controle judicial – nem poderia haver, já que tal, pelo menos no Brasil, ultrapassa os limites impostos pela disponibilidade dos direitos.

O interesse público no desenvolvimento do processo de arbitragem, por outro lado, revela-se na alternativa que este proporciona ao tradicional modelo de resolução de litígios, buscando conferir, com suas regras mais flexíveis, maior dinamismo, efetividade e especialidade à resolução de conflitos buscada por determinados segmentos da sociedade, além de criar alternativa justa de solução a litígios que envolvam partes de múltiplas nacionalidades. Neste último caso, haveria, na ausência da arbitragem, uma lacuna jurisdicional talvez intransponível.

A observância dos limites do que é arbitrável, e o cumprimento dos princípios do devido processo legal constituem elementos de interesse público envolvidos na arbitragem, porquanto é a lei a estabelecer o que pode ou não deixar de ser submetido, por convenção

¹⁰³Art. V da Convenção de Nova Iorque.

privada, à jurisdição estatal. A adoção do instituto da arbitragem no Brasil, por si, já indica a aferição, pelo legislador, dos seus benefícios para o desenvolvimento das relações sociais, e mesmo da prestação judicisrídica em sentido amplo¹⁰⁴.

Há, portanto, no controle ou apoio judicial à jurisdição arbitral inegável convergência entre os interesses público e privado. No âmbito da resolução de litígios, as esferas arbitral e judicial são complementares, já que a arbitragem depende de um sistema judicial não só a fim de garantir a efetivação de suas decisões¹⁰⁵, mas também para assegurar o seu desenvolvimento regular, conforme as leis de cada Estado¹⁰⁶. E o Estado precisa da arbitragem, a fim de assegurar a prestação judicisrídica em relação a matérias e negócios jurídicos que de outra forma poderiam nunca virem a se consumar.

Qualquer abordagem antagônica das relações entre a jurisdição estatal e arbitral é, neste prisma, equivocada, pois ambas se complementam. A esfera arbitral complementa a estatal pois a arbitragem é instituto com natureza judicisrídica criado para atender o anseio

¹⁰⁴William W. Park afirma: “Todas as leis implicam interesses públicos, no sentido de que emulam objetivos sociais, tal como assegurar respeito aos contratos, ou a ordem de herança da propriedade. No entanto, algumas leis aparentam traduzir o interesse público a um nível maior do que outras”. (Na versão original em inglês: “All laws implicate public interests, in the sense that they further societal goals, such as ensuring respect for contracts or the orderly inheritance of property. Yet some laws appear to bear upon public interests to a greater degree than others”). (PARK, William H. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2006).

¹⁰⁵É de se ressaltar que, no Brasil, a sentença arbitral constitui título executivo judicial (art. 475-N do CPC), o que contribui mais ainda para a afirmação da complementaridade entre os sistemas. Sobre esta complementaridade, Piero Benardini leciona que “...le regretté Professeur Berthold Goldman a évoqué la complémentarité des rôles du juge et de l'arbitre pour l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Dans son propos introductif, il a souligné que le mot « complémentarité » suggérerait une certaine égalité du juge et de l'arbitre dans leurs rôles respectifs et, en même temps, une coopération entre les deux qui remplacerait la concurrence, et même la rivalité, qui existaient entre eux dans le passé”. (BERNARDINI, Piero. Justice arbitrale, tribunaux étatiques et législation. In: SPECIAL Supplément 1999: Arbitrage: regard sur la prochaine décennie: actes de la conférence de célébration du 75e anniversaire de la Cour internationale d'arbitrage. 1999. Disponível em: <<http://www.iccdri.com/CODE/LevelThree.asp?page=Advanced%20Search%20Result&053100=on&053000=on&052100=on&052200=on&052300=on&052400=on&052700=on&052600=on&052800=on&021000=on&022000=on&023000=on&024000=on&025000=on&query=bernardini&rdoLanguageFilter=All&context=&SearchTitle=Advanced%20Search%20Result&AUTH=RPfCtARgCAxMASxrLr7LxMASxryyRLgCARf5AUPJ303UtPRLf5ARM5AUPJ3xCOLx03UtPRLM5ARxATxMARLxATxMARU3A;0PRLU3ARnkAUPJ3UnYP003UtPGt3CkPJwzU3kRLnkARnxPCGxArRLnxPCGxARJgAUXxMASxloRLJgARLPfCtA&context=&Locator=18&styleFile=arbSingle.xml&i=8&nb=0&DocType=Article&type=Article>>.

Acesso em: 20 ago. 2011.

¹⁰⁶Sobre o tema, José Carlos Fernández Rozas assevera: “Não é possível separar a instituição arbitral da atividade judicisrídica do Estado e, em contrapartida, convém exigir que os juízes que intervêm nas relações arbitrais velem por uma aplicação precisa das técnicas arbitrais e respeitem escrupulosamente as regras estatais de maneira que a arbitragem se desenvolva normalmente”. Tradução livre do autor. No original em francês: “Il n'est pas possible de détacher l'institution arbitrale de l'activité juridictionnelle de l'Etat et, en contrepartie, il convient d'exiger que les juges qui interviennent dans des affaires d'arbitrage veillent à une application précise des techniques arbitrales et respectent scrupuleusement les règles étatiques de façon à ce que l'arbitrage se déroule normalement”. (Em FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, cit., p. 24).

social de resolução privada dos litígios relacionados a direitos disponíveis. Ela satisfaz determinados segmentos da sociedade através de estrutura mais especializada e preparada para decidir questões de complexidade técnica e negocial tradicional e culturalmente pouco afeitas aos tribunais estatais. De igual maneira, a arbitragem complementa-se pelo auxílio da jurisdição estatal, por ser ela a única passível de assegurar a realização de três funções sem as quais a arbitragem estaria fadada ao desaparecimento: (1) implementar coercitivamente o que for decidido na arbitragem caso não haja cumprimento espontâneo, (2) obrigar a instauração do procedimento arbitral em caso de resistência indevida por uma das partes, (3) velar pela regularidade formal e material, além do cumprimento das regras de direito público direcionadas à arbitragem¹⁰⁷.

Percebe-se, portanto, que a jurisdição estatal proporciona assistência e controle à jurisdição arbitral. A assistência ou apoio ocorrem quando os órgãos do Judiciário asseguram a instauração do processo de arbitragem, sem obstáculos impostos por uma das partes refratárias, além de assegurar o cumprimento da decisão final. O controle, por sua vez, se evidencia quando, normalmente numa fase posterior ao proferimento da sentença arbitral, ao permitir o reconhecimento da nulidade de sentenças proferidas sem observância de requisitos formais, em desrespeito ao devido processo legal.

O reconhecimento dessa complementaridade recíproca não significa defender a subjugação do processo arbitral ao crivo judicial, e nem dizer que um possui preponderância hierárquica sobre o outro. Pelo contrário, é inegável que a tendência tem sido de evolução da autonomia da arbitragem, ressaltando-se ao Judiciário o controle residual, excepcional, sobre o processo, conforme a linha adotada pela Lei Modelo UNCITRAL.

Na linha deste entendimento, convém ressaltar que o apoio do Poder Judiciário à arbitragem, de notável interesse público, como já destacado, poderá ser melhor instrumentalizado se confirmada a criação do mecanismo denominado “carta arbitral”,

¹⁰⁷ Ainda José Carlos Fernández Rozas: “a colaboração estatal é necessária ao sucesso do procedimento de arbitragem e não deve existir oposição entre as esferas arbitral e jurisdicional (judicial), exceto quando uma má utilização é feita das garantias oferecidas pelos tribunais, quando tentam desnaturar uma cláusula atributiva de competência a um árbitro ou quando o uso que é feito da arbitragem não corresponda aos princípios essenciais de tal instituição”. (Tradução livre, segure versão original no francês: *La collaboration étatique est nécessaire au succès de la procédure d'arbitrage et il ne doit pas exister d'opposition entre les sphères arbitrale et juridictionnelle, excepté lorsqu'une mauvaise utilisation est faite des garanties offertes par les tribunaux, lorsque l'on tente de dénaturer une clause attributive de compétence à un arbitre ou lorsque l'usage qui est fait de l'arbitrage ne correspond pas aux principes essentiels de cette institution*) (FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, cit., p. 24-25).

presente no texto do Projeto do Novo Código de Processo Civil, aprovado no Senado e recebido na Câmara, especificamente o que dispõe os art.s 69, §2º, e 206, IV¹⁰⁸. Referido instrumento reforçaria a ideia de cooperação ou apoio entre Judiciário e arbitragem¹⁰⁹, e seria a instrumentalização física do mecanismo de cooperação entre jurisdição arbitral e jurisdição estatal.

4.2. Por que o judiciário pode intervir na jurisdição arbitral?

Não obstante tal relacionamento de interdependência, é inegável que as partes, ao submeterem um litígio à arbitragem, comprometem-se a respeitar a sentença arbitral, independentemente de quem sagrar-se vencedor. A arbitragem, portanto, fundamenta-se na busca por uma decisão final eficaz justa¹¹⁰. Por tal razão, a sentença arbitral não pode ser submetida, quanto ao mérito, à revisão da autoridade judicial. No Brasil, “*o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*”¹¹¹. Significa afirmar: o litígio validamente submetido à arbitragem somente poderá ser julgado pelo árbitro, salvo nova convenção de comum acordo feita entre as partes.

Por isso é correto dizer que as partes admitem a possibilidade de que o árbitro profira decisão equivocada quanto ao mérito. E mais: admitem que o simples erro não faculta submeter a sentença arbitral à revisão judicial¹¹². Trata-se de risco que, ao

¹⁰⁸“Art. 206. Será expedida carta: (...) VI – arbitral, para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado por árbitro”. Já o §2º do art. 69 exige que “a carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos da citação por mandado e será instruída com a convenção de arbitragem, a prova da nomeação do árbitro e a prova da aceitação da função pelo árbitro”.

¹⁰⁹Em interessante artigo, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, discorrem sobre as alterações que o Novo Código de Processo Civil podem ocasionar à arbitragem, e afirmam, sobre a “carta arbitral” que “*a criação desse instrumento de comunicação entre árbitros e juízes togados facilitará bastante o cumprimento de decisões tomadas no âmbito da arbitragem, reforçando o relevante regime de cooperação existente entre os julgadores, cujo objetivo é comum: aplicar o direito, solucionar a controvérsia e pacificar a sociedade com justiça*”. (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Repercussões do Anteprojeto e do substitutivo ao Projeto do novo Código de Processo Civil na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, ano 3, n. 29, jan./mar. 2011).

¹¹⁰Quando se fala em decisão *final eficaz justa*, refere-se à justiça meramente formal, relativa ao respeito ao devido processo legal, com oitiva de ambas as partes, tratamento isonômico, observância das regras procedimentais, e não à justiça material, esta decorrente da decisão adequada conforme as leis em referência.

¹¹¹Art. 18 da Lei de Arbitragem.

¹¹²Neste sentido, William W. Park, “*arbitragem é um processo consensual, contudo, desenvolvido dentro dos limites criados pelo contrato e pela lei de arbitragem aplicável. Os litigantes aceitam o risco de erro do*

convencionarem a arbitragem, as partes assumiram correr¹¹³, sob pena de torná-la medida preliminar, preparatória de futuro processo judicial. Não é, portanto, o erro no julgamento que justifica o controle judicial do processo de arbitragem, nem ele será o que poderá fundamentar a sua nulidade.

Somente a matéria validamente submetida à arbitragem, no entanto, pode ser decidida pelo árbitro. Toda decisão proferida além do que foi submetido à arbitragem pode ser objeto de questionamento judicial, pois o árbitro terá em tal hipótese atuado com excesso de autoridade. Daí ser a diferença entre erro e excesso de autoridade fundamental para estabelecer-se o que pode justificar a intervenção do Judiciário sobre o processo arbitral¹¹⁴. O excesso do árbitro capaz de justificar futura intervenção judicial para declarar nula a sentença arbitral se revela basicamente de quatro formas: (1) submissão de partes que não convencionaram a arbitragem; (2) decisão sobre questão não submetida à arbitragem (aumento ou diminuição do escopo do arbitragem); (3) descon sideração dos procedimentos previstos para o regular desenvolvimento do processo (desrespeito ao contraditório, isonomia, e regras de procedimento, devido processo legal); (4) decisão sobre matéria vedada à arbitragem, de acordo com as leis aplicáveis¹¹⁵.

De maneira expressa ou tácita, tais formas de admissão de controle judicial sobre o excesso cometido pelo árbitro no processo arbitral encontram-se estabelecidas na Lei de Arbitragem brasileira, sendo as três primeiras ostensivamente dispostas no art. 32, e a quarta veladamente inserida no art. 1º, no que toca à possibilidade de arbitragem somente sobre litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

Outros fatores podem justificar a nulidade de uma sentença arbitral, e assim demandar controle judicial sobre a arbitragem. Em quase todos os estatutos legais que

árbitro apenas em relação a decisões proferidas dentro das fronteiras da autoridade arbitral". Tradução livre do autor, no original em inglês: "Arbitration is a consensual process, however, unfolding within an enclosure created by the contract and applicable arbitration law. The litigants accept the risk of arbitrator mistake only for decisions falling within the borders of arbitral authority". (PARK, William H. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 71).

¹¹³Risco a que não estariam incólumes se a questão não fosse submetida à arbitragem, já que até mesmo os juízes das mais altas cortes podem cometer erros ao julgar.

¹¹⁴Sobre o tema, a *House of Lords* inglesa decidiu, no caso *Lesotho Highlands*, que os árbitros não excedem seus poderes simplesmente por terem cometido algum erro (no mérito). Tal configura exemplo da tendência restritiva de intervenção judicial sobre o processo arbitral na Inglaterra (*In* PARK, William H. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 72).

¹¹⁵Quase todos os modelos legislativos adotados em diversos países trazem a possibilidade de revisão judicial em tais casos. Verificar: Art. 34 da Lei Modelo UNCITRAL; Art. 1502 do *Nouveau Code de Procédure Civile* da França; Art. 1059 do *Zivilprozessordnung* da Alemanha; Art. 190 da *Loi fédérale sur le droit international privé*; § 10 do *U.S. Federal Arbitration Act*. Alguns modelos legislativos, tal qual o da Inglaterra, permitem a revisão judicial de erros na aplicação da lei pelos árbitros (§69 do *English Arbitration Act* de 1996).

disciplinam a arbitragem nos diversos países, atributos que comprometam a conduta do árbitro, tais como parcialidade decorrente de suspeição não conhecida previamente, corrupção, ou impedimento não conhecido previamente, também são fatores a justificar o controle judicial¹¹⁶.

Em alguns países, como na Inglaterra, o controle judicial pode corrigir eventual erro na aplicação da lei pelo árbitro, permitindo assim a apelação em razão da lei (“*appeal in point of law*”)¹¹⁷. Em outros, como na França, na Alemanha, e também na Lei Modelo UNCITRAL, permite-se o monitoramento da arbitragem com base na ordem pública nacional. No Brasil, o conceito de ordem pública nacional é mencionado no art. 39, ao se estabelecer uma das hipóteses de recusa de cumprimento de sentença arbitral estrangeira, e no art. 2º, que trata da possibilidade das partes escolherem livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem desde que não contrárias aos bons costumes e à ordem pública. Portanto, no Brasil, a decisão arbitral estrangeira que contrariar a ordem pública nacional poderá ter seu cumprimento recusado, e a sentença arbitral nacional, que tenha se fundamentado em regra de direito escolhida com violação à ordem pública, será de igual maneira nula.

Em síntese, verifica-se ser fundamental à sobrevivência do instituto da arbitragem que ordenamento jurídico contemple um sistema que permita a correção de decisões arbitrais eventualmente proferidas fora dos padrões.

4.3. Necessidade de controle e assistência judicial ao instituto da arbitragem

Por força da natureza jurisdicional da arbitragem, o controle judicial sobre esta, ainda que excepcional, é necessário, pois configura forma de amenizar os riscos que seriam inevitáveis caso se admitisse o completo e irrestrito afastamento da jurisdição estatal. Este controle, mesmo ocasional e excepcional, serve como forma de assegurar o aprimoramento da atividade arbitral, já que seus operadores estarão cientes de que as decisões poderão ser revistas caso alguns requisitos não sejam observados.

O controle judicial também serve para assegurar a observância das expectativas das partes estabelecidas previamente, ao firmarem a convenção de arbitragem, sobre o que

¹¹⁶Na Lei de Arbitragem, tais elementos encontram-se previstos no artigo 32.

¹¹⁷§69 do *English Arbitration Act* de 1996.

seria objeto da arbitragem. Assim, qualquer excesso ou omissão cometido pelo árbitro quanto ao escopo de sua jurisdição poderá ser objeto de controle judicial.

A eficiência do processo arbitral está adstrita à administração da tensão decorrente de dois objetivos igualmente importantes: alcance de uma decisão final (irrecorrível), e observância do devido processo legal. Quanto mais se afastar a arbitragem do controle judicial, mais se prestigiará o primeiro; no entanto, só uma certa medida de controle judicial pode garantir de forma plena a observância do segundo.

De fato, é necessário blindar o procedimento arbitral, a fim de torná-lo incólume a abusos capazes de comprometer o devido processo legal, especialmente o tratamento isonômico das partes e o respeito ao contraditório. O controle judicial se propõe exercer essa proteção, a fim de garantir que os princípios processuais básicos sejam observados na arbitragem. Decisões iníquas, absurdas, proferidas de forma aleatória, certamente contribuiriam para o descrédito do instituto, reduzindo a confiança da comunidade que dele se utiliza¹¹⁸.

Fato acontecido em passado recente, na Bélgica, talvez sirva para demonstrar, do ponto de vista prático, a importância do escrutínio judicial ao desenvolvimento do processo arbitral. Aquele país experimentou, durante algum tempo, a partir de 1985, um sistema que impedia qualquer tipo de controle judicial estatal sobre as arbitragens desenvolvidas em seu território. Talvez por acreditar que mais liberdade resultasse num aumento da quantidade de arbitragens e consequente atração de negócios de outros países, o legislador belga criou um sistema em que as sentenças arbitrais não poderiam ser objeto de qualquer tipo de revisão ou controle judicial. Ao contrário do que se imaginou, a arbitragem caiu em desuso, e esse modelo foi revisto em 1998, com o advento de lei em que são asseguradas medidas de controle judicial a fim de garantir uma proteção satisfatória ao regular desenvolvimento do processo arbitral¹¹⁹.

Verifica-se, destarte, que certas limitações ao exercício da jurisdição privada arbitral, antes de representar um estorvo à evolução do instituto da arbitragem, ou mesmo

¹¹⁸William W. Park: “Revisão judicial no local da arbitragem incrementam o controle eficiente de comportamentos arbitrais aberrantes, promovendo confiança no meio da comunidade comercial de que a arbitragem não será uma loteria de resultados erráticos”. (Tradução livre, segue versão original em inglês: “*Judicial review at the arbitral situs enhance efficient control of aberrant arbitral behavior, promoting confidence within the commercial community that arbitration will not be a lottery of erratic results*”). (PARK, William H. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 151).

¹¹⁹HANOTIAU, Bernard; BLOCK, Guy. La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l’arbitrage. *ASA Bulletin*, v. 16, p. 528, 532, 1998.

um desprestígio, significam, em verdade, elementos indispensáveis para o seu regular desenvolvimento, sem o qual perderia credibilidade, já que não haveria meios confiáveis de assegurar as indispensáveis segurança e estabilidade jurídicas¹²⁰. A preservação da autonomia de vontade das partes depende da garantia de que o que foi acordado por meio da convenção de arbitragem será fielmente cumprido. Depende, assim, da validade da convenção, que poderá ser submetida ao crivo do Judiciário, quando o árbitro cometer certos excessos assim determinados em lei, ou por inferência decorrente dos princípios que regem o microsistema processual da arbitragem.

4.4. Necessidade de prestígio das decisões arbitrais

Por outro lado, a ausência de uma decisão final irrecurável tornaria a arbitragem ineficaz. Sendo ineficaz, seria inócua e deixaria de representar alternativa interessante para os litigantes. Nos casos da arbitragem internacional, talvez não restasse opção válida, o que impediria a realização de certos negócios jurídicos e determinadas transações comerciais¹²¹.

Assim, justifica-se o porquê de os diversos sistemas legislativos, ao disciplinar a arbitragem, adotarem, via de regra, modelos de controle judicial restritivo, excepcional, que visam sempre à constante tentativa de manutenção da decisão proferida na arbitragem.

O modelo de controle judicial da arbitragem mais comum, e que também é o adotado pelo Brasil, autoriza a impugnação judicial das sentenças arbitrais apenas em

¹²⁰ “It has become commonplace to refer to the progress marked by arbitration in its way to gaining full autonomy vis-à-vis state courts’ jurisdiction as if the ultimate ideal target would be to sever the relationship between the courts and arbitration and leave the latter to float alone in the transnational space. It is submitted that this result would be contrary to the parties’ interests. Leaving aside the fact that states have shown themselves to be willing to keep a measure of control over the manner in which justice is rendered on their territories whatever the method chosen by the parties for settling their disputes, experience indicates how important the courts’ intervention may be in the exercise of the two functions typically identified as one of assistance and one of control”. (BERNARDINI, Piero. *Arbitral Justice, Courts and Legislation*, cit.).

¹²¹ O professor da Boston University, William W. Park, afirma que “... sem finalidade, partes de transações de negócios internacionais poderiam ficar sem alternativa de confiança à incerteza das cortes judiciais de outros países ou ao conhecido preconceito da “justiça-caseira” da parte adversa”. Ausente a possibilidade de arbitragem que obrigue as partes, algumas transações não seriam consumadas. Outras seriam concluídas apenas a preços elevados, a refletir o risco de adjudicação potencialmente tendenciosa. (Versão original em inglês: *without finality, parties to international business transactions may have no reliable alternative to the uncertainty of third country courts, or the perceived bias of the other side’s “home-town justice”*. Absent the possibility of binding arbitration, some transactions will remain unconsummated. Others will be concluded only at increased prices, to reflect the risk of potentially biased adjudication”. (PARK, William H. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 148).

casos de excesso de autoridade, ou de desrespeito ao devido processo legal¹²². Alguns países adotam o modelo que possibilita o enfrentamento do mérito da decisão, em casos de erro quanto à interpretação da lei¹²³. Há países que admitem a escolha, pelos litigantes, em permitir ou não a revisão da matéria submetida à arbitragem pelo Judiciário¹²⁴.

A garantia de prestígio e eficácia às decisões arbitrais consubstancia elemento de vital importância para a credibilidade e desenvolvimento do instituto da arbitragem. No mundo dos negócios e das relações comerciais, não haveria espaço para a sobrevivência de um método de resolução de conflitos que não conseguisse o mínimo a que se propõe: justamente resolver conflitos. Resolver pressupõe definir. Daí afirmar-se que o controle judicial, importante e necessário, conforme já demonstrado, só se justifica excepcionalmente, em caráter residual, devendo o prestígio das decisões arbitrais configurar a regra.

É natural que, ainda que num mesmo ordenamento jurídico, os critérios de ingerência judicial sobre o processo arbitral devem guardar matizes distintos, a depender da matéria submetida à arbitragem no caso concreto. Exemplifica-se: uma arbitragem internacional, em que se discutem complexas relações comerciais, relativas a grande grupos empresariais, assessorados ambos os lados por inúmeros e dispendiosos advogados, não pode passar pelo mesmo critério de ingerência judicial que uma arbitragem nacional, levada a termo para resolver uma disputa contratual de natureza consumeirista, ou trabalhista, em que uma das partes não só é hipossuficiente como sequer estava assessorada por advogado na hora em que firmou o contrato e a convenção de arbitragem.

Daí, o critério excepcional do controle judicial pode ter extensões ou restrições, a depender dos fatos concretos submetidos, podendo ser mais ou menos rigoroso.

Por força da importância do prestígio das decisões arbitrais, é que a ingerência judicial sobre a jurisdição arbitral não pode ser realizada de ofício, mas somente em razão

¹²² Assim, além do Brasil (art. 32 da Lei de Arbitragem), adotaram este modelo países como Estados Unidos (Federal Arbitration Act, §10), França (Nouveau Code du procedure civile, art. 1502), Suíça (*Loi fédérale sur le droit international privé*, art. 190), bem como a Lei Modelo UNCITRAL (art. 34). De igual maneira, a professora da Universidade de Nevada, Jean Sternlight defende: “Na arena do comércio internacional, não faz sentido chamar arbitragem vinculante de método “alternativo”, já que as convenções de arbitragem são a regra”. (No original em inglês: “*In the international business arena, it does not make sense to call binding arbitration the “alternative,” as arbitration agreements are the norm*”).

¹²³ Dentre eles, a Inglaterra (English Arbitration Act, § § 67-69). Suíça (*Loi fédérale sur le droit international privé*, de 1987) e Bélgica (lei de 19 de maio de 1998), em relação as arbitragens havidas entre partes que não residam nem possuam o principal estabelecimento no País.

¹²⁴ De acordo com William W. Park, é o sistema do “opt-in” ou “opt-out”, por meio do qual as partes que convencionam a arbitragem escolhem se aceitam submeter a sentença arbitral à revisão judicial ou não.

de requerimento de pelo menos uma das partes interessadas. Pelo mesmo motivo, a evolução legislativa nos diversos países apresenta tendência a diminuir as hipóteses de controle judicial sobre as sentenças arbitrais, e, na mesma proporção, aumentar os casos de possibilidade de assistência judicial¹²⁵.

Neste prisma, mesmo as regras que dispõem sobre a arbitrabilidade objetiva – o que pode ou não pode ser submetido à arbitragem – devem ser interpretadas de forma liberal, em benefício da utilização do processo arbitral.

No Brasil, a Lei de Arbitragem levou ao máximo, dentro dos limites do que é benéfico, a noção de prestígio das decisões arbitrais, ao estabelecer, em seu artigo 18, que “o árbitro é o juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita à recurso ou homologação pelo poder judiciário”. Ou seja, deixou expressa a impossibilidade de revisão (por meio de recurso), ou mesmo de condicionante (por homologação), em relação ao que decidir acerca dos fatos e do direito da causa¹²⁶.

O juízo arbitral sujeita-se, portanto, a um controle de validade a ser realizado, em dadas circunstâncias, pelo Judiciário. Além disso, cabe ao Judiciário efetivar a arbitragem, tanto no sentido de assegurar o seu pleno desenvolvimento, quando validamente constituída, como de concretizar o que foi decidido pelo árbitro – no que anteriormente se chamava de processo de execução, e hoje denomina-se fase de cumprimento. Não há, sob

¹²⁵Piero Bernardini ensina: “O controle, que se aplica particularmente na fase pós-sentença da impugnação ou execução da sentença, é uma garantia contra o risco de injustiça procedimental que pode ser levantada quando procedimentos arbitrais são conduzidos por árbitros experientes (o que nem sempre é o caso). Duas observações genéricas podem ser feitas em relação a essas duas funções. Primeiro, uma corte estatal nunca intervirá espontaneamente mas só a partir do requerimento de uma das partes (em relação ao controle) ou dos árbitros ou das partes (em relação à assistência). Segundo, a atual atitude dos estados é de aumentar as situações na quais a assistência das cortes é disponibilizada e restringir aquelas em respeito as quais o controle é exercido, até mesmo permitindo que as partes optem por dispensar tal controle em alguns casos”. Tradução livre, segue versão original em inglês:

“The control, which applies particularly in the postaward phase of the challenge or the enforcement of the award, is a safeguard against the risk of procedural injustice which may arise even when arbitral proceedings are conducted by experienced arbitrators (which is not always the case).

Two general observations can be made with regard to these two functions. First, a state court never intervenes of its own motion but only upon a party's request (as to control) or the arbitrators or a party's request (as to assistance). Second, the current attitude of states is to enlarge the situations in which courts' assistance is provided and to restrict those in respect of which control is exercised, by even permitting the parties to opt out of such control in some cases”. (BERNARDINI, Piero. *Arbitral Justice, Courts and Legislation*, cit.).

¹²⁶Marcus Vinicius Santos Andrade, afirma: “Logicamente, por se tratarem de jurisdições diversas, inadmissível que o juiz estatal reveja em seu mérito a sentença prolatada pelo árbitro. O controle não é de conteúdo, restringindo-se a critérios de validade. Tal aferição se faz mediante provocação do interessado, ajuizando ação de nulidade, sujeita ao procedimento comum, sumário ou ordinário. Há um prazo, prescricional, de noventa dias à propositura, contado da notificação efetiva da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, § 1.º, da Lei 9.307/96)”. ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. Considerações sobre a arbitragem e o cumprimento de sentença. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 19, out./dez. 2007.

pena de inviabilizar a arbitragem, um reexame quanto ao mérito da matéria que foi decidida.

Como forma de sintetizar tudo o que foi exposto neste tópico, conclui-se que a decisão proferida em processo arbitral regularmente constituído e desenvolvido, decorrente de convenção de arbitragem válida, que versar sobre matéria arbitrável segundo as leis aplicáveis, não poderá nunca ser revista, reanalisada, reapreciada, ou mesmo submetida à homologação pelos órgãos da jurisdição estatal, ainda que esteja, quanto ao mérito, equivocada.

4.5. Relação entre jurisdição arbitral e estatal no Brasil

No Brasil, a relação entre Poder Judiciário e o instituto da arbitragem ganhou projeção importante após o advento da Lei de Arbitragem (9.307/1996). Antes da sua vigência, a arbitragem era mecanismo pouco usual, e, regulado no Código de Processo Civil, suas decisões dependiam de homologação judicial, o que a tornava alternativa pouco viável para resolução célere de litígios, já que dotada de pouca autonomia. Além disso, inexistia possibilidade de execução específica da cláusula arbitral, acarretando a conversão em perdas e danos quando uma das partes, ocorrendo o litígio, se negava a aderir à arbitragem. Diante de tais condições, por ser mecanismo raramente utilizado, justifica-se em certa medida a existência de preconceito do Judiciário em relação ao instituto, que era, em realidade, preconceito contra o desconhecido.

Somente a partir da vigência da Lei de Arbitragem, tal instituto realmente ganhou força no Brasil, quando passou a ter certa autonomia (especialmente no que se refere à possibilidade de proferir decisão final quanto ao mérito, não passível de revisão ou sequer homologação pelo Judiciário). A partir de sua vigência, o Judiciário passou a ser fundamental para a evolução do instituto, pois que dependeria dele assegurar ou não a autonomia, efetividade e regularidade dos processos arbitrais desenvolvidos no Brasil.

A Lei de Arbitragem estabelece, em seu art. 18, ser o árbitro “juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Tal importa estabelecer que o que for decidido num processo arbitral regularmente desenvolvido, decorrente de convenção de arbitragem válida, não poderá ser revisado nem questionado judicialmente. Garanta-se, pois, a autonomia arbitral.

A mesma Lei, no entanto, assegura às partes a possibilidade de socorrerem-se do Judiciário, para que este garanta apoio necessário à instauração do próprio processo de arbitragem¹²⁷, assegure a efetivação das sentenças arbitrais¹²⁸ e afira a regularidade formal do desenvolvimento do processo arbitral¹²⁹. Há, portanto, elementos de assistência e apoio (nos dois primeiros casos) e de controle (no terceiro).

No que diz respeito ao controle judicial sobre a arbitragem, a lei brasileira aderiu ao modelo mais ordinário de relação entre o Poder Judiciário e a arbitragem, em que é vedada a revisão judicial da sentença arbitral. Por conseguinte, cabe aos tribunais estatais do Brasil apenas a avaliação de eventual excesso cometido pelo árbitro, assim consideradas as hipóteses de submissão de partes que não participaram da convenção (excesso subjetivo), abrangência na decisão de matéria estranha ao pacto arbitral (excesso objetivo), desrespeito ao devido processo legal (excesso processual) ou deliberação sobre matéria inarbitrável, segundo as leis do país (excesso objetivo em relação à ordem jurídica). Vedada está qualquer consideração quanto ao acerto ou erro do árbitro referente ao mérito do que for decidido na arbitragem.

Em pesquisa realizada em conjunto entre a Faculdade de Direito da FGV-SP e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), coordenada por Daniela Monteiro Gabbay e Giovanni Ettore Nanni¹³⁰, partiu-se da premissa de que “*o instituto da arbitragem não*

¹²⁷Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

¹²⁸Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹²⁹Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nulo o compromisso;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- 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; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

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.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

- I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;
- II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

¹³⁰GABBAY, Daniela Monteiro; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro*

sobrevive sem o devido apoio e respaldo do Poder Judiciário, sendo indispensável que haja uma relação de cooperação e de coordenação entre árbitros e juízes” para pesquisar respostas para as seguintes questões: “De que forma o Poder Judiciário brasileiro tem aplicado a Lei n. 9307/96? Tem ele dado o devido respaldo ao instituto da arbitragem?”. O resultado da pesquisa, consequência de grande esforço do grupo, que analisou mais de setecentos julgados de diversos tribunais do país (estaduais e federais), proferidos entre 1996 e início de 2009, é de que houve, no decorrer desses mais de dez anos, patente evolução na assimilação, pelo Judiciário brasileiro, dos conceitos da lei de arbitragem¹³¹.

Verificou-se que a maior parte das questões levadas a juízo relativas à arbitragem no Brasil dizem respeito à validade da convenção de arbitragem, e que, embora ainda falte uniformidade a respeito de certos temas, o Superior Tribunal de Justiça tem tido posicionamento favorável ao desenvolvimento do instituto. Ficou patente, ainda, que há concentração na aplicação da arbitragem nos grandes centros negociais (Rio de Janeiro e São Paulo), tendo os tribunais de justiça do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro apresentado o maior número de acórdão sobre o tema, o que denota uma relação direta, também no Brasil, entre a utilização do instituto e as relações jurídicas decorrentes de negociações comerciais.

Após a vigência da Lei de Arbitragem, o instituto em estudo continuou a evoluir, e mesmo as reformas processuais levadas a cabo no decorrer da década passada, tiveram pontos de contato com a arbitragem.

de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf>. Acesso em: maio 2011, contando como pesquisadores André Luís Monteiro, Antonio Henrique Monteiro, Debora Visconte, Denise Marin, Fernando Medici Junior, Leandro Tripodi, Maria da Graça Almeida Prado, Nathalia Mazzonetto, Paula de M. Chisté e Tatiana Artioli Moreira).

¹³¹“*Em conclusão, verificou-se, com o passar do tempo, clara evolução na interpretação e aplicação da Lei de Arbitragem pelos Tribunais. Nota-se, em especial, a crescente familiarização do Judiciário com os seus conceitos técnicos e o desenvolvimento de círculo virtuoso entre o Judiciário e a Arbitragem, marcado pela cooperação entre juízes e árbitros e pela fiscalização judicial, quando necessária, para garantir que a arbitragem seja tratada como um meio legítimo e eficaz de solução de controvérsias, cujos efeitos devem ser reconhecidos quando as partes voluntária e validamente optaram por sua utilização*” (In. GABBAY, Daniela Monteiro; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral*, cit.

4.6. Cumprimento de sentença arbitral e sincretismo processual

É conhecida a extensão da reforma introduzida no sistema processual brasileiro decorrente do advento da Lei 11.232/2005, especialmente no que diz respeito à consolidação no universo processual da ideia de sincretismo, em que as atividades cognitivas e executivas se procedem em única sequência de etapas intercaladas mas interdependentes.

Emerge, daí, problema que merecerá consideração: seria possível compatibilizar a ideia de sincretismo do processo civil, em que cognição e execução não são mais do que meras fases intercaladas de um mesmo e único processo, com a natureza autônoma atribuída ao processamento arbitral? Poder-se-ia dizer que, após o advento da Lei 11.232/2005, o processo de arbitragem teria se tornado mera “fase” de um só processo, cuja etapa final desenvolver-se-ia na esfera judicial?

Referido avanço legislativo¹³², com o propósito de pôr fim ao conceito de dualidade processual, em que existia uma ação de conhecimento e outra de execução, ambas divididas em fases notadamente distintas, com necessidade de pelo menos duas citações e duas sentenças, baseou-se em longínquo processo de aprimoramento legislativo, que remonta à promulgação da Lei n. 7.347, de 24.07.1985, disciplinadora da Ação Civil Pública – uma das primeiras a prever a execução específica de obrigação, onde as sentenças têm cumprimento imediato, e independem de um processo de execução autônomo.

A partir da vigência da Lei n. 11.232/2005, foi alterado o processo de execução de sentença condenatória de quantia certa, que passou a ser englobado em processo único, do

¹³²O substantivo “avanço” é utilizado aqui sem nenhuma conotação de mérito, apenas em seu sentido figurativo de que, ao mover-se para frente, deixou-se algo para trás. A opinião que se espoca, é de que, as críticas que se fazem ao fato de que, do ponto de vista prático, a reforma de 2005 pouca coisa mudou, já que não se nega certa autonomia à agora chamada fase cumprimento de sentença, podem justificar menos aplausos para a iniciativa legislativa, mas isso não implica deixar de reconhecer o mérito na vontade em simplificar o procedimento e tornar a instrumentalidade processual mais real e efetiva – se não na prática, pelo menos na teoria. Para críticas acerca das reformas provenientes das Leis 10.444/2002 e 11.232/2005, ver NOGUEIRA, Antonio Pádua Soubhie. Súmula 410 do STJ: breve análise crítica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 190, p. 231, dez. 2010. Para mais sobre as reformas que resultaram na adoção do modelo sincrético: FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC (LGL\1973\5)* Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 162; MEDINA, José Miguel García. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 358.

qual é fase, denominada de cumprimento de sentença¹³³, esta decorrente de outra fase, a de conhecimento. O processo é um só, composto de várias fases, ora dedicado ao reconhecimento do direito postulado por uma das partes, ora direcionado à realização do que foi reconhecido¹³⁴.

Percebe-se-á, contudo, que, apesar da mudança trazida para o sistema processual brasileiro, referida modificação não importou mudanças significativas para o microsistema processual da arbitragem. O inciso IV do art. 475-N do Código de Processo Civil, que estabeleceu consistir a sentença arbitral título executivo judicial, apenas reproduziu o que já disciplinava o revogado inciso VI do art. 584 do Código de Processo Civil, desde que introduzido pela Lei de Arbitragem, em 1996.

Tal disposição legislativa compatibiliza o conceito de sentença arbitral com o que estabelece o artigo 18 da Lei de Arbitragem, ao dispor que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Ora, se o árbitro se equipara ao juiz togado, idêntica razão impõe à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial. Tal foi o motivo da alteração concebida após o advento da Lei de Arbitragem e em meio à mencionada reforma do Código de Processo Civil¹³⁵. Se o árbitro é juiz, a sentença por ele proferida é título executivo judicial.

Sabe-se que a reforma que ensejou a adoção do modelo processual sincrético teve como uma das finalidades, ao unir cognição com execução num mesmo e único processo, alcançar a tutela específica, que, e em outras palavras, se configura pelo resultado prático que seria alcançado caso a obrigação que ensejou a demanda litigiosa tivesse sido

¹³³ Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

¹³⁴ Cássio Scarpinella Bueno, com habitual propriedade ensina: “*Processo é a junção do binômio 'reconhecimento' (do direito) e 'realização' (do direito) (...) O que se dá ao longo do processo é que o foco das atividades e da atuação do Estado-Juiz altera-se conforme as necessidades imediatas. O Estado-juiz praticará uns tantos atos voltados precipuamente ao reconhecimento do direito tal qual descrito pelas partes em suas manifestações e praticará outros tantos voltados precipuamente à realização concreta do que foi reconhecido. Não está errado, muito pelo contrário, sustentar que cada uma destas atividades possa ser compreendida como uma 'etapa', como uma 'fase' do processo. Mas cada uma destas 'etapas', cada uma destas fases são elementos, são partes que compõe o todo, que é o processo. Não são o processo. São parte dele*”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p.7.

¹³⁵ Justificando tal raciocínio para defender que pode ser suscitado conflito de competência entre juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, Arnaldo Wald assim leciona: “*Considerando que a legislação, a partir de 1996, equipara o árbitro ao juiz e a decisão arbitral à sentença judicial*”. WALD, Arnaldo. *A patologia da arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 27, p. 35, out./dez. 2010.

espontaneamente cumprida pela parte sucumbente, antes do início do processo¹³⁶. Essa ideia parece ser ainda mais conveniente se observada com os olhos de quem estuda o processo arbitral, em que a autonomia das partes, a liberdade em contratar, a boa-fé, e as expectativas pré-contratuais possuem peso expressivo ao ponto de conduzir as relações litigiosas para a resolução por meio de uma jurisdição privada independente da jurisdição estatal.

A ideia de que a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 475-N, inc. IV, do Código de Processo Civil) contribui para a constatação da complementaridade defendida entre as esferas jurisdicionais arbitral e judicial. Além disso, dúvida não subsiste quanto ao caráter jurisdicional da atividade arbitral, pois capaz de produzir título executivo judicial.

A ideia de equiparação entre a sentença arbitral e a sentença judicial (proferida por órgãos do Judiciário estatal) não é nova, tampouco é de autoria brasileira. Ela tem origem remota na necessidade que se observou de dispensar a homologação judicial das sentenças arbitrais, que constituía enorme entrave no desenvolvimento da arbitragem¹³⁷. Uma vez extirpado o obstáculo da homologação, não faria mais sentido deixar de equiparar a sentença arbitral à sentença judicial, tornando-a assim título executivo judicial. De fato, se a sentença arbitral fosse considerada mero título executivo extrajudicial seria o equivalente a esvaziar a jurisdição arbitral, pois que passaria a ter mera natureza contratual, admitindo-se a revisão judicial quanto ao conteúdo, da mesma forma que o juiz pode revisar o conteúdo de um contrato qualquer¹³⁸.

¹³⁶Novamente Cassio Scarpinella Bueno: “O “sincretismo” da atividade jurisdicional (cognição e execução em um mesmo processo) tem sido bastante bem recebido pela doutrina mais recente do processo civil. Os dois dispositivos, de resto, outorgam ao juiz aplaudidos “deveres-poderes” para bem atingir a “tutela específica” ou o “resultado prático equivalente”, entendidas estas expressões como a máxima coincidência possível entre o cumprimento jurisdicional e o pré-jurisdicional da obrigação, isto é, caso não fosse necessário o ingresso no Judiciário, dado o cumprimento espontâneo do vínculo obrigacional.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 113. p. 22, jan./fev. 2003).

¹³⁷Carlos Alberto Carmona, com propriedade, leciona: “A homologação transformou-se, aos poucos, num dos grandes entraves do instituto, prejudicando (ou até mesmo eliminando) as tão apregoadas vantagens da arbitragem, ao invés de simplificar-se a solução do litígio acaba-se por trazer novos elementos de complicação e procrastinação, com a necessidade de recorrer-se ao poder judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição, cit., p. 33-40).

¹³⁸Carlos Alberto Carmona, antes da promulgação da atual Lei de Arbitragem no Brasil, portanto muito antes do advento das reformas do processo civil aqui comentadas, ocorridas entre 2002 e 2005, comentou anteprojeto de lei de autoria do Ministério da Justiça, louvando os avanços que as mudanças acarretariam (especialmente o afastamento da necessidade de homologação), mas criticando o fato de que, naquele anteprojeto, a sentença arbitral era definida como título executivo extrajudicial. Ele afirmava constituir “...grave imprecisão comparar o laudo arbitral ao título executivo extrajudicial, sentiu-se a necessidade de desvincular-se do processo homologatório, que estorva a arbitragem sem ter real utilidade. (...) A crítica dirigida ao art. 17 do anteprojeto anterior prevalece: se o laudo constitui título executivo extrajudicial,

Em Portugal, o Código de Processo Civil de 1967, reproduzindo o que previa a legislação desde 1939, determina que as decisões proferidas pelo tribunal arbitral “*são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns*”¹³⁹. Em igual sentido, a Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal, que revogou o disposto no art. 1.522 do Código de Processo Civil português que guardava idêntico conteúdo, estabelece que “*a decisão arbitral tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1ª instância*”¹⁴⁰.

Segundo a melhor doutrina que acompanhou as mudanças da época, naquele mesmo período, várias leis em diversos países europeus seguiram igual orientação, de tornar a sentença arbitral equiparada à sentença judicial. Foi assim, por exemplo, na Bélgica, França e Itália, ainda que em extensão não tão acentuada quanto a vivenciada em Portugal.¹⁴¹

Respirando os ares evolutivos europeus, o legislador brasileiro promoveu, com alguns anos de atraso, a reforma necessária à desestagnação da arbitragem no Brasil, tornando-a, assim, alternativa viável e realmente eficaz à solução judicial de conflitos. Afirmou, como já observado, o caráter jurisdicional da arbitragem e estabeleceu, como seus congêneres europeus, a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial. Tal

qual a natureza do laudo declaratório e do constitutivo? Melhor teria sido equiparar de uma vez por todas o laudo à sentença, atribuindo-lhe desde logo o efeito de accertamento do direito aplicável ao caso concreto”. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição, cit., p. 33-40).

¹³⁹Art. 48 do Código de Processo Civil Português: ARTIGO.48.:

(EXEQUIBILIDADE DOS DESPACHOS E DAS DECISÕES ARBITRAIS)

São equiparados às sentenças, sob o ponto de vista da força executiva, os despachos e quaisquer outras decisões ou actos da autoridade judicial que condenem no cumprimento duma obrigação.

2. As decisões proferidas pelo tribunal arbitral são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns.

¹⁴⁰Artigo 26º da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal, de 29 de Agosto de 1986: “Art. 26º. (Caso julgado e força executiva). 1 – A decisão arbitral, notificada às partes e, se for o caso disso, depositada no tribunal judicial nos termos do artigo 24º, considera-se transitada em julgado logo que não seja susceptível de recurso ordinário. 2 – **A decisão arbitral tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1ª instância**”

¹⁴¹“É assim que na Bélgica, em julho de 1972, atribuiu o legislador ao laudo arbitral os mesmos efeitos da sentença declaratória, prescrevendo a necessidade da homologação apenas aos laudos condenatórios. A sentença arbitral, para adquirir a autoridade de coisa julgada, deve ser notificada às partes, através do envio de um exemplar do laudo (art. 1.702 e 1.703 do Code Judiciaire belga).

Na França, introduzido no Nouveau Code de Procédure Civile o Livro IV, que trata da arbitragem (Dec. 81-500, de 12.5.81), ficou assentado que a sentença arbitral produz desde logo efeitos a partir de sua prolação, estando apta a passar em julgado independentemente de intervenção do Poder Judiciário (art. 1.746). A homologação (exequatur) é necessária, entretanto, para que a sentença arbitral condenatória possa ser executada.

Finalmente, em fevereiro de 1983, também a Itália alterou sua legislação em matéria de arbitragem (legge 28/1983), dispensando, ao que parece, a homologação do laudo declaratório e prescrevendo a necessidade de submeter ao juízo deliberatório a sentença arbitral condenatória para efeito de execução”. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição, cit., p. 33-40).

reforma foi levada a termo, quase que por completo, com a edição da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), ao estabelecer, em seu artigo 31, que “*a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e, sendo condenatória, constitui título executivo*”. Para não restar dúvida de que a equiparação que se fazia era realmente completa¹⁴², a mesma lei, em suas disposições derradeiras, especificamente no artigo 41, alterou o então vigente artigo 584 do Código de Processo Civil¹⁴³, que enumerava os títulos executivos judiciais, a fim de incluir, no seu inciso III, “*a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação*”¹⁴⁴.

O cume dessa reforma foi atingido com a Lei n. 11.232, de 2005, que além de reafirmar o caráter jurisdicional da arbitragem, ao manter a condição de título executivo judicial da sentença arbitral (art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil), criou, por fim, a ideia do sincretismo processual, ainda que seja questionável se tal noção alcançou o processo arbitral.

Se a sentença arbitral constitui título executivo judicial, e se não há mais no processo civil brasileiro dois processos autônomos, segregados, de conhecimento e execução, seria correto afirmar que o procedimento arbitral constitutivo de sentença condenatória (fase de conhecimento) e o cumprimento e fase executória da respectiva sentença perante o “*juízo cível competente*”¹⁴⁵, seriam partes de um só processo, ainda que com etapas autônomas e bem distintas? Haveria apenas uma divisão funcional de competências, em que o árbitro exerce a atividade jurisdicional de aplicar o direito ao caso concreto, mas, por lhe faltar o poder jurisdicional coercitivo, a fase de efetivação de suas decisões deve ser realizada em *segunda etapa*, descortinada na etapa de cumprimento de sentença, ou executiva?

¹⁴²Seria possível argumentar-se, pela leitura isolada e descontextualizada do art. 31, que a sentença arbitral só produziria os mesmos efeitos que a sentença judicial para as partes e seus sucessores, e, além disso, deixaria dúvida acerca de constituir ou não título judicial, pois o referido dispositivo apenas indica constituir a sentença arbitral ‘título executivo’, sem deixar explícito se seria judicial ou extrajudicial.

¹⁴³Este artigo (584 do CPC) foi posteriormente revogado pela Lei n. 11.232, de 2005, que realocou a relação dos títulos executivos judiciais no âmbito dos incisos do art. 475-N.

¹⁴⁴Sobre a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial e sua repercussão no Brasil, após o advento da Lei de Arbitragem, ver FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 40, jul. 2005.

¹⁴⁵O artigo 475-P do Código de Processo Civil, estabelece que: “Art. 475-P – o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: (...) III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

Tais questões podem ser respondidas ao verificar-se pois tanto na execução do sistema anterior, como no pedido de cumprimento de sentença, ou, quando se tratar de obrigação por quantia certa na fase executiva atual, persiste a necessidade de nova citação do devedor¹⁴⁶, ambas admitem formas de insurgência pelo devedor (naquela conjuntura por meio dos embargos à execução, hoje por intermédio da impugnação indicada no §1º do Art. 475-J do Código de Processo Civil), e tanto a sentença do sistema anterior, quanto a decisão que julgar a impugnação, são passíveis de recurso¹⁴⁷. Portanto, salvo as alterações realizadas para antecipar certos atos expropriatórios, que poderiam ser realizadas independente do sincretismo entre as fases de conhecimento e executória, pouco teria mudado.

Apesar de ser teoricamente possível, numa visão contemporânea e arrojada da relação entre jurisdição arbitral e judicial, imaginar uma inter-relação absoluta entre o processo de arbitragem e o processo judicial, ao ponto de ambos serem duas fases de um só e único “processo”, sendo a primeira fase desenvolvida na esfera arbitral, dedicada ao reconhecimento do direito (fase de conhecimento), e a segunda revelada na via judicial, na busca pela efetivação do que foi decidido (fase executiva), é, contudo, inviável chegar a tal conclusão em virtude das regras atualmente postas em relação ao instituto da arbitragem¹⁴⁸.

O legislador optou por distinguir o procedimento de cumprimento das sentenças arbitrais daquele direcionado ao cumprimento das sentenças judiciais de maneira geral. Na verdade, equiparou a implementação da sentença arbitral ao procedimento adotado em caso de cumprimento na esfera civil de sentença penal condenatória¹⁴⁹ (repercussão civil da

¹⁴⁶O art. 475-N estabelece, em seu inciso IV, ser a sentença arbitral título executivo judicial. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que: “*Nos casos dos incisos II, IV, e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso*”.

¹⁴⁷“Art. 475-M. (...)§ 3º A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação”.

¹⁴⁸O raciocínio aqui expresso, se se apresentasse verdadeiro, corroboraria o defendido pela Professora Jean R. Sternlight, da Universidade de Nevada, EUA, de que a arbitragem não pode ser considerada uma forma alternativa de resolução de disputas (na sigla em inglês ADR – “*alternative dispute resolution*”). STERNLIGHT, Jean R. Is Binding arbitration a Form of ADR?: an argument that the term ADR has begun to outlive its usefulness (2000). *Scholarly works*. Disponível em: <<http://scholar.law.unlv.edu/facpub/270>>. Acesso em: jun. 2011.

¹⁴⁹Nas hipóteses em que o juízo penal fixar uma indenização em favor do ofendido, para reparação dos danos sofridos, conforme previsão disposta na nova redação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, confeccionada pela Lei 11.719, de 2008. (Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.)

responsabilidade criminal) e ao procedimento de cumprimento de sentença estrangeira, atribuindo a todos estes casos a competência ao juízo cível competente¹⁵⁰.

Nas três hipóteses ora indicadas (cumprimento de sentença arbitral, sentença penal condenatória, ou sentença estrangeira), embora todas se refiram a títulos executivos judiciais, não há que se falar em sincretismo processual, já que, pelo sistema posto, há na realidade o início de uma nova relação processual, que terá única e exclusivamente o escopo de efetivar a decisão. Pelo sistema adotado no Código de Processo Civil, resta evidente tal afirmação, em especial em função da necessidade de citação do devedor para vir a integrar a lide, em fase de liquidação ou execução¹⁵¹, ao contrário de mera intimação ao advogado do processo. Tal disposição, no que diz respeito ao processo de arbitragem, faz muito sentido, tendo em conta a não obrigatoriedade da participação de advogado na arbitragem¹⁵².

Assim, a par de todas as outras dificuldades que teriam de ser enfrentadas – dadas as peculiaridades inerentes ao instituto da arbitragem em relação ao processo civil comum – para defender o argumento de que o processo de arbitragem encerra apenas a fase de conhecimento de um processo único, cuja fase seguinte, de cumprimento, desenlaçar-se-ia na via judicial, a evidência de que é necessária a citação (diferente dos demais casos de cumprimento, em que a intimação do advogado é bastante) encaminha à conclusão oposta, de que nas hipóteses de sentenças arbitrais, há exceção à regra do processo sincrético, uno e indivisível. De igual maneira, seria difícil visualizar o cumprimento da sentença estrangeira, ou da sentença penal condenatória, como mero desdobramento de um mesmo processo iniciado, no primeiro caso com a sentença proferida em outro ordenamento, e na esfera criminal, na segunda hipótese.

Portanto, verifica-se que a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, embora constitua o ápice da evolução da autonomia da jurisdição arbitral, e ao mesmo

¹⁵⁰Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam: “*Não há juízo cível anteriores nos casos de sentença penal condenatória e de sentença arbitral como títulos executivos judiciais. Dessa forma, a elas não se pode aplicar a regra da competência do juízo que proferiu a sentença exequenda. Determina-se a competência pelo lugar do domicílio do executado ou do lugar da localização dos bens sujeitos à expropriação (CPC 475-P, par.ún.). Estes, concorrentemente, são os juízos cíveis competentes*” (NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit.).

¹⁵¹Assim estabelece o parágrafo único do Art. 475-N do CPC: “*Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.*”

¹⁵²Lembrando que o § 3º do artigo 21 da Lei de Arbitragem estabelece que “*as partes poderão postular por intermédio de advogado (...)*” (grifo não constante do original) não registrando obrigatoriedade quanto a isso.

tempo, o claro exemplo da interdependência entre as esferas jurisdicionais arbitral e judicial, não é uma equiparação absoluta, visto que não torna o processo arbitral e o judicial partes de conjunto único. Pode-se afirmar que o processo de arbitragem no Brasil é responsável por exercer apenas uma fase da jurisdição, a de conhecimento, ao passo que à jurisdição estatal, única com verdadeiro poder jurisdicional, cabe a fase de cumprimento. Cada uma dessas fases, no entanto, se destrama em processos distintos, com regras procedimentais próprias e peculiares, tanto que no primeiro a participação do advogado é facultativa, ao passo que no segundo é obrigatória.

4.7. Conclusões parciais

O laço que une a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal é inquebrável. Ambas estão umbilicalmente relacionadas. Se é certo que a arbitragem foi a primeira modalidade de resolução heterônoma de conflitos, anterior à *estatização* da jurisdição, é igualmente evidente que, após anos de preponderância quase absoluta da jurisdição dita convencional sobre a arbitral, esta teve origem ou despontou necessária em função das imperfeições ou limitações daquela. As imperfeições foram sentidas ao longo do tempo em face da incapacidade do Poder Judiciário de resolver conflitos de forma que as partes envolvidas no litígio considerassem adequada, seja sob a óptica da celeridade, especialidade, confidencialidade, segurança ou informalidade. As limitações, por seu turno, puderam ser percebidas em decorrência de inexistir, sem a arbitragem, forma segura e confiável de resolver conflitos transnacionais, que envolvam partes ou negócios jurídicos de múltiplas nacionalidades, ou com repercussões em diversos países, ou até mesmo que incluam como parte interessada entes estatais.

Portanto, a arbitragem moderna se apresenta como ferramenta que ora proporciona dinamismo à atividade jurisdicional (ao tentar contribuir para o aperfeiçoamento do sistema), ora preenche lacuna originada no hiato jurisdicional supranacional. Dessa forma, a jurisdição arbitral é complementar à jurisdição judicial, pois atua em esferas em que ou inexistente capacidade do Estado em prestar jurisdição, ou ela não é considerada satisfatória aos olhos dos jurisdicionados.

Assim é de se afirmar que a arbitragem e o seu desenvolvimento atende a anseios privados e públicos, pois se de um lado constitui o ápice da liberdade negocial entre partes

que podem ter seus litígios solucionados no âmbito privado, por outro configura escape ao afogamento da jurisdição estatal, pretendendo conferir dinamismo e efetividade ao sistema de resolução de litígios do País, de forma que o Judiciário possa se dedicar à resolução dos litígios não arbitráveis. Ao mesmo tempo, no âmbito da arbitragem internacional, proporciona modalidade de solução que de outro modo inexistiria.

A convergência entre os interesses público e privado constitui o fundamento da visão de que a arbitragem é complementar à jurisdição estatal, que, por seu turno, é também necessária à sobrevivência da arbitragem. A necessidade de apoio e controle da jurisdição estatal à arbitral justifica-se por força dessa convergência de interesses, e se desenvolve em razão dessa complementaridade partilhada.

De fato, a arbitragem depende de um sistema judicial local, primeiro para assegurar o seu regular desenvolvimento, mas também e não menos importante para garantir a efetivação e materialização de suas decisões, que, sem o apoio da coerção estatal, poderiam de outro modo restar descumpridas. Noutra via, o sistema jurisdicional precisa da arbitragem, seja por constituir ferramenta para solução de litígios poucos usuais aos tribunais estatais, seja como forma de resolver conflitos decorrentes de negócios jurídicos que de outro modo poderiam nunca vir a se consumar, seja simplesmente como modalidade de decidir questões que por opção das partes foram afastadas da jurisdição estatal, e, assim, desafogar o Poder Judiciário, conferindo-lhe possibilidade de dedicar maior concentração às matérias não arbitráveis.

Daí se concluir pela obsolescência da ideia de antagonismo na relação entre a jurisdição estatal e arbitral, já que a sua complementaridade é, atualmente, não só evidente como na verdade necessária e por isso deve ser estimulada. O desenvolvimento da arbitragem propicia um modelo de resolução de litígios mais completo, e, deste modo, melhor. E a arbitragem prescinde de um sistema judicial estatal que lhe dê suporte.

O Poder Judiciário presta à arbitragem três funções, sem as quais o instituto não poderia subsistir. São elas: (1) garantir a efetivação coercitiva da decisão arbitral; (2) assegurar a instauração do processo arbitral na hipótese de resistência imotivada por quem validamente convencionou uma arbitragem; e, (3) observar e afirmar a regularidade formal do processo, especialmente o princípio do devido processo legal, incluído o contraditório, ampla defesa e tratamento isonômico entre as partes. Por isso se afirma que o Poder Judiciário deve prestar assistência (nas duas primeiras hipóteses) e controle (na derradeira) do processo de arbitragem no Brasil. Tais formas de assistência e intervenção, contudo,

devem ser observadas de forma excepcional, especialmente a última (controle), pois deve ser prestigiado ao máximo possível o que for decidido na arbitragem. Mesmo quando no exercício do controle do processo de arbitragem seja verificado haver vício capaz de anular a decisão arbitral, ainda assim, deve-se procurar assegurar que as partes voltem à arbitragem a fim de obter lá uma nova decisão quanto ao mérito¹⁵³.

Segundo a Lei de Arbitragem, no Brasil, “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”¹⁵⁴. Isso importa concluir que toda matéria validamente submetida à arbitragem somente poderá ser por ela resolvida, e as partes deverão cumprir o que for decidido, ainda que o seu conteúdo seja materialmente equivocado quanto ao mérito. Não será, portanto, o erro no julgamento que justificará a impugnação judicial da decisão arbitral. Trata-se de risco que as partes, ao convencionarem a arbitragem, admitiram e aceitaram correr.

Por outro lado, somente aquilo que for validamente submetido à arbitragem pode ser decidido pelo árbitro. A decisão arbitral está subjetiva e objetivamente condicionada aos limites impostos na convenção de arbitragem, e esta, por sua vez, encontra fronteiras na própria legislação – que define o que é ou não matéria arbitrável. O árbitro pode decidir em erro, mas não pode decidir em excesso. Ocorrerá excesso capaz de eivar de nulidade o processo de arbitragem em quatro hipóteses: (1) forem submetidas partes que não convencionaram a arbitragem (ou que não a convencionaram de forma válida) – excesso subjetivo; (2) a decisão arbitral solucionar controvérsia alheia à convenção de arbitragem – excesso objetivo; (3) houver desrespeito ou desconsideração ao princípio do devido processo legal, em toda a sua extensão, incluída a garantia de ampla defesa, contraditório e isonomia no tratamento das partes – excesso processual; e (4) a decisão versar sobre matéria a respeito da qual a lei não permita seja submetida à arbitragem – excesso objetivo em razão da ordem jurídica¹⁵⁵.

Resta clara a necessidade de crivo judicial, em determinadas circunstâncias, sobre o processo arbitral. É inegável que a busca por uma decisão final e irrecorrível é o objetivo

¹⁵³Salvo no caso de nulidade ou invalidade da convenção de arbitragem.

¹⁵⁴Art. 18 da Lei de Arbitragem.

¹⁵⁵Além das hipóteses acima elencadas, os vários diplomas legais que regulamentam a arbitragem mundo afora também incluem fatores ligados à conduta e à imparcialidade do árbitro como justificativas para o reconhecimento da nulidade do processo de arbitragem, tais como o impedimento ou a suspeição, esta última desde que comprovado pela parte prejudicada só ter tomado conhecimento posteriormente ao processo. Essa possibilidade, contudo, se enquadra na terceira hipótese de excesso acima, já que o julgamento por árbitro parcial importa evidente desrespeito ao devido processo legal, pois a imparcialidade é corolário imprescindível ao desenvolvimento de um processo justo.

fundamental do instituto da arbitragem, mas a observância do devido processo legal apresenta-se não apenas como exigência decorrente da ordem pública, mas como garantia que confere às partes a mínima segurança jurídica necessária. Há na arbitragem permanente tensão entre a necessidade de alcance de uma decisão final (irrecorrível) e a observância do devido processo legal. Quanto mais se afastar a arbitragem do controle judicial, mais se aproximará da maior celeridade na obtenção da decisão final; mas quanto mais controle judicial houver sobre a arbitragem, mais restará assegurada a observância do devido processo legal.

Não seria admissível, por mais que se pretenda perseguir uma decisão final irrecorrível de forma rápida e eficaz, que o processo de arbitragem estivesse alheio aos mínimos balizadores do devido processo legal. A arbitragem certamente cairia em desuso, decorrente do descrédito que sobre ela pairaria caso fossem admitidas a prolação de decisões absurdas, resultantes de processos anti-isonômicos, sem que pudessem de alguma forma ser revistas ou submetidas a uma avaliação formal quanto ao procedimento. Prova disso é a experiência belga¹⁵⁶, que ousou ao aderir a sistema completamente alheio a qualquer controle judicial sobre o processo arbitral, apenas para poucos anos depois voltar ao sistema original, de proteção do regular desenvolvimento do processo de arbitragem.

A preservação da autonomia de vontade das partes depende da garantia de que o que foi acordado via convenção de arbitragem será fielmente cumprido. Depende, assim, da validade da convenção, que poderá ser submetida ao crivo do Judiciário, quando o árbitro cometer certos excessos assim determinados em lei, ou por inferência decorrente dos princípios que regem o microssistema processual da arbitragem.

A justificativa quanto à necessidade de submissão do instituto em análise à certo crivo judicial, no entanto, não deve ser vista como estímulo à vulgarização da intervenção judicial sobre a arbitragem. Pelo contrário. De nada valeria a arbitragem se a expectativa das partes por uma solução definitiva não fosse correspondida. Sem a garantia de prestígio e eficácia das decisões dos árbitros, o instituto perderia credibilidade como mecanismo viável de resolução de conflitos, justamente porque seria incapaz de resolvê-los atempadamente. O processo de arbitragem não pode ser visto como uma etapa a mais, preliminar, de um longo e demorado processo judicial posterior. O controle judicial, importante e necessário, só se justifica excepcionalmente, em caráter residual, devendo o

¹⁵⁶HANOTIAU, Bernard; BLOCK, Guy. La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage, cit., p. 528, 532.

prestígio das decisões arbitrais configurar a regra. Por isso mesmo as regras que dispõem sobre a arbitrabilidade objetiva – o que pode ou não pode ser submetido à arbitragem – devem ser interpretadas de forma liberal, em benefício da utilidade do processo arbitral.

No Brasil, a relação entre Poder Judiciário e a arbitragem intensificou-se com o advento da Lei de Arbitragem, até mesmo porque, antes disso, o instituto era pouco utilizado, especialmente em razão da ausência de possibilidade de execução específica da cláusula arbitral e da necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Judiciário. A Lei de Arbitragem, além de transpor esses dois obstáculos, buscou prestigiar ao máximo a decisão arbitral, ao estabelecer, em seu artigo 18, que “o árbitro é o juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita à recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”. Tornou expressa a impossibilidade de revisão por meio de recurso, e também dispensou a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário.

Após as reformas do Código de Processo Civil ocorridas ao longo da primeira década deste século, especialmente aquela levada a termo pela Lei 11.232/2005, instalou-se no sistema processual brasileiro a ideia de sincretismo processual. Tal percepção, todavia, não se aplica ao processo arbitral. Quando a Lei de Arbitragem estabelece a equiparação entre a sentença arbitral e as sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário¹⁵⁷, esta equiparação não é absoluta, e isso se evidencia na necessidade de início de um novo processo, agora na esfera judicial, a fim de ver efetivado o mandamento contido na sentença arbitral. Constata-se, pois, não se poder defender o argumento de que o processo civil sincrético seja aplicável, também, ao processo de arbitragem. Persiste, neste ponto, a autonomia do processo de arbitragem, que pode se desenvolver, inclusive, sem a presença de advogado.

Conclui-se, assim, que a afirmação de que a arbitragem possui autonomia em relação à jurisdição judicial não é absoluta. A arbitragem necessita do apoio estatal, já que somente os órgãos do Poder Judiciário podem assegurar ao processo arbitral a necessária assistência (para instauração da arbitragem quando houver resistência, e para efetivação coercitiva das decisões) e imprescindível controle (quanto à regularidade formal, especialmente a observância do devido processo legal). No Brasil, adota-se o modelo de prestígio das sentenças arbitrais, e de mínima intervenção do Judiciário na arbitragem.

¹⁵⁷Art. 31 da Lei de Arbitragem.

Além de prestar indispensável apoio ao processo arbitral quando necessário (mediante a execução específica da cláusula arbitral, e da execução das sentenças finais), sem o que a arbitragem não poderia subsistir, os órgãos judiciais estatais só poderão ser acionados para intervir no processo de arbitragem a fim de evitar ou corrigir excessos cometidos pelo árbitro, pois sem este controle o processo de arbitragem tornar-se-ia muito arriscado para os jurisdicionados, podendo cair em desuso ante a falta de credibilidade.

No Brasil, há quatro ocasiões em que o controle judicial se justifica. Quando o processo incluir partes alheias à convenção; quando a sentença arbitral abranger matéria não submetida à arbitragem; quando não forem observados os preceitos básicos do devido processo legal; e, quando a sentença arbitral decidir sobre matéria não arbitrável, de acordo com as leis do País.

Na segunda parte do trabalho serão analisados, do ponto de vista prático, o momento em que os órgãos do Poder Judiciário brasileiro poderão ser chamados a prestar auxílio ao processo arbitral ou acionados para intervir, assegurando o desenvolvimento regular, bem como será observado qual o procedimento deve ser adotado, e notados quais os limites que devem ser observados a fim de assegurar a autonomia e o prestígio das decisões proferidas pelo juízo arbitral.

PARTE II

CONTROLE JUDICIAL DA JURISDIÇÃO ARBITRAL

Nos capítulos seguintes desenvolve-se estudo acerca dos limites do controle judicial sobre o processo arbitral. Analisa-se, além dos limites e extensões deste controle, as hipóteses em que, seja por previsão legal, seja em decorrência de inferência lógica, a “sindicabilidade” ou apoio judicial sobre o juízo arbitral é permitida, bem como quais as implicações práticas para o desenvolvimento do instituto de arbitragem daí decorrentes.

O sistema adotado decorre da divisão clássica da arbitragem em três fases: pré-arbitral, arbitral e pós-arbitral. Assim, respeitando a cronologia do desenvolvimento do processo arbitral, dividiu-se o estudo em três capítulos. O primeiro explora o controle judicial anterior à instauração do procedimento arbitral (fase pré-arbitral), o segundo dedica-se ao controle judicial paralelo ao trâmite do processo arbitral (fase arbitral) e o terceiro analisa as modalidades de controle judicial posterior ao processo de arbitragem (fase pós-arbitral).

5. CONTROLE JUDICIAL NA FASE PRÉ-ARBITRAL

A fase pré-arbitral é tudo o que antecede a arbitragem, desde a confecção da convenção de arbitragem. A partir do momento em que as partes firmam cláusula compromissória ou compromisso arbitral, manifestando livremente o seu consentimento em suprimir ou minimizar o alcance da jurisdição estatal, há uma justa expectativa de que, instaurado um litígio, futuro ou atual, ele será submetido à jurisdição arbitral. A fase pré-arbitral compreende todo o período entre a assinatura da convenção, até a efetiva instauração da arbitragem.

Começa a fase pré-arbitral no ato das partes de firmar convenção de arbitragem. Encerra-se no momento em que é instaurada a arbitragem, o que se efetiva pelo ato solene do árbitro, ou dos árbitros, em que declaram aceitar a função de árbitros para aquele litígio, por meio de *receptum arbitrii*.

Mesmo nesta fase, as partes têm ciência de que a jurisdição estatal não está absolutamente suprimida, subsistindo ora para exercer tarefa subsidiária e substitutiva emergencial, ora para exercer apoio e suporte. Pode ser acionada de forma sistemática, prevista em lei, e no regime legal da arbitragem. Outras aparecem de forma ocasional, para resolver uma situação de lacuna. A maior parte do controle exercido nesta fase manifesta-se na forma assistencial, em que o juiz togado assegura a efetividade, materialização e desenvolvimento da arbitragem. Ocasionalmente, no entanto, pode ocorrer que haja controle efetivamente manifestado pela “sindicabilidade” da regularidade e legalidade da jurisdição arbitral a nascer.

5.1. Convenção de arbitragem como preliminar de contestação

O artigo 301 do Código de Processo Civil inclui, em seu inciso IX, a convenção de arbitragem no rol das defesas processuais que podem (e devem) ser arguídas na contestação, antes de se contrapor ao mérito da questão postulada pelo autor¹⁵⁸. São as chamadas “preliminares de defesa”. Tais defesas processuais visa a atacar o processo e a

¹⁵⁸De igual modo, o artigo 267, em seu inciso VII, estabelece que a convenção de arbitragem é causa de extinção do processo.

relação jurídica dele decorrente, e não o direito material alegado pelo autor, daí dizer que o réu, ao levantar uma defesa processual preliminar, visa a que não seja proferida decisão de mérito, ou que o seu proferimento seja postergado.

A alegação de existência de convenção de arbitragem enquadra-se entre as defesas processuais indiretas, já que o réu se referirá a uma circunstância exterior ao processo: para arguí-la, alude a fatos externos¹⁵⁹. É também defesa peremptória, já que busca a extinção da relação processual (ao contrário das defesas dilatórias, que apenas postergam no tempo a pretensão processual – como, por exemplo, a alegação de nulidade de citação, de impedimento ou de suspeição, de exceção do contrato não cumprido etc)¹⁶⁰.

Portanto, caso não se observe convenção de arbitragem válida, e o autor afore a demanda em juízo, caberá ao réu, se assim optar, alegar em preliminar da contestação a existência do ajuste arbitral. O juiz, ao apreciar a alegação, analisará a sua pertinência e deverá, verificando ser válida a convenção, necessariamente remeter as partes ao juízo arbitral.

Trata-se, desta forma, de uma das primeiras oportunidades na cronologia processual em que o juízo togado poderá se manifestar a fim de garantir a integridade da jurisdição arbitral, prestando, com isso, inegável apoio ao seu desenvolvimento. De igual modo, exerce certo controle sobre a jurisdição convencional, pois caberá, no momento em que decidir sobre a existência da convenção de arbitragem, verificar os seus pressupostos de validade.

Ao decidir sobre a preliminar fundada na existência de convenção de arbitragem, o juiz verificará se a cláusula compromissória ou compromisso arbitral são existentes, válidas e eficazes. Isso importa dizer que, para a preliminar ser acolhida, não basta existir convenção, mas esta não pode ser nula. Consequentemente, poderá o juiz togado indeferir a preliminar de existência de convenção de arbitragem aduzida pelo réu caso verifique sua

¹⁵⁹Também configuram defesas processuais indiretas a alegação de litispendência, de coisa julgada, de perempção, de conexão. Configuram defesas processuais diretas aquelas que atacam a própria relação processual sem apontamento a fatos exteriores, como, por exemplo, a inépcia da inicial, a incapacidade da parte, o defeito de representação, a incompetência, o impedimento, etc. (DIDIER JR., Fredie. Da exceção: tipologia das defesas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 77, nov./dez. 2004). Especificamente sobre a convenção de arbitragem como exceção processual, ver FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. A Convenção de Arbitragem como exceção processual: impossibilidade de conhecimento *ex officio*. In: _____. *Temas de arbitragem*: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

¹⁶⁰Embora a convenção de arbitragem tenha o condão de remeter o litígio para a esfera arbitral, ela deve ser considerada peremptória do ponto de vista judicial, já que extingue a relação jurídica processual instaurada no âmbito estatal.

nulidade, se, por exemplo, tiver sido firmada por partes incapazes, versar sobre objeto não arbitrável segundo as leis nacionais, ferir a ordem pública etc. Portanto, ao admitir a preliminar excepcionada, o juiz afirma, ainda que tacitamente e em primeira análise, que a convenção de arbitragem é existente, válida e eficaz.

Apesar do inciso IX do artigo 301 referir-se à “convenção de arbitragem”, conceito que, como visto, abrange a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, o §4º do artigo indicado menciona que somente em relação a este último o juiz não conhecerá de ofício. À primeira vista, pode parecer que o legislador teria feito distinção proposital entre o compromisso arbitral e a cláusula arbitral, atribuindo ao último a possibilidade de ser conhecido de ofício pelo juiz, ao passo que o primeiro, por força de expressa previsão do §4º, só poderia ser conhecido pelo juiz se aduzido pela parte interessada. Essa distinção, quanto à possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz não tem razão de ser e deve ser atribuída a mero equívoco no processo legislativo, que pode ser explicado.

A explicação emerge de que dito dispositivo legal (inciso IX do art. 301) foi incluído pela Lei de Arbitragem, de 1996. Antes dela, a redação continha alusão restrita ao compromisso arbitral. O legislador que instituiu a arbitragem no Brasil alterou a antiga redação, substituindo a expressão “compromisso arbitral” por “convenção de arbitragem”, expressão que abrange tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral. Fez isso em todos os dispositivos do Código que continham a expressão “compromisso arbitral”, alterando também, por exemplo, o inciso VII do artigo 267; todavia, não cuidou de alterar a redação do §4º do mesmo artigo, que por descuido permaneceu com a redação antiga, alusiva somente ao compromisso¹⁶¹.

Essa distinção causa polêmica. Parte da doutrina insiste em conferir interpretação literal ao disposto no §4º, e atribui tratamento diferenciado quando se trata de cláusula compromissória (seria permitido o conhecimento de ofício) e compromisso arbitral (não seria permitido o conhecimento de ofício pelo juiz togado)¹⁶². Há fortes argumentos neste sentido, e o principal é o que vê na distinção uma intenção explícita do legislador em conferir maior eficácia a cláusula compromissória do que ao compromisso arbitral, já que o

¹⁶¹Um dos coautores do Projeto da Lei de Arbitragem, Pedro Batista Martins, afirma: “*tudo indica, porém, que o legislador praticou um ato falho, dado seu incômodo com a figura jurídica do compromisso que, a rigor, deveria ter sido suprimida do contexto da lei*”. (MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, cit., p. 418).

¹⁶²Dentre os doutrinadores, cite-se, por ser emblemático, Carlos Alberto Carmona (O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 21, jan./abr. 2004).

juiz poderia tomar conhecimento, de ofício, de cláusula compromissória que constasse de documento juntado aos autos¹⁶³.

Apesar de interessante, não é o entendimento que deve prevalecer. Isso porque, embora seja usual que a cláusula compromissória conste do contrato principal que deu origem ao litígio, tal não é condição absolutamente necessária. Nada impede que a cláusula arbitral seja firmada em instrumento contratual apartado, ou venha a ser constituída num aditivo ao contrato original, ou ainda que conste de contrato posteriormente considerado nulo (já que é autônoma em relação ao ajuste principal). Pode ainda ser pactuada por meio de troca de correspondências (telegramas, cartas, emails etc). Assim, nestas situações, o juiz não terá como ter conhecimento de que existe a convenção, exceto se a parte adversa o arguir.

Além do mais, não faz sentido o argumento de que o legislador teria preferência por uma modalidade de convenção em relação a outra, já que ambas produzem os mesmos efeitos.

De igual maneira, da mesma forma que as partes convencionaram a submissão à jurisdição arbitral, podem a qualquer tempo repensar o ajuste anterior e remeter o litígio ao Poder Judiciário, e esta neo-convenção tanto pode ser expressa (pactuada em novo ajuste), como pode ser tácita – bastante aqui que uma parte ajuíze a demanda e a outra responda sem alusão à convenção de arbitragem. A convenção possui fundamentos na liberdade de contratar das partes, e tal liberdade pode ser expressa também na possibilidade de repactuar

¹⁶³ Assim, Carlos Alberto Carmona: “O art. 301, IX, do CPC (LGL\1973\5), por outro ângulo, acaba mostrando eloqüentemente a extensão da escolha do legislador quanto à eficácia da cláusula compromissória (e sua aberta, escancarada, preferência por este mecanismo de instituição da arbitragem). O art. 301 do CPC (LGL\1973\5) relaciona as questões que o réu deve alegar antes de iniciar a tratativa do mérito na sua petição de contestação, matérias que, diz o § 4.º do mesmo artigo, podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, exceção feita ao compromisso arbitral. O inc. IX do dispositivo trata da convenção de arbitragem como matéria que o réu deve alegar antes de discutir o mérito, convenção de arbitragem que, nos termos art. 3.º da Lei 9.307/1996, engloba a cláusula arbitral e o compromisso. Uma interpretação sistemática do dispositivo conduz à seguinte conclusão: o juiz pode conhecer de ofício da existência de cláusula compromissória inserida em documento juntado aos autos pelo autor (o que levará à inexorável extinção do processo sem julgamento do mérito), mas não pode conhecer de ofício da existência de compromisso arbitral (matéria de exceção processual). Alguns, entretanto, viram uma contradição (que não há!) entre o inc. IX e o § 4.º, afirmando que teria havido erro do legislador, de sorte que onde se lê, no § 4.º, “compromisso arbitral” deveria figurar “convenção de arbitragem”. Nada mais inexato: quem assim pensa não percebeu que o legislador, mais uma vez, valorizou a cláusula compromissória, permitindo ao juiz que se afaste do processo (extinguindo-o, em verdade) diante da vontade manifestada pelas partes de resolver futuras controvérsias através do julgamento arbitral. Insisto: trata-se de mais um reforço à arbitragem (e à vontade manifestada pelas partes de resolver disputas através deste meio alternativo de solução de litígios) e não de um equívoco do legislador”. (CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral, cit., p. 21).

a ideia de submeter o litígio à arbitragem¹⁶⁴. A par disso, as matérias reconhecíveis *ex officio* estão geralmente associadas a questões de ordem pública, que podem ser suscitadas pela parte ou verificadas pelo juiz a qualquer tempo no curso do processo. Incluir a cláusula compromissória entre as questões de ordem pública possibilitaria ao réu participar do processo judicial sem alertar para a existência de cláusula compromissória e argui-la depois da decisão judicial, caso essa lhe fosse desfavorável. Isso constituiria clara afronta aos princípios da economia processual e da celeridade.

Se o réu não arguir, em preliminar da contestação, a existência de convenção de arbitragem, aí abrangidas as suas duas modalidades (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), terá renunciado – ainda que tacitamente – à jurisdição arbitral¹⁶⁵. Esse entendimento é adotado pela jurisprudência, com menos polêmica do que na seara doutrinária¹⁶⁶.

Note-se que, apesar de haver um certo juízo de controle sobre a validade da convenção exercido pelo juiz togado ao apreciar tal matéria em preliminar, o Código de Processo Civil estabelece que haverá extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, IX, do Código de Processo Civil). O mérito aqui é quanto ao direito material arguido pelas partes.

¹⁶⁴“A mesma liberdade negocial que está à base da legitimidade da convenção de arbitragem legitima também a renúncia a ela” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 3, p. 196).

¹⁶⁵Neste sentido, de que o §4º do artigo 301 do Código de Processo Civil deve ser interpretado como extensivo às duas hipóteses de convenção de arbitragem, é a lição de J.J. Calmon de Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. 3, p. 273), Arruda Alvim (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 454), Alexandre Freitas Câmara (*Arbitragem*, cit., 2005), e José Antônio Fichtner e André Luis Monteiro (A Convenção de Arbitragem como exceção processual: impossibilidade de conhecimento *ex officio*, cit., p. 70-71). Também no sentido de que há preclusão se a parte não arguir a existência de convenção de arbitragem a tempo, mas sem se manifestar expressamente sobre o §4º do art. 301, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3), Ernane Fidélis dos Santos (*Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 1, p. 40), e Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 378).

¹⁶⁶José Antonio Fichtner e André Luis Monteiro apontam aos seguintes precedentes: TJ/SP, 34ª Câmara de Direito Privado, AC n. 980.606.00/7, Des. Emanuel Oliveira, julgado em 12.12.2007: “em que pese a convenção de arbitragem ensejar a extinção do processo, sem resolução de mérito (art. 267, VII, do CPC), o fato é que tal matéria deve ser arguida pelo réu, em preliminar de contestação (art. 301 IX do CPC). Daí porque essa matéria não podia ter sido conhecida de ofício pelo juiz, segundo dispõe o art. 301, §4º do CPC.”; TJ/RJ 13ª Câmara Cível, AC n. 2007. 001.42265, Des. Azevedo Pinto, julgado em 12.09.2007: “inexistindo pedido expresso para que seja cumprida a cláusula compromissória, é impossível o conhecimento da questão de ofício, na forma do artigo 301, IX, do CPC”; TJ/MG, 10ª Câmara Cível, AC n. 1.0024.08.038971-1/001, Rel. Des. Pereira da Silva, julgado em 09.06.2009: “a existência de cláusula compromissória (ou convenção de arbitragem), convencionando solução de conflitos decorrentes do contrato através de juízo arbitral, gera a extinção do processo sem resolução do mérito, desde que esta questão seja alegada pela parte contrária na contestação”. ((FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. A Convenção de Arbitragem como exceção processual: impossibilidade de conhecimento *ex officio*, cit., p. 72-73).

Portanto, caso haja ajuizamento de demanda sobre a qual as partes tenham convencionado arbitragem, caberá ao réu arguí-la em preliminar de contestação. Se não o fizer ocorrerá a preclusão, e as partes terão renunciado à jurisdição convencional.

O juiz, ao receber a contestação contendo preliminar de existência de convenção arbitral, deverá intimar o autor para que sobre ela se manifeste em réplica. O autor poderá alegar a existência de algum elemento que importe a invalidade da cláusula, referindo-se a alguma nulidade perceptível *prima facie*, tal como incapacidade das partes, não arbitrabilidade do objeto, afronta à ordem pública etc. Assim, expostos os dois argumentos, caberá ao juiz decidir a questão. Se acolher a preliminar, extinguirá a demanda, sem resolução do mérito, e remeterá as partes ao juízo arbitral, devendo para tanto fundamentar sua decisão rejeitando eventuais argumentos do autor contra a validade da convenção. Desta decisão caberá recurso de apelação, sem prejuízo da imediata instauração do procedimento arbitral, que poderá ser feito, em caso de resistência por uma das partes, mediante execução específica (art. 7º da Lei de Arbitragem).

É admissível, no entanto, que o juiz, ao enfrentar os argumentos trazidos pelo autor em réplica à preliminar de existência de convenção, julgue pela sua nulidade. Nesta hipótese, a preliminar será rejeitada, e o processo judicial terá livre e regular prosseguimento. Caberá, contra esta decisão, recurso de agravo de instrumento. Se já houver sido instaurada a arbitragem, poderá haver outros desdobramentos.

Nesta hipótese, o juiz só poderá manifestar-se pela nulidade da convenção de arbitragem se houver presente o elemento da teratologia, e ela seja tão evidente ao ponto de ser perceptível *prima facie*; ou seja, a nulidade da cláusula ou do compromisso há de atingir elevado grau de absurdo, o vício há de ser de tão extrema extravagância, ao ponto de justificar e tornar necessário o abrandamento do princípio da competência-competência, disposto no artigo 8º da Lei de Arbitragem. A regra imposta por dito princípio é a de que a análise judicial sobre a validade da convenção deverá se dar sempre *a posteriori*, e a sua análise *ex ante* importa numa exceção, so justificável em excepcionais situações¹⁶⁷. O reconhecimento da invalidade da cláusula, decorrente da rejeição da preliminar de existência de convenção de arbitragem (art. 301, IX, do CPC) configura, assim, uma

¹⁶⁷ Como exemplos de situações excepcionais, em que a teratologia pode ser percebida *prima facie*, cite-se a situação de convenção de arbitragem firmada por incapaz, ou que tenha por escopo objeto de direitos indisponíveis, ou ainda que verse sobre objeto ilegal, ou tenha havido erro quanto à pessoa (homônimo, por exemplo) etc. Mais a respeito das teratologias perceptíveis *prima facie*, ver o tópico em que se analisa a possibilidade de ajuizamento das chamadas medidas de *anti-suit injunctions*.

exceção àquela regra, que somente poderá ser adotada em situações raras e excepcionais, em que haja teratologia facilmente avistada.

A necessidade de que a nulidade da convenção seja percebida *prima facie* acarreta a impossibilidade, nesta via, de qualquer dilação probatória; ou seja, ao responder à preliminar lançada pelo réu, o autor deverá de pronto (se já não o tiver feito quando da petição inicial) apresentar os documentos que sejam necessários para provar a nulidade da convenção. O ônus probatório será integralmente seu, e será um ônus árduo, já que terá de solidificar o convencimento do juiz acerca da existência de uma verossimilhança acima de quaisquer dúvidas. Existindo dúvida, portanto, o juiz deverá favorecer a arbitragem, numa manifestação do princípio *favor arbitrandum*, relativo a escolha das vias que mais prestigiem a arbitragem.

A decisão do juiz acerca da validade da convenção, apesar de ser extremamente importante, pois, uma vez transitada em julgado, remeterá necessariamente as partes à solução via arbitragem, não significará a impossibilidade de rediscussão da mesma matéria pela via da ação prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem. Isto pela simples razão de que a decisão do juiz que acolhe a exceção de convenção de arbitragem é meramente terminativa, não produzindo coisa julgada material.

Pode-se imaginar, em determinadas circunstâncias, situação em que a referida questão (validade ou não da convenção) produza coisa julgada material, impossibilitando assim a futura rediscussão da matéria por meio da ação do art. 33 da Lei de Arbitragem. Isto ocorrerá, exemplificativamente, se o réu, a par de arguir a exceção prevista no art. 301, inc. IX, do CPC, aforar ação declaratória incidental de validade da convenção de arbitragem; ou mesmo se o autor pretender a declaração de invalidade da convenção. Ressalte-se, pois, que a rediscussão da matéria arguída pelo autor em contraposição a exceção de existência de convenção arguída pelo réu, só poderá ser repetida na via da ação do art. 33 se o juiz efetivamente se pronunciar de forma fundamentada sobre a questão de nulidade da convenção. Ou seja, se a declaração da validade da convenção for um dos objetos da ação. Se não o fizer, por entender, exemplificativamente, que a questão demandaria instrução probatória, não haveria que falar em trânsito em julgado da decisão,

pois não teria havido decisão sobre a nulidade arguída – apenas delegação da decisão ao juízo arbitral, com base no artigo 8º da Lei de Arbitragem¹⁶⁸.

Portanto, se o juiz, acolhendo preliminar do réu, decidir pela extinção da demanda, e rejeitar manifestação do autor de nulidade do compromisso (inciso I, do art. 32 da Lei de Arbitragem), com enfrentamento fundamentado da questão expressa por ele, após o trânsito em julgado, tal questão poderá ser repetida em futura ação declaratória de nulidade (art. 33), após o proferimento de sentença arbitral. Se, no entanto, pronunciar-se sobre pedido específico concernente à validade da convenção, e tal pronunciamento transitar em julgado, haverá coisa julgada material. Ocorreria aqui uma espécie de controle prévio, já que às partes será vedado rediscutir a validade da convenção. Outra solução não faria sentido, já que seria admitir a eventual coexistência de duas decisões antagônicas sobre a mesma matéria, uma reconhecendo a validade da convenção e outra reputando-a nula.

Questão interessante pode surgir se a decisão do juiz for no sentido de reconhecer a validade da convenção de arbitragem, acolhendo assim a preliminar aqui estudada, remetendo as partes para a via arbitral. Lá, na esfera arbitral, com base no que estatui o art. 8º da Lei de Arbitragem, caberá ao árbitro decidir, até mesmo de ofício, sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem; ou seja, poderá ocorrer, mesmo depois do juiz togado decidir pelo acolhimento da preliminar (art. 301, inc. VII, do CPC), remetendo as partes à arbitragem, que o árbitro venha a decidir, após a sua instauração, com base no art. 8º, que a convenção não é válida. Neste caso, as partes seriam reendereçadas de volta à jurisdição estatal.

Não há aqui conflito, já que a análise que o juiz togado faz a respeito da validade da convenção ao julgar a preliminar de contestação do réu, prevista no art. 301, inc. VII, do Código de Processo Civil, é uma análise superficial. O juiz não se aprofunda sobre a discussão, mas apenas analisa os aspectos extrínsecos e formais da convenção, devendo verificar se há algum elemento de nulidade que se manifeste de forma patente, a evidenciar algum vício teratológico. A decisão do juiz, como dito, é meramente terminativa, sem produzir coisa julgada material.

¹⁶⁸ Abre-se breve parêntese, a fim de registrar o entendimento de que a ação descrita no art. 33 da Lei de Arbitragem possui natureza constitutiva, conforme será abordado de maneira mais aprofundada em tópico posterior. Assim se afirma porque a finalidade precípua da ação disposta no referido artigo é desconstituir a sentença arbitral que foi proferida com algum dos vícios indicados nos incisos do art. 32 do mesmo diploma.

A decisão de preliminar de contestação que alegue a existência de convenção de arbitragem (art. 301, inc. VII, do CPC) manifesta tanto o controle como a cooperação da jurisdição estatal sobre a arbitral. O juiz togado exerce sindicância sobre a validade da convenção, podendo, no momento em que decidir sobre a preliminar, corrigir eventual vício manifesto da convenção de arbitragem e impedir o início de processo arbitral fadado à nulidade. De igual modo, o juiz estatal é assistente da jurisdição arbitral, pois preserva a sua esfera ao impedir o prosseguimento de processo judicial sobre matéria em relação a qual as partes validamente submeteram à arbitragem; todavia, mesmo quando isto acontecer, se o árbitro, ao exercer as prerrogativas conferidas pelo art. 8º da Lei de Arbitragem, entender que a convenção é nula, as partes serão reendereçadas ao juízo estatal, e lá o processo judicial invariavelmente, nesta hipótese, terá de buscar desfecho.

Interessante perceber que, por força do que emana do princípio competência-competência, o árbitro não é vinculado ao que o juiz togado estabelece em relação à validade da convenção, se esta resultar do acolhimento pelo juiz togado da preliminar de existência de convenção (art. 301, inc. VII, do CPC). Por outro lado, no entanto, o juiz togado fica vinculado, e deve necessariamente processar o litígio, quando o árbitro declarar a convenção de arbitragem inválida. Isto ocorre justamente porque a decisão do juiz togado é superficial, não terminativa. Outra situação bem distinta ocorreria caso uma das partes propusesse em juízo, seja previamente ou incidentalmente, ação declaratória de validade de sentença arbitral. Nesta hipótese, a decisão do juiz togado que reconhecesse a validade da convenção de arbitragem, após o trânsito em julgado, produziria coisa julgada material, impedindo a reanálise pelo árbitro, compelindo assim a instauração da arbitragem.

5.2. Execução específica da cláusula compromissória

Antes do advento da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória era praticamente inócua. Na verdade, do ponto de vista processual, era mesmo absolutamente inócua, já que não conduzia à imposição forçada da arbitragem, caso uma das partes resistisse a firmar o compromisso arbitral. Diz-se que era “praticamente” inócua porque, presente a cláusula compromissória, a resistência imotivada em estabelecer o compromisso ensejaria resolução por perdas e danos em favor da parte que teve frustrada a pretensão de instaurar a arbitragem.

Assim, sob a regência anterior à Lei 9.307/1996, o descumprimento da cláusula compromissória, com a negativa de instituição da arbitragem, gerava como único consolo a quem agiu de boa-fé a alternativa ingrata de propor ação para buscar indenização contra aquele que se recusou a submeter a arbitragem. Era, deste modo, um regime que não prestigiava a instauração da arbitragem.

Havia, na doutrina da época, quem defendesse a ideia de execução específica da cláusula, mas até mesmo entre esses autores não se escondia a enorme dificuldade decorrente da necessidade de a cláusula conter todos os elementos essenciais do compromisso¹⁶⁹. A cláusula não tinha apenas de ser cheia, mas sim *muito* cheia. De outro modo, cláusula arbitral vazia não proporcionava nenhuma chance de execução específica. Era, portanto, virtualmente impossível a execução específica da cláusula compromissória sob o regime anterior à Lei de Arbitragem.

A partir de 1996, com o advento da Lei 9.307/1996, a execução específica da cláusula compromissória passou a ser expressamente prevista pelo art. 7º da Lei 9.307/1996¹⁷⁰. Diz-se que houve inspiração na lei de arbitragem espanhola de 1988, revogada em 2003¹⁷¹. Tal norma impõe que, havendo resistência de alguma parte à instituição da arbitragem, a outra parte interessada poderá ajuizar execução específica a fim de obter sentença que seja substitutiva da vontade da parte adversa. Detém o juiz amplos poderes para instituir a arbitragem, podendo, inclusive, nomear árbitro caso a cláusula não o tenha feito.

Sempre que houver resistência quanto à instauração da arbitragem, qualquer das partes poderá ajuizar execução específica, fundada no mencionado artigo 7º, a fim de ver estabelecida a jurisdição arbitral, ainda que forçosamente. Revela-se, aqui, uma das mais importantes formas de apoio prestadas pela jurisdição estatal à jurisdição arbitral¹⁷².

¹⁶⁹ Assim, Carlos Alberto Carmona: “Assim, para que uma cláusula compromissória (...) pudesse permitir a propositura de demanda objetivando sentença substitutiva da declaração de vontade da parte resistente, seria necessário que contivesse os elementos essenciais do compromisso, a saber, qualificação das partes, dos árbitros (ou do órgão responsável por sua indicação), objeto do litígio e declaração de responsabilidade pelas despesas com a arbitragem. O maior embaraço que se poderia visualizar para o manejo daquela demanda residia na indicação do objeto do litígio “com todas as suas especificações, inclusivamente o valor” (como fazia questão de frisar o inciso III, do art. 1.074 do Código de Processo Civil)”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, cit., p. 154-155).

¹⁷⁰ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

¹⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, cit.

¹⁷² Em decisão emblemática, em que julgou incidentalmente a constitucionalidade de muitos dispositivos da Lei de Arbitragem, incluindo o artigo 7º da Lei de Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal, em posição

Havendo resistência indevida, a pôr em risco a existência da jurisdição arbitral, o Poder Judiciário pode ser acionado a intervir em prol da arbitragem, garantindo sua instauração coercitiva. A possibilidade de execução específica da cláusula compromissória é um dos pontos de contato mais íntimo entre as duas jurisdições, marcando-as com a característica de completa indissociabilidade. Ausente mecanismo capaz de garantir sua instalação forçada em caso de resistência indevida, dificilmente os jurisdicionados depositariam crédito no instituto da arbitragem. Por isso não é exagerado concluir que o artigo 7º da Lei de Arbitragem é, isoladamente, o maior responsável pela evolução do instituto da arbitragem no Brasil, a partir de 1996.

De qualquer modo, a intervenção judicial só será necessária, e só se justificará, se houver resistência por uma das partes à instauração da arbitragem. Caso contrário, não haverá absolutamente nenhuma necessidade ou justificativa de acionar o Poder Judiciário: as partes poderão, elas mesmas, firmar o compromisso, isto se a cláusula compromissória não possuir os elementos suficientes para dar início ao processo arbitral (for cláusula vazia).

Portanto, só haverá a ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem se a cláusula compromissória for vazia – não contiver indicação dos elementos necessários para definição do compromisso arbitral (como indicação do árbitro ou instituição arbitral, e definição das regras procedimentais), ou caso se verifique a existência de cláusula arbitral patológica – quando houver indicação de elementos, mas esta indicação não seja suficientemente clara, ou dê margem a inexatidão (indicação de instituição arbitral

sintetizada pela Ministra Ellen Gracie em voto-vista, assim se posicionou: “Ao instituir a execução específica da cláusula compromissória, a Lei nº 9.307/96 afastou o obstáculo que, até então, tornava praticamente inexistente a arbitragem em nosso país. Toda vez que se quisesse furtar a uma solução célere da controvérsia – ou mesmo, ao simples reconhecimento de sua responsabilidade pela quebra de contrato – à parte inadimplente bastava recusar-se a firmar o compromisso arbitral. Ao juízo era vedado substituir-se a esta sua manifestação do desenvolvimento natural do contrato e versasse sobre direitos de natureza disponível. (...)“Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença. É inegável que, no mundo acelerado em que vivemos, ter, ou não, acesso a fórmulas rápidas de solução das pendências resultantes do fluxo comercial, constitui diferencial significativo no poder de barganha dos contratantes”. (Homologação de Sentença Estrangeira n. 5.206/Espanha – SE 5206 Agr, julgamento iniciado em outubro de 1996 e concluído em 12.12.2001). Em face deste julgamento, concluiu-se ser constitucional, e portanto compatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a submissão de controvérsia relativa a direito disponível originada de um contrato (cláusula compromissória) à resolução arbitral.

inexistente, por exemplo)¹⁷³. Caso se tratar de cláusula cheia, em que haja a indicação das regras procedimentais, indicação dos árbitros ou forma de sua nomeação, ainda que por referência (com alusão a regras de alguma instituição, por exemplo), a parte interessada pode dar início à arbitragem diretamente, sem precisar da intervenção judicial. Se a parte adversa, neste caso, não aceitar participar da arbitragem, esta correrá à revelia. É importante destacar que, atualmente, considera-se cheia a cláusula que contenha a fórmula de indicação dos árbitros, ou indique a instituição de arbitragem que o fará. Deste modo, os árbitros poderão, após serem nomeados, definir as demais regras atinentes à arbitragem.

Interessante é anotar que a ausência de assinatura, por uma das partes, do termo de arbitragem indicado no parágrafo único do art. 19 da Lei de Arbitragem¹⁷⁴, não importará necessidade do ajuizamento da ação de execução específica indicada no artigo 7º. Na verdade, referido adendo, documento que a praxe arbitral brasileira convencionou chamar de termo de arbitragem, é elemento útil, mas não é de nenhuma maneira indispensável. Trata-se de documento firmado entre o árbitro e as partes, que servirá para esclarecer determinados detalhes sobre os quais a cláusula for omissa (como, por exemplo, mas não restritivamente, o objeto do processo, o idioma, a lei escolhida, os prazos etc.). Caso seja firmado, integrará a convenção, mas caso não seja, simplesmente não existirá, e a arbitragem haverá de desenvolver-se sem ele (mesmo que com alguma dificuldade)¹⁷⁵.

¹⁷³Carlos Alberto Carmona ensina que cláusulas arbitrais patológicas “(...) são aquelas avenças inseridas em contrato que submetem eventuais litígios à solução de árbitros mas que, por conta de redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem. São patológicas, assim, as cláusulas arbitrais vazias (ou seja, aquelas que não disciplinam o modo de indicar o árbitro), as cláusulas arbitrais que indicam órgão arbitral inexistente, ou ainda as cláusulas arbitrais que apontam um mecanismo inoperante para a indicação do árbitro”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/1996, cit., p. 49). Essas manifestações de cláusulas patológicas feitas pelo processualista da USP são meramente exemplificativas, já que podem ocorrer em inúmeras situações. Outro exemplo que pode ser incluído entre as cláusulas patológicas está a cláusula compromissória que preveja a resolução de eventual litígio por mediação ou arbitragem. Ao definir ensejar alternativa de resolução por instituto absolutamente diverso da arbitragem (no caso, a mediação), a cláusula torna-se patológica, pois todas as regras inerentes à arbitragem passam a ter sua aplicação em xeque. Assim, nem toda cláusula patológica poderá ser solucionada através da ação do artigo 7º.

¹⁷⁴Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

¹⁷⁵Neste sentido, Carlos Alberto Carmona: “(...) o adendo previsto no parágrafo único do art. 19 da Lei, que os brasileiros soem denominar termo de arbitragem, é peça de consenso, útil mas não imprescindível. A maior parte dos órgãos arbitrais institucionais prevê sua assinatura, mas se não houver – por qualquer dos motivos que aduzi – possibilidade de realizar o ato, a arbitragem prossegue regularmente, cabendo aos árbitros decidir a respeito das eventuais lacunas que encontrarem”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/1996, cit., p. 282).

O procedimento da execução específica, a fim de respeitar os princípios que regem a arbitragem, deve ser pautado pela celeridade, procurando evitar que se instaure um alongado processo litigioso, já que é procedimento meramente preliminar ao processo arbitral. O procedimento há de ser, desta forma, o mais breve possível. Há enorme flexibilidade atribuída ao juiz togado, especialmente se estiver diante de cláusula arbitral vazia, em que não haja indicação do órgão arbitral ou árbitro, ou das regras procedimentais a serem seguidas. O juiz, no entanto, deve pautar sua atuação na necessidade de resolver de forma célere e breve, sem maiores delongas. Por isso não cabe no procedimento de execução previsto no artigo 7º qualquer dilação probatória. Ao juiz impõe-se decidir apenas com os elementos que constem da petição inicial e outros que possam ser apresentados pelo réu na audiência conciliatória prevista na lei. Ou seja, só haverá decisão a respeito de matéria cuja prova seja pré-constituída, significando que, se houver impugnação à validade da convenção de arbitragem, o juiz só poderá decidir com base nos elementos que consiga verificar *prima facie*, que se apresentem de forma patente.

Por tal afirmação, verifica-se que qualquer questão que demande um mínimo de instrução probatória acarretará a impossibilidade de análise prévia pelo Judiciário. Assim, por exemplo, a alegação de uma das partes de falsidade da assinatura aposta na convenção de arbitragem, o que demandaria a análise de prova grafotécnica, não poderá ser analisada pelo Judiciário, por meio do controle prévio. Seria o caso, portanto, de remessa da referida alegação para resolução via arbitral, com produção da respectiva prova grafotécnica a ser determinada pelo árbitro.

Por ser um procedimento sumário, o julgador deve nortear-se pelo princípio *favor arbitrandum*, ou seja, na dúvida deve assegurar a arbitragem a fim de delegar ao árbitro a análise mais aprofundada (quanto à validade da convenção).

Caberá ao seu autor, ao ajuizar a demanda prevista no art. 7º, apontar o objeto do litígio, de forma que seja possível ao órgão judicial aferir se ele está abrangido pela convenção, sendo, consequentemente, arbitrável. De igual modo, deve fazer acompanhar ao pedido o instrumento que contenha a cláusula compromissória (o contrato, aditivo, troca de correspondência, etc). Se a cláusula for vazia, e não houver menção ao órgão arbitral ou ao árbitro, poderá o autor indicar a instituição ou pessoa de sua preferência. Tal indicação, contudo, será meramente informativa, já que a decisão final caberá ao juiz, haja vista que o réu poderá discordar quanto a este ponto.

Imprescindível, já na inicial, é que o autor demonstre ter procurado obter da parte requerida a assinatura do compromisso arbitral, na forma como prevista no artigo 6º da Lei de Arbitragem, em especial que sucedeu a condição prevista no respectivo parágrafo único¹⁷⁶. Tal medida configura condição da ação, sem a qual deverá ser reconhecida a inépcia da inicial¹⁷⁷. Antes de extinguir a execução cuja petição inicial não comprovar o convite ao réu para assinar o compromisso, o juiz deverá facultar oportunidade ao seu autor para que o apresente, antes de determinar a citação da parte adversária, admitindo-se a possibilidade de que a omissão derive de equívoco ou esquecimento. Não apresentada a comprovação no prazo assinalado, a demanda será extinta.

O autor deverá requerer a citação do réu, que se dará da forma mais célere possível, o que dependerá da realidade do foro local (em algumas comarcas a citação postal, por exemplo, pode ser mais demorada do que a citação por oficial de justiça). Citado o réu, este comparecerá, juntamente com o autor, em audiência conciliatória, na qual o juiz buscará conduzir as partes a uma solução de consenso, não só em relação ao mérito do futuro litígio como também em relação à própria instituição da arbitragem. Sem acordo, o juiz decidirá, de preferência na própria audiência. Se não o fizer, o prazo de dez dias constante da lei, como todos os prazos dirigidos aos juízes, é meramente indicativo da necessidade de decisão célere, e sua não observância não produzirá nenhum efeito processual.

Se o réu não comparecer, de acordo com o §6º, o juiz indicará árbitro único, e disporá sobre o conteúdo do compromisso. Apesar da letra fria da lei, mesmo em caso de revelia, se a questão versar sobre causa complexa, é aconselhável que o juiz nomeie mais

¹⁷⁶Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

¹⁷⁷“Em nosso sentir e da generalidade, senão unanimidade da doutrina, que escreveu sobre a Lei 9.307/96, a resposta é no sentido de que, não havendo prova de ter ocorrido a providência a que se refere o art. 6º da Lei 9.307/1996, a hipótese é de inadmissibilidade da ação proposta”. (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 191, jan./mar. 2001). Contra a necessidade da comprovação da notificação do art. 6º como requisito à ação do artigo 7º, ver MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.p. 236. Exemplar com o autor. A despeito da discussão acadêmica, o STF, no julgamento da SE 5.206-AGr, definiu, pelo voto-vista do Ministro Nelson Jobim, ser comprovação da notificação do artigo 6º elemento específico de admissibilidade da ação do artigo 7º.

de um árbitro, embora parte da doutrina entenda que isso é obrigatório¹⁷⁸. Caso não haja comparecimento do próprio autor, o juiz deverá extinguir a ação sem resolução de mérito.

Nada impede que a execução específica prevista no artigo 7º seja aforada na pendência de ação judicial proposta com o mesmo objeto da arbitragem que se busque iniciar, desde que o autor da execução, que é réu naquela outra ação, tenha aduzido como preliminar de contestação a existência de convenção de arbitragem (formatada como cláusula compromissória). Referida execução não poderá ser apresentada como reconvenção, já que não possui o mesmo procedimento da ação ordinária¹⁷⁹, mas poderá ser proposta ao mesmo juízo em que se processa a demanda ordinária, desde que seja ele competente pelas regras gerais do processo civil.

Feita esta observação paralela, retomando a análise do procedimento da execução específica, verifica-se que na audiência prevista no § 2º do referido artigo 7º, o réu poderá arguir a invalidade da cláusula compromissória. Tal pode acontecer, exemplificativamente, se houver incapacidade das partes, se o objeto versar sobre direitos indisponíveis, se não ocorrer a submissão do litígio à convenção, se verificar-se desrespeito à ordem pública etc. Em tais casos, dentre outros, poderá o réu deduzir pretensão pela improcedência da execução específica. Se isso ocorrer, o juiz togado deverá decidir sobre a validade da convenção, podendo recusar-se a instaurar a arbitragem caso perceba que a cláusula seja nula por algum dos motivos apresentados pelo réu, ou mesmo se verificar de ofício a existência de nulidade patente. Esse julgamento, contudo, deverá ater-se somente às condições de validade visíveis *prima facie*, e não poderá enfrentar outros elementos que prescindiriam de maior investigação, como, por exemplo, alguma situação que demande instrução probatória (como por exemplo, a alegação de coação ou simulação na assinatura da convenção)¹⁸⁰. Em feição idêntica a que sucede na análise da preliminar de contestação,

¹⁷⁸Pedro Batista Martins, entende que, sempre que for complexa a causa, o juiz deverá nomear mais de um árbitro (MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, cit.).

¹⁷⁹“Na linha da doutrina, ‘além dos pressupostos que são comuns a toda e qualquer relação processual, quando se apresenta a reconvenção, há que se atentar para os pressupostos que lhe são específicos, a saber, conexão, pendência de processo e indetidade de procedimento” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 207509/SP, Relator Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 27.11.2001, DJ 18.08.2003).

¹⁸⁰Sobre o tema da execução específica da cláusula compromissória no âmbito internacional, manifestaram-se Lew, Mistellis e Kröll: “In those proceedings the court may be asked to determine the validity of the arbitration agreement if it is challenged by the defendant as happened for example in a case before the German Bayerisches Oberstes Landesgericht, 28 February 2000, 4Z Sch 13/99, 1 RPS (2000) 15 where the court refused to appoint an arbitrator since in its view the arbitration clause was void for uncertainty, often, however, the courts at this stage limit themselves to verifying the *prima facie* existence of the arbitration agreement without entering into full proceedings”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 110). No âmbito da arbitragem

vista no tópico anterior, uma vez decidida válida a cláusula arbitral, e transitada em julgado dita decisão, não ocorrerá o trânsito em julgado, permitindo-se à parte sucumbente repetir os mesmos argumentos em futura ação declaratória de nulidade (art. 31 da Lei de Arbitragem), tendo em vista os limites da coisa julgada material.

Tal conclusão é ainda mais evidente quando a nulidade arguída se referir a matéria que não possa ser analisada *prima facie*, e por isso tenha o juiz togado expressamente se negado a analisá-la na via expedita da execução provisória do artigo 7º. Não há, nesta análise superficial sobre as condições de validade da cláusula arbitral, nenhuma afronta ao princípio da competência-competência, insculpido no art. 8º da Lei de Arbitragem, mas sim um necessário abrandamento a ele. Não se poderia admitir que, verificando evidente vício na convenção, o juiz restasse inerte e, para proteger um princípio, deixasse prosseguir inultamente uma arbitragem fadada a futura declaração de nulidade, via ação prevista no art. 31 da Lei de Arbitragem.

Quanto ao procedimento da execução específica, há enorme responsabilidade do juiz togado, que deverá assegurar ao procedimento um desenvolvimento célere, breve, isento de incidentes processuais inúteis. Verificará se o litígio apresentado pelo autor subsume-se à convenção de arbitragem, e se esta é válida, assegurando ao longo do procedimento iguais oportunidades de manifestação às partes. Ao decidir, buscará pautar-se na intenção das partes no momento em que assinaram a cláusula, procurando prestigiar a arbitragem.

O norte da execução específica do artigo 7º é o da simplicidade, celeridade e informalidade. O juiz deve pautar-se como um assistente do juízo arbitral, e deve ter em mente que a função do procedimento é de concretizar a arbitragem do modo mais rápido possível. Se não verificar a existência de elementos visíveis a depor contra a validade da

doméstica, em pesquisa feita em parceria entre o Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr e a FGV, ao analisar a interpretação do artigo 7º da Lei de Arbitragem pelas cortes judiciais brasileiras, chegou-se a seguinte conclusão: “*Contudo, no caso da Ação do art. 7º, o que se percebe na jurisprudência brasileira – de certa forma, amparada pela doutrina – é uma relativização do Princípio da Competência-Competência. Ao se deparar com uma impugnação à validade (como a não arbitrabilidade da disputa ou a existência de vício formal na cláusula), eficácia (caso de cláusula patológica ou celebrada antes da Lei de Arbitragem) ou abrangência (objetiva ou subjetiva) da convenção arbitral, arguidas pelo Réu na contestação, o juiz estatal tem enfrentado e, desde logo, decidido a material, ao invés de deixá-la para apreciação do juízo arbitral*”. (TOLENTINO, Augusto; BARBOSA, Daniel; VOLPINI, Felipe; RADAEL, Gisely; VILELA, Marcelo; LOPES, Christian; CARVALHO, Débora; NEVES, Flávia; MACEDO, Leonardo; SOARES, Pedro. Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do 5º Tema: Ação de execução específica da cláusula compromissória (Ação do art. 7º). Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Acao_de_Execucao_Especificada_da_Clausula_Compromissoria.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011).

cláusula, não permitirá desvios de rota na condução do processo, mas sim buscará sentenciar o mais brevemente possível.

Diante dessa característica, ao contrário do que pensa parte da doutrina, configura melhor recomendação a ideia de que o juiz deve ser o mais sucinto possível na sua sentença. No lugar de nomear árbitro(s) e criar extensas regras procedimentais a reger a futura arbitragem, é preferível que a sentença substitutiva do compromisso contenha apenas a indicação de instituição de arbitragem conceituada, fazendo alusão às regras de tal instituição tanto para a escolha dos árbitros quanto para as regras procedimentais a serem adotadas. Dessa forma, evita-se que o juiz perca tempo, e a sentença seja proferida de maneira mais expedita possível¹⁸¹.

Naturalmente que o caso concreto deverá ser levado em consideração. Se a causa versar sobre questão complexa, que envolva grandes somas monetárias, melhor será a indicação de instituição que possua conceito de estar habituada a resolver conflitos semelhantes, e preferível a indicação de mais de um árbitro. Se, ao contrário, tratar-se de litígio de simples resolução, poderá o juiz optar por nomear árbitro único, mas ainda assim o melhor será aludir a regras procedimentais. Importante é consignar que todas as regras procedimentais eventualmente dispostas pelo juiz togado, e mesmo a indicação do(s) árbitro(s), poderão ser posteriormente adaptadas por livre convenção entre as partes¹⁸².

As regras procedimentais dispostas nos parágrafos do artigo 7º não são rígidas. Pelo contrário, dispõem de forma flexível sobre o que o juiz pode ou não decidir. É permitida a nomeação de árbitro único ou de painel arbitral (na hipótese de cláusula vazia)¹⁸³. O § 6º do referido dispositivo estabelece que, na ausência de consenso entre autor e réu, ao juiz caberá definir o conteúdo do compromisso arbitral. Há, aqui, nítida

¹⁸¹ Neste sentido, ver Marcos André Franco Montoro: “*Quanto mais temas forem objeto de decisão judicial (de criação ou de adaptação realizada pelo magistrado), mais rígido poderá ser considerado o procedimento arbitral, e será bem mais difícil que o árbitro e/ou as partes resolvam modificar, adaptar, flexibilizar alguma regra que tenha sido expessamente estabelecida pelo magistrado na ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, até por medo de causarem qualquer nulidade*”. (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 239).

¹⁸² “É perfeitamente possível que as partes, superando a inicial desvença, resolvam de comum acordo alterar alguma regra procedimental fixada pelo juiz estatal. Veja-se que as partes podem até mesmo firmar acordo para extinguir a ação do art. 7º, e então recomeçarem a arbitragem do zero, sem a participação (intervenção) do juiz estatal”. (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 241).

¹⁸³ O §4º permite estatui que o juiz “pode” nomear árbitro único. Ou seja, pode, se preferir, nomear painel arbitral.

manifestação de controle judicial sobre a jurisdição arbitral, já que é permitido ao Poder Judiciário inclusive criar regras do procedimento arbitral¹⁸⁴.

Proferida a sentença, substituída está a vontade da parte refratária ao início da arbitragem, e ela valerá como compromisso. O ideal, como dito, é que a sentença não se perca em detalhes, preferencialmente se restrinja a indicar regras procedimentais de uma instituição de conceito, até mesmo quanto a nomeação do(s) árbitro(s), a fim de limitar-se às condições mínimas necessárias à materialização do processo arbitral. O juiz deve compreender que sua função é meramente instrumental, no sentido de assegurar a instauração da arbitragem.

É interessante que a sentença que julgar procedente a ação do artigo 6º da Lei de Arbitragem determine que o(s) árbitro(s) ou órgão arbitral nomeado (a depender do caso), ao serem intimados, manifeste(m) sua aceitação, para, só assim, entender-se instituída a arbitragem.

Contra a sentença caberá apelação, que deverá, necessariamente, ser recebida apenas no efeito devolutivo, conforme estabelecido no inciso VI, do artigo 520 do Código de Processo Civil. Tal imposição é imprescindível para garantir a efetividade da jurisdição arbitral, e não devem ser permitidas exceções, salvo situações de extrema teratologia (a mesma que justificaria a concessão de uma medida impeditiva de prosseguimento de arbitragem – *anti-suit injunction*)¹⁸⁵.

É de se concluir, portanto, que a ação prevista no art.7º é de curial importância para o instituto da arbitragem. É o mecanismo que garante a instituição da arbitragem, e só pode ser assegurado pela jurisdição estatal. Percebe-se, aqui, nítida complementaridade: sem o auxílio que o juiz togado pode prestar ao juízo arbitral, este poderia ser evitado pela simples recusa da parte de firmar o compromisso. Ao mesmo tempo em que funciona como órgão de apoio – ao garantir a constituição da jurisdição arbitral nos casos de resistência – o juízo togado exerce elementos de controle, pois poderá, ao decidir sobre o pedido de instauração da arbitragem, examinar, ainda que superficialmente, as condições de validade da convenção e a abrangência dela sobre o litígio que se apresenta. Além disso, estabelecerá parâmetros que terão consequências importantes no desenrolar daquela

¹⁸⁴“O juiz estatal também pode ser uma das fontes subjetivas de criação das regras procedimentais”, (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 91).

¹⁸⁵Ver item 5.4. “*Anti-suit injunctions*” e *teratologias perceptíveis prima facie*.

arbitragem, ao impor a escolha do árbitro e das regras procedimentais, ou aludir a regras de instituições de arbitragem.

5.3. Tutela de urgência antes de instaurada a arbitragem

O terceiro tópico deste capítulo recai sobre a polêmica a respeito da competência para apreciação das medidas urgentes, sejam cautelares ou antecipatórias de tutela, relacionadas à lide que é objeto de convenção de arbitragem. A discussão é antiga, mas permanece atual, na medida em que ainda enseja debates, especialmente na esfera jurisprudencial.

A tutela jurisdicional pode ser definitiva ou provisória. Será definitiva quando, resultante de um processo em que observado o devido processo legal, produz efeitos imutáveis decorrentes da coisa julgada. Pelo que já se observou, a jurisdição arbitral no Brasil, desde o advento da Lei de Arbitragem em 1996, é capaz de produzir coisa julgada material (leitura dos artigos 31 da Lei de Arbitragem, em conjunto com o art. 475-N do Código de Processo Civil), portanto possui a potencialidade de assegurar uma tutela jurisdicional definitiva.

A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não. As tutelas satisfativas¹⁸⁶ servem a certificar direitos (tutela declaratória, constitutiva, condenatória) ou a efetivá-los (tutela executiva). Nem toda tutela definitiva, porém, é satisfativa, pois há tutelas que não possuem uma finalidade em si mesma, mas sim a de assegurar o resultado útil que se pretende por via do processo. Refere-se aqui à tutela cautelar, que, embora se possa tornar definitiva, possui natureza instrumental (pois existe em função de outra ação) e temporária¹⁸⁷ (só subsistirá enquanto existir a ação principal).

¹⁸⁶José Roberto dos Santos Bedaque ensina que as tutelas satisfativas “... destinam-se a resolver as crises de direito material, os litígios trazidos ao processo pelas partes, a fim de reestabelecer o ordenamento jurídico e a paz social”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003).

¹⁸⁷Como observa Fredie Didier Jr., não há contradição em afirmar que a tutela cautelar é ao mesmo tempo definitiva e temporária. Isso porque uma vez transitada em julgado, a sentença cautelar produz efeitos temporários (enquanto persistir sua utilidade ao processo principal), mas é definitiva, já que imutável. “A decisão é definitiva, mas seus efeitos são temporários” (DIDIER, JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2008. v. 2, p. 593).

Ao lado delas, há as tutelas provisórias, que se prestam a conferir eficácia imediata à tutela definitiva, provendo o seu pronto aproveitamento. Possui como características a precariedade (podem ser alteradas a qualquer tempo, havendo mudança da situação fático-processual), e o caráter sumário da sua cognição (já que decorrem de uma análise inicial, não aprofundada). A tutela antecipada é uma tutela provisória por excelência, já que, por ser sujeita à modificação, não pode produzir coisa julgada material.

Feitas essas breves distinções, sem se querer aprofundar demais sobre tema alheio ao cerne do trabalho, é de se esclarecer que este tópico enfrenta a questão da jurisdição sobre as tutelas jurisdicionais de urgência, aí incluídas as cautelares e as antecipatórias de tutela, em litígios submetidos à arbitragem. Necessário é destacar ainda, que se tratará aqui apenas das hipóteses de tutela de urgência postuladas na fase pré-arbitral, antes de instaurado o processo. Acerca das medidas cautelares proferidas no decorrer do desenvolvimento do processo de arbitragem, é dedicado tópico exclusivo no capítulo seguinte.

Utiliza-se a expressão *jurisdição* (sobre as tutelas de urgência) propositadamente. Embora muito se fale sobre a *competência*, a questão refere-se mesmo à jurisdição, já que se encontra no plano pré-processual. As partes, ao firmarem o compromisso arbitral ou cláusula compromissória, afastam a jurisdição estatal, que, por isso, passa a não deter poder jurisdicional sobre a matéria. Não há incompetência, mas absoluta ausência de juízo¹⁸⁸. Tal é manifestação do efeito negativo da convenção de arbitragem.

A extensão do efeito negativo da convenção de arbitragem – o que, por convenção das partes, pode ser subtraído da jurisdição do juiz togado – varia entre os ordenamentos jurídicos dos diversos países. No Brasil, especificamente, tal efeito não possui intensidade absoluta, e poderá, em dados casos, ser aplicado com temperança. A situação de necessidade de obtenção de tutela de urgência em matéria submetida à arbitragem, antes da instauração do procedimento, configura um destes exemplos de abrandamento da eficácia negativa da convenção de arbitragem.

¹⁸⁸Sobre o tema alguns autores clássicos, como Giuseppe Chiovenda e Pontes de Miranda, já lecionaram neste sentido. O primeiro afirma, sobre a exceção de compromisso, que ela “... não é de incompetência, nem de litispendência, mas de renúncia ao procedimento de cognição judiciária” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 78). Já o segundo, no mesmo sentido, afirma que “...em razão da força vinculante da cláusula compromissória, permite-se a exclusão da competência judicial para realização do procedimento arbitral. Note-se que, em rigor, não se deve falar em competência, pois que de competência não se trata. O que há é renúncia à via jurisdicional que, entretanto, não fica excluída a manifestar-se sobre a validade do ato”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. 15, p. 232).

É verdade que a convenção de arbitragem válida afasta do Judiciário a jurisdição. Qualquer litígio validamente submetido à arbitragem só poderá ser julgado pelos árbitros conforme escolha das partes; no entanto, é igualmente certo que a arbitragem possui natureza precária, já que somente se materializa após o advento da instância arbitral (por meio da assinatura do compromisso arbitral, ou da execução específica prevista nos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem). Antes disso, não se pode atribuir ao árbitro o poder jurisdicional subtraído do Estado – embora saiba-se que será necessariamente atribuído.

5.3.1. Medidas cautelares

Quanto às medidas cautelares ou coercitivas em matéria submetida à arbitragem, a regra geral que define a competência é a disposta no §4º do art. 22 da Lei 9.307/1997, ao estabelecer que “...*havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa*”¹⁸⁹. Por conseguinte, percebe-se, não há previsão quanto às demandas cautelares surgidas *antes* da instauração do procedimento arbitral, ou seja, na fase pré-arbitral.

Em casos tais, advindo situação fática a demandar urgente provimento jurisdicional antes da arbitragem ter sido instaurada, algum desfecho satisfatório há de ser encontrado, sob pena de se atentar contra o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art.5º, inc. XXXV, CF/88 e art. 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos do Homem). Em tal hipótese, a solução que se apresenta é a de restituição provisória da jurisdição arbitral ao Poder Judiciário, com finalidade única e específica de solucionar aquela determinada demanda urgente¹⁹⁰. É a única forma de resolver o problema, sob pena de negar jurisdição às partes¹⁹¹.

¹⁸⁹Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

(...)

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

¹⁹⁰“*Situações há em que a intervenção do Estado se revela paradoxalmente mais rápida e eficiente*”. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem, cit.).

¹⁹¹“*As medidas cautelares prévias à instauração do juízo arbitral, que encontram fundamento no princípio*

No âmbito internacional, vários diplomas conferem solução idêntica à situação. Exemplificativamente, cite-se, neste sentido, o art. 23, 2, do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI), ao estabelecer que *“As partes poderão, antes da remessa dos autos ao Tribunal Arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do Tribunal Arbitral a este título”*¹⁹².

Igual solução segue o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem¹⁹³. Já o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (FIESP), e o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (ACRJ), outras instituições conceituadas no universo da arbitragem doméstica, não possuem norma expressa a tal respeito, já que preveem o auxílio da jurisdição permanente apenas nos casos de cautelares apreciadas pelos próprios árbitros.

No âmbito judicial, devem ser aplicadas as regras gerais de competência a fim de se definir o juízo no qual deve ser proposta a medida. Será aquele que seria competente originariamente para conhecer da causa, caso não houvesse convenção de arbitragem. Tendo sido a convenção de arbitragem estabelecida via cláusula compromissória, dentro de

da efetividade da tutela jurisdicional, são, hoje, aceitas pela doutrina nacional e estrangeira e pela jurisprudência, sendo, ainda, expressamente previstas nas regras da UNCITRAL, eleitas pelas partes na cláusula compromissória constante do acordo de quotistas. Têm elas o objetivo precípua de garantir a eficácia da futura arbitragem a ser instaurada.” (WALD, Arnaldo. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o juízo arbitral. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, ano 8, n. 27, p. 160 e 163, jan./mar. 2005).

¹⁹²No original em inglês: *“Before the file is transmitted to the Arbitral Tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures. The application of a party to a judicial authority for such measures or for the implementation of any such measures ordered by an Arbitral Tribunal shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement and shall not affect the relevant powers reserved to the Arbitral Tribunal”*. Em sentido semelhante, o Regulamento da London Court of International Arbitration, em seu art. 25.3, estabelece que *“the power of the Arbitral Tribunal under Article 25.1 shall not prejudice howsoever any party’s right to apply to any state court or other judicial authority for interim or conservatory measures before the formation of the Arbitral Tribunal and, in exceptional cases, thereafter. Any application and any order for such measures after the formation of the Arbitral Tribunal shall be promptly communicated by the applicant to the Arbitral Tribunal and all other parties (...)”*. Na mesma direção, o regulamento do *International Center for Dispute of the American Arbitration Association*, em seu artigo 21, 3.: *“A request for interim measures addressed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate”*.

¹⁹³11.2 Havendo urgência, e ainda não instalado o Tribunal, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente. Nesse caso, a parte deverá, imediatamente, dar ciência do pedido ao Centro.

um contrato firmado entre as partes, a competência será a do foro de eleição, se cláusula de eleição existir¹⁹⁴

Referida restituição provisória da jurisdição arbitral à estatal, por ser excepcional, será assinalada pelas características da subsidiariedade, precariedade e sumariedade¹⁹⁵, já que a princípio contrária às intenções das partes pronunciadas na convenção de arbitragem, só justificável por imposição fática.

É subsidiária, porque só se justifica ante a impossibilidade do árbitro de proferir decisão – pois, na fase pré-arbitral, normalmente sequer há árbitro nomeado (salvo disposição contratual, nos casos de arbitragem *ad hoc*). Antes de firmado o compromisso ou proferida sentença que o substitua (arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem), ausente está, ainda que momentaneamente, o poder jurisdicional do árbitro, o que justifica o aforamento da medida perante o Poder Judiciário¹⁹⁶.

Caracteriza-se pela caráter sumário porque somente ao árbitro caberá a análise de mérito com o completo exaurimento da cognição. Isso não significa, porém, que à jurisdição permanente seja absolutamente vedado qualquer estudo do mérito da questão. Pelo contrário, caberá ao juiz togado exercer um ainda que superficial juízo de delibação sobre a questão meritória. Admitir o oposto seria afirmar bastante a verificação do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar pelo juiz estatal, o que afrontaria os princípios elementares do processo. Em tais situações excepcionais, não há, na análise do *fumus boni iuris* e na verossimilhança do direito alegado, nenhuma invasão indevida à esfera da jurisdição arbitral.

¹⁹⁴Geralmente, nos contratos que contêm cláusula compromissória, coexiste cláusula de eleição de foro. Isso não importa em contradição, já que, mesmo na hipótese de haver arbitragem, pode ser necessário o ajuizamento de algum processo, seja para assegurar a instauração da arbitragem (art. 7º da Lei de Arbitragem), seja para futura execução de sentença arbitral, ou, como nestes casos, para ajuizamento de medidas cautelares ou antecipatórias antes de instaurada a arbitragem.

¹⁹⁵Segundo lição de Clávio Valença Filho. (Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem, cit.). Ainda em sua obra há a citação do doutrinador francês Gerard Pluyette, que afirma “*the condition for intervention by national courts – exceptional in the face of the parties’ contrary intention as expressed in the arbitration agreement – would no longer be that of urgency but would rather be that of the denial of justice deduced from the arbitrator’s inability to intervene and the risk that would ensue thereto*”. (PLUYETTE, Gerard. A french perspective. *Bull CCI*, Special Supplement, n. 519, p. 75, 1994).

¹⁹⁶O mesmo se dá no ordenamento jurídico inglês, com a diferença de que lá o Arbitration Act possui disposição expressa acerca da subsidiariedade: “Art. 44 (5) *In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institutions or persons vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively*”.

A precariedade decorre da necessidade de verificação do *periculum in mora composto*¹⁹⁷. Ou seja, o juiz togado somente poderá deferir medida urgente relativa a matéria submetida à arbitragem quando verificar, primeiro, a impossibilidade de seu deferimento pelo juízo arbitral, e, segundo, a existência do perigo de dano irreparável caso não seja concedida a medida. Não será suficiente a mera alusão ao segundo se não for demonstrado o primeiro. Nos casos de tutela de urgência pré-arbitral, a demonstração do primeiro requisito será fácil, uma vez que não constituído o juízo ainda. Discutível é, por outro lado, se depois de instaurada a arbitragem, poderia a parte requerer medida cautelar ao juiz togado, alegando impossibilidade de análise pelo árbitro¹⁹⁸ com a celeridade adequada ao caso.

Por consequência da precariedade, uma vez havendo possibilidade do árbitro apreciar a tutela de urgência, esvai-se a jurisdição estatal. Assim, sendo necessário o ajuizamento de medida de urgência antes de instaurada a arbitragem, ela será submetida ao órgão do Poder Judiciário, mas deverá ser imediatamente remetida ao juízo arbitral tão logo este seja constituído¹⁹⁹. Após a instauração da instância arbitral, a tutela de urgência poderá ser revista, tanto para deferir o que foi negado no âmbito estatal, como para revogar o que fora ali concedido, ou ainda para confirmação do decidido na esfera judicial.

É importante frisar que esta *remessa* da medida cautelar proposta no foro judicial à esfera arbitral após a sua instauração deve ser respeitada com o mais absoluto rigor. A autoridade judiciária em questão não deve opor nenhum obstáculo a essa transferência, sob pena de atentar contra a jurisdição arbitral, o que importaria indevida intervenção, contrária aos princípios que norteiam a arbitragem. Por outro lado, deve cuidar para que a mesma não acarrete o perecimento do direito em análise.

¹⁹⁷Clávio Valença Filho: “*Trata-se do periculum in mora composto, feito de dois elementos: o tradicional risco de dano irreversível e a impossibilidade de efetiva tutela arbitral de urgência*”. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem, cit.).

¹⁹⁸Sobre esta questão, ver tópico próprio, no capítulo seguinte, que trata da possibilidade de direcionamento de medidas cautelares durante o curso do procedimento arbitral.

¹⁹⁹Em importante pesquisa realizada sobre as medidas coercitivas relacionadas à arbitragem, realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar, em conjunto com a FGV, constatou-se: “*Quanto ao destino da medida cautelar requerida ao Poder Judiciário após a instauração do juízo arbitral, as posições da doutrina são as mais variadas possíveis, coincidindo a maioria, pelo menos, no ponto mais importante: instaurada a arbitragem, caberá ao tribunal arbitral analisar a medida cautelar solicitada ao Poder Judiciário*”. (ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio (Coords.). Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Medidas de Urgência e Coercitivas. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Medidas_de_Urgencia_e_Coercitivas.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011).

Há, no âmbito jurisprudencial, diversificada gama de decisões quanto a como deve se operacionalizar esse envio. Em ampla pesquisa jurisprudencial dedicada ao tema²⁰⁰, realizada em parceria pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr e a Fundação Getúlio Vargas, foram encontrados tanto casos em que o juiz togado determinou a remessa física dos autos ao tribunal arbitral, como hipóteses em que se concluiu pela extinção da medida, ou ainda ocasiões em que se determinou a suspensão do processo, como se o procedimento arbitral fosse questão prejudicial à demanda cautelar (com base no art. 265, IV, *a*, do Código de Processo Civil).

Do ponto de vista prático, apesar das variadas soluções aplicadas pelos tribunais, o mais adequado é que a transferência da medida cautelar ao juízo arbitral obedeça rito semelhante ao que sucedia em relação às execuções provisórias no regime anterior à Lei 11.232/2005, ou seja, com a extração de carta de sentença, que deverá conter, preferencialmente, a cópia integral do processo cautelar, da petição inicial até a fase em que se encontrar. A remessa das cópias deverá ser feita pelo juiz, por de ofício dirigido ao órgão arbitral, tão logo este tome conhecimento da existência do procedimento arbitral devidamente instaurado. Na hipótese de o juiz não remeter, poderá(ão) a(s) parte(s) interessada(s) providenciar cópias a fim de apresentá-las ao árbitro, e requerer o que for de seu interesse. Caso o juiz togado se negue a abdicar da jurisdição sobre a medida cautelar em favor da arbitragem, instaurar-se-á conflito a ser resolvido por outro meio²⁰¹.

A solução há pouco encontrada evitaria tanto o perigo de perecimento do direito (que poderia ocorrer caso se entendesse simplesmente pela extinção da medida), quanto o de eventual extravio dos autos (que poderia decorrer da remessa). Por fim, se mostra tecnicamente mais adequado do que a suspensão do processo com base no art. 265 do Código de Processo Civil, já que, após instaurada a arbitragem, a jurisdição para apreciar a medida é do árbitro.

O importante é que não se perca de vista os dois propósitos fundamentais: resguardo da jurisdição arbitral decorrente de convenção válida e observância de cuidados, a fim de que não haja perecimento de direito. O mencionado estudo realizado pelo CBAr e

²⁰⁰ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio (Coords.). Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Medidas de Urgência e Coercitivas, cit.

²⁰¹A parte prejudicada poderá interpor agravo de instrumento contra a decisão do juiz de primeiro grau, ou, paralelamente, poderá, caso haja expresse reconhecimento da competência pelo juízo arbitral, propor Conflito de Competência, junto ao Superior Tribunal de Justiça. Sobre o conflito de competência, ver tópico tal.... Ainda a respeito do assunto, ver o julgado no CC 111230/DF, da 1ª Seção do STJ.

FGV aponta para o fato de que, só no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de um total de trinta e sete decisões relativas a medidas de urgência em causas submetidas à convenção de arbitragem, apenas quatro são contrárias ao entendimento de que, na fase pré-arbitral, o Poder Judiciário é competente para apreciá-las²⁰².

Quanto ao prazo de trinta dias previsto no art. 806²⁰³ do Código de Processo Civil, que impõe ao proponente da medida cautelar a propositura da respectiva ação principal, a sua aplicação deve ser igualmente observada na hipótese de existência de convenção de arbitragem.

Pela experiência prática, no entanto, não seria razoável exigir a efetiva instauração do procedimento de arbitragem (art. 19 da Lei de Arbitragem), mas sim a demonstração, pelo autor da cautelar proposta judicialmente, de que tomou todas as providências ao seu alcance para instituir o juízo arbitral. De outra forma, fácil seria para a parte adversa recusar-se a firmar o compromisso arbitral que daria início à arbitragem, para, com isso, ocasionar a perda da eficácia da liminar que lhe é desfavorável pela fluência do trintídio legal²⁰⁴. Este entendimento justifica-se pela possibilidade de demora, ante a necessidade de cumprimento de requisitos burocráticos geralmente aplicáveis à instituição da arbitragem²⁰⁵.

²⁰² Neste sentido, de ser admissível o processamento de medida cautelar perante o Poder Judiciário anterior à instauração de procedimento arbitral, citem-se os seguintes julgados: Agravo de Instrumento n. 472.438-4/1-00 da 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator Des. Beretta da Silveira; Agravo de Instrumento n. 388.797/1-00, da 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator Des. Testa Marchi; Agravo de Instrumento n. 384.896.4/4-00 da 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator Des. Sérgio Gomes – todos mencionados no estudo já indicado realizado pelo CBAr e FGV (ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio (Coords.). *Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Medidas de Urgência e Coercitivas*, cit.). (Todas as numerações são anteriores ao atual sistema de numerações estabelecido pelo CNJ).

²⁰³ Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

²⁰⁴ Este é o entendimento esboçado pelo TJMG, através do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2000.00.410533-5/000(1). Interessante é transcrever parte do acórdão que estabelece caber à parte “(...) dentro do trintídio legal, ou antes dele, é a demonstração ao juízo estatal onde tramita a demanda cautelar preparatória da existência de prova inequívoca pela parte interessada que está promovendo as diligências necessárias para a instauração do juízo arbitral”. ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio (Coords.). *Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Medidas de Urgência e Coercitivas*, cit.). (Todas as numerações são anteriores ao atual sistema de numerações estabelecido pelo CNJ, p. 37).

²⁰⁵ Este entendimento pode ser ilustrado em acórdão da lavra do relator Des. Sérgio Gomes, da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 384.896.4/4-00, entendeu que “Não há violação da Lei 9.307/96, porquanto a Melhoramentos não tinha outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências (eleição de árbitros, elaboração de respectivo requerimento, tradução de documentos etc). Além disso, a câmara eleita pelas partes é sediada

O que importa, deste modo, é que haja a ação da parte autora da cautelar no sentido de: (a), adotar as providências necessárias para a instauração do procedimento de arbitragem, e, (b), comprovar ao juízo togado que assim procedeu. Caso não haja demonstração da adoção, pela parte autora, das medidas retromencionadas, a cautelar perderá sua eficácia após o decurso do prazo de trinta dias.

Convém repetir que, uma vez instaurado o procedimento arbitral, a arbitragem retoma a jurisdição plena sobre a matéria, podendo o árbitro reexaminar, ou não, a cautelar proposta originariamente junto ao Poder Judiciário²⁰⁶. A competência judicial é subsidiária e não concorrente²⁰⁷. Há, nestas hipóteses, exceção à regra prevista no artigo 800, segunda parte, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que a cautelar preparatória deverá ser requerida ao juiz competente para conhecer a causa principal. Esta exceção se justifica ante o fato de, ao tempo em que necessária a medida, o juiz competente (juízo arbitral) ainda não se encontrava materialmente estabelecido.

na França, o que demandaria ainda mais tempo. A própria agravada, após o ajuizamento da cautelar, assumiu o compromisso de instituir a arbitragem dentro do prazo de trinta dias, o que já providenciou." (citado em ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio (Coords.). *Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Medidas de Urgência e Coercitivas*, cit.). (Todas as numerações são anteriores ao atual sistema de numerações estabelecido pelo CNJ, p. 40).

²⁰⁶ Há clássico precedente, corriqueiramente citado na doutrina, de julgamento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em caso relatado pelo então Des. Carreira Alvim, quem assim se manifesta: "*Em que pese a literalidade do §4º do art. 22 da Lei n. 9.307/96, a competência para a concessão de tutela antecipatória é, sem dúvida, do tribunal arbitral, pois constituindo ela uma antecipação (total ou parcial) dos efeitos da própria tutela pretendida no pedido inicial (art. 273, CPC), e competindo a esse tribunal decidir o mérito da controvérsia (litígio), cabe-lhe igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos dessa decisão. A doutrina tem admitido o recurso à justiça estatal apenas quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida (J.E. Carreira Alvim, *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, PP. 334/341), e foi exatamente o que aconteceu anteriormente, o que me levou a deferir em parte a tutela antecipada*" (Agravado de Instrumento n. 2003.02.01.010784-5). Referido precedente é citado em pelo menos dois artigos doutrinários (ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio (Coords.). *Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Medidas de Urgência e Coercitivas*, cit.). (Todas as numerações são anteriores ao atual sistema de numerações estabelecido pelo CNJ, p. 25; e VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem*, cit., cit., p. 16-17).

²⁰⁷ Há em alguns ordenamentos, como, por exemplo, na França, a ideia, pautada no pragmatismo, de corrigir os desvios da atuação arbitral pela intervenção judicial, que poderia ser feita sem maiores justificativas, pelo só fato de que, ao futuro, caberá à jurisdição estatal verificar a regularidade do processo arbitral. Contra esta posição, que eventualmente é adotada no Brasil (há citação de pelo menos dois casos), Cláudio Valença Filho assim se posiciona: "*Além de inconveniente, porquanto propicia uma certa judicialização, a ideia de competência concorrente não cabe na lógica disjuntiva ora apresentada. A participação do juiz estatal da tutela de urgência em litígio objeto de convenção de arbitragem validamente estipulada prescinde de atropelos aos conceitos. Absolutamente desnecessário é o recurso à teoria das competências concorrentes se o ordenamento jurídico estatal assegura a possibilidade de restituição da tutela jurisdicional de urgência ao juiz estatal, lá onde se fizer necessário*". (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem*, cit.).

5.3.2. Antecipação de tutela

Outro ponto que convém examinar é a questão do cabimento, ou não, de pedido de antecipação de tutela (art. 273, I, e 461 do Código de Processo Civil) em matéria arbitral, antes da instauração do procedimento arbitral.

A matéria diverge minimamente da examinada há pouco, na medida em que na cognição cautelar o exame de mérito é mais superficial do que aquela exercida na esfera da análise do pedido de antecipação, a qual, embora não seja absolutamente exauriente, é maior em razão da necessidade de análise da verossimilhança. Além disso, quanto aos efeitos, a antecipação produz imediatamente a tutela que se pretende ver reconhecida ao final do processo, ao passo que a cautelar apenas serve como assecuratória da utilidade do processo.

Por outro lado é inegável que situações podem ocorrer em que a antecipação de tutela seja imprescindível e deva ser concedida mesmo antes da instauração da arbitragem; no entanto, o julgador de toga deve ter atenção redobrada quando o pedido apresentado for de antecipação de tutela e não meramente cautelar.

Assim, embora haja quem divirja do entendimento aqui defendido²⁰⁸, é de se admitir a análise eventual e excepcional de pedido de antecipação de tutela por órgão do Judiciário, a fim de evitar eventual dano irreparável. Tais situações, contudo, configuram raríssimas exceções. Daí concluir-se que a apreciação, pelo Poder Judiciário, de pedido de antecipação de tutela relativo a causa objeto de convenção de arbitragem só pode ser realizada na fase pré-arbitral, nunca durante o trâmite do procedimento, mesmo que haja circunstância material temporária a impedir a apreciação pelo árbitro.²⁰⁹

²⁰⁸“De se excluir, finalmente, o instituto da antecipação judicial da tutela, pois, se a decisão antecipatória e a final de mérito devem ser proferidas por um único juízo, e em sendo o árbitro o único juiz para o mérito de questões objeto de convenção de arbitragem, somente ele tem poderes para a antecipação de tutela. É proibido ao juiz estatal aplicar os arts. 273, I, 461 do CPC e 86 do Código do Consumidor para antecipar a tutela em litígio objeto de convenção de arbitragem”. (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem, cit., p. 9). Apesar da pertinência da colocação, crê-se que o autor acima citado não a examinou com a profundidade necessária, pois a situação é muito parecida com a competência para julgamento das medidas cautelares. Estas, também em regra, devem ser apreciadas pelo mesmo juiz competente para a causa principal, que em matéria de arbitragem é o árbitro. A diferença de serem as medidas cautelares analisadas num processo à parte não é argumento suficiente, já que atualmente é possível obter-se cautelar por meio de simples petição nos autos. As situações fáticas são imprevisíveis, portanto, a necessidade do uso do instituto na fase pré-arbitral não pode ser descartada peremptoriamente.

²⁰⁹Remete-se a estudo sobre a possibilidade excepcional de análise de medida cautelar no curso da arbitragem por juiz togado, no tópico 6.4. *Medidas cautelares e antecipatórias na fase arbitral*.

E mesmo na fase pré-arbitral, a antecipação de tutela só poderá ser conhecida pelo juiz estatal quando o perigo de dano for não só de difícil reparação, mas mesmo irreparável. Além disso, deve o juiz tomar medidas a fim de assegurar a possibilidade de reversão da situação fática à *status* anterior, caso a medida antecipatória seja posteriormente revogada pelo juízo arbitral – nestes casos também após a instauração do procedimento arbitral deve haver remessa do processo à arbitragem (da mesma forma, mediante extração de cópias e envio, preferencialmente, por meio de ofício do juízo). Será, assim, prescindível a presença de um *periculum in mora* em intensidade superior ao que justificaria o deferimento de medida cautelar pelo juiz togado. De fato, o perigo deve ser de irreversibilidade, e não só de custosa reparação. De igual modo, não basta a presença do *fumus boni iuris*, mas de verossimilhança das alegações²¹⁰.

Assim, verifica-se que na fase pré-arbitral, sendo necessário, o Poder Judiciário pode ser acionado para satisfação de demandas urgentes, em situações excepcionais. Agirá, assim, em verdadeiro complemento à jurisdição arbitral, que, nesta fase, ainda não existe materialmente – apenas na previsão contratual. O controle do órgão judicial sobre a jurisdição arbitral, aqui, se manifesta na forma de assistência, já que materializa uma prestação jurisdicional que, de outra forma, restaria desatendida. Pela ausência de condições materiais fica justificada a restituição, apenas provisoriamente, da jurisdição estatal. Uma vez instituída materialmente a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, e deve o processo cautelar ou antecipatório seguir seu curso no seio do processo arbitral.

Trata-se de nítida cooperação, que acentua a complementaridade entre as jurisdições arbitral e judicial. Funciona o juiz togado como “substituto” do juízo arbitral, materialmente ainda inexistente. É importante que o primeiro tenha ciência disso, e deve restituir o processo, na primeira oportunidade possível, ao seu titular. Mais uma prova de que, sem o auxílio e cooperação da Justiça estatal, a arbitragem não poderia prosperar, já que as partes não aceitaram convencionar submeter seus litígios a um sistema incapaz de solucionar com adequada celeridade eventuais demandas de urgência que se apresentem. Lamentável, contudo, é que o legislador brasileiro não tenha ainda atentado para a

²¹⁰ Interessante é observar que a arbitragem não precisa necessariamente seguir, nem subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil; no entanto, elas se aplicam, necessariamente, ao processo judicial. Isso importa concluir que, ainda que eventual regramento específico de uma determinada arbitragem afirme a possibilidade de antecipação de tutela mesmo que ausente a verossimilhança das alegações – bastando, por exemplo, o *fumus boni iuris* – caso a questão seja levada, na fase pré-arbitral, a juízo, neste momento será imprescindível que o juiz togado analise a presença da verossimilhança. Para detalhes sobre as críticas à aplicação “automática” das regras do Código de Processo Civil, ver MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 118.

necessidade de tornar mais claro o processamento de cautelares relativas a procedimento arbitral, ao contrário de outros ordenamentos²¹¹. Se assim agisse, resolveria o problema das interpretações conflitantes decorrentes de lacuna de normativa expressa.

5.4. “Anti-suit injunctions” e teratologias perceptíveis “prima facie”

Não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da possibilidade de ajuizamento das denominadas *anti-suit injunctions*, relacionadas ao processo arbitral. O direito de um modo geral, no entanto, é campo fértil à criatividade dos advogados, principalmente no âmbito da arbitragem, onde as fontes de inspiração da prática internacional são abundantes.

A escolha da locução inglesa para tratar do assunto é proposital, nascida que ela é do direito do *common law*. *Anti-suit injunction* poderia ser definida, numa tradução literal comom “injuções anti-processuais”. Abrange toda medida judicial, intentada junto a órgão da jurisdição estatal, com finalidade de impedir o prosseguimento ou a instauração de um processo de arbitragem²¹². Em sentido mais amplo, o conceito de *anti-suit injunction* também pode incluir medida com sentido inverso, movida no intuito de impedir que um órgão da jurisdição estatal dê prosseguimento a uma ação judicial que deveria ter sido submetida à jurisdição arbitral. Como este último conceito é visto apenas no âmbito da arbitragem internacional²¹³, é apenas em relação ao primeiro significado que este tópico foi

²¹¹O Arbitration Act, de 1996, possui disposição expressa acerca da subsidiariedade: “Art. 44 (5) *In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institutions or persons vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively*”.

²¹²“*These are national court orders used, especially in common law countries, either to protect the jurisdiction of the arbitration tribunal or to prevent the tribunal from assuming jurisdiction. Through such an injunction, operating in personam against the party to the action, a party can be ordered not to pursue court proceedings initiated in breach of an arbitration agreement. By corollary, a party may be ordered not to take any further steps in arbitration if the court has decided that the arbitration agreement is invalid or ineffective. Both type of orders are find in practice, by they are granted only in limited circumstances*”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 363). Sobre o tema, o Professor Arnoldo Wald já se manifestou: “*Essas injunções surgiram no direito inglês, inicialmente em apoio à arbitragem, em virtude do aspecto negativo da Kompetenz-Kompetenz, ou seja, para excluir a jurisdição estatal nos casos nos quais existia uma convenção de arbitragem. Mas também passaram a ser usadas, em vários outros países, para que a justiça estatal viesse a impedir a constituição ou o funcionamento do tribunal arbitral*”. (WALD, Arnoldo. *As anti-suit injunctions no direito brasileiro*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, p. 29, abr. 2006).

²¹³Sobre a possibilidade de ajuizamento de medidas *anti-suit* no contexto da arbitragem internacional, recente decisão proferida pela House of Lords inglesa esquadrinhou as razões para considerá-las legítimos instrumentos de defesa da arbitragem. No caso *West Tankers*, de 2009, Lord Hoffman explicou sintetiou tais razões: I: “*Arbitration...is altogether excluded from the scope of the Jurisdiction Regulation by article 1(2)(d)*”.

desenvolvido. Entre as medidas abrangidas no primeiro significado, concentrou-se neste momento apenas sobre aquelas ajuizadas antes do início do processo de arbitragem, portanto ainda na fase pré-arbitral.

Mesmo no âmbito do Direito estrangeiro, só se admitem tais injunções quando restar evidenciado, de forma clara e que dispense qualquer aprofundamento, que a arbitragem não poderia ter sido instaurada. Podem ser dirigidas às partes, como também aos árbitros, se o órgão judicial a que se dirija o pedido tenha competência sobre eles. Isso quer dizer que, mesmo naqueles países onde tais medidas são admissíveis, as possibilidades de conhecimento são deveras muito raras.

No Brasil, toda e qualquer demanda judicial aforada no intuito de impedir a instauração ou o prosseguimento de uma arbitragem pode ser considerada uma *anti-suit injunction*.

O problema relativo à admissibilidade de medidas *anti-suit* decorre da sua incompatibilidade, pelo menos em tese, com o princípio da competência-competência, que estabelece uma prioridade cronológica²¹⁴ ao árbitro sobre o Judiciário, para análise acerca da validade da arbitragem.

II: "As Professor Dr Peter Schlosser points out in an illuminating article,⁸⁴ an exclusive jurisdiction clause [nominating a particular *court*] is in this respect quite different [from an arbitration clause]. [The former] takes effect within the Regulation under article 23 and its enforcement must therefore be in accordance with the terms of the Regulation; in particular, article 21. But an arbitration clause takes effect outside the Regulation and its enforcement is not subject to its terms".

III: "People engaged in commerce choose arbitration in order to be outside the procedures of any national court" (viz, as far the *substance* of the dispute is concerned).

IV: "(...) Arbitration cannot be self-sustaining. It needs the support of the courts (...) [I]t is important for the commercial interests of the European Community that it should give such support".

V: "The Courts of the United Kingdom have for many years exercised the [anti-suit injunctive] jurisdiction to restrain foreign court proceedings (...) [The anti-suit injunction] is generally regarded as an important and valuable weapon in the hands of a court exercising supervisory jurisdiction over the arbitration. It promotes legal certainty and reduces the possibility of conflict between the arbitration award and the judgment of a national court". *West Tankers Inc v RAS Riunione Adriatica di Sicurtà SpA* [2007] UKHL 4. Citado em artigo do Professor da Universidade de Cambridge, Neil Andrews (Arbitration and mediation in England. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 175, p. 107 set. 2009). No mesmo artigo, no entanto, referido professor menciona que, no âmbito Europeu, a European Court of Justice estabeleceu, no julgamento do caso *Allianz SpA etc v West Tankers*, em 10 de fevereiro de 2009, que as cortes judiciais da Inglaterra não podem proferir medidas anti-suit uma parte que convencionou uma arbitragem e prosseguir em demanda judicial em trâmite junto a órgão judicial de qualquer Estado Membro dentro da zona de jurisdição da União Europeia. No âmbito da arbitragem doméstica, as *anti-suit injunctions* não são necessárias, já que em caso de indevido ajuizamento de questão submetida à arbitragem, há a possibilidade de aduzir em preliminar de contestação a existência de convenção de arbitragem – art. 301, inciso VII, do Código de Processo Civil.

²¹⁴ "O princípio da "competência-competência", em seu efeito negativo, constitui, em primeiro lugar, uma regra de "prioridade cronológica". As jurisdições estaduais só podem intervir após o pronunciamento dos árbitros sobre essas questões. A partir do momento em que o tribunal arbitral está constituído, é perante os árbitros que convém decidir esse contencioso" (BOISESSON, Mathieu. As anti-suit injunctions e o princípio da competência-competência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 7, p. 138, out. 2005).

A Convenção de Nova Iorque, em seu artigo II, 3º. Estabelece que, “*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*”. Por seu turno, no âmbito nacional, o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem impõe caber ao árbitro “*decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória*”.

Embora a Convenção de Nova Iorque contenha redação que dê margens a interpretações dúbias, é de se afirmar que, no âmbito das arbitragens domésticas, deve prevalecer, como regra, o princípio da competência-competência, em que o juízo arbitral é assegurado como o primeiro a se manifestar acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Portanto, afirma-se que, em princípio, o conhecimento de uma medida injuntiva por um órgão do Judiciário importará negativa de vigência ao princípio da competência-competência, o que não seria compatível com o sistema arbitral adotado no Brasil.

Além do mais, insta destacar a aprovação, pela UNCITRAL, de Recomendação²¹⁵, em prol da aplicação ao referido artigo II, (3), parte final, do princípio de eficácia máxima da arbitragem, contido no artigo VII, (1), da própria Convenção de Nova Iorque. Assim, estende-se ao mesmo a ideia de que havendo acordos bilaterais ou diplomas legais mais benéficos à arbitragem no país em que a sentença for invocada, estes serão aplicados em detrimento das regras da própria Convenção²¹⁶. A Convenção de Nova Iorque aplica-se à arbitragem internacional, fato que por si já afastaria eventual contradição entre o artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque e o artigo 8º da Lei de Arbitragem; no entanto, mesmo em relação à arbitragem internacional, a interpretação contextualizada dos dois dispositivos imporá ao juiz estatal brasileiro a preferência pelo prestígio ao princípio da competência-competência do árbitro, que impõe ao Judiciário a análise *a posteriori* das condições de validade da convenção de arbitragem.

²¹⁵Em julho de 2006, em sua 39ª Sessão.

²¹⁶Artigo VII. 1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

Já se admitiu, todavia, em outras ocasiões, ainda na fase pré-arbitral, a possibilidade de análise superficial, pelo juiz togado, acerca de nulidades perceptíveis *prima facie*. Refere-se às hipóteses do exame que se deve realizar no caso de preliminar de contestação em que se alega a existência de convenção de arbitragem, onde o julgador poderá ponderar a validade da convenção (pelo menos quanto aos aspectos formais), igual situação acontecendo na hipótese da execução específica prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, a qual só terá prosseguimento se o juiz togado entender presentes as mínimas condições de ser da convenção, devendo inclusive enfrentar eventuais impugnações postas pelo réu na audiência de conciliação sobre a validade e existência da cláusula compromissória. Tais aferições, como já verificado, somente serão feitas se os vícios alegados por uma das partes puderem ser verificados *prima facie*, dispensando qualquer ponderação mais aprofundada, muito menos dilação probatória.

Nas duas situações há pouco descritas (preliminar de contestação e execução específica), pode haver, a depender das circunstâncias fáticas específicas do caso concreto, um abrandamento do princípio competência-competência, em prol da instrumentalidade e celeridade processual. Seria pouco razoável, verificando-se a existência de vícios evidentes e insanáveis a macular a arbitragem, havendo o juiz togado a oportunidade de reconhecê-los e assim evitar um desnecessário desenvolvimento de processo de arbitragem que invariavelmente será reconhecido nulo no futuro, deixar de fazê-lo apenas para proteger um princípio que é essencial, sim, mas que não é absoluto e não existe em função de si mesmo. Na verdade, o princípio da competência-competência tem razão de ser na necessidade de se prestigiar, ao máximo, a autonomia da arbitragem, diminuindo tanto quanto possível as hipóteses de intervenção judicial indevida sobre a mesma, que poderiam pôr em risco a própria jurisdição arbitral. Assim, se a intervenção judicial for realizada tendo em consideração essa responsabilidade, sem querer ultrapassar as fronteiras razoáveis da mera análise superficial, não há por que impedir de antecipar um pronunciamento, a fim de evitar todo o desenvolvimento de talvez um longo, custoso e inútil processo arbitral.

O princípio da competência-competência, aliado à autonomia da cláusula compromissória, compõe conjunto que garante a mais absoluta segurança à arbitragem, existente a fim de proteger a boa-fé e a livre manifestação de vontades das partes que optaram por excluir qualquer litígio decorrente do negócio que firmaram da apreciação jurisdicional estatal. É a manifestação do *pacta sunt servanda*. Daí, entender-se que o

sistema brasileiro não admite o procedimento judicial instaurado para analisar a validade da cláusula arbitral, antes desta análise ser feita pelo juízo arbitral. Este é o entendimento que deve pautar a atuação do magistrado ao lidar com alguma medida judicial que vise a impedir o prosseguimento ou instauração de processo arbitral.

Nas hipóteses em que há previsão legal de atuação judicial na fase pré-arbitral, especificamente aquelas relativas à preliminar de contestação (art. 301, IX, do CPC) e execução específica da cláusula arbitral (art. 7º da Lei de Arbitragem), o juiz deve exercer uma análise restrita, procurando dar a máxima efetividade ao acordo de arbitragem. Com muito mais razão, nas hipóteses de ação que visem a obstar a instauração da arbitragem (*anti-suit injunction*), deverá ter uma atuação limitada, restrita, devendo exercer uma análise superficial, e o alegado vício deve estampar-se à primeira vista. De outra forma, correrá o risco de exceder-se indevidamente sobre âmbito cuja apreciação a lei lhe expressamente vedou, pelas garantias dadas ao árbitro pelo art. 8º da Lei de Arbitragem.

É claro o risco de que, ao desobedecer tais limites, inicie uma indevida bifurcação do litígio: de um lado, a discussão judicial preliminar acerca da validade, existência e operacionalidade da cláusula arbitral, e, de outro, o debate na arbitragem acerca do mérito da questão que se pretende ver solucionada.

Tal interpretação coaduna-se com a doutrina mais atual acerca da leitura do artigo II, (3), a respeito da arbitragem internacional, e deve ser reproduzida no âmbito interno²¹⁷. O reconhecimento da precedência do árbitro na análise das questões relativas à validade da convenção configura elemento essencial do instituto da arbitragem. Se não for assim, a parte que não tiver interesse na resolução do litígio, por saber que suas chances de êxito são pequenas, sempre irá acionar o juiz estatal, nem que seja com único intuito de adiar o início do processo de arbitragem.

Daí se chegar ao entendimento de que, para se admitir a excepcional discussão judicial prévia acerca da existência, validade ou operacionalidade de uma convenção de

²¹⁷José Emilio Nunes Pinto e Rodrigo Garcia Fonseca asseveram: “a análise exclusivamente *prima facie* da (in)validade da cláusula compromissória, reservada a hipóteses gritantes, *aferíveis ictu oculi*, na aplicação do art. II.3 da Convenção de New York, é posição firmada nos tribunais e na doutrina franceses (...) Embora essa orientação não seja prevalente em todos os países, vem prevalecendo também no Brasil (...) Essa postura cautelosa dos tribunais garante a prioridade cronológica dos árbitros na análise de sua competência, essência do princípio *kompetenz-kompetenz*, sem prejuízo de eventual reapreciação da decisão pelo Poder Judiciário, porém sempre *a posteriori*. No Brasil, a legislação interna consagra o mesmo princípio, como se verifica dos arts. 8º e 20 da Lei 9.307/96”. (PINTO, José Emilio Nunes; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de New York: atualização ou interpretação? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 18, p. 50, jul. 2008).

arbitragem, o juiz togado deve necessariamente deparar-se com situação de teratologia, facilmente perceptível à primeira vista. Se não estiver convencido, logo no primeiro momento, da nulidade da convenção, o magistrado deverá de plano extinguir a demanda, sem resolução de mérito, com base no artigo 8º da Lei de Arbitragem, combinado com o art. 267, VII, do Código de Processo Civil, evitando assim o prosseguimento inútil da ação. O ônus da prova, portanto, recairá pesadamente sobre a parte que pretende impedir a instituição da arbitragem, e tal prova há de ser preconstituída, apresentada já na petição inicial²¹⁸. Qualquer necessidade de instrução probatória importará na extinção da ação, pois terá de ser processada no âmbito da arbitragem. A parte interessada deverá demonstrar condições para que o juiz firma um juízo de “*verossimilhança soberana*”²¹⁹.

O âmbito de atuação judicial, repita-se, é bastante restrito, e somente poderá recair sobre fatos perceptíveis *prima facie* pelo juiz²²⁰. Naturalmente, a autoridade judicial deverá ouvir o réu, que deverá tentar contrapor os argumentos e provas apresentados pelo autor da demanda que visa a impedir a instauração da arbitragem. Se o juiz entender necessário, pelo conteúdo da contestação do réu, ou se este trouxer com ela documentos novos, poderá decidir ouvir novamente o autor. Em qualquer caso, o procedimento deve ser célere e sumário, procurando o juiz decidir de modo mais breve possível, sabendo que não pode se aprofundar sobre questões probatórias, cuja competência é exclusiva – neste momento – do juiz arbitral.

A teratologia que se exige é aquela mesma que se impõe necessária para o conhecimento de mandado de segurança contra decisão judicial, no entanto restrita ao âmbito da análise da validade, existência e eficácia da cláusula arbitral, elementos dispostos no artigo 8º, e que, via de regra, serão analisados previamente pelo árbitro; ou seja, deve haver extravagante absurdo, manifesta ilegalidade, patente nulidade da convenção de arbitragem. É o caso, por exemplo, da convenção firmada por incapaz, cuja

²¹⁸“Dado que o vício que se imputa à cláusula compromissória deve ser patente a uma simples mirada aquele resiste em submeter o conflito à arbitragem implica ônus probatório eficiente e contundente, portanto, mais rigoroso, uma vez que o exame judicial se verifica e se subsume à *prima facie* dos elementos da prova”. (MARTINS, Pedro A. Batista. Artigo II (3) Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 135). Embora o autor acima citado estivesse se referindo à interpretação das *anti-suit injunctions* em relação às arbitragens submetidas à Convenção de Nova Iorque, entende-se que se aplica às situações relativas à arbitragem doméstica.

²¹⁹No dizer de Pedro Batista Martins (Artigo II (3) Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque, cit., p. 130).

²²⁰Há, segundo Pedro Batista Martins, decisões neste sentido proferidas por tribunais estatais da Suíça, Hong Kong, Ontário (Canadá), e França (MARTINS, Pedro A. Batista. Artigo II (3) Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque, cit., p. 130).

condição pode ser demonstrada pela apresentação, por exemplo, de certidão de nascimento (se for menor), ou pela sentença judicial que declarou a interdição (se for esta a hipótese). Também se enquadrará nesta situação se a convenção versar sobre objeto ilícito, ou acerca de questão relativa a direito indisponível.

Como já indicado, no entanto, não basta a teratologia, já que a intensidade desta é questão subjetiva e vai depender da perspectiva que sobre ela se tenha²²¹, mas sobretudo que ela deve ser evidente, manifesta, capaz de ser observada à primeira vista. A condição de ser *prima facie* é quase tão importante quanto à teratologia da nulidade. Se não houver a presença dessas duas condições, a ação judicial que visa a obstar a instauração de procedimento arbitral deverá ser rechaçada.

Assim, é de se afirmar que a regra estabelecida no sistema legislativo arbitral brasileiro é de maximo respeito ao princípio competência-competência. Por ele, entende-se que a análise judicial da validade da convenção deve ser feita *a posteriori*. Como todo princípio, este não é, contudo, absoluto, e pode, em restritas circunstâncias fáticas verificáveis caso a caso, ter sua aplicação abrandada, hipótese na qual a análise judicial seria realizada excepcionalmente *ex ante*.

Nas hipóteses analisadas neste tópico, a jurisdição estatal presta novamente dupla função em relação ao processo arbitral. Pode exercer controle no sentido de “sindicabilidade”, ao passo que nesta seara o juiz analisa, ainda que perfunctoriamente, as condições de validade da convenção de arbitragem, impugnada pela parte que pretende evitar a instauração da arbitragem. Também pode, no entanto, atuar no sentido de prestar apoio à jurisdição convencional, pois o juiz estatal deverá extinguir de plano a demanda caso inexistam as condições essenciais ao prosseguimento da medida *anti-suit*.

É de se registrar, por fim, que tais medidas são absolutamente excepcionais. Por isso boa parte da doutrina é refratária a sua aceitação²²². O respeito à jurisdição arbitral, elevada

²²¹Sobre o assunto, ver (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, p. 223, jul. 2002).

²²²“Conclui-se, portanto, que, de acordo com o direito brasileiro, as autoridades judiciárias podem tão somente apreciar a validade, existência, aplicabilidade ou efetividade da convenção de arbitragem em momento posterior aos árbitros. Nem mesmo o exame *prima facie* seria pois passível de ser realizado no Brasil pelo Judiciário a não ser no caso de nulidade ostensiva ou manifesta, devendo ser aguardada a decisão prévia dos árbitros”. (WALD, Arnoldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 22/336, citado em MARTINS, Pedro A. Batista. Artigo II (3) Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 132). Embora o autor se declare contra a possibilidade de análise prévia pelo juiz togado das condições de

ao grau máximo pelo princípio da competência-competência, é essencial para o desenvolvimento do instituto. É corolário da boa-fé e da manifestação de vontade das partes. Daí, a análise de medidas judiciais que buscam impedir a instauração da arbitragem devem ser, via de regra, absolutamente rechaçadas pelos órgãos da jurisdição estatal. A certeza de que as condições de validade da convenção de arbitragem será decidida pelo(s) árbitro(s) livremente escolhido pelas partes é elemento de enorme importância para as relações negociais pactuadas em torno de cláusulas compromissórias. A certeza dos jurisdicionados, no entanto, de que não serão submetidos indevidamente a arbitragens originadas em convenções nulas é condição inerente à segurança jurídica e de igual importância para as relações jurídicas. Tão grave para a segurança jurídica quanto não garantir que uma convenção validamente pactuada será analisada na esfera arbitral é reconhecer a validade de uma convenção absolutamente nula, obrigando as partes a submeterem-se a processo arbitral que será, posteriormente, reconhecido nulo.

As medidas *anti-suit injunctions* são, se bem interpretadas e desenvolvidas pela jurisprudência, elementos importantes para o instituto da arbitragem, já que apresentam como escopo antecipar no tempo a manifestação judicial em torno de uma nulidade manifesta da convenção – possibilitando evitar etapas inúteis para a resolução do litígio, ao poupar as partes de procedimentos desnecessários. Elas devem, contudo, ser norteadas pelos limites aqui delineados, sob pena de constituírem grave risco à jurisdição arbitral. É verdade que o dano que podem causar, se mal administradas, é inegavelmente maior do que o benefício que podem trazer, quando bem desenvolvidas.; no entanto, não é por isso que se deve descartá-las do ordenamento sem maiores reflexões. Evidencia-se com o passar do tempo um conhecimento cada vez maior dos juízes togados sobre os elementos da arbitragem, e uma capacidade cada vez mais completa de defender o desenvolvimento do instituto. Não há, portanto, por que deixar de confiar que a jurisdição estatal irá, também no que diz respeito a estas medidas, desempenhar correta função de controle e apoio à jurisdição arbitral.

validade, existência e aplicabilidade da convenção de arbitragem, sua posição torna-se um pouco dúbia em razão da afirmar logo depois “a não ser no caso de nulidade ostensiva ou manifesta”. As hipóteses analisadas neste tópico sempre se referem a casos de nulidade ostensiva ou manifesta, talvez até mais do que isso, pois incluem as condicionantes da teratologia e da capacidade de ser percebida *prima facie*.

5.5. Impugnação à decisão arbitral que julgar incabível a arbitragem

Restou comprovado que o árbitro possui competência para decidir acerca da sua própria jurisdição. Tal afirmação emana, como visto, do princípio competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), adotado na arbitragem nacional por força do estabelecido no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, que determina caber ao árbitro decidir acerca da “existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Ou seja, compete ao árbitro decidir sobre a nulidade da convenção de arbitragem e do contrato na qual se insere. A referência à nulidade engloba o conjunto “existência, validade e eficácia” da convenção. Não se repetirá aqui, pois já amplamente estudada a importância fundamental que referido dispositivo, aliado à ideia de autonomia da cláusula arbitral, representa para o desenvolvimento do instituto da arbitragem.

Verificou-se, contudo, que, a despeito da indiscutível relevância da garantia da precedência de análise pelo árbitro de eventual nulidade da convenção de arbitragem alegada por uma das partes, ela pode, em situações de rara excepcionalidade, ser mitigada. Tal ocorre, por exemplo, em casos de manifesta e flagrante nulidade, em que o não reconhecimento da nulidade importaria evidente teratologia, verificável *prima facie*. Se for este o caso, a parte poderá inclusive, tamanha a gravidade, propor medida judicial a fim de impedir a instauração ou prosseguimento de arbitragem, em clara exceção ao regramento geral adotado pela Lei de Arbitragem, especialmente naquilo que estabelece o parágrafo único do art. 8º. É o que a doutrina estrangeira denomina *anti-suit injunction*.

O reconhecimento de nulidade da convenção em fase pré-arbitral pode se dar não só por meio de medida judicial especificamente proposta para impedir a sua instauração (*anti-suit injunction*). Na verdade, como analisado antes, há ainda duas outras possibilidades: na hipótese de rejeição de preliminar de contestação que alegar existência de convenção (art. 301, IX, Código de Processo Civil), ou ainda em caso de improcedência da execução específica da cláusula compromissória (ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem).

Ou seja, se o Judiciário, em uma dessas três situações, se manifestar pelo reconhecimento de nulidade da convenção de arbitragem, ela não poderá ser instaurada e as partes terão de resolver o litígio pelas vias convencionais da jurisdição estatal. Portanto, é certo que, nestas três situações extraordinárias, a palavra final caberá ao órgão estatal, e

às partes assiste o direito de recorrer dessa decisão, sempre na esfera judicial, caso assim entendam. De igual maneira, conforme verificado em outro tópico desta tese, o juiz togado também poderá, em certas situações, rever a questão da nulidade do compromisso na fase pós-arbitral, caso ela não seja reconhecida na via arbitral (art. 32 da Lei de Arbitragem). Trata-se, em todas as situações, de reconhecimento, pelo juiz togado, de eventual nulidade da convenção.

Em alguns casos, ainda na fase que precede a arbitragem, o juiz estatal pode manifestar-se pela validade da cláusula compromissória ou do compromisso (caso assim decida em ação especificamente proposta para declarar a nulidade, ou caso acolha preliminar de contestação – art. 301, inc. IX, Código de Processo Civil, ou ainda na hipótese de julgar procedente a ação prevista no art. 6º da Lei de Arbitragem)²²³.

Surge, então, o seguinte questionamento: pode o juiz togado rever a decisão do árbitro que julgar inexistente, inválida, ineficaz, e, assim, reconhecer a nulidade da convenção de arbitragem? A resposta impõe-se negativa.

O sistema adotado pela Lei de Arbitragem resguarda ao árbitro, via de regra, a precedência na análise da sua jurisdicionalidade sobre a questão submetida à arbitragem. A “sindicabilidade” judicial é assegurada ulteriormente, ou seja, ao juiz togado caberá dizer sobre a nulidade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral apenas depois de referida questão ter sido decidida pelo juízo arbitral. Em alguns casos, vistos acima, pode referido questionamento, em caráter excepcional, ser analisado imediatamente pelo Poder Judiciário, mesmo antes da manifestação dos árbitros. A regra é, porém, da competência do árbitro para manifestar-se sobre a própria jurisdição, cabendo a ele decidir sobre a “existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. (Art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem).

A autonomia da cláusula arbitral, de onde decorre o princípio competência-competência, é essencial à arbitragem, e manifesta os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem. Positivo porque assegura a jurisdição arbitral sobre toda e qualquer discussão relativa à nulidade da convenção. Negativo porque capaz de afastar a jurisdição estatal sobre a questão.

²²³ Sabe-se, conforme visto em cada caso, que nem toda manifestação judicial nessas três situações importará em análise definitiva sobre a questão, capaz de impedir a rediscussão da matéria em futura ação anulatória (Art. 33 da Lei de Arbitragem). Isso dependerá da fundamentação da decisão.

Referida característica da arbitragem decorre da autonomia de vontade das partes. Estas, ao expressarem seu desejo de resolver o litígio pela via arbitral, escolheram afastar a jurisdição do Estado sobre a solução do litígio. Portanto, a livre expressão da vontade das partes só poderá ser observada se o próprio árbitro tiver preponderância para resolver eventual discussão sobre a nulidade da convenção, só se admitindo a intervenção judicial em momento posterior.

Se não fosse dessa forma, a convenção de arbitragem, notadamente a cláusula compromissória, correria o risco de tornar-se inócua, pois sempre caberia discussão judicial prévia a respeito da sua nulidade, o que importaria uma indevida judicialização anterior do processo arbitral, incompatível com a noção de que compete ao árbitro decidir sobre sua jurisdição.

A exceção à primazia que detém o árbitro para decidir sobre a nulidade da convenção manifesta-se nas três ocasiões antes indicadas. Tais exceções só se admitem por força de previsões expressas na legislação (a rejeição de preliminar de contestação em que se alegar existência de convenção de arbitragem e improcedência da ação de execução específica da cláusula arbitral) e por construção lógica decorrente das regras aplicáveis à arbitragem (admissibilidade de medida judicial para declarar a nulidade da convenção e impedir a instauração de procedimento arbitral).

Quando, porém, se tratar de decisão negativa, ou seja, quando o próprio árbitro reconhecer eventual nulidade da convenção e afastar a jurisdição arbitral sobre a matéria, não há de se admitir exceção ao princípio competência-competência. Descabe a impugnação judicial da decisão arbitral que reconhecer a inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula compromissória ou compromisso arbitral, e, neste caso, o litígio deverá ser resolvido judicialmente apenas no que diz respeito ao mérito²²⁴.

²²⁴ Quando o juízo togado reconhece a validade da convenção de arbitragem (na ação do art. 7º, por exemplo), o árbitro não está vinculado e pode considerar inválida a convenção. Quando o juízo togado reconhece a invalidade da convenção de arbitragem (na ação do art. 7º por exemplo), o árbitro não pode modificar essa decisão. Quando o árbitro reconhece a validade da convenção de arbitragem (ao proferir a sentença arbitral definitiva), o juízo estatal não fica vinculado e pode reverter essa decisão (na ação do art. 33). Quando o árbitro reconhece a invalidade da convenção de arbitragem (ao proferir sentença arbitral terminativa), o juízo togado fica vinculado e não pode reverter essa decisão. A princípio, a decisão negativa é sempre vinculante, seja ela proferida pelo Poder Judiciário (na ação do art. 7º), seja ela proferida pelo árbitro (ao proferir a sentença arbitral terminativa). E a decisão positiva é sempre reversível, seja ela proferida pelo Poder Judiciário (na ação do art. 7º), seja ela proferida pelo árbitro (ao proferir a sentença arbitral definitiva). A única hipótese em que a decisão que considerar válida uma convenção de arbitragem não pode ser revista é quando houver sido proposta em juízo ação declaratória de validade da convenção de arbitragem, e ter sido ela julgada procedente. Nesta hipótese, o árbitro não poderá rever a validade da convenção sob o mesmo enfoque apurado judicialmente, sob pena de ofender a coisa julgada material. O

A análise prévia da nulidade da convenção pelo juiz togado é admitida expressa e tacitamente somente porque ele poderá, eventualmente, reanalisar tal questão na fase pós-arbitral, por intermédio da ação que buscar reconhecer eventual nulidade do processo arbitral (art. 33 da Lei de Arbitragem). Isso justifica que, em determinadas situações, ele se manifeste sobre tal nulidade ainda na fase pré-arbitral, e, quando ela se apresentar de forma manifesta e evidente, deverá reconhecê-la, impedindo, assim, a inutilidade do processamento de uma arbitragem eivada de vícios. Não faria sentido, e seria contrário à instrumentalidade que impõe a celeridade e a economia processual como norteadores do moderno processo, admitir a possibilidade de o juiz deparar-se com nulidade evidente e deixar de reconhecê-la apenas para defender o princípio da competência-competência do juízo arbitral²²⁵.

Por outro lado, não há previsão legal para a revisão judicial da decisão do árbitro que extinguir o processo arbitral por nulidade da convenção – exceto se a decisão for desprovida de fundamentos, o que permitiria a propositura da ação prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem com base no previsto no inciso III do Art. 32²²⁶. Em tal caso, porém, não seria a nulidade da convenção objeto de intervenção judicial, mas simplesmente a ausência de fundamentos da decisão arbitral. Caso tal ação viesse a ser julgada procedente, caberia a devolução do litígio à instância arbitral, para que o árbitro proferisse nova sentença, dessa vez devidamente fundamentada, a qual poderia inclusive ter igual dispositivo.

Além disso, não há julgador mais interessado do que o próprio árbitro na instauração da jurisdição arbitral. Presume-se que o árbitro será o principal defensor da instituição da arbitragem, quando ela for válida, devendo observar o princípio *favor arbitrandum*, pelo qual a solução pela via da arbitragem deve ser prestigiada e sempre almejada. Assim, se o próprio árbitro reconhecer a nulidade da convenção, não há por que

juiz que se deparar com eventual ação declaratória de validade da convenção de arbitragem haverá de exigir que a parte apresente justificativa para o fato de não esperar o pronunciamento do juízo arbitral, que, a rigor, por força do princípio competência-competência, haveria de ser precedente ao judicial.

²²⁵Neste sentido, ver Lew, Mistellis e Kroll: “*the advantage of a court dealing with the question of jurisdiction at an early stage is certainty. The parties do not have to wait for months or years for a final decision on the validity of the arbitration agreement. Furthermore, parties do not have to engage in arbitration proceedings which, in the end, may prove futile if the court dealing with the issue at a later stage denies the existence of a valid arbitration clause*”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 345).

²²⁶“Não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei”. O art. 26, inciso II, impõe como requisito obrigatório à qualquer sentença arbitral a sua fundamentação.

reencaminhar tal discussão à jurisdição estatal. Caberá às partes, neste caso, observar a decisão e submeter a resolução judicial ao Poder Judiciário.

Um litígio submetido a convenção de arbitragem nula (inexistente, inválida ou ineficaz) não poderá jamais ser decidido na via arbitral sob pena de afrontar-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Admitir arbitragem alicerçada em convenção nula importaria ampliação absolutamente indevida da jurisdição arbitral e invasão das fronteiras impostas pela legislação sobre o que é arbitrável e o que não é.

O princípio competência-competência, pelo qual ao árbitro compete decidir sobre sua jurisdição, não merece ser afastado quando o árbitro entender que a convenção é nula, e, portanto, não há jurisdição arbitral. A decisão do árbitro que extinguir a arbitragem por reconhecimento de nulidade da convenção não poderá ser objeto de reanálise pelo juiz togado. O Poder Judiciário, ao observar o princípio competência-competência estabelecido no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, não poderá rever a decisão do juízo arbitral que reconhecer a nulidade de uma convenção de arbitragem²²⁷.

5.6. Conclusões parciais

A fase pré-arbitral, período compreendido entre a assinatura da convenção de arbitragem (seja na forma de cláusula compromissória quanto na de compromisso arbitral) e a efetiva instauração da arbitragem (momento em que o árbitro, ou árbitros, aceitam a nomeação e o múnus arbitral), é etapa que prescinde de imenso apoio e intervenção judicial.

De fato, por se tratar de fase em que ainda não existe jurisdição arbitral efetivamente constituída, mas apenas a mera expectativa de sua constituição, cabe ao Poder Judiciário ora o papel de guardião do futuro processo de arbitragem, ora o de assistente da arbitragem ainda inexistente. Trata-se de enorme responsabilidade, pois o juiz togado, no momento pré-arbitral, é penhor da jurisdição arbitral, determinante para o futuro da resolução do litígio da forma como livremente pactuado entre as partes.

²²⁷Sobre o tema, ver Carlos Alberto Carmona: “Se concluírem [os árbitros] pela invalidade da convenção, encerrarão a arbitragem, o que trará as partes de volta ao Poder Judiciário que, agora, não poderá voltar a tratar do assunto: ainda que o juiz entenda (ao contrário do que já resolveram os árbitros) válida a convenção, prevalecerá a decisão já tomada em sede arbitral, impondo-se definitivamente a competência do juiz togado.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, cit., p. 177).

É de fundamental importância que o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar sobre causa relacionada a matéria submetida à convenção de arbitragem, seja para apreciar algum incidente cautelar, seja para verificar pretensão nulidade da convenção, decida de forma a prover amparo ao futuro litígio a ser dirimido na via arbitral. Deve observar o princípio *favor arbitrandum*, que impõe prestigiar o método de solução arbitral da lide, sempre que esta se verificar possível, garantindo, assim, a observância da livre vontade das partes expressa em contrato anterior.

Portanto, conclui-se caber unicamente ao juiz togado o poder de impor a instauração forçada da arbitragem contra a qual resista indevidamente uma das partes. Caberá a ele garantir, assim, a efetivação da jurisdição arbitral.

A regra geral adotada pela Lei de Arbitragem, seguindo os passos da prática legislativa internacional, é de caber ao árbitro a prioridade na apreciação de qualquer nulidade arguída sobre a convenção de arbitragem, ou sobre o contrato principal. Daí decorre o princípio da competência-competência, pelo qual se entende caber ao juízo arbitral decidir sobre a sua jurisdição. Tal princípio é materializado pelo que dispõe o parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, e origina-se na autonomia da cláusula arbitral, que impõe a independência entre a cláusula compromissória e o contrato que lhe é subjacente. Todas essas elaborações representam tecnologias jurídicas que visam a assegurar, ao maior grau possível, a observância da livre vontade expressa pelas partes.

Não é exagerado dizer, assim, que o princípio da competência-competência é um dos pilares de garantia da jurisdição arbitral, pois impõe a precedência arbitral sobre a análise de sua própria jurisdição, delegando a momento posterior qualquer intervenção judicial.

Apesar, porém, de sua inegável e enorme importância, a regra da precedência arbitral admite exceções, previstas na própria legislação que regula a arbitragem no Brasil. Há circunstâncias em que o Judiciário, chamado ao apoio da jurisdição arbitral, pode exercer, ainda que superficialmente, algum tipo de controle sobre os elementos de validade da jurisdição arbitral, e, em tais raras situações, se verificar a ausência de condições essenciais de validade, poderá impedir a instauração da arbitragem.

A primeira forma de manifestação do apoio judicial ao processo de arbitragem, analisada neste capítulo, é aquela prevista no artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil. Trata-se da análise, por órgão judicial, da preliminar de contestação arguída pelo réu,

quando este indicar preexistir convenção de arbitragem sobre a matéria objeto da ação que lhe move o autor. O autor, deixando de respeitar convenção de arbitragem válida, que aforar uma ação contra o réu em juízo estatal, permitirá que este alegue a existência da convenção, e pleiteie a extinção da demanda pelo juiz togado, e a remessa das partes à esfera arbitral.

É assim que o juiz estatal desempenha função de garantia, assegurando a instauração da arbitragem quando uma das partes deixar de observar o convencionado. O juiz deverá, no entanto, analisar os aspectos extrínsecos da convenção de arbitragem, a fim de verificar se ela realmente existe, se é válida e se é eficaz. De outra forma, impõe-se o reconhecimento da nulidade da convenção.

Ao passo que presta apoio à jurisdição arbitral, garantindo o seu desenvolvimento, manifesta ainda certa medida de controle sobre o processo arbitral. De fato, o juiz, ao analisar a preliminar arguída, exerce, mesmo que superficialmente, juízo de delibação sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Esse controle, como dito, é superficial, pois que o juiz não poderá se aprofundar sobre a questão – pois já se cuida aqui de uma exceção ao princípio da competência-competência, admitida apenas porque a análise do juiz togado não é aprofundada. Só poderá analisar os aspectos extrínsecos da convenção e do contrato da qual é acessória (em se tratando de cláusula compromissória).

Se houver nulidade perceptível *prima facie*, o juiz togado não só poderá, como deverá, rejeitar a preliminar arguída pelo réu, impelindo assim à resolução judicial do processo. Exercerá, em tal caso, inegável controle sobre a jurisdição arbitral, pois impedirá que esta seja irregularmente instaurada, o que daria ensejo a inútil processo de arbitragem, fadado a ter sua nulidade futuramente reconhecida em ação própria (prevista no artigo 31 da Lei de Arbitragem).

Apesar da distinção aparente de tratamento da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, em razão do §4º do referido artigo 301 conter que somente em relação ao compromisso o juiz não poderá se manifestar de ofício, verificou-se que se trata de mero descuido legislativo²²⁸. A correta hermenêutica recomenda que se leia o

²²⁸O legislador que instituiu a arbitragem no Brasil alterou a antiga redação, substituindo a dicção “compromisso arbitral” por “convenção de arbitragem”, expressão que abrange tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral. Fez isso em todos os dispositivos do Código que continham a expressão “compromisso arbitral”, alterando também, por exemplo, o inciso VII do artigo 267. Todavia, não cuidou de alterar a redação do §4º do mesmo artigo, que por descuido permaneceu com a redação antiga, alusiva somente ao compromisso.

dispositivo indicado substituindo a dicção “compromisso arbitral” por “convenção de arbitragem”. A explicação é que mesmo a cláusula arbitral pode não estar inserida no documento contratual original juntado pelo autor na ação movida em juízo (pode ser objeto de ajuste posterior, feito por correspondência, física ou eletrônica, ou ainda em instrumento contratual adicional, etc). Bem assim, se as partes convencionaram a submissão do litígio à arbitragem, podem repactuar essa opção, e a não arguição da preliminar em que se afirme existir a convenção representaria uma renúncia pelo réu, ainda que tácita, da jurisdição arbitral.

Se o juiz togado acolher a preliminar levantada, prestará apoio à arbitragem, pois assegurará a instauração de processo arbitral que, não fosse o acolhimento da preliminar, talvez restasse inexistente. Antes, porém, de decidir sobre ela, o juiz ouvirá o autor, que, em réplica, poderá arguir em sua defesa que a convenção de arbitragem é nula, o que obrigará o juiz a fundamentar sua decisão sobre a preliminar, seja acolhendo-a ou rejeitando-a. Ao assim agir, estará exercendo, ainda que superficialmente, controle sobre a jurisdição arbitral, pois que examinará se a convenção preenche os requisitos necessários para ser válida e eficaz.

A decisão do juiz, quanto a eventual nulidade da convenção sustentada pelo autor, deve ser superficial, pois deverá se limitar à análise dos seus aspectos extrínsecos, que sejam perceptíveis a prima facie. De outra forma, estará se imiscuindo sobre tema que lhe é defeso, já que o julgamento de tal questão deve ser desempenhado, regra geral, pelo árbitro. Portanto o juiz deverá ater-se apenas a análises das nulidades evidentes, gritantes, absurdas, teratológicas. Por isso não será admissível, nesta via, qualquer dilação probatória.

Uma vez transitada em julgado a decisão do juiz que acolher a preliminar de existência de convenção esta não produzirá coisa julgada material. Isto importa em que poderá ser objeto de nova discussão na seara da ação declaratória de nulidade, prevista no art. 31 da Lei de Arbitragem. A sentença que acolher a preliminar do art. 301, inc. IX, é, portanto, meramente terminativa.

A análise da preliminar de contestação sobre existência de convenção de arbitragem, prevista no inciso IX do art. 301 do Código de Processo Civil, é manifestação do papel de complementaridade que o Poder Judiciário presta à jurisdição arbitral. Excepcionalmente, esta via permitirá ao órgão judicial exercer certa medida de controle sobre a instância arbitral, impedindo que haja a instauração de um processo arbitral eivado de nulidades. Mas não é a única via possível em que tal pode ocorrer.

Ainda na fase pré-arbitral, a jurisdição estatal pode ser instada à ajuda da jurisdição arbitral, quando uma das partes, mediante a ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, buscar obrigar a adversária recalcitrante a instaurar coercitivamente a arbitragem. Trata-se, referido mecanismo, de importante avanço alcançado pelo legislador brasileiro, pois livrou a cláusula compromissória da inocuidade de que era refém no regime vigente antes do advento da Lei de 1996. Cabe ao Judiciário garantir a materialização do processo de arbitragem, quando uma das partes convencionantes resistir, sem razão, à instauração; papel fundamental de apoio e assistência, sem o qual a cláusula compromissória seria meramente ornamental.

Ao julgar a ação de execução específica da cláusula compromissória, poderá o órgão da jurisdição estatal ser instado a manifestar-se sobre a regularidade da convenção, hipótese na qual exercerá, também em certa medida, controle sobre a jurisdição arbitral. O juiz poderá ser chamado a decidir eventual nulidade, arguída pelo réu na audiência prevista no § 2º do referido artigo 7º da Lei de Arbitragem.

Sabe-se que o rito da referida ação é sumário, devendo o juiz se pautar pela celeridade e brevidade em todos os atos, de modo a evitar que o processo se torne demorado, o que seria imerecida premiação à recalcitrância da parte resistente à instituição da arbitragem. Não será admissível, portanto, qualquer dilação probatória. É imperativo, por isso, que o juiz decida eventual arguição de nulidade da convenção apresentada pelo réu com os elementos fáticos de que dispuser, os quais deverão ser apresentados pela parte requerida na primeira ocasião que lhe for possível – normalmente na audiência tratada no §2º do art. 7º da Lei de Arbitragem. Daí concluir-se que o controle exercido pelo juiz togado restringir-se-á aos elementos que se evidenciaram à primeira vista, tal qual ocorre nas hipóteses de contraposição do autor à preliminar de contestação prevista no inciso IX, do artigo 301 do Código de Processo Civil.

O Poder Judiciário, ao processar a ação de execução específica, porta-se como assistente da jurisdição arbitral, já que é o único amparo que a parte que pretende instituir uma arbitragem possui a fim de obrigar a outra que resiste à instauração do processo arbitral. Sua atuação, ao garantir a jurisdição arbitral, deve pautar-se pela celeridade, e a sentença será tanto melhor quanto mais sucinta for, delegando ao(s) árbitro(s) ou órgão arbitral a definição das regras procedimentais atinentes à arbitragem.

Em menor extensão, mas com igual importância, pode exercer sindicância sobre os requisitos essenciais à convenção de arbitragem, e, verificando sua ausência, julgar

improcedente a ação, impedindo assim o início de processo de arbitragem fundado em convenção de arbitragem nula. Tal controle, todavia, deve ser feito de forma excepcional, apenas nas raras circunstâncias em que a nulidade arguída se evidenciar fulgurante e inescandível. Consiste, aqui, uma exceção ao princípio da competência-competência, que contraria a regra geral em que a análise de tais condições de validade da convenção competem, precedentemente, ao árbitro, e só ulteriormente ao juízo togado.

Percebe-se, aqui, nítida complementaridade: sem o auxílio que o juiz togado pode prestar ao juízo arbitral, este poderia ser evitado pela simples recusa da parte de firmar o compromisso. Ao mesmo tempo em que funciona como órgão de apoio – ao garantir a constituição da jurisdição arbitral nos casos de resistência – o juízo togado exerce elementos de controle, pois poderá, ao decidir sobre o pedido de instauração da arbitragem, examinar, ainda que superficialmente, as condições de validade da convenção e a abrangência dela sobre o litígio que se apresenta. Além disso, estabelecerá parâmetros que terão consequências importantes no desenrolar daquela arbitragem, ao impor a escolha do árbitro e das regras procedimentais, ou aludir a regras de instituições de arbitragem.

Além da função complementar, há instantes descrita, o juiz estatal pode exercer importante função subsidiária à jurisdição arbitral, consubstanciada na análise de qualquer tutela de urgência necessária na fase pré-arbitral. No Brasil, o efeito negativo da convenção de arbitragem – responsável pelo afastamento da jurisdição estatal para decidir a matéria de que cuida – não é absoluto, pois haverá hipótese em que seja necessária decisão sobre incidente urgente, quando a jurisdição arbitral não tenha ainda se materializado – o que só ocorre quando houver assinatura do compromisso arbitral ou substituição por sentença (arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem).

Haverá, em tais casos, uma restituição jurisdicional ao Estado, que será provisória, pois durará apenas o tempo que for necessário para que a jurisdição arbitral se constitua e se apresente apta a julgar o incidente. Essa restituição possui fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois de outra forma o direito pretendido não poderia ser tutelado. Referida restituição será sempre subsidiária, provisória e sumária. Só se justifica havendo impossibilidade material de decisão do árbitro, que terá sua jurisdição imediatamente instaurada no momento em que puder decidir – e passará a ser competente inclusive para julgar as demandas cautelares ou antecipatórias sobre as quais os órgãos judiciais já tenham se manifestado, e poderá rever, positiva ou negativamente, as decisões já proferidas pela jurisdição estatal. Somente ao árbitro competirá o exaurimento da

questão. E o juiz togado, a fim de apreciar uma medida de urgência, deverá observar o *periculum in mora* composto, somente aferível quando for demonstrado, além do perigo de dano irreversível usualmente necessário, também a impossibilidade de que tal medida seja analisada pelo árbitro. Em função da natureza precária da restituição jurisdicional, tão logo retome o árbitro a possibilidade de apreciar a tutela de urgência, esvair-se-á a jurisdição estatal.

A função do juiz é subsidiária, tendo como norte a observância do resguardo da jurisdição arbitral, e a necessidade de evitar perecimento de direitos. O juiz togado agirá como substituto provisório, assim como o juiz plantonista que decide no fim de semana uma medida de urgência que poderá vir a ser revista posteriormente pelo titular, assim que ele tenha condições para tanto. Há, portanto, inegável complementaridade entre o juízo estatal e o arbitral.

A última forma de manifestação de controle do Poder Judiciário sobre a esfera arbitral que se estudou neste capítulo é aquela que se dá em circunstâncias de absoluta excepcionalidade por intermédio das denominadas *anti-suit injunctions*. Referidas circunstâncias só ocorrerão em caso de ser verificar nulidade de absurda teratologia, que salte aos olhos do magistrado sem que precise fazer maior esforço analítico. Ao garantir o conhecimento de tais medidas apenas em casos de elevada excepcionalidade, o juiz togado afere garantia de que a jurisdição arbitral será respeitada, restringindo ao máximo as situações em que usará essas medidas para exercer controle sobre os requisitos de validade da convenção de arbitragem.

Referidas medidas *anti-suit*, embora não encontrem previsão na legislação nacional, devem ser admitidas em decorrência de construção lógica, levando-se em consideração a possibilidade de reconhecimento, pelo Judiciário, de nulidades *prima facie* antes da análise pelo árbitro, aliada à previsão constante da parte final do artigo II, (3), da Convenção de Nova Iorque.

Não caberá, diante da necessidade de existirem nulidades tangíveis *a prima facie*, qualquer dilação probatória. De outra forma, haverá desrespeito ao princípio da competência-competência, e o juiz togado exercerá indevida insurgência sobre o âmbito da jurisdição arbitral.

Feitas tais considerações, verifica-se que, na fase pré-arbitral, o controle a ser eventualmente exercido pelo Poder Judiciário centra-se muito mais na assistência e apoio à jurisdição arbitral do que na sua “sindicabilidade”. Isso se dá porque, não instaurada a

arbitragem, a jurisdição arbitral, prometida pela existência da convenção de arbitragem, ainda não se materializou e não passa de mera expectativa das partes, ou de uma delas. Não havendo ainda jurisdição arbitral, não há como se exigir dos árbitros, portanto, a decisão das tutelas de urgência eventualmente necessárias, o que importará na restituição provisória da jurisdição estatal, num abrandamento do efeito negativo da convenção de arbitragem.

Caberá ainda ao Judiciário o fundamental papel de garantir a instauração da arbitragem, quando uma das partes rejeitar a via convencionada. Isso acontecerá quando o juiz togado acolher a preliminar de contestação prevista no artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil, extinguindo a ação inadvertidamente proposta no foro judicial e remetendo as partes para a arbitragem; ou ainda quando for ajuizada execução específica de cláusula compromissória por uma das partes contra a outra que, sem motivo, resistir a firmar o compromisso. Como assistente e garantidor da jurisdição arbitral, o apoio exercido pelo Poder Judiciário é fundamental na fase pré-arbitral.

As hipóteses de controle judicial propriamente dito sobre o processo de arbitragem são, nesta etapa anterior à sua instauração, muito restritas, devendo se dar somente em situações excepcionais. Tal regra decorre da observância do princípio competência-competência, emanado do parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, que admite abrandamentos a depender das circunstâncias do caso concreto. Referido controle na fase pré-arbitral só poderá ser desempenhado observados os seguintes limites: (i) dar-se-á somente em relação à nulidade que importe em inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem; (ii) referidas nulidades devem ser perceptíveis *prima facie*; (iii) os elementos a fundar o convencimento do julgador deverão ser pre-constituídos, ou seja, não será admissível qualquer dilação probatória ou análise mais aprofundada. Respeitando tais limitações sistêmicas impostas, o Poder Judiciário, na fase pré-arbitral, poderá: (i) rejeitar a preliminar de contestação prevista no inciso IX, do artigo 301, do Código de Processo Civil; (ii) julgar improcedente a ação executiva de que trata o artigo 7º da Lei de Arbitragem; e, (iii) com maior parcimônia ainda, nas excepcionalíssimas hipóteses julgar procedente ação declaratória de nulidade de convenção de arbitragem, aforada previamente (*anti-suit injunctions*).

Conclui-se, portanto, que a atuação judicial, na fase pré-arbitral, pode ser desempenhada em caráter ocasional (quando o Judiciário for instado a exercer excepcionalmente o controle prévio sobre a validade, existência e eficácia da convenção

arbitral), ou sistemático (quando for chamado a prestar apoio a jurisdição arbitral, seja conhecendo subsidiariamente as tutelas de urgência antes de instaurada a arbitragem, seja a fim de assegurar a instauração forçada do processo de arbitragem, quando houver resistência indevida por uma das partes).

6. CONTROLE JUDICIAL NA FASE ARBITRAL

Neste capítulo é analisado o controle judicial exercido sobre a arbitragem durante a fase arbitral. Ou seja, o objeto de estudo compreende a etapa que se inicia com a instauração do processo de arbitragem (que se dá após a aceitação pelo(s) árbitro(s) da tarefa que lhe é delegada pelas partes), até o momento da prolação de sentença arbitral final (diz-se final porque se refere aqui à sentença definitiva, que dá fim ao processo arbitral, indicado no art. 31 da Lei de Arbitragem, já depois do prazo de cinco dias para correção de erro material, obscuridade, dúvida ou contradição, previsto no art. 30 da mesma lei).

Na análise do controle judicial sobre a arbitragem, exercida nesta fase, serão tomados de empréstimo algumas regras e princípios do processo civil, sendo certo que as regras do Código de Processo Civil não se aplicam, indistintamente, à arbitragem. Portanto, a utilização de alguns dispositivos do Código de Processo Civil será feita apenas no que couber aplicação à arbitragem, e digam respeito aos princípios processuais, especialmente o princípio do devido processo legal²²⁹.

²²⁹ “Neste sentido: Tenho insistido – para espanto de muitos, especialmente daqueles que não estudam o Direito Processual com a necessária profundidade – que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem. Parece heresia. Não é. Se os princípios do processo civil orientam e permeiam o processo arbitral (como também permeiam o processo constitucional, o processo administrativo, o processo tributário) o Código de Processo Civil tem utilização bem mais restrita e deve ser consultado no âmbito dos tribunais estatais. Princípio é uma coisa, lei é outra, de modo que os princípios gerais do processo são aplicáveis, é claro, a todos os processos, entre eles o arbitral, sem que haja necessidade de recorrer às normas processuais codificadas que regem o processo estatal.

Isto significa que o processo arbitral encontra um ambiente aberto à flexibilidade, o que não acontece em nossas abafadas cortes estatais. Esta flexibilidade procedimental, como é natural, torna os árbitros muito menos engessados que o juiz togado, permitindo-lhes experimentar novos e variados meios de descobrir fatos e aumentar sua capacidade de entender o direito que devem aplicar.” (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 28, p. 47, jan. 2011).

6.1. Conexão, continência, litispendência e jurisdição arbitral

6.1.1. Conexão e continência

A conexão, como se sabe, ocorre quando duas ou mais ações compartilharem pedido ou causa de pedir (art. 103, Código de Processo Civil²³⁰). Continência, por sua vez, verifica-se quando o objeto de uma causa contiver o objeto de outra, havendo identidade de partes e da causa de pedir (art. 104, Código de Processo Civil²³¹). Segundo a solução adotada pela lei brasileira, o juiz ordenará a reunião das duas ações, a fim de que sejam decididas simultaneamente (art. 105, Código de Processo Civil²³²).

A conexão e a continência são fatos. A produção do efeito de reunião dos processos, previsto no artigo 105, decorrente da sua verificação, contudo, nem sempre ocorrerá, pois depende de outros fatores²³³.

Referidas soluções processuais, criadas a fim de evitar a possibilidade de julgamentos contraditórios e antagônicos sobre o mesmo assunto, a serem eventualmente proferidos por juízes igualmente competentes, não devem ser aplicadas em relação à arbitragem.

Portanto, verifica-se que tais mecanismos da prática processual civil não são extensivos ao processo arbitral. Embora em tese possa ocorrer conexão ou continência entre um processo em trâmite no juízo arbitral e outro aforado no juízo estatal, obviamente que nunca se poderá aplicar o efeito da reunião das ações para julgamento em conjunto, conforme preceituado no artigo 105 do Código de Processo Civil, porque tal se restringe às hipóteses de mesma competência territorial e funcional. A jurisdição arbitral é distinta da

²³⁰ Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

²³¹ Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

²³² Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

²³³ Cite-se, exemplificativamente, as hipóteses em que não haverá reunião de causas conexas ou continentes: ações que tramitem em juízos de competência funcional distinta (juízo de primeira instância e recursal), ou de competência material distinta (juízo cível e juízo de família). Neste sentido: “A conexão não implica na reunião dos processos, quando não se tratar de competência relativa – art. 102 do CPC. A competência absoluta da Justiça Federal, fixada na Constituição, é improrrogável por conexão, não podendo abranger causa em que a União, autarquia, fundação ou empresa pública federal não for parte (STJ-2a Seção, CC 832-MS, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 26.09.1990, em NEGRÃO, Theotonio; GOUVEIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 250).

jurisdição ordinária do Estado, e não se insere entre os seus órgãos, já que não faz parte da estrutura da organização judiciária. Daí ser inviável a reunião de processos preceituada no dito dispositivo.

Ajuizada ação que guardar identidade de causa de pedir e pedido com processo submetido à arbitragem, caberá à parte interessada arguir a exceção processual de existência de convenção de arbitragem, disposta no artigo 301, inciso IX, como preliminar de contestação. O juiz togado, ao certificar-se de que a convenção preenche as condições extrínsecas de validade, deverá então extinguir a demanda judicial, sem resolução de mérito, encaminhando as partes à resolução arbitral. Se, no entanto, a parte que for ré na ação judicial deixar de arguir a preliminar indicada no art. 301, inc. IX, do CPC, então estará renunciando, ainda que tacitamente, à jurisdição arbitral. O árbitro, ao tomar conhecimento do ocorrido, haverá de extinguir o processo arbitral na fase em que o mesmo se encontrar.

O inverso – ser proposta demanda no juízo arbitral idêntica à ação em curso judicialmente – tampouco importará a reunião das ações. Isso porque, em tal circunstância, a parte requerida deverá, antes de propor a demanda arbitral, já ter arguído em juízo preliminar de existência de convenção de arbitragem, e o juiz togado, verificando superficialmente as condições de validade da convenção, remeterá as partes à jurisdição arbitral. Se não o tiver feito, a parte demandada na via judicial terá renunciado à jurisdição arbitral, e, portanto, a demanda arbitral deverá ser extinta pelo árbitro na primeira oportunidade; no entanto, se o juiz togado não reconhecer convenção de arbitragem válida, e for proposta demanda na instância arbitral, e ambos os julgadores – árbitro e magistrado – vislumbrarem ter jurisdição sobre o litígio, a situação terá de ser resolvida por meio de conflito de competência, a ser analisado em tópico seguinte.

Já a continência deverá ter tratamento semelhante, porém restrito ao que for objeto da convenção de arbitragem. Assim, se uma demanda for proposta junto ao Poder Judiciário que abranger o objeto de demanda em curso em processo arbitral, caberá à parte adversa apresentar a mesma preliminar do inciso IX, do art. 301, e o processo judicial deverá ser parcialmente extinto no que disser respeito àquela parte que for objeto da convenção. Se, no entanto, pela natureza da demanda, não for isto possível, será o caso de suspender-se o trâmite do processo judicial, a fim de aguardar-se a sentença arbitral final, sob pena de indevida ingerência judicial no âmbito da jurisdição arbitral.

Quanto ao inverso – propositura de demanda arbitral que contenha o objeto de ação judicial em curso – caberá à parte requerida na ação judicial aduzir a preliminar de convenção, de forma que não serão reunidos os processos. Se não o fez, preclusa estará a matéria, e haverá renúncia tácita à jurisdição arbitral, devendo o litígio ser resolvido na esfera judiciária. Se ainda assim isso acontecer, e magistrado e árbitro entenderem que são competentes, a solução deverá ser a mesma relacionada à conexão: instauração de conflito de competência, estudado no tópico seguinte.

Portanto, resta concluir ser admissível existir conexão e continência entre processos em curso perante o juízo arbitral e o juízo estatal. Como dito antes, conexão e continência são fatos, no entanto, os seus efeitos não se alastram para o processo arbitral. Não há que se falar em reunião de processos judicial e arbitral, na forma prevista no artigo 105 do Código de Processo Civil. Havendo conexão e continência, a solução será almejada por via da exceção processual prevista no inciso IX do artigo 301 do Código de Processo Civil. De outro modo, dará ensejo a instauração de conflito de competência, cujo procedimento é analisado no tópico seguinte.

6.1.2. Litispendência

A litispendência, por sua vez, enseja a possibilidade de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, inc. V, CPC), e deve ser arguída em preliminar de contestação (art. 301, inc. V, CPC). Há litispendência quando se repete ação em curso (art. 301, § 3º, Código de Processo Civil²³⁴).

Quanto à litispendência, verifica-se, para sua ocorrência, ser necessária a existência de dois órgãos jurisdicionais com idêntica competência. É, portanto, fácil perceber a impropriedade em aventar-se a possibilidade de litispendência entre processo em trâmite na jurisdição arbitral e outro em desenvolvimento na jurisdição estatal. Não há, como se percebe, conflito de competência, mas de jurisdição. Na verdade, a jurisdição arbitral, alheia que é à estrutura organizacional do Poder Judiciário, possui posição deslocalizada, quase assemelhando-se a uma jurisdição estrangeira. Não há que se falar em litispendência,

²³⁴ § 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso (...).

assim como não há que se cogitar em aplicação das regras cronológicas a fim de fixar a prevenção²³⁵.

A situação de litispendência relacionando processo judicial e arbitral é mesmo impossível de se observar, dado que a situação de conflito jurisdicional depende, para sua solução, da existência de convenção de arbitragem válida e eficaz. Constatada haver convenção de arbitragem válida e eficaz, há de se afastar a jurisdição estatal. Caso contrário, sendo inexistente ou nula a convenção, afastada estará a jurisdição arbitral²³⁶. Há, assim, obstáculo intransponível para o surgimento de litispendência entre arbitragem e ação judicial, consubstanciado no fato de que a existência da jurisdição arbitral exclui necessariamente a jurisdição estatal, e vice-versa. Não é admissível que o árbitro e magistrado togado conheçam da ação com idêntico objeto²³⁷. Ou haverá jurisdição arbitral, ou haverá jurisdição estatal, de forma que nunca se produzirá litispendência entre processo em curso na arbitragem e outro a fluir no Judiciário. Como já observado, se a parte ré na ação judicial deixar de aduzir a preliminar de existência de convenção de arbitragem, estará renunciando, ainda que tacitamente, à arbitragem em curso.

A competência do árbitro decorre unicamente do acordo de vontades expresso pelas partes, materializado na convenção (seja ela em forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral). De tal modo, descabe em relação à arbitragem qualquer exceção processual de litispendência aplicável às ações judiciais, daí a importância do princípio competência-competência, assegurando ao árbitro a análise, em primeira mão, da sua própria jurisdição sobre a matéria objeto do litígio.

²³⁵ Assim, Clávio Valença Filho: “maltrata o rigor dos conceitos saber que a caracterização de litispendência pressupõe a existência de ao menos dois juízes igualmente competentes para a causa e equiparar a tanto o conflito, que na verdade é jurisdicional. O árbitro é juiz desvinculado do sobreano que investiu o juiz estatal. Não participa do mesmo aparelho jurisdicional. Assemelha-se, ao contrário, a uma jurisdição estrangeira(...) Por não estarem vinculados à mesma soberania – já que deslocizada é a arbitragem – impossível é a existência de litispendência entre árbitro e juiz. Afaste-se, por este motivo, a aplicabilidade das regras cronológicas que reconhecer a competência ao primeiro entre os dois juízes”. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem, cit.).

²³⁶“(…) quand une exception de connexité ou de litispendance est soulevée devant les arbitres, ceux-ci écartent toute possibilité de conflit car leurs propres compétences ne dépendent que d’un seul facteur: l’existence, la validité et l’effet de la convention d’arbitrage, laquelle a précisément pour objet d’écarter la compétence des tribunaux étatiques”. (FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international, cit., p. 42).

²³⁷“(…) existe un obstacle fondamental à l’apparition d’un cas de litispendance ou de connexité: juges et arbitres ne peuvent connaître dans les mêmes conditions d’une même affaire, comme s’il s’agissait de législations nationales. La compétence de l’un exclut naturellement celle des autres”. (FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international, cit., p. 42).

Na esfera da arbitragem internacional, a corroborar com tal raciocínio, destaque-se a proposital omissão da Convenção de Nova Iorque em tratar sobre qualquer possibilidade de exceção de litispendência²³⁸. Não há espaço para a existência de litispendência, ainda que haja em curso uma arbitragem internacional paralela a um processo judicial em trâmite em outro país²³⁹. A Lei Modelo UNCITRAL também aponta na mesma direção: estabelece que os procedimentos de arbitragem podem ter início ou continuidade, admitindo-se inclusive a prolação de sentença arbitral, mesmo na pendência de ação judicial sobre o mesmo objeto²⁴⁰.

Quanto à litispendência, conclui-se enfim a impossibilidade de sua ocorrência entre processos judicial e arbitral, simplesmente porque, ainda que haja duas ações idênticas nessas duas esferas, de litispendência não se cuidará, pois sua ocorrência depende da existência de dois julgadores igualmente competentes. Tal situação não será possível em relação à arbitragem, pois não se cuida de questão relacionada à competência, mas sim à jurisdição: ou a convenção é válida e eficaz, e portanto há jurisdição arbitral sobre a

²³⁸“(…) on ne peut parler de litispendance que lorsque deux organes juridiction- nels d'un même Etat ou de deux Etats distincts peuvent connaître d'un même litige et que leurs règles de compétence les y autorisent. Quand au contraire le conflit surgit entre un juge et un arbitre, ces règles sont inapplicables puisque la compétence de l'arbitre découle exclusivement de la convention d'arbitrage, de sorte que la présenta- tion d'une exception procédurale valable est inopérante. C'est pour- quoi l'arbitre devra se borner à examiner sa propre compétence à partir de la convention d'arbitrage; ce n'est pas un hasard si l'ar- ticle II, paragraphe 3, de la Convention de New York est muet quant à l'éventualité d'une exception de litispendance”. (FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, cit., p. 97).

²³⁹Neste sentido: “There is no place for the concept of lis pendens in international arbitration. It will not and cannot resolve the problem of parallel and simultaneous forums. No arbitral tribunal is more important than the other. The participation of a state or state entity in one arbitration does not place it on a higher level than a purely commercial tribunal. There is no hierarchy of international tribunals based on time provided both (or all) have jurisdiction. The reality is that parties have different preferences, which explains why they will, in many cases, decide on different places and forums in which their disputes are to be resolved” (LEW, Julian D. M. Concluding remarks parallel proceedings in international arbitration – Challenges and realities. Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration, July 2005. *Dispute Resolution Library da ICC – International Chamber of Commerce*. Disponível em: <<http://www.iccdrl.com/CODE/LevelThree.asp?page=Advanced%20Search%20Result&053100=on&053000=on&052100=on&052200=on&052300=on&052400=on&052700=on&052600=on&052800=on&021000=on&022000=on&023000=on&024000=on&025000=on&query=lis%20pendens&rdoLanguageFilter=All&context=&SearchTitle=Advanced%20Search%20Result&AUTH=RPfCtARgCAyyLyrLxMASxryyRLgCARf5AUPJ303UtPRLf5ARM5AUPJ3xCOLx03UtPRLM5ARxATxMARLxATxMARU3A;0PRLU3ARnkAUPJ3UnYP003UtPGt3CkPJwzU3kRLnkARnxPCGxArRLnxPCGxARJgAUXxMASxloRLJgARLPfCtA&context=&Locator=18&styleFile=arbSingle.xml&i=9&nb=0&DocType=Article&type=Article>>. Acesso em: 07 out. 2011).

²⁴⁰Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitinh his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

matéria (e esta jurisdição arbitral será a única capaz de conhecer o litígio), ou não há convenção válida, hipótese na qual não há jurisdição arbitral, estabelecendo-se, poiso, o Poder Judiciário como única jurisdição passível de conhecer do litígio²⁴¹.

Manifesta-se, deste modo, a importância curial dos órgãos judiciais com vistas a garantir que a arbitragem se desenvolva sem interferências indevidas criadas por percalços decorrente do ajuizamento de medidas judiciais que contenham idêntico ou semelhante objeto com a causa em curso na esfera arbitral, ou que lá deveria ter sido proposta. O juiz togado deverá extinguir o processo judicial que tiver objeto idêntico ao de processo em curso na via arbitral, decorrente de convenção de arbitragem válida, e deverá suspender o processo cujo objeto abranja, embora seja mais amplo, do que aquele em trâmite na esfera arbitral.

6.1.3. Arbitragens paralelas e interpretação da convenção de arbitragem

Embora não seja admissível a litispendência entre processo arbitral e processo judicial, pode haver situações que, por força de circunstâncias específicas da cláusula arbitral, ou mesmo em virtude da situação fática envolver múltiplos instrumentos contratuais que se inter-relacionam, ou ainda em caso de envolverem múltiplas partes (caso de subcontratação, por exemplo, que será analisado em tópico próprio), seja ocasionado o início de dois ou mais procedimentos arbitrais simultâneos e paralelos. Isso pode decorrer por força de cláusula arbitral patológica, ou em face de múltiplas ou complexas relações negociais. É o que a doutrina arbitralista internacional convencionou denominar arbitragens paralelas (*parallel arbitrations*)²⁴².

²⁴¹O mesmo exemplo poderia ser dado em relação à eventual litispendência entre ação ajuizada no Poder Judiciário brasileiro e ação idêntica ajuizada no Poder Judiciário estrangeiro. São jurisdições diversas e hoje, por conta do art. 90 do CPC/73, não haveria litispendência. Mas trata-se apenas de uma opção do legislador, que bem poderia admitir a chamada litispendência internacional sem maiores problemas. Prova disso é que o Substitutivo de Novo CPC apresentado pelos Prof. Ada Pellegrini Grinover, Carlos Alberto Carmona, Cassio Scarpinella Bueno e Paulo Lucon prevê o seguinte dispositivo: “Art. 25. Quando, no curso do processo, se verificar a prévia pendência, em outro Estado, perante tribunal internacionalmente competente, de demanda entre as mesmas partes, com iguais pedido e causa de pedir, ou que seja capaz de levar a decisões incompatíveis, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, suspenderá o processo, por 1 ano ou até a comprovação da coisa julgada, desde que a decisão estrangeira possa produzir eficácia no Brasil”. Há, pois, uma atribuição de efeito jurídico à litispendência internacional nesse caso, que bem poderia ser a extinção do processo em curso no Brasil e não apenas a suspensão. Trata-se de simples opção do legislador. Em relação à arbitragem não existe igual dispositivo ao art. 90 do CPC/73.

²⁴²Para exame aprofundado e sistematizado sobre tais arbitragens complexas, decorrentes de circunstâncias específicas, com foco para a arbitragem internacional, ver a obra de Bernard Hanotiau - *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

Noutra manifestação, poderá haver situações, inclusive, em que sejam propostas duas demandas arbitrais idênticas perante árbitros ou órgãos institucionais arbitrais distintos. Não se tratará aqui de arbitragem paralela, mas da mesma arbitragem instituída junto a dois juízos de arbitragem distintos. Ainda assim, não haverá de se cogitar em litispendência, pois apenas um dos árbitros ou órgãos será realmente competente. Portanto, não há a condição mínima para a ocorrência de litispendência, que é a coexistência de dois julgadores igualmente competentes. Tampouco se aplicará, em tais casos, a utilização das regras de fixação cronológica que se aplicam aos casos de prevenção, usuais ao processo civil comum.

Há de se distinguir as duas situações ora previstas, que poderão demandar soluções diversas. A primeira diz respeito à possibilidade de múltiplas relações negociais, inter-relacionadas, darem ensejo a propositura de duas ou mais demandas arbitrais que, embora apresentem semelhante objeto, e possam eventualmente ter a mesma causa de pedir, não possam ser submetidas a uma mesma arbitragem pela peculiaridade da relação negocial. Tais situações, via de regra, fogem do escopo deste trabalho, já que sua solução deverá ser encontrada pelos árbitros, no âmbito da arbitragem, usando técnicas desenvolvidas prioritariamente pela doutrina e jurisprudência especializada internacional²⁴³. Não caberá, na maioria das vezes, qualquer interferência judicial.

A exceção à não intervenção judicial nos casos de arbitragem paralela ocorrerá quando se verificar que o início das respectivas arbitragens simultâneas tiver sido realizado

²⁴³Os árbitros, deparando-se com tais circunstâncias excepcionais envolvendo arbitragens paralelas, podem buscar a solução consensual, consistente na tentativa de conciliar as partes na melhor saída. Podem simplesmente declinar a jurisdição de uma arbitragem em favor de outra, ou agir em conjunto com os árbitros responsáveis pela arbitragem paralela a fim de delimitar claramente os limites de cada convenção. Outros mecanismos são a consolidação (*consolidation*) ou reunião das partes (*joinder*), a fim de mesclar dois ou mais procedimentos arbitrais (*consolidation*) ou atrair para um mesmo procedimento partes de arbitragens simultâneas associadas (*joinder*). Há possibilidade de determinar-se a suspensão do processo de arbitragem (*stay*), pelo tempo que se fizer necessário até a resolução da arbitragem paralela. Pode-se recorrer a outros meios de coordenação, que podem se revelar pelo apontamento do mesmo painel arbitral (se se tratar de arbitragem institucional), ou o mesmo presidente do órgão arbitral, a fim de que as arbitragens paralelas tenham curso semelhante e não corram o risco de produzir decisões contraditórias. A doutrina estrangeira admite ainda, em casos excepcionais, o deferimento de *anti-suit injunctions* por um dos árbitros em relação ao outro. Estas soluções foram sistematizadas por Kaj Hobér (HOBÉR, Kaj. Parallel arbitration proceedings – duties of the arbitrator. Some reflections and ideas. In: Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration, July 2005. *Dispute Resolution Library da ICC – International Chamber of Commerce*. Disponível em: <<http://www.iccdrl.com/CODE/LevelThree.asp?page=Advanced%20Search%20Result&053100=on&053000=on&052100=on&052200=on&052300=on&052400=on&052700=on&052600=on&052800=on&021000=on&022000=on&023000=on&024000=on&025000=on&query=lis%20pendens&rdoLanguageFilter=All&context=&SearchTitle=Advanced%20Search%20Result&AUTH=RPfCtARgCAyyLyrLxMASxryyRLgCARf5AUPJ303UtPRLf5ARM5AUPJ3xCOLx03UtPRLM5ARxATxMARLxATxMARU3A;0PRLU3ARnkAUPJ3UnYP003UtPGt3CkPJwzU3kRLnkARnxPCGxArRLnxPCGxARJgAUXxMASxloRLJgARLPfCtA&context=&Locator=18&styleFile=arbSingle.xml&i=0&nb=0&DocType=Article&type=Article>>).

de má-fé, como forma de aproveitamento de uma das partes em detrimento da outra, em decorrência de uma cláusula patológica, mal redigida, ou mal interpretada. Resulta numa tentativa de obtenção de vantagem indevida, já que naturalmente o paralelismo de duas arbitragens acarretará necessariamente uma menor celeridade na obtenção de solução final, em maiores custos, e poderá até mesmo comprometer o devido processo legal e a justiça material da decisão²⁴⁴. Verificada ser esta a circunstância, poderá a parte prejudicada intentar obter declaração judicial acerca da melhor interpretação da(s) convenção(ões) arbitral(ais), a fim de estabelecer qual das duas arbitragens deve prevalecer²⁴⁵. Seria uma medida ajuizada no intuito de obstar a continuidade de um procedimento arbitral, nos moldes da *anti-suit injunctions* já analisadas, apenas que neste caso não seria antes do início da arbitragem, mas durante o seu processamento, na fase arbitral.

Para ser conhecida, referida medida judicial deverá conter elementos pré-constituídos capazes de solidificar o convencimento do magistrado de que há nulidade de uma das convenções que deu início a uma das arbitragens em curso. Desta forma, aferível a nulidade *prima facie*, o juiz poderá obstar o processamento de uma das arbitragens, fazendo prevalecer a outra, que seja na primeira análise decorrente de convenção válida e eficaz. Deverá ser proposta junto ao juiz de primeira instância, de acordo com as regras de definição de competência eventualmente previstas no contrato, ou de acordo com as regras gerais de foro previstas no Código de Processo Civil.

Verifica-se, também aqui, importância ímpar no exercício, pelo Judiciário, do controle sobre a jurisdição arbitral.

²⁴⁴ Assim, Kaj Hobér: “*uncoordinated parallel or multiple proceedings generally create a number of problems for everyone involved, such as increased costs and risks of conflicting findings on matters of law and fact, and - in case parallel or multiple proceedings mean that the respondent must defend the same claim twice or several times - may also create clearly unreasonable effects for the respondent. Thus, while in some cases the unwelcome effects of parallel or multiple proceedings can be solved by different means of coordination (consolidation, stay of the proceedings, appointment of a joint tribunal, etc.), in other cases the unwelcome effects are not just a matter of coordination, but would go to the heart of procedural justice. In the latter case the question is whether public policy would require that the adjudicating body (be it a court or an arbitral tribunal) faced with such a situation take the actions that are appropriate in the circumstances of the case.*” (HOBÉR, Kaj. Parallel arbitration proceedings – duties of the arbitrator. Some reflections and ideas, cit.).

²⁴⁵ Em raras ocasiões, a jurisprudência estrangeira tem admitido a intervenção judicial a fim de determinar a consolidação (*consolidation*) de dois ou mais processos arbitrais num só, quando houver em questão a mesma discussão fática e legal, envolvendo as mesmas partes. Bernard Hanotiau cita: “*In certain countries, the harmonisation or the forced consolidation of connected proceedings has been organised in the law, at the behest of the courts. This is notably the case in Canada (in the provinces of British Columbia, Alberta, Prince Edward Island, Manitoba, New Brunswick, New Scotland, Ontario, Saskatchewan, Terra Nova, Yukon, North West Territories and Nunavut), United States (Florida), Hong Kong and Netherlands*”. (HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, cit., p. 186).

A segunda hipótese, diz respeito a situações em que, por decorrência de má redação, má interpretação ou patologia da cláusula compromissória, sejam iniciados dois procedimentos arbitrais distintos, em decorrência da mesma convenção de arbitragem. Em tal hipótese, a mesma e idêntica demanda arbitral pode ter o processamento iniciado perante dois árbitros ou órgãos arbitrais distintos.

Em tal ocorrendo, a decisão sobre a melhor interpretação da convenção de arbitragem, e a consequente definição do árbitro ou órgão arbitral mais adequado para desenvolver o processo arbitral, deverá caber ao juiz de primeiro grau, de acordo com as regras do contrato, ou regras gerais de foro. De fato, tem aqui de haver um abrandamento do princípio competência-competência, porquanto há dois órgãos arbitrais reconhecendo a própria competência, o que impele à necessidade de que tal matéria seja decidida por um julgador que se encontre na posição de terceiro em relação ao “conflito”²⁴⁶.

Ocorrerá, nesta hipótese, nítido controle judicial sobre a esfera arbitral, na medida em que caberá ao juiz togado definir em qual órgão arbitral, ou perante qual árbitro, a arbitragem deverá se desenvolver. Trata-se de sindicância exercida pelos órgãos da justiça estatal sobre a convenção de arbitragem, em detrimento da competência originária do árbitro.

Portanto, na situação peculiar de haver o simultâneo processamento de uma só arbitragem, decorrente de uma mesma convenção, perante juízos arbitrais distintos, a solução que o ordenamento aponta será para o ajuizamento de demanda a fim de que seja decidido qual dos organismos de arbitragem possui, de acordo com a melhor interpretação da convenção de arbitragem, jurisdição sobre o litígio. Se dois ou mais árbitros afirmam deter jurisdição sobre o litígio, é evidente que apenas um deles pode estar correto, ao passo

²⁴⁶Esta foi a solução considerada adequada pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Seção de Direito Privado, no julgamento do Conflito de Competência n. 113.260, em 08.09.2010. Referido processo foi instaurado em razão de suposto conflito de competência entre duas câmaras arbitrais, ambas sediadas em São Paulo. Aquele Superior Tribunal, em divergência conduzida pelo eminente Min. João Otávio Noronha, entendeu pelo não conhecimento do conflito, tendo em vista que a solução da controvérsia, com a consequente definição de qual órgão arbitral deveria processar a arbitragem, demandaria mera interpretação das cláusulas contratuais da convenção de arbitragem, e não definição de competência. Desta forma, não conheceu do conflito, estabelecendo que caberia ao juiz de primeiro grau competente a resolução da questão, mediante a interpretação das cláusulas contratuais respectivas. Assim estabeleceu o voto condutor da posição majoritária: “(...) em se tratando da interpretação de cláusula de compromisso arbitral constante de contrato de compra e venda, o conflito de competência supostamente ocorrido entre câmaras de arbitragem deve ser dirimido no Juízo de primeiro grau, por envolver incidente que não se insere na competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os pressupostos e alcance do art. 105, I, alínea “d”, da Constituição Federal”. O eminente Min. Raul Araújo, que participou do julgamento aderindo a corrente majoritária, sintetizou: “(...) o que temos é apenas a divergência quanto à aplicação de cláusula contratual. Penso que a parte que se sinta prejudicada deve procurar o juízo de Primeiro Grau para dirimir esse conflito, que é entre elas – uma quer se submeter a um determinado juízo, outra quer se submeter a outro juízo. A cláusula do contrato é que deverá prevalecer para solucionar isso, ou o juiz de Primeiro Grau tentará solucionar essa questão”.

que os outros estarão equivocados. Daí ser imperativa a intervenção judicial, a fim de examinar as cláusulas da convenção de arbitragem, interpretando-as de acordo com a vontade expressa pelas partes no momento do ajuste arbitral, fazendo observar a obrigação de fazer assumida por elas em contrato. Não se trata aqui de não observar o princípio competência-competência, mas simplesmente de definir, havendo discussão, qual árbitro terá legitimidade para desempenhá-lo.

Conclui-se haver duas situações em que comumente serão geradas arbitragens paralelas. A primeira decorrerá da complexidade das relações negociais, podendo envolver múltiplas convenções, e pluralidade de partes. Nestas situações, a solução deverá ser, via de regra, deixada ao critério dos árbitros, aplicando soluções que a doutrina arbitralista internacional desenvolveu, e que refogem ao espectro que este trabalho pretende abranger, já que não envolve a atuação de controle do Poder Judiciário sobre a arbitragem. Mesmo nestas situações, caso se vislumbre que a multiplicidade de arbitragens decorre de má-fé de uma das partes, que pretende trazer obstáculo ao desenvolvimento regular do processo de arbitragem em detrimento da adversária, pode o Judiciário intervir, a fim de interpretar as convenções de arbitragem e definir se deve prevalecer um dos processos arbitrais em detrimento de outro, ou se deve haver a suspensão ou ainda, se possível, a consolidação dos processos.

A segunda circunstância que poderá dar ensejo a arbitragens paralelas decorre de redação dúbia da cláusula compromissória, ou ainda de sua equivocada interpretação, ensejando como consequência a instauração de duas ou mais arbitragens derivadas da mesma convenção. Em tal circunstância, somente ao Poder Judiciário cabe aferir a correta interpretação das cláusulas contratuais, e definir qual o juízo arbitral possui jurisdição sobre a matéria em litígio. Decerto, tal demanda judicial será solucionada no Juízo de primeiro grau, pois não se tratará aqui de hipótese de conflito de competência, mas de mera interpretação de cláusulas contratuais. Na verdade, pode-se afirmar que o conflito é só aparente, já que decorre de uma má interpretação da convenção. Embora aparente, produz os mesmos efeitos deletérios do conflito real. Por isso, o juiz da primeira instância, terceiro que é em relação ao processo, possui natural competência para resolver a demanda, cabendo a ele observar a obrigação de fazer assumida pelas partes na convenção de arbitragem.

6.2. Resolução de conflito de competência relacionado a causa submetida a arbitragem

Verificou-se qual solução deve ser adotada quando houver conflito jurisdicional entre dois juízos arbitrais. É importante, contudo, observar como resolver a hipótese em que o próprio juiz de primeiro grau afirma deter jurisdição sobre matéria objeto de arbitragem em curso. Haverá, em tal situação dois julgadores – um árbitro e um magistrado – afirmando deter jurisdição sobre um mesmo litígio. Tal situação, como visto anteriormente, não ensejará litispendência.

Já foi analisada em tópico próprio a natureza jurisdicional da arbitragem, que impõe ao árbitro a qualidade de “(...) juiz de fato e de direito” (art. 18, Lei de Arbitragem)²⁴⁷. De igual modo, “(...) a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18, Lei de Arbitragem). Tal afirmação ocasiona a consequência direta de que a sentença arbitral produzirá, “(...) entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgão do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (art. 31, Lei de Arbitragem), sendo capaz de produzir coisa julgada.

Se o árbitro é juiz de fato e de direito, e se sua sentença produz os mesmos efeitos que a proferida pelo órgão do Poder Judiciário, constituindo título executivo, nada mais acertado do que incluí-la no rol dos títulos executivos judiciais, e assim o legislador processual civil o fez (art. 475-N, inciso IV, Código de Processo Civil).

Portanto, não há dúvida quanto à equiparação, no ordenamento brasileiro, da atividade arbitral à atividade jurisdicional. Ainda que essa circunstância admita discussões acadêmicas, já analisadas, não se pode ignorar a dicção legal. A lei estabelece que o árbitro é o juiz da causa, e que a sentença produzida por ele se assemelha, em todos os efeitos que produz, à sentença proferida por órgão da jurisdição estatal. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, o árbitro é juiz para a causa submetida à arbitragem, e, essencialmente quanto aos efeitos dos seus atos, exerce atividade idêntica à do juiz togado²⁴⁸.

²⁴⁷Sobre o que disciplina o artigo 18 da Lei de Arbitragem, Carlos Alberto Carmona manifesta-se: “*Resulta claro, desta frase verdadeiramente histórica, que o intuito da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito*”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, cit., p. 269).

²⁴⁸Apesar da afirmação de identidade das funções do árbitro e do juiz, especialmente no que toca aos efeitos das decisões que proferem, é natural que haja distinções entre ambos, sobre as quais não se discorrerá neste

O artigo 115, incisos I a III, do Código de Processo Civil, estabelece que há “conflito de competência quando dois ou mais juízes se declaram competentes”, “quando dois ou mais juízes se declaram incompetentes”, ou “quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos”.

De plano, deve se afastar a aplicação à arbitragem da hipótese ventilada no terceiro inciso, já que, como visto, apesar de ser possível a conexão ou continência entre processo arbitral e processo judicial, não é extensível ao processo de arbitragem a regra processual de reunião de processos, haja vista não se tratarem de juízos com idênticas competências. De fato, ou a convenção será válida, e a jurisdição arbitral será plena, ou será inválida e a jurisdição arbitral será inexistente.

Quanto ao segundo inciso, que trata da circunstância em que dois ou mais juízes se declarem incompetentes, é igualmente descabida sua aplicação no âmbito da arbitragem. Remete-se o leitor para o que foi analisado no tópico referente à impugnação judicial contra decisão arbitral que julgar incabível a arbitragem. O árbitro, detentor que é, em função do princípio competência-competência, da primazia em deliberar acerca da sua própria competência, se entender inexistente sua jurisdição sobre o litígio que lhe é apresentado, terá a palavra final sobre o assunto. Em tal ocorrendo, as partes terão de

trabalho por fugir ao âmbito do estudo. Destaque-se, entretanto, o poder do árbitro emana da livre manifestação de vontade das partes, expressa na convenção, além da sua própria manifestação ao aceitar a missão delegada pelas partes (por meio do *receptum arbitrii*). É, portanto, função ocasional e temporária. Por outro lado, o juiz é investido por força das leis do País, exercendo função permanente preestabelecida nas regras de organização judiciária (ver, sobre a distinção das atividades do árbitro e do juiz, VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral*: de acordo com a nova jurisprudência constitucional. 1. ed. 4.reimpr. Curitiba: Juruá, 2008). Também sobre o assunto, Carlos Alberto Carmona: *Se jurisdição é poder, função e atividade (poder de impor uma decisão, função de promover a realização do direito e atividade desenvolvida por meio de um processo),⁴ não é possível que só o juiz estatal a exerça. O árbitro, juiz privado indicado pelas partes em litígio, decide a contenda vinculando as partes, dita a regra para o caso concreto e faz tudo isso mediante um procedimento em contraditório (processo, portanto). Não vejo diferença ontológica entre uns (os juízes) e outros (os árbitros)*”. (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro, cit., p. 47). Ressalte-se que há na doutrina quem entenda diferente, vislumbrando o árbitro numa situação intermediária entre juiz e advogado, especialmente na doutrina internacional, que não se pauta pelos ditames estabelecidos na Lei de Arbitragem. Neste sentido, o professor português José Miguel Júdice leciona que: “O árbitro está longe do juiz “boca da lei” e também se afasta do advogado. Neste sentido é um verdadeiro *tertium genus*. O *múnus especial* do árbitro resulta precisamente dessa especial conformação que o caracteriza: por um lado uma intensificação dos poderes, obrigando eticamente a uma acrisolada valorização dos deveres correspondentes; por outro, a inafastável liberdade que exercita e que tem de ser acompanhada por um elevado sentido da responsabilidade”. (JÚDICE, José Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 22, p. 119, jul. 2009).

conformar-se em ver o litígio processado na esfera judicial. Não poderá o juízo estatal rever a sentença arbitral que extinguiu arbitragem por ausência de jurisdição²⁴⁹.

Assim, este tópico é dedicado exclusivamente à hipótese única de conflito que pode ser vislumbrada entre os órgãos da jurisdição estatal e jurisdição arbitral: o conflito positivo de competência.

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. Como visto antes, a situação descrita traduz na realidade um conflito de jurisdições: ou existe a jurisdição arbitral, decorrente de válida e eficaz convenção de arbitragem que suprime a jurisdição estatal sobre o litígio; ou ela não existe, na hipótese, por exemplo, de nulidade da convenção de arbitragem, situação na qual só remanesceria a jurisdição estatal como única habilitada a solucionar o litígio. Resolve-se o conflito, em verdade, mediante a mera interpretação das cláusulas da convenção – mas no caso ora em comento essa interpretação não poderá ser realizada pelo juiz de primeiro grau, já que é ele mesmo quem usurpa – no entendimento do árbitro – a jurisdição arbitral.

O conflito de competência de que trata o artigo 115, inciso I, do Código de Processo Civil, embora se refira à discussão acerca da competência, deve, por ausência de outro instrumento eficaz capaz de prestar solução célere e adequada a tais situações, ter sua aplicação extensiva às situações de desentendimento entre árbitros e juízes togados quanto a quem detém jurisdição sobre um mesmo litígio. Na verdade, essa é a única solução que se impõe, pois assim há garantia de que o dilema será resolvido de forma célere por órgão que é terceiro, alheio à discussão, e hierarquicamente superior.

Distintamente do que ocorre na situação de conflito entre dois juízos arbitrais, analisados no tópico acima dedicado ao estudo das arbitragens paralelas, aqui não se pode delegar o papel de intérprete da convenção ao juiz de primeiro grau, visto que ele não será terceiro alheio ao dilema, mas sujeito causador do mesmo, pois que já interpretou a cláusula e entendeu, antagonicamente ao árbitro, que a competência lhe seria cabível.

De fato, não há solução mais adequada. Ao imaginar a situação de ser proposta judicialmente ação idêntica a outra já submetida e em trâmite na esfera arbitral, decorrente de convenção de arbitragem válida e eficaz, caberá à parte, primeiro, apresentar a

²⁴⁹ Salvo se verificada uma das hipóteses de nulidade contida no art. 32 da Lei de Arbitragem. Em tal caso, a sentença arbitral seria declarada nula, e o processo seria submetido novamente ao juízo arbitral que poderia proferir nova sentença com igual dispositivo, reconhecendo inexistir jurisdição.

preliminar de contestação, indicando a existência de convenção de arbitragem (art. 301, inc. IX, Código de Processo Civil). Seria inadmissível discutir tal questão por meio de exceção de incompetência, haja vista que só poderia ser agüida em casos de incompetência relativa (art. 112, do Código de Processo Civil), e a convenção de arbitragem é hipótese de ausência de jurisdição do órgão da jurisdição estatal. Em se tratando de convenção válida e eficaz, adotada neste exemplo, o juiz deveria de plano acolher a preliminar levantada pelo réu e extinguir a demanda judicial, sem resolução de mérito, remetendo as partes para a arbitragem. Se o juiz ignorar a convenção válida, estará instaurado o conflito, que não é de competência, mas sim de jurisdição.

É certo que a parte prejudicada, que queira fazer valer a arbitragem legitimamente constituída, pode recorrer da decisão que rejeitar a preliminar de existência de convenção, o que poderá fazer por meios de agravo de instrumento. O agravo terá de ser recebido no efeito suspensivo, e deverá ser provido; no entanto, se a usurpação judicial continuar – e muitas vezes continua – o recurso de agravo de instrumento não será provido. Não seria razoável exigir-se que a parte prejudicada tivesse como única solução continuar sua postulação de reconhecimento de validade da convenção na via estreita dos recursos especial e extraordinário. Como se sabe, tal solução, além de esbarrar nas dificuldades inerentes ao conhecimento e seguimento de tais espécies recursais, estaria sujeita a demoras incompatíveis com a celeridade que a resolução do caso requer. A celeridade é imperativa, pois que, enquanto não for observada a existência da convenção de arbitragem, haverá dois processos em curso versando sobre o mesmo litígio, um na esfera judicial e outro na esfera arbitral. E isso na melhor hipótese: o juiz togado, diferentemente do juiz-árbitro, possui poderes coercitivos, capazes inclusive de determinar a suspensão da arbitragem, sendo que o contrário não é possível.

Outra solução que poderia se apresentar seria a de o juízo arbitral, instigado por uma das partes, ou mesmo de ofício, solicitar o auxílio de um órgão da justiça estatal, conforme previsão do art. 22, §4º, para impor a suspensão da ação judicial irregularmente em curso perante o Poder Judiciário. Tal geraria, entretanto, novamente na melhor hipótese, um conflito de competência, propriamente dito, entre dois órgãos do Poder Judiciário: o primeiro, que entende deter competência em detrimento da arbitragem, e o segundo que, acolhendo solicitação do árbitro, impõe medida coercitiva a fim de que seja suspenso o curso do primeiro processo. O problema não seria resolvido, apenas adiado, para resultar, no melhor cenário, no mesmo conflito de competência. Diz que este seria o

melhor cenário, porque seria igualmente razoável que o juiz cujo apoio fosse solicitado pelo árbitro, deparando com situação de outro magistrado, afirmar deter a competência, poderia muito bem rejeitar o pedido de assistência, deixando o árbitro e a parte prejudicada novamente em situação de perplexidade.

Esta situação de conflito entre jurisdição arbitral e estatal não é tão rara quanto se imagina em primeira análise. Observa-se com relativa frequência na situação de ajuizamento, ainda na fase pré-arbitral, de medida cautelar ou de urgência que, na ausência de jurisdição arbitral devidamente instaurada, será direcionada a órgão do Poder Judiciário. O juiz togado será competente subsidiariamente para decidir a tutela de urgência, por força da restituição da jurisdição de que se tratou em parte anterior deste trabalho. Tal jurisdição, porém, será meramente provisória, já que haverá necessariamente de ser instaurada a jurisdição arbitral tão logo seja materialmente possível a instauração da arbitragem com o recebimento dos poderes pelo árbitro (*receptum arbitrii*). Talvez por desconhecimento das minúcias particulares que envolvem as regras da arbitragem, é relativamente comum, no entanto, que o juiz togado se recuse a remeter o processo para o juízo arbitral, especialmente quando e se, o árbitro, exercendo a sua jurisdição após a instauração da arbitragem, revogar ou modificar a decisão proferida pelo juiz togado.

Desta forma, a única solução adequada seria, em tais situações, a de se admitir a instauração do conflito de competência. Os conflitos envolvendo as arbitragens domésticas, deverão sempre ser encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça.

Aqui, convém se abrir parêntese para afastar o argumento eventualmente lançado de que o STJ não poderia conhecer de conflito envolvendo juízo arbitral e juiz togado, porque tal competência não estaria prevista na Constituição Federal²⁵⁰. Cabem algumas observações, a fim de afastar esse argumento. Primeiro, sabe-se que a Lei de Arbitragem, que alçou a arbitragem doméstica ao importante patamar em que atualmente figura, com todas as garantias que lhe são inerentes, foi promulgada em 1996, ao passo que a Constituição Federal é de 1988. Somente a partir da vigência da nova Lei, o instituto da arbitragem passou realmente a configurar real e eficaz alternativa para resolução de litígios no âmbito doméstico, pois, dentre outras coisas, foram conferidas autonomia e

²⁵⁰ 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.

executoriedade específica a cláusula compromissória; atribuíram-se às sentenças arbitrais os mesmos efeitos atinentes às sentenças judiciais, notadamente no que concerne à possibilidade de produzir coisa julgada material, e sua condição de título executivo judicial; e, por fim, somente após o advento da Lei 9.307/1996, o árbitro foi equiparado ao juiz togado. Portanto, não seria razoável exigir-se do constituinte que tivesse, oito anos antes da promulgação da Lei de Arbitragem, antevisto as radicais mudanças que ela acarretaria.

Portanto, uma interpretação não literal, mas sistemática, há de fazer com que o árbitro seja incluído no conceito de juiz previsto na alínea “d”, do inciso I, do art. 105, da Constituição Federal. Seria, portanto, uma espécie de juiz “vinculado a tribunal diverso”. Note que o referido dispositivo não impõe que o juiz seja vinculado a órgão do Poder Judiciário²⁵¹, mas apenas que exerça atividade judicante, com poder jurisdicional. A Constituição previu, portanto, a possibilidade de processamento de conflitos entre autoridades com poder jurisdicional, e conferiu ao Superior Tribunal de Justiça importante papel de resolvê-los²⁵².

A jurisprudência nacional, dando evidentes sinais de acompanhar a evolução dos tempos, e compreender a importância que a arbitragem exerce para o desenvolvimento da jurisdição como um todo, já tem expressado, em restritas ocasiões, a possibilidade de conhecimento de conflito de competência entre órgão arbitral e ente da jurisdição estatal.

Cite-se, como exemplo, o decidido pelo eminente ministro Aldir Passarinho Junior, em sede liminar, relacionada ao Conflito de Competência n. 111.230, instaurado entre o juízo arbitral da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e o Juiz de Direito da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Na ocasião, expressou que “(...) *não se pode pretender que tal redação pressuponha que os órgãos judicantes referidos no Texto Magno pertençam necessariamente ao Poder Judiciário, seja porque lides como a exposta permaneceriam no*

²⁵¹Neste sentido, Sérgio Bermudes: “*Decisões do Poder Judiciário que interferissem no funcionamento de um juízo arbitral, determinariam alguma atitude do juízo arbitral (...) Possível atitude seriam os recursos. (...) Outra opção, que se abriria ao juízo arbitral, consiste na possibilidade de suscitar conflito de competência, que pode ser argüido pelo próprio juiz da causa (art. 118, II, do CPC (LGL/1973/5)). No momento em que o órgão do Judiciário se desse por competente para deliberar sobre o curso de um processo arbitral, haveria inequívoco conflito de competências, porquanto ele estaria exercendo poderes de condução do processo, exclusivos dos árbitros*”. (BERMUDES, Sérgio. *Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos. Arbitragem doméstica e internacional, estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. São Paulo: Forense, 2008. p. 378).

²⁵²“Explica-se que a Constituição, sendo anterior à nossa Lei de Arbitragem, não se tenha referido aos eventuais conflitos entre árbitros e juízes. Mas o constituinte previu a possibilidade de conflitos de competência entre autoridades judicantes, atribuindo ao STJ a função de dirimi-los”. (WALD. Arnoldo. *A patologia da arbitragem*, cit., p. 35.

vácuo ou sujeitas à jurisdição dupla e eventualmente conflitante, como supostamente aqui ocorre, seja porque o escopo da Lei de Arbitragem restaria esvaziado se os contratantes que aderissem a tal modalidade na solução das controvérsias resolvessem se utilizar do processo judicial”²⁵³.

Conclui-se, portanto, que apesar de a arbitragem nascer da convenção firmada entre as partes, esta não é, em relação à arbitragem doméstica brasileira, desconectada de forma absoluta do ordenamento jurídico. A arbitragem doméstica há de ser analisada levando-se em consideração o contexto normativo no qual está inserida, e toda interpretação a seu respeito será estabelecida de acordo com os princípios que norteiam referido contexto de normas.

Por isso, é admissível a instauração de conflito de competência, a ser dirigido diretamente ao Superior Tribunal de Justiça. As vantagens são evidentes. Trata-se de forma célere de resolução, já que o recurso que se poderia assacar contra a decisão que definir a competência são muito restritos. De fato, além dos recursos cabíveis ao próprio tribunal, tais como embargos de declaração, que raramente possuem êxito, ou agravo regimental (quando for deferida alguma decisão em sede liminar), o único outro recurso em que se poderia cogitar seria o Recurso Extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, restrito apenas aos casos de ofensa direta à Constituição Federal. Além da celeridade, pesa em favor desta solução a certeza de que a questão acerca do conflito será decidida por julgador alheio ao próprio conflito, terceiro em relação à discussão, diferentemente do que se daria se a responsabilidade fosse deixada ao exclusivo critério do próprio juiz togado que é o responsável pela usurpação da jurisdição arbitral. Por fim, trata-se de decisão a ser proferida por órgão hierarquicamente superior ao órgão judicial em conflito com a instância arbitral, de forma que poderá, se for o caso, compeli-lo a observar a convenção e respeitar a jurisdição arbitral.

Demonstra-se, por meio da possibilidade de assegurar a efetividade da arbitragem, que o julgamento de conflito de competência pelo Superior Tribunal de Justiça possui importância fundamental para a arbitragem. É mais uma forma em que a jurisdição estatal pode assegurar o desenvolvimento da jurisdição arbitral. De igual modo, embora fuja do escopo essencial do conflito, é natural que, ao analisá-lo, o Superior Tribunal de Justiça irá rever, ainda que em caráter superficial, as condições de existência, validade e eficácia da

²⁵³Referido processo foi levado a julgamento, com voto favorável ao conhecimento do Conflito de Competência pela nova relatora, Min. Nancy Andrighi, que substituiu nesta função o Min. Aldir Passarinho Jr. em razão de sua aposentadoria. O julgamento foi suspenso em razão de pedido de vistas pelo Min. Luis Felipe Salomão, e até o recesso de 2011 o julgamento ainda não tinha sido retomado.

convenção de arbitragem. Isso será essencial, pois só poderá eventualmente definir como competente um órgão arbitral se verificar que a convenção existe, é válida e eficaz. Se constatar a existência de alguma nulidade, deverá definir como competente o órgão judicial. Do contrário, não havendo nulidades perceptíveis *prima facie*, designará o órgão arbitral como a jurisdição competente.

6.3. Litisconsórcio necessário e facultativo: considerações acerca da manutenção e afastamento da competência arbitral

O litisconsórcio ocorre quando, num mesmo processo, há, no polo passivo ou ativo da demanda, a presença de múltiplas partes. Ele pode ser facultativo, quando pela natureza subjetiva do litígio não houver obrigatoriedade de cumulação das partes. Ou pode ser necessário, quando a sua formação decorrer obrigatoriamente, seja por exigência expressa da lei, seja por consequência lógica da objeto da prestação pretendida.

A arbitragem apresenta sustentação básica no consentimento, decorrente de um ajuste firmado entre duas ou mais partes – expressado na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral. Firmada a cláusula compromissória, consistente na convenção entre as partes de submeterem à arbitragem os litígios relativos a determinado contrato, expresso está o mútuo consentimento, envolvendo, *prima facie*, os participantes/signatários do respectivo instrumento contratual. O consentimento é a base de sustentação da arbitragem²⁵⁴.

É certo que à arbitragem se aplicam as regras e princípios gerais do processo civil, a despeito do procedimento escolhido pelas partes no ato da convenção arbitral²⁵⁵. É certo

²⁵⁴William W. Park, de forma quase poética, assevera que: “*Like consumated romance, arbitration rests on consent. An agreement of some sorte waives each side’s righth to invoke jurisdiction of otherwise competent courts*” (In. PARK, William W. *Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma*. Multiple Parties in International Arbitration, Oxford 2009. Disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf>).

²⁵⁵No dizer de Humberto Theodoro Junior:

“*Os próprios contratantes podem estipular o procedimento a ser observado no juízo arbitral, ou podem autorizar o tribunal arbitral a traçá-lo. Pode, ainda, a convenção reportar-se ao regulamento de alguma instituição permanente dedicada à prática da arbitragem. Pode, enfim, prever que o rito a observar será o comum da lei processual.*

O tribunal arbitral, destarte, conduzirá o processo a seu cargo segundo regras de procedimento que não são exatamente as mesmas aplicáveis aos juízos ordinários. Deve, no entanto, respeitar os princípios fundamentais do processo, como, entre outros, os pertinentes à limitação da sentença ao pedido da parte, ao debate dialético das pretensões contrapostas, à investigação da verdade real, à motivação do julgado, à formação da coisa julgada etc.

que não é necessária a aplicação, sequer subsidiária, das regras do Código de Processo Civil. É de se admitir, contudo, que em relação aos terceiros à convenção de arbitragem, não de ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil. Esta constatação é o que justifica se admitir a aplicação subsidiária das regras de litisconsórcio necessário e facultativo estabelecidas no Código de Processo Civil em relação às partes que não integrarem a convenção de arbitragem.

Havendo consentimento, não há, em tese, nenhum impedimento à participação de múltiplas partes no processo arbitral, seja no polo ativo, seja no polo passivo. O problema surge quando, pelas circunstâncias do caso concreto, a matéria a ser objeto da arbitragem atinge direitos e obrigações de partes que não tiveram o consentimento expresso de forma evidente, ou mesmo quando ele não está presente. De igual modo, quando há necessidade da intervenção de terceiro estranho à convenção de arbitragem. Caberá ao árbitro identificar e decidir, com base no caso concreto, se pode ampliar os limites subjetivos da lide arbitral, para submeter partes que não foram signatárias originais, realizando, assim, uma espécie de extensão da competência arbitral²⁵⁶.

Mesmo quando o acordo de arbitragem preveja o julgamento por equidade, ou seja, sem ater-se às regras do direito material positivo, o juízo arbitral, quanto ao procedimento, não poderá deixar de se submeter aos princípios fundamentais do processo, especialmente aos ditames do princípio do contraditório". (THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2005. p. 227-275).

²⁵⁶ Importante é asseverar a observação de William W. Park, contra as duas expressões acima utilizadas ("submissão de partes não-signatárias" e "extensão da competência arbitral"). Segundo ele: "*Neither expression accurately captures what happens when arbitrators hear claims by or against someone who never signed the relevant contract. "Extension" of an arbitration clause can suggest imposing a duty beyond the circle of those who have agreed to arbitrate. Yet, consent (even implied from circumstances) remains the cornerstone of arbitration, at least by arbitrators who value intellectual rigor and analytic integrity. Likewise, "joining non-signatories" may mislead by implying that signatures are needed to create commitments to arbitrate, when many developed legal systems recognize unsigned commitments to arbitrate*" (PARK, William W. *Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma*. Multiple Parties in International Arbitration, cit., p. 2). Traduz-se: "Nenhuma das expressões captura de forma precisa o que acontece quando árbitros admitem instaurar arbitragem por provocação de ou contra quem nunca assinou o contrato principal. "Extensão" de cláusula arbitral pode sugerir impor obrigação além do círculo daqueles que concordaram com a arbitragem; no entanto, consentimento (mesmo implícito pelas circunstâncias) permanece a pedra basilar da arbitragem, pelo menos para os árbitros que valorizam o rigor intelectual e integridade analítica. De igual modo, "submissão de partes não-signatárias" pode suggestionar, erroneamente, que assinaturas são necessárias para criar o compromisso de arbitragem, quando muitos países de sistemas legais desenvolvidos reconhecem compromissos não firmados de arbitragem.

De fato, alguns ordenamentos jurídicos não exigem a assinatura para a validade da cláusula compromissória. Cite-se, por exemplo, o *Federal Arbitration Act* dos Estados Unidos, em sua seção 2, admite o reconhecimento de compromisso arbitral decorrente de provisão escrita ("written provision") ainda que não assinada, assim como o *English Arbitration Act*, que admite contratos não escritos, desde que registrados por uma das partes ou por terceiros ("*recorded either by one of the parties or a third party*"). De igual modo, alteração datada de 2006 à Lei Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), retirou a menção à necessidade de assinatura para validade da cláusula arbitral, exigindo apenas que o compromisso seja escrito, mas admitindo como sendo escrito aquele cujo conteúdo

Não há dúvidas de que o legislador brasileiro pretendeu prestigiar, no que diz respeito à arbitragem, a autonomia de vontade das partes. Portanto, o consentimento é corolário básico da arbitragem no Brasil. Isso, no entanto, não significa afirmar que exceções não possam se admitir, seja porque o consentimento, ainda que não expresso, pode ser implícito, extraível das relações que antecederam à arbitragem; seja porque, a despeito de inexistir consentimento, as circunstâncias do caso concreto podem levar à desconsideração da parte aderente, a fim de atingir o espectro jurídico de parte aparentemente alheia à arbitragem, para garantir o escopo inicial do contrato subjacente, resguardando-se, assim a boa-fé das relações contratuais.

Neste segmento foram enfrentadas as hipóteses em que a relação de litisconsórcio havida numa arbitragem possar gerar alguma discussão judicial, sem adentrar-se os mecanismos criados pela doutrina arbitralista acerca da extensão dos limites subjetivos da lide, já que tal não é o escopo principal desta tese.

6.3.1. Litisconsórcio facultativo

A princípio, conclui-se sem dificuldades que o litisconsórcio não poderia ser, *prima facie*, afastado do procedimento arbitral, seja em sua faceta facultativa – quando apenas decorrer do interesse do(s) autor(es) ou réu(s) – seja em sua manifestação necessária – quando decorrer de exigência da lógica ou da lei. No que diz respeito ao litisconsórcio facultativo, a solução apresenta-se menos complexa. De fato, conforme enuncia o art. 46 do Código de Processo Civil, o concurso de pessoas decorre exclusivamente da vontade das partes. Se há consenso, há consentimento, que é a base para instituição da arbitragem. Se as regras de procedimento adotadas pelas partes vedarem a participação de litisconsortes, não há que se falar em consentimento, portanto, afastada estará esta possibilidade.

seja registrado de algum modo, não importando se foi concluído oralmente, por escrito ou por outros meios (art. 7º, Lei-Modelo, UNCITRAL). Mais adiante, referido dispositivo admite ainda o ajuste arbitral comprovado por meio de “comunicação eletrônica” (“electronic communication”).

Por outro lado, mas ainda corroborando a crítica realizada à dicção submissão de não-signatário, evidencia-se que só o fato da existência de assinatura não implica necessariamente a validade do compromisso arbitral, como ocorre, por exemplo, nos casos de fraude, coação, ou ainda em sistemas específicos, tal qual a arbitragem no âmbito do Direito do Consumidor, em que é exigida a assinatura de um instrumento separado do contrato original, normalmente de adesão.

Não sendo este o caso, é de admitir-se o litisconsórcio facultativo antes da instituição da arbitragem²⁵⁷, seja no polo ativo ou passivo, desde que haja concordância das partes signatárias originais. Após a instituição da arbitragem, há de ocorrer também a anuência dos árbitros, que, a princípio, não teriam por que discordar, salvo se a inclusão do litisconsorte viesse a conferir maior complexidade à resolução da lide, o que poderia importar inclusive na apresentação de honorários adicionais pelos árbitros, ou caso haja impedimento decorrente das regras procedimentais adotadas. Obviamente, nas hipóteses analisadas há pouco, tem-se que o litisconsorte facultativo, não signatário original, concorda ou mesmo pleiteia participar da relação arbitral.

Caso não haja concordância, pelas partes ou pelos árbitros, o pleito do litisconsorte facultativo será indeferido, prosseguindo a arbitragem normalmente conforme seu curso natural. Igual ocorrerá se, sendo o pleito de inclusão de litisconsorte formulado por uma das partes signatárias originais, o mesmo não anuir em integrar a relação processual.

Entende-se compatível aos processos arbitrais o disposto no parágrafo único do artigo 46, que estabelece poder o juiz, nas hipóteses de litisconsórcio facultativo, limitar o número de litisconsortes, a fim de não comprometer a rápida solução da lide nem a defesa, desde que tal não ofenda as regras procedimentais adotadas pelas partes na convenção. É verdade que, em número excessivo, a presença de variadas partes pode comprometer o desenvolvimento da marcha processual e prejudicar a defesa, viés que ambas as jurisdições – arbitral e judicial – buscam evitar. A base jurídica para essa conclusão, conforme já disposto acima, encontra-se no fato de que o Código de Processo Civil não é aplicável apenas às partes signatárias da convenção de arbitragem. O mesmo não ocorre a quem é terceiro em relação à convenção, que se submete necessariamente às regras estabelecidas no Código de Processo Civil.

Suscitar-se-ia a possibilidade de controle judicial sobre a decisão arbitral que impedisse, sob o enfoque do prejuízo da celeridade processual, o pleito de integração da lide como litisconsórcio facultativo. A princípio, tal decisão não poderá ser submetida à “sindicabilidade” judicial. Com efeito, não se tratando de litisconsórcio necessário, a decisão quanto a atrapalhar ou não o desenvolvimento do processo é questão subjetiva, que

²⁵⁷Na verdade, o litisconsórcio, facultativo ou não, somente se consumará após instaurado o procedimento arbitral. Quando se menciona aqui que, havendo consentimento, o litisconsórcio facultativo poderá ser permitido, quando estabelecido *antes* da arbitragem, o que se pretende afirmar é que, havendo o consenso entre as partes, e este se formalizando antes do início do procedimento, não caberá ao árbitro impor limites à extensão do litisconsórcio facultativo, que irremediavelmente se materializará.

decorre de avaliação discricionária do árbitro do caso. É fato que os ritmos das jurisdições arbitral e judicial são diferentes, tornando a avaliação quanto ao prejuízo difícil de se realizar por outro juízo, pois depende de sentimento particular de quem dirige o órgão arbitral. Trata-se de questão de avaliação interna do órgão jurisdicional arbitral, alheia ao crivo judiciário.

Quanto ao segundo fundamento – prejuízo à defesa em razão da presença de múltiplas partes em um dos polos da arbitragem – entende-se que, apesar de se tratar de questão menos subjetiva, pois mais diretamente relacionada com a causa e menos com a política de organização interna do órgão arbitral, ela também, como regra, não poderá ser objeto de “sindicabilidade” judicial. Isso porque não pode o juiz togado obrigar árbitro a aceitar ampliar sua jurisdição sobre matéria que julgou não ser de sua competência.

Interessante questão decorre da situação em que o pedido de litisconsórcio facultativo tem origem em situação fática subjacente idêntica. Remete-se, por exemplo, à hipótese de contratos de adesão que contenham cláusula arbitral²⁵⁸. Ora, surgindo o litígio de parte aderente contra a contratada, havendo no contrato de adesão cláusula arbitral, pareceria óbvio que o deferimento do litisconsorte facultativo deveria ser assegurado, a fim de garantir isonomia na relação entre todos os contratantes que se encontram sob as mesmas circunstâncias de fato.

Apesar, no entanto, de parecer ser a solução mais fácil, não se apresenta como a mais acertada. A jurisdição arbitral, diferentemente da jurisdição estatal, possui menos instrumentos de maturação das suas decisões. O sistema do duplo grau de jurisdição, próprio do Judiciário, é, em si, uma forma de assegurar menores oportunidades para ocorrência de equívocos – ou maior chance de corrigi-los. No Brasil, os recentes institutos de uniformização e objetivização dos precedentes judiciais, consagrados pelo sistema de declaração de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal e de julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, por força de suas respectivas regras de procedimento (atinente ao quorum, competência dos órgãos colegiados etc), também contribuem para um julgamento mais ponderado.

Daí concluir-se que, em se tratando de matérias de repercussão coletiva, ou recursos repetitivos, a jurisdição estatal ainda se apresenta como a via mais adequada, se a questão

²⁵⁸Viu-se que, nas relações de consumo, a cláusula arbitral deve constar de instrumento apartado, não podendo figurar no corpo do contrato, justamente a fim de resguardar e evidenciar a autonomia de vontade da parte hipossuficiente.

demandar única solução objetiva; no entanto, se a questão não for necessariamente de ser submetida a uma solução objetiva direta, com efeito *erga omnes*, não há distinção a ser feita sobre qual das jurisdições será capaz de proferir decisão melhor, até porque tal não é o fundamento que confere legitimidade à jurisdição arbitral, que se funda no consentimento decorrente de prévio ajuste contratual.

Corroborando o entendimento ora esposado, em recente julgamento, datado de 27 de abril de 2011, a Suprema Corte Americana, em apertada decisão, tomada por 5 votos contra 4, decidiu pela impossibilidade de vários consumidores signatários de contrato de adesão formarem uma só ação coletiva (*class action*) contra uma operadora de telefonia – no que foi noticiado pela imprensa ianque como uma ressondosa vitória para os negócios²⁵⁹.

No referido julgamento, caso *AT&T MOBILITY LLC v CONCEPCION*²⁶⁰, a Suprema Corte estabeleceu que a “...mudança da arbitragem bilateral para coletiva sacrifica o caráter informal da arbitragem, tornando o processo mais lento, mais custoso, e mais sujeito a gerar burocracia procedimental do que a atingir um julgamento final. E a arbitragem coletiva aumenta consideravelmente os riscos aos acionados. A ausência de múltiplas camadas de revisão contribui para a possibilidade de que erros não sejam corrigidos. Este risco de erro pode tornar-se inaceitável quando prejuízos alegadamente devidos a milhares de acionantes são agregados para produzir uma decisão conjunta. Arbitragem não é compatível com tão grandes riscos”²⁶¹.

²⁵⁹“*In a resounding victory for businesses, the Supreme Court ruled Wednesday that a company can require its consumers or employees to arbitrate disputes individually rather than joining forces in a class action*”. Em artigo intitulado EGEKO, Bob. Supreme Court rejects class-action arbitration. *Jornal San Francisco Chronicle*, SFGate, Business Report, The Chronicle with Bloomberg. Thursday, Apr. 28, 2011. Disponível em: <<http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2011/04/27/BU011J8OEP.DTL>>. Acesso em: 26 maio 2011. Traduz-se: “numa ressondosa vitória para os negócios, a Suprema Corte decidiu quarta-feira que uma empresa pode exigir aos seus consumidores ou empregados submeter individualmente causas à arbitragem ao invés de juntarem forças em ações coletivas”.

²⁶⁰Arguido em 9 de novembro de 2010, julgado em 27 de abril de 2011. Acórdão e decisão disponíveis no sítio eletrônico: SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011.

²⁶¹Tradução livre do autor. Segue versão original em inglês:

“The switch from bilateral to class arbitration, sacrifices arbitration’s informality and makes the process slower, more costly, and more likely to generate procedural morass than final judgement. And class arbitration greatly increases the risk to defendants. The absence of multilayered review makes it more likely that errors go uncorrected. That risk or error may become unacceptable when damages allegedly owed to thousands of claimants are aggregated and decided at once. Arbitration is poorly suited to these higher stakes. In litigation, a defendant may appeal a certification decision and a final judgement, but 9 U.S.C. §10 limits the grounds on which courts can vacate arbitral awards”.

6.3.2. Litisconsórcio necessário

Diferentemente do que ocorre no caso de litisconsórcio facultativo, a hipótese de litisconsórcio necessário guarda, em referência à arbitragem, maior complexidade. Por disposição normativa, a eficácia da sentença – arbitral ou judicial – depende da citação de todos aqueles que, por força da lei ou por decorrência lógica da relação jurídica em análise, devam integrar a lide, ou serem chamados a integrá-la.

Embora seja certo que nem todas as regras do Código de Processo Civil se aplicam indistintamente à arbitragem²⁶², o litisconsórcio necessário é instituto que deve ser estendido ao âmbito arbitral, especialmente quando se tratar de arbitragem doméstica onde a lei aplicável seja a brasileira. Isso porque há duas hipóteses de litisconsórcio necessário: ou ele decorre da natureza da relação jurídica, que torna indispensável a integração do polo passivo de todos os sujeitos; ou procede de expressa determinação legal. Na segunda hipótese, só haverá litisconsórcio se a lei aplicável à arbitragem for naturalmente a brasileira. De outro modo, aplicar-se-ão as disposições próprias da legislação convencionada pelas partes, quanto ao litisconsórcio necessário, se houver.

Portanto, se a lei aplicável à arbitragem for a lei brasileira, e esta impuser o litisconsórcio necessário, tal deve ser observado na arbitragem. Quanto à outra modalidade de expressão do litisconsórcio necessário, qual seja aquele decorrente da própria natureza da relação jurídica, entende-se que se aplica às arbitragens sediadas no Brasil, sendo indiferente qual a lei escolhida pelas partes. Assim, exemplificando de forma didática, se dois promitentes-vendedores vendem um imóvel a um promissário-comprador e, posteriormente, um dos promitentes-vendedores, isoladamente, firma compromisso arbitral com o promissário-comprador, caso este último pretenda instaurar arbitragem para rescindir o contrato de compra e venda por algum motivo, lógica será, pela natureza da relação, que haverá litisconsórcio passivo necessário dos dois promitentes-vendedores. A arbitragem, a fim de ser instaurada, dependará da anuência da parte que não firmou o

²⁶²Carlos Alberto Carmona: “Tenho insistido – para espanto de muitos, especialmente daqueles que não estudam o Direito Processual com a necessária profundidade – que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem. Parece heresia. Não é. Se os princípios do processo civil orientam e permeiam o processo arbitral (como também permeiam o processo constitucional, o processo administrativo, o processo tributário) o Código de Processo Civil tem utilização bem mais restrita e deve ser consultado no âmbito dos tribunais estatais. Princípio é uma coisa, lei é outra, de modo que os princípios gerais do processo são aplicáveis, é claro, a todos os processos, entre eles o arbitral, sem que haja necessidade de recorrer às normas processuais codificadas que regem o processo estatal”. (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro, cit.)

ajuste arbitral. De outra forma, a arbitragem terá de ser extinta pelo árbitro e as partes remetidas ao juízo estatal.

É de se perceber, que os negócios que preveem cláusulas arbitrais estão sujeitos, por natureza, a envolver múltiplas partes. Podem tratar-se de negócios plurissubjetivos, envolvendo contratos objeto de cessão de direitos, ou contratos inter-relacionados (subcontratações), conexos, ou que envolvam cadeias de negócios jurídicos que atingem outras pessoas além daquelas que pactuaram a cláusula compromissória.

O art. 47 do Código de Processo Civil²⁶³, impõe, por interpretação sistêmica, que o juiz ordene ao autor a promoção da citação do litisconsorte necessário, a fim de que este venha a integrar a lide²⁶⁴. Falta ao árbitro semelhante poder, já que só pode convocar e vincular as partes signatárias do compromisso original.

Daí surgir o primeiro dilema, acerca da competência para definir a configuração ou não de litisconsórcio necessário. Entende-se que tal competência é do juízo arbitral, já que somente ele possui, em decorrência do princípio competência-competência (já analisado em tópico anterior), os poderes para afirmar ou não sua jurisdição sobre determinado tema. De fato, o artigo 8º da Lei 9.307/1996 expressa que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. O art. 20 do mesmo diploma reforça tal entendimento, ao estabelecer que a impugnação à competência do árbitro deve ser feita pela parte “na primeira oportunidade que tiver de se manifestar após a instituição da arbitragem”.

Afirma-se, portanto, que cabe ao árbitro analisar, no primeiro momento, a questão do litisconsórcio necessário. E isso prevalece ainda que o litisconsórcio decorra de lei, e mesmo na hipótese de situação manifesta – isso não quer dizer que a decisão tomada pelo árbitro (declarar ou não o litisconsórcio) não possa vir a ser, em momento posterior, reexaminada pelo órgão estatal. Esta constatação se justifica por ser decorrência lógica do sistema, em especial do princípio competência-competência, que garante ao árbitro os poderes para avaliar a eficácia jurídica da convenção de arbitragem que lhe é submetida.

²⁶³Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único: o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

²⁶⁴Só há litisconsorte necessário no polo passivo da lide, independente da relação jurídica.

Tal regra não deve admitir exceções, nem mesmo sob o argumento da economia processual, nem sob a ideia de que a arbitragem é procedimento informal, em que a praticidade e o pragmatismo se sobrepõem às formalidades. A submissão, ao árbitro, do poder de decidir o litisconsórcio necessário de terceiro alheio à convenção de arbitragem confere garantia adicional ao instituto da arbitragem, pois delega ao árbitro a decisão sobre o prosseguimento da arbitragem ou sua extinção; garantindo-se, em todo o caso, a possibilidade de a questão se apresentar posteriormente ao juiz togado – seja paralelamente ao trâmite do processo arbitral (verificada pelo árbitro a inoccorrência do litisconsórcio), seja posteriormente (para rever a decisão do árbitro), ou mesmo em ação anulatória.

Essa garantia responde à pergunta que poderia surgir acerca da possibilidade de uma das partes aforar ação diretamente no juízo estatal, sem prévio procedimento arbitral, sob o argumento de estar incluindo litisconsorte necessário estranho à cláusula compromissória, o que seria via de fácil acesso para tangenciar a jurisdição arbitral. Com efeito, tal atitude tem sido vista na prática forense, sendo inevitável atribuir-lhe certa dose de má-fé: inclui-se deliberadamente parte alheia ao contrato em que se funda o litígio, e ajuíza-se a demanda diretamente no juízo estatal sob o fundamento de envolver litisconsorte necessário. A partir daí, uma vez conhecida a ação pelo juiz togado, torna-se difícil, até mesmo improvável, assegurar-se posteriormente o procedimento arbitral.

Tratar-se-ia, evidentemente, de indevida ingerência judicial na esfera arbitral. Os juízes togados devem postar-se atentos a tais situações, a fim de, assegurando prestígio à jurisdição arbitral e observando o princípio da competência-competência do juízo arbitral, evitar que medidas embasadas na má-fé, ou mesmo decorrentes de equívoco, venham a contribuir para a supressão ilegal da jurisdição convencionada pelas partes. De fato, tal caso configuraria usurpação à competência arbitral, já que a “decisão” acerca do litisconsórcio seria realizada primeiro pela parte, a confirmar-se pelo juiz togado, subjugando a preferência que cabe ao árbitro em decidir a questão, em afronta evidente ao princípio da competência-competência consagrado pela Lei de Arbitragem.

Assim, mesmo que se trate de nítido caso de litisconsórcio necessário, caberá à parte que pretende ajuizar a demanda primeiro instalar o órgão arbitral, para que se decida sobre a ocorrência do litisconsórcio necessário. Só após a decisão do órgão arbitral que eventualmente reconheça a presença do litisconsórcio, e depois de negado o convite pelo litisconsorte de vir a integrar a relação arbitral, é que a parte estará autorizada a ajuizar a demanda.

Portanto, está justificado o entendimento de que compete ao árbitro decidir sobre a questão do litisconsórcio necessário, entretanto, como demonstrado, lhe falta competência para determinar a citação do litisconsorte. Uma vez, porém, submetida a questão à sua apreciação, pode o órgão arbitral, constatando ser o caso de litisconsórcio necessário, assim informar o autor para que este realize, por si ou por intermédio do próprio juízo arbitral, convite ao litisconsorte para manifestar sua concordância, ou não, em submeter-se à arbitragem que se pretende instalar. Tal manifestação deve ser expressa.

Ao passo que no processo judicial a recusa do litisconsorte necessário em integrar a lide corresponderia à declaração de sua revelia, no processo arbitral o mesmo não é possível. Na realidade, via de regra, comprometido estará todo o procedimento arbitral, que deverá ser extinto, ou remetido à jurisdição estatal.

Tal solução é evidente, e fácil de aplicar-se ao caso de litisconsórcio necessário decorrente de imposição normativa, prevista na primeira parte do art. 47 do Código de Processo Civil, e quando todas as partes concordam com sua ocorrência; entretanto, nos casos em que o litisconsórcio decorre da “natureza da relação jurídica”, que é situação menos evidente, ou ainda (mesmo no litisconsórcio legal) quando há discordância por uma das partes do entendimento do árbitro, ocorre impasse cuja solução é mais complexa. O inverso também poderá ocorrer: uma das partes – ou mesmo as duas – alegar(em) a ocorrência de litisconsórcio necessário, e o árbitro indeferir o ingresso do terceiro na lide.

Os desfechos, como se vê, podem ser dois, independentemente da situação: o árbitro, entendendo tratar-se de litisconsórcio necessário²⁶⁵, determinará a extinção da arbitragem com base no art. 20, § 2º, da Lei 9.307/96²⁶⁶, com remessa dos autos ao juízo estatal; ou, entendendo não haver litisconsórcio, determinará o prosseguimento da arbitragem com a participação das partes originais.

No primeiro caso, havendo discordância quanto à decisão relativa ao litisconsórcio, quaisquer das partes poderá arguir, uma vez estabelecida a lide em juízo, que não se trata de litisconsórcio necessário, e, conseqüentemente, sendo o caso, a questão deverá ser

²⁶⁵E não configurada nenhuma das hipóteses de eficácia expansiva da competência arbitral, que será aprofundada no tópico seguinte.

²⁶⁶“A não figuração do litisconsorte necessário dentro da força da convenção arbitral torna-a, por isso mesmo, incompleta e impotente para sustentar o procedimento da arbitragem, autorizando sua extinção nos moldes do art. 20, §2º, da Lei 9.307/96. Faltará condição de procedibilidade na via especial da jurisdição convencional, porquanto ineficaz é o julgamento que, em qualquer processo, seja proferido sem a presença na relação processual de litisconsorte necessário (art. 47., par. Ún. do CPC).” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros, cit.).

devolvida ao juízo arbitral. Na eventualidade do juiz togado não entender configurada a hipótese de litisconsórcio, o processo será remetido ao juízo arbitral (desde que a decisão judicial tenha transitado em julgado, ou o recurso eventualmente contra ela assacado não detenha efeito suspensivo). Uma vez devolvido o processo, o órgão arbitral irá garantir o seu desenvolvimento, já que a questão que o obstou se encontra superada.

Na segunda situação, não configurado o litisconsórcio necessário – no entender do árbitro – o procedimento arbitral prosseguirá normalmente.

A parte que se entender prejudicada poderá aguardar o desfecho do processo arbitral, para, posteriormente, havendo interesse, ajuizar ação anulatória, com fundamento no inciso IV do Art. 32 da Lei 9.307/1996 (sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem), alegando a nulidade de todo o processo.

Dúvida surge quanto à possibilidade de, verificando a parte prejudicada tratar-se de litisconsórcio evidente, passível de constatação *prima facie*, ajuizar ação direcionada ao juiz togado, a fim de evitar o prosseguimento inútil do processo arbitral. Seria uma daquelas medidas que a doutrina inglesa denominou *anti-suit injunction*, já estudada em capítulo anterior.

Embora tal atitude pudesse parecer, em princípio, desrespeito à autoridade e à competência privativa do órgão arbitral, entende-se que, em casos excepcionais, poder vir a ser permitida. Isso porque a primeira decisão sobre a extensão da eficácia da arbitragem, em tal caso, teria se realizado pelo juízo arbitral, mantendo-se incólume o princípio competência-competência. Com efeito, não seria razoável entender-se que a parte prejudicada, verificado tratar-se de nítido litisconsórcio necessário, desconsiderado por equívoco do árbitro, deva permanecer de braços cruzados, à espera do término de um processo arbitral que pode resultar inútil, para só depois rediscutir a matéria em juízo. Agora sim, tal imposição configuraria desconsideração indevida aos princípios da economia processual e da celeridade. É, portanto, de se abrir a porta para que o Poder Judiciário possa, antecipadamente, vir a exercer o controle sobre a legalidade do procedimento arbitral.

A ação judicial neste ponto, porém, somente poderá debater a questão do litisconsórcio, sob risco de imiscuir-se indevidamente sobre o âmbito jurisdicional restrito da causa principal (restrito ao juízo arbitral já em curso). Como na hipótese de litisconsórcio facultativo, o juiz poderá deferir antecipação de tutela a fim de impedir o

prosseguimento da demanda arbitral, ou mesmo deferir medida cautelar para suspender os efeitos das decisões arbitrais.

Em todos os casos já tratados em que se admite excepcionalmente o ajuizamento de medida que vise a impedir o prosseguimento de processo na esfera arbitral, devem ser observados limites bastante rígidos, sobre os quais o julgador togado não poderá ultrapassar, sob pena de tornar o seu causar prejuízo muito maior do que o benefício almejado. Tais barreiras são materializadas por meio da necessidade de que os elementos formadores do convencimento do juiz devam não só estar pré-constituídos, anexados aos documentos que alicerçam a petição inicial, mas devem principalmente ser avistáveis de plano, dispensando análises mais aprofundadas. Em outras palavras, o litisconsórcio necessário deve ser manifesto, verificável *prima facie*, ao ponto de sua ignorância consistir ato realmente absurdo, beirando a teratologia. De outra forma, caso não haja elementos consistentes já na inicial apresentada pelo autor que pretenda impedir o trâmite de processo arbitral com fundamento na existência de litisconsórcio necessário, o juiz togado haverá de extinguir de plano a demanda, remetendo as partes novamente ao procedimento arbitral. Se tal ocorrer, não estará vedado repetir-se a alegação, em posterior ação declaratória de nulidade de sentença arbitral, fundada no artigo 32 da Lei de Arbitragem, salvo se a manifestação do juiz quanto à inexistência de litisconsórcio tiver sido minuciosa, ao ponto de exaurir a questão. Tal circunstância dependerá da análise do caso concreto.

6.4. Medidas cautelares e antecipatórias na fase arbitral

Em tópico do capítulo anterior, estudou-se o problema decorrente da apreciação de medidas de urgência (cautelares e antecipatórias) propostas na fase pré-arbitral. Aqui é momento de examinar a jurisdição para apreciação da tutela de urgência durante o trâmite do processo arbitral.

Sabe-se que os diversos ordenamentos estrangeiros abordam o tema sob diferentes perspectivas. Alguns países reservam integralmente a jurisdição sobre as medidas

cautelares ao Estado (por exemplo: Áustria, Alemanha, Itália, Líbia e França), enquanto outros atribuem a competência ao árbitro (Suíça, Bélgica, Inglaterra)²⁶⁷.

A Lei de Arbitragem aborda a questão no §4º do artigo 22, que estabelece, no ponto aqui interessante que “*havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa*”.

Referido dispositivo traz alguns problemas de ordem prática. O primeiro deles diz respeito à interpretação da norma. O dispositivo que prevê a análise das medidas cautelares está inserido em artigo cujo *caput* trata de produção de prova (depoimento pessoal, testemunhal, perícias e outras que o árbitro entender necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício).

Se o *caput* do artigo dispõe sobre a produção de provas, seria justificável entender-se que as medidas urgentes e cautelares mencionadas no §4º seriam apenas aquelas relacionadas à produção de provas? A resposta que se impõe é negativa.

Apesar da primeira interpretação, aparentemente mais lógica, de que o parágrafo se refere necessariamente ao *caput* em que está inserido, deve esta ser afastada, e atribuída a uma atecnia cometida pelo legislador. De fato, não poderia diploma tão importante quanto a Lei de Arbitragem ser absolutamente omissa (mais ainda do que já é) em relação às medidas cautelares relativas à arbitragem. E ainda que o fosse, seria o caso de adotar por analogia o sistema do §4, e aplicá-lo às medidas cautelares de modo geral.

Ultrapassado o primeiro problema, outro emerge imediatamente da própria redação do dispositivo. A norma diz que, em relação às medidas coercitivas e cautelares, “*os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário (...)*”. Daí surge questão que merece ponderação: o que seria objeto desta solicitação? Seria apenas o cumprimento de medida cautelar/coercitiva já decidida pelo árbitro, ou seria na verdade a delegação ao órgão do Poder Judiciário a fim de que ele aprecie a medida e, se for o caso de deferi-la, implemente o seu cumprimento?

²⁶⁷Conforme lição de Piero Bernardini: “*From the point of view of the seat, since an arbitrator sitting in Italy has no power to grant interim measures of protection (Art. 818, code civ. proc.) such measures are to be requested to the competent court while an arbitrator sitting in Switzerland, Germany or Belgium may grant such measures (Art. 183 LDIP; Art. 1041 German 1998 Law; Art. 1696 Code judiciaire as amended by Belgian Law of 1998), the court intervening only to ensure the enforcement of the arbitrator's order*”. (BERNARDINI, Piero. *Arbitral Justice, Courts and Legislation*, cit.).

A primeira opção se mostra mais adequada, e é a mais corriqueiramente aceita pela doutrina²⁶⁸. De fato, por ser o árbitro juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei de Arbitragem), e por serem as medidas cautelares requeridas ao juiz da causa (art. 800 do Código de Processo Civil), é fácil concluir devem as mesmas ser conhecidas e apreciadas pelo juízo arbitral.

É ao árbitro, pelo que foi exposto, a quem as partes deverão dirigir as demandas cautelares que surgirem no decorrer da fase arbitral. Ao árbitro caberá conhecer da medida e, analisando a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, decidirá pelo seu deferimento ou não.

Havendo deferimento, duas situações poderão ocorrer, a depender da natureza da medida cautelar deferida. Se a medida não possuir natureza coercitiva, e prescindir do apoio do *imperium* estatal para se ver implementada, ela será autoexecutável. Como exemplo de tal medida, cite-se a cautelar de arrolamento de bens, que poderá ser realizada por intermédio da designação, pelos árbitros, de perito que irá apenas e tão somente inventariar os bens de uma das partes a fim de resguardar eventual fraude a credores e, assim, assegurar a utilidade de um eventual futuro processo de execução²⁶⁹. De igual forma, prescindirá de qualquer outro ato, caso a parte adversa contra quem a medida cautelar tiver sido deferida cumprí-la espontaneamente.

Por outro lado, se a cautelar deferida necessitar de força coercitiva para se ver implementada, deverá ser seguido o rito previsto no §4º, do art. 22, qual seja, após o deferimento do árbitro, este solicitará ao órgão jurisdicional o auxílio necessário para efetivar a medida cautelar. Embora a lei indique ser o árbitro quem deverá encaminhar essa

²⁶⁸“No Brasil, a parte que deseje a implementação de uma medida da espécie, deve requerê-la ao árbitro, a quem foi outorgado poder para apreciar e julgar todas as questões relacionadas à causa, cabendo a ele, pois, o juízo de valor – de caráter discricionário – na avaliação da necessidade, das condições legais para seu deferimento e da urgência na adoção da medida pretendida”. (MARTINS, Pedro A. Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma M.; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 362-363). No mesmo sentido: “O legislador de 1996 (...) preferiu determinar, de modo elíptico, qu eo árbitro, havendo necessidade de medidas coercitivas, as solicite ao juiz togado. Embora o legislador não tenha sido incisivo, dexiou claro (ou, pelo menos, mais claro do que estava no Código de Processo Civil) que, havendo necessidade de tutela cautelar, a parte interessada na concessão da medida deverá dirigir-se ao árbitro (e não ao juiz togado), formulando o seu pedido fundamentadamente; o árbitro, considerando estarem demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concederá a medida cautelar”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, cit., p. 323).

²⁶⁹Neste sentido, ver decisão monocrática proferida pelo eminente ministro Aldir Passarinho Junior, no Conflito de Competência n. 111.230/DF, em 01.07.2010, cujo trecho que aqui interessa segue transcrito: “Todavia, o arrolamento previsto no art. 855, do Código de Processo Civil, não constitui medida preparatória de caráter coercitivo a exigir seja necessariamente prestada perante o Poder Judiciário, comportando, na hipótese de existência de cláusula arbitral, o seu deferimento, eventualmente, pelo próprio Tribunal Arbitral, bem como o seu processamento).

solicitação – que poderá ser feita por ofício, como uma carta precatória – certo é que também às partes interessadas deve ser assegurado tal direito, bastando, para tanto, apresentar a decisão do árbitro junto ao órgão judicial competente. Como já mencionado anteriormente, o Projeto do Novo Código de Processo Civil traz importante inovação para a arbitragem, consubstanciada no instrumento de comunicação formal entre o juízo arbitral e os órgãos da jurisdição estatal, denominado de “carta arbitral”, que, na prática, funciona exatamente como uma carta precatória, sendo que terá como deprecante um árbitro ou órgão arbitral.

Há nessas hipóteses atuação de assistência, pautada pela cooperação, cabendo ao juiz togado dar cumprimento às decisões arbitrais que prescindam de implementação forçada. Se não fosse esse apoio dos organismos estatais, a arbitragem ficaria desprovida de meios de assegurar aos seus jurisdicionados a efetivação de decisões interlocutórias. Daí dizer que a jurisdição cautelar na fase arbitral é dependente, pelo menos se prescindir de atuação coercitiva, da harmonia entre arbitragem e Poder Judiciário, pois só este é capaz de materializá-la forçosamente.

Em regra, não caberá ao juiz togado exercer qualquer juízo sobre o mérito da decisão cautelar ou antecipatória cujo requerimento lhe for apresentado pelo árbitro. Em casos de decisões atentatórias ao devido processo legal, todavia, poderá o juiz togado negar-se a dar cumprimento, mas a decisão deve ser formalmente teratológica. Configurar-se-á, em tese, decisão teratológica a que for proferida contra terceiro alheio ao pacto de arbitragem; quando incidir sobre matéria não abrangida pela convenção; quando ferir o devido processo legal de forma evidente.

Não será, assim, qualquer falha da decisão arbitral que possibilitará a intervenção negativa do juízo estatal. Isso importaria risco enorme ao instituto da arbitragem, o que deve ser a todo custo evitado.

Se houver mera divergência quanto à interpretação, ou mesmo se o juiz togado discordar da decisão do árbitro por entendê-la equivocada quanto ao mérito, não poderá deixar de dar cumprimento ao pedido do árbitro (ou da parte interessada).

Quanto ao instituto da tutela antecipada, é importante notar que a antecipação de tutela relacionada à arbitragem é, via de regra, apenas aquela disposta no art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil (que prevê a hipótese de fundado receio de dano irreparável). Isso porque esta hipótese de antecipação se coaduna com os princípios constitucionais do processo, em especial o princípio do devido processo legal, no qual se inclui a garantia de

inafastabilidade da jurisdição, que, por seu turno, privilegia em si o princípio da garantia de obtenção de provimento jurisdicional célere. Portanto, ainda que as partes queiram convencionar pelo afastamento do instituto da antecipação de tutela numa determinada arbitragem, tal estipulação será nula, pois que afrontará o devido processo legal²⁷⁰. Quanto à hipótese do inciso II do mesmo artigo (abuso de direito de defesa ou propósito protelatório), esta só se aplicará no âmbito da arbitragem se for reproduzida na convenção pelas partes, ou contiver das regras institucionais do órgão arbitral em questão, ou ainda quando houver sido expressamente disposta a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil²⁷¹. Independentemente de haver escolha subsidiária pelas regras do CPC, é de se admitir que os pressupostos básicos que justificam a concessão da antecipação de tutela (*fumus boni iuris* – ou *verossimilhança das alegações* – e *periculum in mora*) constituem fundamentos decorrentes do princípio do devido processo legal.

Portanto, é de se concluir que a regra da fase arbitral é de submissão ao juízo convencional de qualquer medida cautelar e de antecipação de tutela, cabendo ao togado apenas o auxílio e assistência no sentido de efetivar coercitivamente a medida (se for o caso, pois se não houver necessidade de implementação forçada, seja pela natureza da medida, seja em função do cumprimento espontâneo por uma das partes, não haverá necessidade da atuação do órgão judicial).

²⁷⁰Neste sentido, Marcos André Franco Montoro: “*O conceito moderno do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (de acesso à jurisdição, inclusive arbitral) tem como um dos aspectos a garantia das partes poderem pleitear tutela de urgência. Esse aspecto, aliás, tem ligação direta também com o princípio constitucional da celeridade, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal*”. (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 330). Mais adiante referido autor, concordando com o raciocínio acima exposto de que às partes é vedada convencionar pela exclusão da apreciação de tutelas de urgência eventualmente necessárias no curso da arbitragem, manifesta o entendimento de ser possível, no entanto, que as partes atribuam exclusivamente ao árbitro, ou exclusivamente ao Poder Judiciário, a jurisdição para conhecer e processar referidas medidas: “*As partes podem proibir o árbitro de conceder antecipação de tutela – elas têm esse poder – mas, se assim determinarem, automaticamente passam o poder de examinar um pedido de antecipação de tutela para o Poder Judiciário estatal (...)*”. (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 336).

²⁷¹Interessante é anotar observação feita sobre o tema por Cláudio Valença Filho, ao acentuar que “*salvo escolha das partes, o árbitro não está adstrito às prescrições de Código de Processo Civil algum, brasileiro ou estrangeiro. Às partes cabe o direito de escolherem as regras substantivas e adjetivas que regem a instância arbitral. Podem – desde que não atentem à ordem pública – subtraí-la de todo direito de fonte estatal para submetê-la, com exclusividade, aos princípios gerais do direito, usos, costumes e regras internacionais do comércio, onde, aliás, é comum a prolação de sentenças parciais decisórias de questões de mérito ou de processo, definitivas ou não*” (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem*, cit., p. 20). Embora se concorde com ela, ressalte-se que as arbitragens domésticas não podem se desenvolver no Brasil sem observância dos princípios constitucionais do processo.

A atuação do juiz estatal é de assistir o juízo arbitral a fim de dar efetividade material ao provimento jurisdicional proferido pelo árbitro²⁷². O pedido de assistência, previsto no §4º do art. 22 da Lei de Arbitragem, deve ser encaminhado via ofício, contendo preferencialmente cópia da decisão e da convenção de arbitragem, tal qual uma carta precatória. Deve ser admitido também o fato de que seja realizada pela parte interessada, que não precisará esperar inerte a atitude do árbitro caso este demore em efetuar o pedido. Seria interessante que a lei regulamentasse de modo mais detalhado a operacionalização da atuação de apoio da jurisdição estatal no cumprimento das medidas²⁷³.

Apesar do papel do juiz togado nas situações de medidas cautelares postuladas na fase arbitral ser, via de regra, restrito à assistência para fins de implementação da medida, podem ocorrer situações que, por alguma circunstância excepcional, o árbitro não esteja apto a atender a demanda de urgência. Assim, em situações muito restritas, pode ser admitido o processamento de medida cautelar ou de antecipação de tutela na esfera judicial, que atuaria em caráter subsidiário ao juízo arbitral, apenas substituindo-o momentaneamente.

Tais situações são extremas, e o ideal é que fossem evitadas; no entanto, a realidade fática impõe a previsão de que haja um caminho aberto à parte que necessite de uma tutela de urgência quando o juízo arbitral, por algum fator alheio, não a possa prestar. Caso contrário haveria negativa de jurisdição.

Seriam exemplos de situações que justificariam a medida extrema de direcionamento da cautelar diretamente ao juiz: se, pelas regras da instituição em que se processa a arbitragem, determine-se que as cautelares só possam ser tomadas pelos árbitros em conjunto e haja calendário predefinido de tais encontros que não contemple a possibilidade de análise da medida a tempo; se o árbitro estiver ausente (acometido por uma doença, ou ainda viajando); se a medida tiver sido proposta perante a arbitragem e, transcorrido tempo razoável, não tiver sido apreciada injustificadamente; e outras

²⁷²Registre-se que o Acordo de Buenos Aires, que regula a arbitragem no âmbito do Mercosul, firmado pelo Brasil em 1998 e promulgado pelo Decreto n. 4.719/03 de 04.06.2003, contém a seguinte previsão: “Art. 19.º. As solicitações de cooperação cautelar internacional editadas pelo tribunal arbitral de um Estado-parte serão remetidas ao juiz do Estado da sede do tribunal arbitral para que este juiz a transmita para seu diligenciamento ao juiz competente do Estado requerido, pelas vias previstas no Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul (...)”.

²⁷³Interessante é anotar que a Corregedoria Geral de Justiça do Paraná regulamentou o procedimento de assistência que o juiz togado deve prestar ao juízo arbitral, por um Ofício Circular n. 69/99. (SILVA, Jonny Paulo da. A regulamentação paranaense acerca da atuação do juiz de direito no processo arbitral, no que diz respeito à condução de testemunhas e execução de medidas coercitivas e cautelares. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 3, p. 217, jul./set. 2004).

Ocorreria, em tal hipótese, o mesmo que sucede em relação às medidas cautelares preparatórias (postuladas na fase pré-arbitral): a restituição provisória da jurisdição arbitral à jurisdição estatal. Como naquele caso, se caracterizaria pela “subsidiariedade” (só se justifica em caso de impedimento material do árbitro em apreciar a tutela), precariedade (é restrita ao período de tempo em que o árbitro não puder apreciar a medida, e tão logo ele readquirir as condições materiais para apreciá-la a medida deverá a ele ser reencaminhada), e “sumariedade” (não será apreciado o mérito da questão).

Será necessária a inequívoca demonstração da ocorrência do *periculum in mora composto*, caracterizado pela necessidade de comprovação da impossibilidade absoluta do árbitro examinar a medida, além da existência do perigo de dano irreparável. O exagero na adjetivação mostra-se importante a fim de impedir que essa via seja utilizada sorrateiramente como forma de tangenciar a jurisdição convencional, o que deve ser evitado a todo o custo. É por isso que se afirma que a demonstração da impossibilidade de apreciação da medida pelo árbitro é mais importante até do que a demonstração da existência de perigo de dano irreparável – embora ambos sejam imprescindíveis para a concessão da medida pleiteada.

A justificativa para a possibilidade de análise das tutelas de urgência na fase arbitral pelo juiz togado, em caráter excepcional, se justifica em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição (incluindo a jurisdição arbitral), sobre o qual se manifestou ao longo deste tópico.

Maior cuidado ainda deve ter o magistrado a quem for apresentado pedido de tutela antecipada de arbitragem já instaurada. Deve procurar assenhorar-se de todos os fatos a fim de verificar se por trás do quadro de urgência pintado pela parte requerente não existe na verdade uma tentativa oculta de evitar a jurisdição arbitral. Se ocorrer do magistrado proferir decisão em processo em que inexistia impossibilidade do árbitro, haverá ingerência ilegal e indevida, que deverá ser rechaçada seja pela via recursal ou por mecanismo próprio.

No Direito inglês, a possibilidade de acesso à via judicial possui previsão expressa²⁷⁴, que determinando que o tribunal estatal só poderá agir em caso do órgão arbitral (instituição ou pessoas físicas), não possuir competência ou for incapaz de “agir

²⁷⁴O Arbitration Act de 1996 possui disposição expressa acerca da subsidiariedade: “Art. 44 (5) *In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institutions or persons vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively*”.

eficazmente”. A locução “agir eficazmente” deve ser analisada com muito rigor, para evitar eventual desrespeito à convenção de arbitragem.

No Brasil, embora não haja previsão expressa, deve ser admitida em razão de construção sistêmica, levando-se em conta, sobretudo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Serão, todavia, deveras raros os casos em que tais medidas mereçam ser conhecidas pela autoridade judiciária²⁷⁵.

Viu-se, portanto, que há, no que toca às tutelas de urgência manifestadas durante a fase arbitral, verdadeira simbiose entre a jurisdição arbitral e o Poder Judiciário. De fato, caberá ao árbitro contar com a assistência e o apoio do juiz togado para fazer cumprir o mandamento do que decidir. Trata-se de uma atuação de controle sistemático, a garantir a efetivação da medida de urgência que, de outro modo, poderia restar inócua.

Por outro lado, aos juízes será permitido, ainda que muito excepcionalmente, exercer um mínimo de controle de qualidade sobre a arbitragem no momento em que lhe for solicitado o cumprimento de alguma medida coercitiva. De fato, havendo teratologia perceptível *prima facie*, o magistrado poderá se negar a implementar a decisão proferida em urgência.

A par disso, cabe ao Judiciário a jurisdição subsidiária, caso o árbitro se encontrar temporariamente ausente, indisponível ou impossibilitado de apreciar a medida de urgência requerida pela parte na arbitragem. Desta forma, além do essencial papel de complementaridade, o juiz togado atuará, em tais circunstâncias, novamente como elemento avalizador da jurisdição arbitral, seja porque garantirá que a parte solicitante não fique desprovida de tutela jurisdicional (garantindo assim a observância constitucional da inafastabilidade jurisdicional), seja porque, ao devolver a medida cautelar ou antecipatória que lhe foi provisoriamente apresentada, age no sentido de garantir o desenvolvimento do processo de arbitragem.

²⁷⁵No já mencionado estudo levado a termo pelo CBAr e FGV, de 65 decisões analisadas, que tratam de medidas de urgência e coercitivas relacionadas à arbitragem, apenas 8 surgiram na fase arbitral. (ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio (Coords.). Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Medidas de Urgência e Coercitivas, cit., p. 50).

6.5. Produção probatória e demais medidas coercitivas no curso do processo de arbitragem

Além das tutelas de urgência, cuja possibilidade de concessão pode ser inferida a partir da melhor interpretação do §4º do art. 22 da Lei de Arbitragem, há ainda outras medidas coercitivas que podem ser deferidas pelo árbitro. Tais medida poderão prescindir, para a sua efetivação material, de auxílio do juiz togado para o seu cumprimento.

Dentre tais medidas coercitivas, pode-se mencionar a condução forçada de testemunhas. Neste ponto, insta observar que caberá ao árbitro, e somente a ele, deliberar sobre a necessidade da produção da prova testemunhal e sua eventual utilidade. Não haverá qualquer interferência judicial, salvo se a testemunha, chamada a comparecer em data, hora e local indicados pelo órgão arbitral, resistir e não comparecer.

Para que a resistência seja mais facilmente comprovada, aconselha-se que a intimação seja formulada por via de algum meio em que seja possível atestar o seu recebimento pela testemunha. Configurada tal hipótese, o árbitro poderá solicitar o auxílio judicial, a fim de conduzir coercitivamente a testemunha à audiência. Tal condução forçada, só ocorrerá na hipótese de ausência não justificada, deliberação esta cabível ao árbitro.

A assistência judicial, ministrada nesta fase de instrução probatória, materializa-se pelo envio de ofício do árbitro ao órgão da jurisdição estatal, que conterà o requerimento de auxílio na condução da testemunha renitente, e será instruído com cópia da convenção e dos documentos que atestem a convocação prévia que deu causa à ausência não justificada.

Trata-se aqui de relação de coordenação, entre árbitro e juiz togado, sendo este último convocado a complementar a jurisdição arbitral, privada que é do poder de *imperium*, inerente à jurisdição regular do Estado. Não há relação de hierarquia de parte a parte, portanto o árbitro nem determina ao juiz, mas também não suplica, na qualidade de requerente. O procedimento seguirá forma semelhante ao que ocorre no cumprimento de uma carta precatória, onde há definidas divisões de competência: de um lado, o árbitro, que decidirá sobre a utilidade e necessidade da oitiva testemunhal, e de outro o juiz, ao qual é solicitado auxílio no cumprimento forçado da condução dela.

Há quem sustente que a testemunha, alheia que é à convenção de arbitragem, não pode ser coagida a participar forçosamente de processo arbitral, já que é terceiro em

relação a ele²⁷⁶. Trata-se, no entanto, de pensamento bastante restrito, já que a limitação subjetiva da arbitragem, *rationae personae*, se refere apenas à produção dos efeitos da sentença arbitral, já que estes só recairão sobre as partes da arbitragem, condicionada à existência de válida convenção de arbitragem confeccionada por livre manifestação de vontade dos envolvidos. Estender a exigência de livre manifestação de vontades na opção pela arbitragem às testemunhas parece ser medida de extremo rigor, inapropriada, já que a testemunha nada mais é do que auxiliar à boa administração da justiça. Na perspectiva da testemunha, pouco importa ser interrogada em juízo estatal ou em juízo arbitral, pois sua obrigação como testemunha persiste em ambas as sedes. De outra forma, a prova testemunhal correria grande risco.

Assim, pelo que dita o art. 22 da Lei de Arbitragem, os árbitros podem sim determinar a produção de provas que envolvam terceiros alheios à arbitragem, assim como ocorre em relação ao art. 27 da Lei Modelo UNCITRAL, que guarda redação semelhante²⁷⁷.

Os poderes do árbitro, contudo, não se reduzem aos de condução forçada de testemunhas. O árbitro, no uso do poder geral de cautela, o qual é inerente à sua função, salvo ajuste diferente feito pelas partes em que fique expresso não deter tais poderes, poderá deferir medidas cautelares relacionadas à produção de provas, e contará para sua implementação com o apoio da autoridade judicial estatal, a fim de assegurar o cumprimento da medida.

A ausência de dicção legal específica, antes de significar limites à atuação do árbitro, configura na verdade ampla autonomia na escolha de quais provas irá produzir, aliada à escolha dos meios que entender pertinentes. O artigo 22 da Lei de Arbitragem confere ao árbitro imensa liberdade, pois pode realizar provas de ofício, desde que necessárias, admitindo todos os meios de prova legalmente admitidos. A leitura do referido artigo, aliada à interpretação que se faz da Lei de Arbitragem, impõe as seguintes conclusões: o poder de persecução probatória do árbitro só encontra três limites: (1) a

²⁷⁶Neste sentido, Clávio Valença Filho. (*Poder Judiciário e sentença arbitral*: de acordo com a nova jurisprudência constitucional, cit., p. 28-29).

²⁷⁷“*In practice, however, Article 27 has served as a basis for obtaining evidence from third persons too*”. BREDOW, Jens; MULDER, Isabel. Court Assistance in Arbitral Proceedings from the perspective of article 27 of the UNCITRAL model law. In: AKSEN, Gerald et al. (Ed.). *Global reflections on international law, commerce, and dispute resolution: liber amicorum in honour of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005. O referido art. 27 da Lei Modelo UNCITRAL possui a seguinte redação: “Art. 27. Court assistance in taking evidence. The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence”.

convenção de arbitragem, ou que for pactuado entre as partes²⁷⁸, (2) as provas deverão ser necessárias²⁷⁹ e (3) tanto os meios de prova como as provas em si são aqueles que a lei considera lícitos, de acordo com a ordem pública nacional. A par destas três fronteiras, o árbitro é livre para produzir as provas que entender cabíveis.

O árbitro não poderá produzir provas desnecessárias, nem contrárias ao que for decorrente de mútuo consentimento entre as partes. Se, ao contrário, as parte requererem a produção de uma determinada prova, o árbitro terá de deferi-la, caso o requerimento seja mútuo. Se o requerimento de prova for unlitareal, o árbitro deverá procurar atendê-lo, mas poderá eventualmente indeferi-lo, especialmente se se tratar de prova complexa, difícil de ser produzida e absolutamente impertinente ao desfecho do caso.

O árbitro deverá, contudo, agir com bastante cautela e ponderação, a fim de não rejeitar prova realmente importante, o que poderá macular todo o procedimento com o vício do desrespeito ao devido processo legal, permitindo a parte que teve a prova indeferida eventualmente aduzir em juízo a inobservância à ampla defesa e a quebra da imparcialidade do julgado. A decisão do árbitro que indeferir um determinado tipo de prova é, a princípio, não sujeita ao crivo judicial ainda durante a fase pré-arbitral; no entanto, se no caso específico, a depender da situação fática concreta, houver perigo de perecimento da prova, e havendo o indeferimento pelo árbitro pode ser o caso de ser admitido o processamento em juízo de cautelar de produção antecipada de provas. Caberá ao juiz o critério de analisar a situação de perecimento e repensar a necessidade daquela prova. Na verdade, não há prejuízo ao curso do andamento do processo arbitral, haja vista que a cautelar de produção antecipada visa apenas a resguardar a produção de uma prova que, de outro modo, poderia perecer, acarretando a perda da oportunidade de produzi-la.

Assim, caberá ao árbitro, dentro do amplo espectro que possui relacionado à produção probatória, requerer, no que for pertinente, o auxílio do juiz togado para efetivação da prova que entender necessário. Há, portanto, harmoniosa situação de apoio da jurisdição estatal para com a arbitral. O árbitro poderá produzir as provas que entender viáveis, inclusive aquelas inerentes aos países do *common law*, tais como a *discovery* e o

²⁷⁸“De nada adianta os árbitros exigirem a realização de uma prova pericial extremamente cara, ou demorada, se ambas as partes entendem que ela é desnecessária, e se recusam a custeá-la. Trata-se no fundo da aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no procedimento arbitral, ou seja, do bom senso em cada situação”. (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 289).

²⁷⁹“As provas que o art. 22 chama de “necessárias” - são as provas que versam sobre fatos pertinentes, relevantes e controvertidos, sendo que não precisam ser provados os fatos notórios e aqueles a respeito dos quais exista uma presunção legal”.

cross-examination. As opções são infinitas, só encontrando limites na tríade acima disposta.

O árbitro, portanto, poderá determinar a exibição de coisa ou documento, o *discovery*²⁸⁰, a realização de perícia, a inspeção pessoal no local ou coisa, a busca e apreensão de coisa ou documento, a oitiva de quantas testemunhas entender necessárias, a oitiva da denominada *expert witness* (assim denominado o depoimento de especialista ou técnico que não conhece os fatos da causa), apresentação de depoimento testemunhal por escrito (*written witness statements*), a confrontação de testemunhas (a fim de verificar a reação de uma em relação ao depoimento antagônico da outra), enfim, poderá o árbitro dispor sobre todas as provas que não sejam vedadas pelas regras procedimentais escolhidas pelas partes, nem pelo ordenamento jurídico e desde que sejam necessárias.

Ao deferir uma prova que prescindia de auxílio judicial para efetivar-se, o árbitro encaminhará ao juiz ofício contendo o resumo do caso, a sua decisão quanto à prova, a convenção de arbitragem e a solicitação de auxílio no cumprimento, da mesma forma que faria no caso de medidas cautelares, tal qual fosse uma carta precatória. O juiz deverá dar cumprimento imediato, salvo se verificar, de forma flagrante, que há desrespeito aos limites impostos ao poder arbitral de produção de provas, consubstanciado na convenção das partes e na licitude do meio e do objeto da prova. Quanto à avaliação de necessidade, esta é exclusiva do árbitro, sendo vedado ao juiz togado reapreciá-la nesta fase. O árbitro é o juiz de fato e de direito da causa submetida à arbitragem, por isso só ele poderá avaliar, neste momento da fase arbitral, a necessidade e pertinência da produção de uma determinada prova. Quanto aos outros dois aspectos, no entanto, o juiz poderá escrutinar a decisão do árbitro, e até mesmo deixar de dar cumprimento. De fato, se o árbitro determinar a produção de uma prova ilegal, contrária à ordem pública, caberá ao juiz rechaçar o cumprimento coercitivo. Igual sucederá se o juiz estatal, de ofício ou por iniciativa das partes, verificar que a produção da prova solicitada pelo árbitro desrespeita o que as partes acordaram. Desta forma, por exemplo, se a convenção determinar que o árbitro não poderá produzir provas periciais, a fim de tornar o procedimento arbitral mais barato e mais célere, se o juiz togado verificar que a prova que se pede é pericial, irá negar o seu cumprimento e remeter as suas razões ao árbitro.

²⁸⁰O *discovery* difere da exibição de documento porque, enquanto esta se caracteriza pela determinação de que sejam apresentados os documentos que o árbitro determinar, no *discovery*, por outro lado, a parte deve apresentar todos os documentos que detiver sobre determinado assunto.

Observa-se, pois, que quanto a provas ilícitas eventualmente determinadas pelo árbitro, ou aquelas não permitidas pelas partes, caberá um controle a ser exercido pelo juiz togado, a fim de evitar o dano que a prova ilícita pode causar, ou o custo que prova tida como despicienda pelas partes pode trazer. Em ambas as situações, tais provas seriam inúteis, já que seriam futuramente excluídas quando a arbitragem, na fase pós-arbitral, fosse submetida ao controle de legalidade. Portanto, admitir que esse controle se dê previamente é evitar o custo desnecessário de produção de uma prova que será imprestável.

O juiz togado, ao ser requisitado a prestar apoio à jurisdição arbitral, deverá orientar sua conduta tendo como norte a proteção da ordem pública. Esta restará afrontada tanto se produzida prova ilícita, como se desrespeitado os limites de conveniência das partes fixados na convenção de arbitragem. O magistrado, contudo, não poderá rever os critérios de necessidade e discricionariedade que o árbitro utilizar para formar o seu convencimento quanto à necessidade daquela prova em respeito da qual solicita o auxílio ao juiz. Portanto, o juiz não analisará a necessidade, pertinência ou utilidade da prova, já que, mesmo verificando a ausência dessas qualidades, não poderá deixar de comandar a sua materialização, desde que, de novo, não fira a convenção das partes, nem consubstancie prova ilícita.

A Lei de Arbitragem confere ampla liberdade ao árbitro. Este poderá produzir as provas que entender necessárias, desde que lícitas e não vedadas pelas partes. O juiz togado poderá ser acionado a prestar o apoio na concretização da produção probatória, especialmente se envolver a submissão de terceiro, alheio à arbitragem, o que demandará coercitividade que só a jurisdição estatal pode oferecer. Ao receber a solicitação do árbitro, o juiz estatal só poderá deixar de cumprí-la se entender que, de forma patente e manifesta, a prova determinada pelo árbitro constituir prova ilícita de acordo com a ordem pública nacional. De igual modo, poderá negar-se a prestar auxílio se verificar que a prova produzida não encontra guarida no consentimento das partes expresso na convenção. Em relação ao critério da necessidade, todavia, trata-se de avaliação discricionária exclusiva do árbitro, que não pode ser revista pela autoridade judicante.

É, assim, de se concluir que juiz togado pode participar da produção probatória da arbitragem. Ele pode ser acionado para prestar apoio, no sentido de obrigar terceiro alheio à arbitragem a seguir ordem emanada do árbitro, quanto à produção de prova.

O juiz exercerá controle sobre a ordem do árbitro que ferir a ordem pública, seja por determinar produção de prova ilícita, seja por ferir os limites da convenção de

arbitragem fixados pelas partes em comum acordo. Não poderá, contudo, reavaliar o critério de necessidade, pertinência e utilidade da prova produzida.

Por outro lado, pode funcionar como garantidor da produção de prova, caso uma das partes tenha interesse em providenciar uma determinada prova, que haja eventualmente tido sua produção negada pelo árbitro. Neste caso, caberá ao interessado propor a medida cautelar de produção antecipada de provas, perante o juiz estatal, já que a produção daquela prova não trará nenhum empecilho ou obstáculo ao trâmite do processo arbitral. Os requisitos próprios da produção antecipada de prova, no entanto, hão de estar presentes, em especial o receio de perecimento da prova que se pretende produzir (oitiva de testemunha em estado terminal, por exemplo). Havendo o risco de lesão, o juiz deferirá a produção antecipada, garantindo com isso a regular produção probatória que de outra forma restaria ameaçada.

6.6. Mandado de segurança e jurisdição arbitral

Pode-se vislumbrar algumas possibilidades de impetração da estreita via mandamental em relação à arbitragem.

No primeiro momento, verifica-se eventual possibilidade de utilização de mandado de segurança contra ato de autoridade administrativa que impeça a instauração da arbitragem, por ato ilegal cuja prática fere direito líquido e certo de uma das partes. Tem-se conhecimento de pelo menos dois casos práticos em que se deu processamento a mandado de segurança nestes moldes²⁸¹. Tratou-se, nos casos indicados, de indevidos atos praticados pelas autoridades coatoras que atentavam contra a jurisdição arbitral.

Referidas situações só serão verificáveis raras vezes, mormente quando se estiver diante de convenções de arbitragem firmadas por empresas públicas, sociedades de economia mista, ou entes públicos. De fato, muito embora seja pacífico o entendimento da doutrina acerca da possibilidade de submissão das pessoas jurídicas de Direito Público, bem ainda aquelas indicadas há pouco (empresas públicas e sociedades de economia mista), é também correto afirmar que as arbitragens nessa seara ainda sofrem com o

²⁸¹MS 1998.00.2.003066-9, relatora Des. Nancy Andrichi e AgRg no MS 11.308-DF, Rel. Min. Luiz Fux.

desconhecimento das autoridades responsáveis, o que pode, ocasionalmente, ensejar desmandos, capazes de coibição por meio de mandado de segurança.

Um dos casos indicados acima na nota de rodapé acima mencionada, MS 11308-DF – STJ, trata de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, que, por meio de Portaria, revogou contrato firmado entre sociedade de economia mista e empresa privada e determinou a assunção dos serviços prestados por esta àquela, sem observar a cláusula compromissória existente no contrato rescindido. A segurança foi concedida a fim de suspender os efeitos da referida Portaria, por lesar direito líquido e certo da empresa de ver o caso ser resolvido em arbitragem.

Percebe-se, portanto, que o mandado de segurança pode ter utilidade eventual no sentido de assegurar a instauração da jurisdição arbitral. Em alguns casos, como nos exemplos ora examinados, trata-se de medida indubitavelmente mais célere do que a ação de execução específica do art. 7º da Lei de Arbitragem, especialmente quando a questão envolver pessoas jurídicas de Direito Público, ou que sejam por elas controladas.

Utilizado desta forma, o mandado de segurança pode ser mecanismo importante a fim de assessorar a jurisdição estatal no apoio para concretização da jurisdição arbitral.

Maior complexidade, no entanto, guarda a hipótese de admitir-se mandado de segurança contra ato ilegal de árbitro, ou de órgão arbitral. Quanto a isto ainda não há entendimento firmado de forma pacífica, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Na vigência do regime legal que regulamentava a arbitragem antes da Lei de 1996, certamente que a resposta a despontar seria a de não se admitir mandado de segurança contra ato do árbitro, uma vez que, naquele regime, o mesmo não detinha autoridade.

Depois do advento da Lei de Arbitragem, verifica-se que o papel do árbitro, assim como de toda arbitragem, foi alçado a outro patamar, equiparando-se à função jurisdicional exercida pelo Estado. Assim, se o árbitro possui *status* de juiz (conforme dicção do art. 18 da Lei de Arbitragem), deve ser, pelo menos em tese, admissível o mandado de segurança contra ato por ele praticado, da mesma forma que é cabível, ainda que em situações excepcionais, a impetração do *writ* contra ato judicial.

Como pré-requisito, o ato da autoridade arbitral deverá necessariamente ser ilegal e violar direito líquido e certo, que não possa ser atacado por recurso com efeito

suspensivo²⁸² (o que só ocorrerá se houver previsão de recurso segundo as regras procedimentais adotadas especificamente na arbitragem, ou na instituição arbitral de que se cuida). No caso da arbitragem, deve-se interpretar ainda mais restritivamente, afastando a possibilidade de propositura de mandado de segurança nas hipóteses de cabimento de alguma outra via ordinária de impugnação da decisão arbitral, a saber, aquelas consistentes da ação declaratória de nulidade prevista no art. 31 da Lei de Arbitragem, ou ainda as previsões contidas no ordenamento processual, tais como a impugnação à execução e a apresentação de exceção de pré-executividade. Por fim, há de estar presente, como sói ocorrer nos casos de mandado de segurança contra ato judicial, o elemento da teratologia, consistente na ilegalidade manifesta e absurda da decisão.

Como exemplos de decisões arbitrais que admitem a via impugnativa do mandado de segurança, cite-se a situação de terceiro, absolutamente alheio ao litígio, não signatário da convenção, que é de alguma forma atingido por uma decisão proferida em arbitragem. De igual maneira, quem não tiver sido parte do processo de arbitragem, e vier a ser surpreendido com decisão final que atingir a sua esfera patrimonial, pode propor mandado de segurança para reconhecer a ilegalidade do ato.

Esta posição, de admissão do mandado de segurança contra ato de árbitro, é alvo de críticas pela doutrina²⁸³. Há razão de ser para as críticas. De fato, a regra adotada pela Lei de Arbitragem é de que o exame da legalidade do processo arbitral deverá ser ministrado *a posteriori*, cabendo ao árbitro a primazia na resolução das questões. Para quem compartilha deste entendimento, qualquer análise prévia pelo juiz togado pode ensejar afronta ao princípio da competência-competência do árbitro adotado em nosso sistema arbitralista.

O posicionamento aqui defendido, todavia, não guarda desrespeito a tal princípio, nem traz risco à jurisdição arbitral. Percebe-se que a primazia garantida pelo princípio da competência-competência não corre riscos se houver revisão imediata de uma decisão proferida na arbitragem. Referido princípio impõe que análise do árbitro seja anterior à do

²⁸²Aplicação analógica da súmula 267 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

²⁸³Neste sentido, cite-se posicionamento do Professor Arnoldo Wald: “Assim, não cabe ao juiz togado proferir decisões em mandados de segurança, ou em quaisquer outras ações judiciais, para impedir ou criar embaraços ao início, ao andamento ou à conclusão da arbitragem, pois a primeira oportunidade de julgamento da competência dos árbitros deve ser reservada a eles próprios, sob o crivo de um controle judicial *a posteriori*, exercido num segundo momento, após a prolação da sentença arbitral, mas nunca antes” (WALD, Arnoldo. Descabimento do mandado de segurança contra decisão do tribunal arbitral – comentários ao AGIN 990.10.284191-0. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 26, p. 255, jul. 2010).

juiz togado, mas não determina necessariamente que o controle judicial só seja exercido depois de proferida a sentença arbitral. Portanto, a análise judicial posterior de uma questão decidida pelo árbitro, mesmo que ainda na fase arbitral, guarda respeito ao princípio da competência-competência.

Justifica-se, entretanto, as críticas à admissão do mandado de segurança contra o ato arbitral, porque o mesmo não pode correr o risco de ser vulgarizado, sob pena de inviabilizar-se, ao longo do tempo, a própria jurisdição arbitral. De fato, sendo uma via de fácil acesso, toda e qualquer decisão poderia ser objeto de ataque.

Por outro lado, situações há em que não restarão opções à parte que tem o seu direito líquido e certo não observado. Não existindo outra via, caberá a impetração. Desta forma, para que se conciliem a necessidade de restringir ao máximo e não vulgarizar o uso do mandado de segurança contra ato praticado por árbitro, mas ao mesmo tempo garantir que ele possa ser utilizado em hipóteses excepcionais, presentes os requisitos, a solução que se apresenta mais adequada é incluir como condição adicional ao conhecimento do mandado de segurança que a impetrante demonstra não haver outra via que não impugnação própria do ato combatido pelo *writ*. Desta forma, assegura-se a não vulgarização de demandas contra o desenvolvimento da arbitragem, ao passo que fica resguardado um importante mecanismo, para uso em situações de real necessidade.

É importante ao juiz togado, porém, na apreciação do mandado de segurança, ter consciência de que tal análise só deve ser admitida em caráter altamente excepcional. De outro modo, poderá contribuir para o descrédito do instituto da arbitragem. Deve tomar cautelas para não exercer ingerência indevida na jurisdição arbitral. Há portanto, de considerar apenas os casos em que haja teratologia manifesta *prima facie*, e só poderá se manifestar quando não houver para a parte nenhum outro meio impugnativo previsto na Lei de Arbitragem ou no Código de Processo Civil. Caberá à parte demonstrar que não lhe há no alcance qualquer mecanismo apropriado para combater a decisão teratológica que lhe atinge direito líquido e certo.

Assim, a jurisdição estatal, ao analisar mandado de segurança contra ato de árbitro, exercerá destacada função de resguardo da jurisdição arbitral, pois terá de restringir ao máximo o conhecimento da via mandamental, aplicando ao extremo o princípio do *favor arbitrandum*. Ao assim agir, confere apoio ao desenvolvimento da arbitragem. Caso verifique presentes os requisitos (teratologia, desrespeito de direito líquido e certo,

impossibilidade de impugnação por via regularmente prevista), no entanto, exercerá função propriamente de controle sobre o curso da jurisdição arbitral.

6.7. Questão prejudicial referente a direito indisponível

O art. 25 da Lei de Arbitragem²⁸⁴ estabelece que, caso sobrevenha, no decorrer de arbitragem em curso, discussão sobre matéria de direito indisponível que seja fundamental para a questão submetida à arbitragem, o árbitro deverá encaminhar a questão ao Poder Judiciário, a fim de que lá seja decidida a questão, suspendendo-se a arbitragem até que tal resolução ocorra.

É imperativo que esta norma seja aplicada, tendo-se em vista uma interpretação benéfica ao processo arbitral, de forma que ele não sofra prejuízos em excesso em decorrência de sua observância. O árbitro só deferirá a suspensão, com remessa à jurisdição estatal, somente em situações realmente inevitáveis, submetendo a regra do art. 25 a crivo bastante restritivo, a fim de evitar um deletério efeito contrário não só ao desenvolvimento do processo arbitral daquele caso concreto a ele submetido, mas um prejuízo imensurável para a arbitragem como um todo.

A arbitragem se fundamenta no consentimento mútuo das partes em afastar-se da jurisdição do Estado, submetendo a resolução do litígio havido entre elas, presente ou futuro, à jurisdição de um árbitro, eleito por normas que convencionaram. Remetê-las novamente à dependência de um processo judicial do qual haviam optado evitar pode representar, para as partes que de boa-fé promovem a arbitragem, uma grande decepção; ao mesmo tempo que pode significar premiação à má-fé daquela que, traindo o pacto inicial, procura fugir da solução definitiva do litígio.

Para que tal não ocorra, insta que a interpretação de referido artigo se dê de forma restritiva²⁸⁵, ou seja, deve ser aplicado de forma a que as hipóteses de sua aplicação sejam

²⁸⁴ Art. 25. Sobreindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

²⁸⁵ RICCI, Edoardo Flavio. Para uma interpretação restritiva do art. 25 da Lei de Arbitragem. In: _____. *Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. GAJARDONI, Fernando Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 106, abr. 2002.

as menos abrangentes possíveis, prestigiando-se, com isso, o princípio *favor arbitrandum*, ou seja, a solução a ser encontrada pela via arbitral. O art. 25 deve ser visto como um instrumento para a garantia da efetividade da jurisdição arbitral, e não como um entrave a ela. Deve auxiliar o árbitro, no ponto em que ele não tenha jurisdição, a socorrer-se do auxílio do juiz togado, evitando a ineficácia da jurisdição arbitral. Não pode, contudo, afastar da arbitragem o que de fato deve a ela ser submetido.

Na interpretação restritiva que se mencionou, deve-se primeiramente perceber que somente a controvérsia sobre direito indisponível será remetida ao Judiciário. Ou seja, condição prévia para a invocação do art. 25 é ser a questão de direito indisponível. Não basta, portanto, que seja relacionada com direito indisponível, mas deve ser ela própria matéria indisponível. A decisão sobre ser ou não indisponível o direito debatido é do árbitro, e não das partes. Assim, o árbitro é quem deverá indentificar se aquela questão que se relaciona com ponto essencial da arbitragem sob sua responsabilidade diz ou não respeito a matéria de direito indisponível. Não cabe, assim, a mera alegação da parte.

O segundo ponto que se extrai, submetendo dito artigo a uma interpretação restritiva, é a conclusão de não ser toda e qualquer matéria de direito disponível, e que esteja de alguma forma relacionada com a arbitragem, que será causa subsumível ao art. 25 da Lei de Arbitragem. Assim, pode, eventualmente, uma controvérsia de direito indisponível ter relação com a arbitragem, mas não ser a ela essencial, de forma que o seu julgamento seja dela *dependa* (como exige a dicção da lei). Mais uma vez, averiguar a dependência do julgamento da arbitragem à controvérsia de direito indisponível é função restrita ao árbitro.

Não será, por isso mesmo, toda invocação ao art. 25 da Lei de Arbitragem feita pela parte interessada que levará à suspensão do processo. Tal alegação terá sempre de passar pelo crivo do árbitro, que submeterá a questão aduzida a dois juízos, o primeiro de verificar se a matéria aduzida é mesmo de direito indisponível. O segundo juízo é analisar ser a resolução de tal controvérsia tão essencial para a arbitragem que se desenvolver a ponto de se dizer ser a sentença arbitral dela dependente. Não basta, portanto estar com ela relacionada, tem de haver relação de dependência.

A primazia do árbitro em analisar a questão da indisponibilidade se dá não só por força do comando do próprio art. 25 da Lei 9.307/1996, mas principalmente por se coadunar com o conceito emanado do princípio competência-competência, inerente à

arbitragem, e que estabelece o crivo judiciário em momento ulterior do processo, geralmente desenvolvido na fase pós-arbitral.

Esse duplo juízo é imprescindível. Analisar se o ponto controverso é matéria indisponível se apresenta necessário primeiro porque nem toda situação de aparente envolvimento de direito indisponível realmente o é. Fácil é imaginar situação em que uma entidade de Direito Público (Estados, municípios, fundações, autarquias), ou que possua laços societários com pessoas de Direito Público (empresa pública, sociedade de economia mista), participante de arbitragem, suscite algum impedimento relacionado ao suposto interesse público na arbitragem, decorrente da sua natureza constitutiva²⁸⁶. Tal questão pode conter a aparência de controvérsia de direito indisponível, mas, atrás da fumaça da suspeita, pode haver apenas um interesse público meramente secundário, incapaz de sujeitar a questão ao entrave do art. 25 da Lei de Arbitragem. Daí que o árbitro deverá ser criterioso, cuidando para não cair em eventuais armadilhas que as partes possam querer lhe submeter, não só para despistar a jurisdição arbitral, mas principalmente no intuito de postergar ao máximo o alcance de uma solução final. De fato, ao aplicar o art. 25 da Lei de Arbitragem, a expectativa do tempo de duração da lide haverá de, na melhor das hipóteses, no mínimo, duplicar.

O segundo juízo daquele duplamente qualificado diz respeito à essencialidade da resolução da questão indisponível à solução da demanda arbitral. Não basta verificar que realmente há uma controvérsia de direito indisponível, mas ela tem de ser absolutamente indispensável à sentença arbitral. Sem ela não será possível que o árbitro profira com segurança uma decisão sobre a matéria submetida à arbitragem. Só com essa constatação deve o árbitro aplicar o art. 25 da Lei de Arbitragem. Há situações que, embora envolvam matéria de direito indisponível, poderá o árbitro decidir sem necessidade de tratar delas, e em tais casos deve afastar a aplicação da regra procrastinadora.

²⁸⁶ Sobre arbitragem desenvolvida em relação a entes da Administração Pública, direta ou indireta, ver: GARCEZ, José Maria Rossani. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada: recentes progressos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 101, jan./mar. 2006. LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem e concessões de serviços públicos – Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de Direito Bancário*, São Paulo, v. 21, p. 387, jul./set. 2003. TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 128, p. 59, out. 2005. WALD, Arnaldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, p. 14, abr./jun. 2005. ZIMMERMAN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, p. 69, jan./mar. 2007.

Embora o parágrafo único do art. 25 estabeleça que o acórdão ou sentença que decidir o tema de direito indisponível transitado em julgado deverá ser juntado na arbitragem, tomando a mesma curso normal, deve-se dar a ele interpretação atualizada. A arbitragem é, em tese, instrumento célere, pelo menos se comparado com a média de duração de um processo submetido ao Poder Judiciário. Por isso, as questões a elas atinentes devem ter a celeridade como norte a conduzir os seus procedimentos. Exigir a espera do trânsito em julgado da sentença judicial que resolver a questão da indisponibilidade é agir em completo antagonismo ao dito princípio, além de se incompatibilizar com o móvel de todas as recentes reformas processuais havidas, em todas as áreas.

Assim, deve-se perceber que não há condicionamento expresso de que somente após a juntada da comprovação do trânsito em julgado da decisão que resolver a questão prejudicial é que terá prosseguimento normal a arbitragem. Portanto, aproveitando-se da ausência de norma expressa, é que deve ser admissível – e o juiz togado deve, além de aceitar, incentivar essa conduta – que basta uma manifestação judicial não sujeita a recurso com efeito suspensivo, para que se prossiga a arbitragem, e mesmo para que se proceda à prolação da sentença. Ora, a matéria de cunho indisponível não é o objeto da sentença arbitral (e nem poderia ser em face da inarbitrabilidade a ela inerente). Portanto, o prejuízo de decisão arbitral embasada em decisão judicial não definitiva sobre a questão representa, ao fim, decisão muito menos prejudicial à arbitragem e às partes (que, como dito, sempre preferiram suprimir a jurisdição do Estado), do que a longa e inestimável espera pelo trânsito em julgado.

Portanto, é de se concluir que basta a primeira decisão judicial (seja em antecipação de tutela, agravo de instrumento, sentença etc.), em relação à matéria controversa indisponível, para que o árbitro esteja apto a prolatar a sentença arbitral.

Quanto à suspensão do procedimento, entende-se que é medida a ser aplicada apenas quando o processo arbitral está em fase final, ou seja, pendente apenas de prolação da sentença. Isso é o que emana da melhor interpretação do artigo, tendo em conta afirmar que a controvérsia que pode causar a suspensão é aquela da qual “depender o julgamento”. Se quisesse determinar a suspensão do processo, o legislador teria feito referência à sentença da qual “depende o processo”. Assim, se o processo arbitral estiver em seu início, surgindo a controvérsia aqui examinada, não há motivo para a suspensão do processo, que deverá seguir o seu curso normal, sendo suspenso apenas se, ao chegar em

seu momento final, antes da prolação da sentença arbitral, não tenha sido ainda proferida nenhuma decisão pelo juiz togado.

Da decisão do árbitro que se manifestar pela inexistência de matéria relacionada a direito indisponível não caberá nenhum caminho para a parte prejudicada submeter tal questão à reapreciação pelo Judiciário. Verifica-se não ser possível a aplicação das teses desenvolvidas para o controle judicial sobre a jurisdição arbitral exercível na fase pré-arbitral, ou mesmo para admissão de *anti-suit injunctions* antes de instaurado o procedimento de arbitragem. Isso porque, como se disse, trata-se de questão relacionada à sentença arbitral, até mesmo essencial a ela, mas não é condizente com a validade da arbitragem, seja em decorrência da convenção, ou de alguma outra nulidade patente. Assim, prosseguindo o processo arbitral sem suspensão para resolver-se questão de direito indisponível, pois que a mesma ou terá sido considerada pelo árbitro disponível, ou terá sido vista como não essencial ao deslinde arbitral. Nas duas circunstâncias, não haverá de ser admitido caminho ao Judiciário para a revisão das questões. Note-se que não se discute, nas hipóteses do art. 25 da Lei de Arbitragem, sobre ser possível matéria indisponível ser objeto de sentença arbitral (não é disso que se cuida, nem poderia cuidar, por ser matéria inarbitrável). Na verdade, trata-se de situação acessória, que pode interferir no julgado do árbitro.

Se assim for resolvido pelo árbitro (afastar a incidência do art. 25), tal questão poderá ser objeto da ação desconstitutiva de sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem, sob a hipótese do art. 32, de que a sentença arbitral seria nula por ter o árbitro avançado sobre matéria fora dos limites da convenção de arbitragem. Se o Judiciário, neste momento ulterior à arbitragem, verificar que a matéria era indisponível e foi resolvida pelo árbitro, só será hipótese de nulidade da sentença arbitral, se o juiz togado, ao já decidir a controvérsia de direito indisponível, resolvê-la de forma diferente da solução aplicada pelo juiz arbitral. Se, porém, o árbitro afastar a incidência da regra do art. 25 sob o fundamento de que dela não depende a sentença arbitral, tal questão não poderá ser objeto de sindicância pelo juiz togado, sendo do âmbito restrito da jurisdição arbitral.

Assim, percebe-se que o juiz togado exerce imensa influência na aplicação correta do art. 25, a fim de que a jurisdição arbitral seja assegurada em sua plenitude. De fato, deve procurar dar a tal dispositivo a interpretação restritiva que merece, conforme as linhas gerais acima esposadas.

6.8. Conclusões parciais

A chamada fase arbitral perdura desde que inaugurada a arbitragem até a sentença arbitral definitiva. Como visto, o marco inicial do processo arbitral se dá a partir do aceite, pelo árbitro ou árbitros, da incumbência para qual foi ou foram nomeados (art. 19, Lei de Arbitragem). Trata-se do chamado *receptum arbitrii*, com origem no qual assume plena vigência a jurisdição arbitral que antes constituía mera expectativa prevista em cláusula compromissória ou compromisso arbitral. A sentença definitiva é aquela prevista no art. 29 da Lei de Arbitragem.

O processo arbitral não se submete necessariamente às regras estabelecidas no Código de Processo Civil, embora se apliquem àquele alguns princípios basilares do processo civil, especialmente os que derivam do devido processo legal, princípio maior estabelecido na Constituição Federal. Por isso, embora seja possível a coexistência de dois ou mais processos com objeto e partes indênticas tramitando simultaneamente na esfera arbitral e no foro judicial, não há que se falar, tecnicamente, em conexão ou continência entre processo de arbitragem e processo judicial. Se pode ser admissível o fato, não poderá jamais se cogitar nos efeitos, portanto não haverá reunião de processos judicial e arbitral, ainda quando ocorrer a situação prevista nos artigos 103 e 104 do Código de Processo Civil.

Sendo proposta em juízo ação discutindo litígio objeto de convenção de arbitragem, a parte interessada deverá arguir em preliminar de contestação a existência do pacto arbitral (inc. IX, art. 301, Código de Processo Civil), o que importará na extinção do processo judicial sem julgamento de mérito. A parte que não apresentar a dita exceção renunciará, ainda que tacitamente, à resolução por arbitragem. Se houver propositura de ação não submetida à convenção de arbitragem perante juízo arbitral, caberá ao interessado assim se manifestar na primeira oportunidade que tiver (art. 20, Lei de Arbitragem), a respeito de que o árbitro se manifestará. Se assim não agir, e se tratar de matéria arbitrável, observar-se-á o consentimento implícito da parte em aderir à arbitragem, desde que, obviamente, ela não tiver por objeto lide não arbitrável.

Havendo decisão do juiz togado e do árbitro admitindo sua competência sobre a matéria, haverá de ser resolvida a questão mediante conflito de competência, afastando-se a hipótese de aplicação das regras de reunião de processos previstas no Código de Processo Civil.

É impróprio tratar a situação de repetição de demandas na esfera arbitral e judicial como litispendência, já que esta pressupõe a coexistência de órgãos jurisdicionais igualmente competentes. Ainda que haja duas ações idênticas, uma no juízo arbitral e outra no órgão da jurisdição estatal, não haverá litispendência, já que apenas uma das duas vias poderá ser legítima. Ou há convenção válida e eficaz, e portanto há jurisdição arbitral sobre a matéria (e esta jurisdição arbitral será a única hábil a conhecer o litígio), ou não há convenção válida, hipótese na qual não há jurisdição arbitral, estabelecendo-se, pois, o Poder Judiciário como única jurisdição passível de conhecer do litígio.

Não haverá litispendência ainda que a indentidade de ações se dê na esfera arbitral. Isto poderá ocorrer na hipótese de arbitragens paralelas (*parallel arbitrations*), geralmente decorrentes de complexas relações negociais, envolvendo múltiplos participantes. Aqui a situação há de ser resolvida pelos árbitros, utilizando técnicas desenvolvidas pela doutrina internacional, usualmente sem interferência dos juízes togados. Só haverá justificativa para o controle judicial quando restar evidente que a instauração das arbitragens simultâneas se deu em razão de má-fé de uma parte em detrimento da outra, a fim de obter vantagem em decorrência da procrastinação que o paralelismo pode causar para obtenção do resultado final. O controle excepcional dar-se-á por meio de ação proposta com finalidade específica de obstar o trâmite do procedimento ou dos procedimentos arbitrais indevidos.

Pode haver ainda a propositura da mesma ação perante dois juízos arbitrais distintos. Tal, ordinariamente, tem origem em convenção má redigida ou mal interpretada. Nestas hipóteses, prejudicado o princípio competência-competência, pois há dois órgãos arbitrais examinando e admitindo como sua a competência sobre o litígio. Então, a única solução em tais situações é a resolução judicial, que deverá definir qual dos órgãos arbitrais detém jurisdição sobre a matéria, conferindo a melhor interpretação possível à convenção de arbitragem. É hipótese de nítido controle judicial.

Não há propriamente conflito de competência entre juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, já que essa situação reflete em verdade um conflito de jurisdição. Existe jurisdição arbitral, decorrente de convenção válida e eficaz, ou ela não existe. O princípio competência-competência impõe que essa análise seja feita pelo próprio árbitro, no entanto, há de se encontrar solução no ordenamento para a hipótese desta regra não ser observada por juiz togado que, indevidamente, deixar de observar a jurisdição do árbitro ao conhecer de ação que verse sobre litígio objeto de regular convenção de arbitragem. A

solução encontrada é a de submeter tal questão à regra de resolução de conflito de competência prevista no art. 115, inciso I, do Código de Processo Civil.

Se árbitro e juiz togado considerarem-se igualmente competentes para processar e julgar processo idêntico, um na esfera arbitral e outro na via judicial, a solução para o impasse deverá ser encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante conflito de competência. Esse Tribunal superior examinará a regularidade da convenção, analisando os seus aspectos formais, a fim de definir qual dos dois órgãos detém jurisdição sobre a lide. O árbitro é, por força da Lei de Arbitragem, considerado juiz de fato e de direito, e suas decisões produzem os mesmos efeitos das judiciais, constituindo inclusive título executivo judicial, daí por que é plenamente admissível que a hipótese aqui prevista se enquadre na previsão constitucional do conflito de competência perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. I, “d”, Constituição Federal).

Quanto ao litisconsórcio na arbitragem, a questão do controle judicial sobre o processo arbitral apresenta-se com importância especial em relação ao litisconsórcio necessário. Deve ser observado o princípio da competência-competência, atribuindo-se ao árbitro a primazia na análise da ocorrência de litisconsórcio necessário de terceiro alheio à convenção de arbitragem. De outra forma, poderia constituir via de fácil acesso ao afastamento indevido da jurisdição arbitral. Portanto deve ser extinta qualquer ação judicial aforada sem observância da convenção de arbitragem, sob a alegação de existência de litisconsórcio passivo necessário. Assim, mesmo que se trate de nítido caso de litisconsórcio necessário, caberá à parte que pretende ajuizar a demanda primeiro instalar o órgão arbitral, para que se decida sobre a ocorrência do litisconsórcio necessário. Só após a decisão do órgão arbitral que eventualmente reconheça a presença do litisconsórcio, e depois de negado o convite pelo litisconsorte de vir a integrar a relação arbitral, é que a parte estará autorizada a ajuizar a demanda.

Após a primeira decisão sobre a extensão subjetiva da arbitragem ter sido proferida pelo juízo arbitral, caberá, em situações excepcionais, que haja discussão judicial mesmo antes do desfecho do procedimento arbitral. A ação judicial neste ponto somente poderá debater a questão do litisconsórcio, sob risco de imiscuir-se indevidamente sobre o âmbito jurisdicional restrito da causa principal (restrito ao juízo arbitral já em curso).

Outra forma importante de manifestação do controle judicial, especificamente na forma de assistência e apoio ao processo de arbitragem, ocorre por meio do cumprimento de medidas cautelares e antecipatórias de tutela proferidas pelos árbitros na fase arbitral. A

melhor compreensão da Lei de Arbitragem impõe ao árbitro a competência para conhecer e apreciar quaisquer medidas de urgência acessórias ao processo arbitral. É ao árbitro, pelo que foi exposto, a quem as partes deverão dirigir as demandas cautelares que surgirem no decorrer da fase arbitral. Se deferidas, e demandarem cumprimento coercitivo, o árbitro solicitará do órgão judicial competente o auxílio no cumprimento da medida. As partes também têm legitimidade para tal solicitação.

O juiz togado, nessas hipóteses, atua como auxiliar e assistente do juiz arbitral, pois assegura a implementação forçada da decisão.

7. CONTROLE JUDICIAL PÓS-ARBITRAL

No capítulo final da tese, é abordado o controle judicial sobre a jurisdição arbitral, exercido na fase pós-arbitral, ou seja, trata-se do exame de legalidade que o Poder Judiciário pode exercer após a sentença arbitral final, quando sobre ela já não couber sequer o recurso no prazo de cinco dias previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem, a fim de corrigir erro material, obscuridade, dúvida ou contradição.

Há várias formas de impugnar-se as sentenças arbitrais na fase pós-arbitral. A mais comum e conhecida delas é aquela que se desenvolve por meio do aforamento da ação declaratória de nulidade, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem. Referida ação pode ter por fundamento uma ou mais de uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 32. Aqui são analisadas todas, cada qual de *per se*. Como se verifica adiante, a ação de que trata o art. 33 será decadencial. Sua natureza é constitutiva negativa, já que, tal qual a ação rescisória, visa desconstituir uma sentença pré-existente. Isso ocorrerá mesma nas hipóteses tidas pela doutrina como de sentença inexistentes, pois verificar-se-á que, dada a natureza flexível da arbitragem e sua íntima vinculação à vontade das partes, raras serão as situações em que, pelo menos teoricamente, não será possível a convalidação de uma sentença arbitral viciada, ainda que tida por inexistente.

Tais hipóteses, contudo, não são restritivas, e há ainda outras que devem ser admitidas. A ação que busque a anulação da convenção, por força de nulidade relativa, por exemplo, também é manifestação do controle judicial sobre o processo arbitral. Há várias outras formas de exercício deste controle, que são analisadas pormenorizadamente neste capítulo.

7.1. Controle judicial por meio de ação prevista no art. 33, “caput”, e as hipóteses descritas no art. 32, ambos da Lei de Arbitragem

A primeira hipótese de sindicância judicial em que se cogita na fase pós-arbitral, e talvez uma das mais importantes, diz respeito à possibilidade de ajuizamento de ação anulatória da sentença arbitral conforme previsão do art. 33²⁸⁷ da Lei de Arbitragem, em

²⁸⁷Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

virtude da verificação da ocorrência de uma das hipóteses indicadas no art. 32²⁸⁸. Nesta ocasião do trabalho, são analisadas, ponto por ponto, todas as hipóteses previstas na norma e quais suas consequências para o processo arbitral, sempre considerando o ideal de complementaridade entre a jurisdição arbitral e judicial, a fim de se chegar à conclusão sobre quais os limites do controle judicial na fase posterior à arbitragem.

O artigo 32 da Lei de Arbitragem traz o elenco das hipóteses de nulidade da sentença arbitral, que deverão embasar a ação de que cuida o art. 33 do mesmo diploma. Trata-se da mais nítida manifestação de controle propriamente dito, que o Poder Judiciário exerce sobre a arbitragem.

Convém abrir um parêntese a fim de destacar pequena atecnia cometida pelo legislador. O art. 32 não se restringe à situação de nulidade absoluta da sentença arbitral. Conforme é visto detalhadamente ao longo deste capítulo, a maioria das hipóteses ali previstas são de anulabilidade da sentença, e há ainda outras de inexistência da sentença arbitral. Portanto o legislador generalizou, ao garantir ser “nula a sentença arbitral” nas hipóteses que descreve. Melhor seria ter disposto: “pode ser desconstituída através da ação do art. 33 a sentença arbitral que:”. Feita esta observação, afirma-se ao longo deste trabalho que será adotada terminologia diferente do legislador a fim de chamar a ação prevista no art. 33 de “ação desconstitutiva de sentença arbitral”, ou simplesmente “ação desconstitutiva do art. 33” (ou ainda “ação do art. 33”), de forma a diferenciá-la de outro mecanismo de impugnação à sentença arbitral, examinado ainda neste capítulo.

Feito o destaque, volte-se à importância do controle judicial decorrente do art. 33 cumulado com o art. 32 da Lei de Arbitragem. De fato, ao longo de todos os artigos desta lei, há várias previsões em que o Estado, por intermédio do Judiciário pode ser chamado para prestar apoio e assistência à jurisdição arbitral. Citem-se, como exemplos claros: a

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

²⁸⁸ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

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; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

ação de execução específica da cláusula compromissória prevista no art. 7º, a solicitação de cumprimento de medidas coercitivas previstas no §4º, do artigo 22, dentre outras modalidades de ajuda previstas no Código de Processo Civil, tais como a possibilidade de extinção de ação judicial em caso de existência de convenção de arbitragem (art. 267, inc. V, CPC), e no momento de cumprimento de sentença, já que a sentença arbitral configura título executivo judicial (art. 475-N, inc. IV, CPC). Além disso, em todas essas situações em que o apoio e a assistência do Poder Judiciário para com a arbitragem são explícitos, há ainda implícita a possibilidade de, superficialmente, seja exercido controle sobre a legalidade do processo arbitral. Tal possibilidade é inferida, apesar de não ser expressamente autorizada, conforme estudado em cada tópico.

Daí guardar manifesta importância a ação de nulidade da sentença arbitral, pois é a verdadeira manifestação de controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre a legalidade da arbitragem. Trata-se aqui, do modo mais claro de complementaridade entre ambas as jurisdições. É mediante esta ação que a parte buscará corrigir qualquer não observância dos princípios processuais inerentes ao devido processo, ou qualquer outra ilegalidade praticada em relação à convenção de arbitragem.

Não se trata, todavia, de um controle amplo e irrestrito, pois não se cuida de recurso, em que toda a matéria é devolvida ao conhecimento da instância superior. Disso não se trata. A ação declaratória de nulidade permitirá ao juiz togado exercer apenas um juízo deliberatório a fim de constatar se há a presença de alguma das hipóteses de nulidade ou de anulação, ou ainda de inexistência, da sentença arbitral prevista no art. 32 da Lei 9.307/1996.

É inadmissível, portanto, a utilização da ação do art. 33 com finalidade de submeter a sentença arbitral à revisão, quanto ao mérito, do juiz togado. Não existe esta hipótese, absolutamente vedada pelo sistema arbitral brasileiro, que não permite a revisão de mérito do que for decidido pelo árbitro, ainda que haja equívoco, mesmo que seja evidente. Daí dizer que, a respeito de litígio validamente submetido à arbitragem, somente o árbitro poderá decidir, já que somente ele possui jurisdição, decorrente da convenção de arbitragem válida.

Da análise do elenco postado no art. 32 da Lei de Arbitragem, pode-se perceber o grau de importância que o legislador de 1996 conferiu ao princípio do devido processo legal. Das oito hipóteses de nulidade da sentença arbitral, seis dizem respeito a elementos conectados ou derivados do devido processo legal (emanar de quem não pode ser árbitro,

ausência dos requisitos do art. 26, sentença proferida por prevaricação etc, sentença que não decidir todo o litígio submetido à arbitragem, sentença proferida fora do prazo, desrespeito aos princípios de que trata o art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem). As outras duas guardam relação com a convenção de arbitragem (nulidade do compromisso, proferimento de decisão fora dos seus limites).

De fato, se quisesse ser econômico em palavras, poderia o legislador ter disposto apenas que seria nula a sentença arbitral quando houvesse desrespeito ao devido processo legal, e acrescentar as demais hipóteses, relacionadas a defeitos decorrentes da convenção. Há, contudo, uma aparente razão para não ter se limitado à menção ao devido processo legal, e ter dividido as hipóteses relativas ao desrespeito ao princípio do devido processo legal em várias hipóteses. É que, ao assim fazer, o legislador deu ao intérprete a possibilidade de dividir as várias hipóteses descritas entre aquelas que decorrem de nulidade absoluta e aquelas que emanam de nulidade relativa.

7.1.1. Competência para processar a ação do art. 33

A ação descrita no art. 33 será da competência do juiz do foro do local em que é proferida a sentença arbitral. Esta regra geral admite exceções. A primeira delas é que podem as partes convencionar a eleição de outro foro de acordo com o critério mutuamente ajustado. Assim, se houver cláusula de eleição de foro no contrato principal em que se inserir uma cláusula compromissória, antes de comandar uma contradição com o fato de haver convenção de arbitragem em respeito ao contrato, ela servirá para indicar qual o juízo estatal competente para processar e julgar as causas decorrentes do processo arbitral, sejam elas processadas na fase pré-arbitral, na fase arbitral, ou na fase pós-arbitral.

Tem sido comum observar na prática a alegação de que a cláusula de eleição de foro consubstanciaria contradição, tornando a cláusula compromissória uma cláusula patológica. Este, porém, não é o caso. A arbitragem não dispensa de maneira absoluta a jurisdição estatal, já que depende dela para: (i) fazer valer a instituição de arbitragem se uma das partes resiste; (ii) apreciar tutelas de urgência antes de instaurada a jurisdição arbitral; (iii) determinar o cumprimento coercitivo de medidas de urgência ou de natureza probatória durante o curso do processo arbitral; (iv) realizar o controle de legalidade, nas hipóteses legais previstas, após a sentença arbitral; (v) realizar a implementação forçada da sentença arbitral, se for o caso, dentre outros casos que se analisa nesta tese. Verificado

isto, percebe-se ser muito natural, e até mesmo recomendável, que uma convenção de arbitragem, ou contrato em que esteja inserida cláusula compromissória, detenha a eleição do foro, para os casos em que seja indispensável a atuação do juiz togado, seja como auxiliar da arbitragem, seja para controlar a legalidade dos seus atos.

Caso não haja foro de eleição préestabelecido entre as partes, as regras para definir a competência serão as gerais estabelecidas no Código de Processo Civil, por meio dos artigos 91 e seguintes, especificamente o art. 100²⁸⁹. De um modo geral, poderá ser processada no foro em que tiver domicílio o réu, ou a sede, se for pessoa jurídica. Se a arbitragem relacionar-se a bens imóveis, deverá ser proposta no foro da situação da coisa.

Registre-se que as hipóteses ora delineadas relacionam-se apenas aos casos de competência para processar ações judiciais relativas às arbitragens domésticas, que é o foco desta tese. Não se cogitou aqui, das arbitragens internacionais, cujas regras de definição de competência, podem, a depender do caso, ser outras.

7.1.2. Hipóteses de nulidade relativa e absoluta da sentença arbitral

O artigo 32 da Lei de Arbitragem apresenta o elenco das hipóteses previstas para o controle do juízo arbitral pelo magistrado, exercido mediante de ação própria, a ser proposta pela parte interessada, no prazo de 90 dias, conforme disposição contida no artigo 33. De fato, as situações ali descritas permitem ao juiz togado controlar a legalidade da arbitragem, deixando claro que são hipóteses restritas, muito embora mais adiante seja analisado o fato de que não se tratam de situações exaustivas, havendo outros mecanismos jurídicos que podem atingir a mesma finalidade de fulminar a sentença arbitral. A restrição que se menciona é relacionada apenas com a ação indicada no artigo 33, ou seja aquela a

²⁸⁹ Art. 100. É competente o foro:

(...)

III - do domicílio do devedor, para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos;

IV - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica;

b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu;

c) onde exerce a sua atividade principal, para a ação em que for ré a sociedade, que carece de personalidade jurídica;

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;

V - do lugar do ato ou fato:

a) para a ação de reparação do dano;

b) para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios.

Parágrafo único. Nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato.

ser proposta pela parte interessada no prazo de 90 dias contado da data que receber a notificação. Portanto, para fundamentar especificamente esta ação descrita no art. 33, a parte terá necessariamente de fixar base em uma, ou mais de uma, das hipóteses previstas nos incisos do art. 32. Não poderá, conseqüentemente, aforar a ação do art. 33 com outro fundamento que não se enquadre entre as circunstâncias previstas no art. 32.

Repita-se, contudo, tal relação não contém todas as hipóteses de controle judicial que pode ser exercido sobre as sentenças arbitrais na fase pós-arbitral, o que será objeto de outro tópico.

Importante premissa, para a divisão das hipóteses de nulidade descritas no art. 32 da Lei de Arbitragem, é o fato de que o sistema arbitral brasileiro, tal qual cogêneres de outros países²⁹⁰, adotou o regime de atribuir às sentenças arbitrais os mesmos efeitos aplicáveis às sentenças judiciais. Assim, no que diz respeito à disciplina da nulidade, aplicam-se às sentenças arbitrais as mesmas disciplinas que são aplicáveis às sentenças proferidas pelo Poder Judiciário.

No quadro de incisos do art. 32, percebe-se que há hipóteses de nulidade absoluta e casos de nulidade relativa. Tal distinção não é meramente acadêmica, e produzirá efeitos práticos importantes. De fato, as sentenças arbitrais absolutamente nulas poderão ser reconhecidas de ofício, sendo certo que o vício que as maculou não poderá ser consolidado com o tempo. O seu reconhecimento produzirá efeitos *ex nunc*, significando que retroagirá no tempo, como se a sentença nunca tivesse produzido efeitos. Por outro lado, opostamente, a sentença anulável poderá eventualmente ter sua validade confirmada com o decurso do prazo para sua alegação, sendo que o seu reconhecimento importará a produção de efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroagirá.

As sentenças arbitrais anuláveis visam a proteger interesses privados das partes. No artigo 32, vislumbram-se algumas hipóteses que tratam de anulabilidade das decisões arbitrais finais. Assim, o inciso III, que dispõe sobre a sentença que não contiver os requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem²⁹¹, e o inciso V, que se refere a sentença que não decidir todo o litígio, são hipóteses de sentenças anuláveis. Os fundamentos para

²⁹⁰ Como, por exemplo, o italiano.

²⁹¹ Quanto a este dispositivo, observou-se, no tópico próprio, que a depender do caso concreto ele poderá relacionar hipótese de nulidade relativa da sentença arbitral; no entanto, pode também importar em nulidade absoluta da sentença arbitral (como, por exemplo, quando faltar à decisão os seus fundamentos, o que importará afronta ao princípio do devido processo legal). Pode, por fim, cuidar de sentença inexistente, pois este seria o caso, por exemplo, se faltar a sentença o requisito obrigatório do dispositivo. Não há que se falar em sentença sem comando final.

anulabilidade da sentença arbitral são taxativos, importando concluir que somente esses casos indicados no art. 32 podem dar ensejo à anulação da sentença, com a ressalva que se faz logo adiante. Por serem relativas, as nulidades aqui mencionadas são válidas enquanto não forem reconhecidas judicialmente, e os vícios não poderão ser sanados judicialmente se não tiverem sido arguídos na esfera arbitral.

As sentenças nulas, em outro compasso, decorrem da necessidade de proteção de fatores derivados da ordem pública, detendo no interesse público a sua principal razão de ser. As hipóteses de nulidade descritas no inciso 32 da Lei de Arbitragem não são taxativas, ao contrário do que ocorre em relação às sentenças anuláveis. Este tópico, entretanto, é restrito às hipótese de nulidade absoluta previstas no artigo 32, enquanto as demais serão objeto de outros tópicos mais adiante abordados.

Entende-se que se aplica à arbitragem a teoria das nulidades do Direito Processual Civil, e não do Direito Civil. A teoria das nulidades do negócio jurídico, de origem civilística, como se sabe, classifica os vícios em inexistência, nulidade e anulabilidade, e extrai daí diversas consequências. A teoria das nulidades processuais, de matiz processual, não apresenta as mesmas distinções²⁹².

O fato de serem absolutas torna a nulidade da sentença arbitral passível de arguição a qualquer tempo, já que o decurso de prazo não tem o condão de sanar o defeito. Não haverá decadência do direito de arguí-las, podendo, a depender das hipóteses em que se fundamente, advir, prescrição ou decadência da possibilidade de utilizar-se do mecanismo previsto no art. 33 da Lei de Arbitragem, se defluir o prazo de 90 dias ali previsto²⁹³. Se tal suceder, caberá à parte interessada utilizar outras vias processuais, que são posteriormente averiguadas ao longo desta tese, sempre possível, também, que sejam aduzidas como elemento de defesa, quando, por exemplo, o cumprimento da sentença arbitral for iniciado na órbita judicial.

²⁹² Neste sentido, Teresa Arruda Wambier explica que “a teoria das nulidades elaborada no plano do direito civil não pode ser transplantada para o campo do direito pública, pura e simplesmente, sem profundas alterações” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 157). O controle da sentença arbitral está submetido à teoria das nulidades processuais, como ocorrer quanto à sentença judicial no caso da ação rescisória. É ação desconstitutiva, que objetiva afastar a coisa julgada, e para quem não faz diferença a existência de vício de nulidade ou de anulabilidade, pois a não impugnação no prazo decadencial de ois anos equivale a uma sanatória geral.

²⁹³ “Isso não significa, contudo, que a passagem do tempo não traga consequências: como a ordem pública tem conteúdo relativo, é possível o vício hoje considerado atentatório deixar de sê-lo em alguns anos. Em casos assim deve a parte invocar não a decadência do direito de se prevalecer da nulidade mas a própria inexistência de nulidade, por não haver atentado à ordem pública”. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral*: de acordo com a nova jurisprudência constitucional, cit., p. 123.

Configuram hipóteses de nulidade absoluta, indicadas no artigo 32 da Lei 9.307/1996, aquelas constantes dos incisos VI e VIII, quais sejam, as sentenças proferidas por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, e aquelas proferidas em desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. São, portanto, ambas as hipóteses, formas de manifestação do princípio do devido processo legal. Como se disse antes, as hipóteses de nulidade da sentença arbitral descritas nos dois incisos supramencionados não são taxativas. Haverá outros casos de nulidade, analisados mais adiante, mas que não poderão, todavia, embasar a ação desconstitutiva de sentença arbitral, indicada no art. 33 da Lei de Arbitragem.

Como afirmado, as sentenças tidas como absolutamente nulas, em decorrência das hipóteses descritas nos incisos VI (corrupção) e VIII (afronta ao devido processo legal) não poderão ser convalidadas, nem dependerão, para futura arguição judicial, de terem sido levantadas na esfera arbitral. Assim, mesmo que a nulidade não tenha sido aduzida pela parte autora, poderá ser objeto da impugnação judicial via ação de nulidade. É importante relembrar, no entanto, que tais nulidades deverão respeitar o princípio da instrumentalidade das formas, que consubstanciará importante ferramenta de auxílio do juiz togado no exercício do controle judicial de que aqui se cuida. Por isso é que, por exemplo, uma sentença proferida por um painel arbitral, por maioria de dois votos contra um, em favor da parte (A), condenando a parte (B), não poderá ser objeto da ação de nulidade em que a parte (B) comprovar que o árbitro que votou em seu favor foi por ela mesmo corrompido. Neste exemplo, a nulidade teria sido causada pela própria parte (B) que a alega, além de que, mesmo assim, não teria trazido prejuízo para o processo arbitral como um todo.

Note-se, ainda, que mesmo nos casos de nulidade absoluta da sentença arbitral, há de ser comprovada não só a existência da nulidade (a corrupção do árbitro ou o desrespeito ao contraditório, por exemplo), como também a ocorrência de prejuízo para a parte que a alegar, que tampouco poderá ter dado causa ao vício que pretende sustentar.

Além destas duas hipóteses, haverá nulidade também nas sentenças arbitrais tidas por parte da doutrina como “sentenças inexistentes”, aquelas descritas nos incisos I, II, IV e VII do art. 32.

Ao lado das sentenças nulas, sejam relativas ou absolutas, há quem defenda, na doutrina²⁹⁴, a ideia de que haveria ainda a terceira categoria, as sentenças inexistentes, assim classificadas se resultarem de processo arbitral em que faltar elemento fundamental de existência da relação jurídica processual (quando ausente, por exemplo, o poder jurisdicional da autoridade que a proferiu, ou ausente uma das partes). Nas hipóteses descritas no artigo 32, embora sejam referidas como nulas, melhor seriam, na visão dessa parte da doutrina, se tivessem sido classificadas como inexistentes as sentenças proferidas em decorrência da nulidade do compromisso (inc. I); emanada de quem não poderia ser árbitro (inc. II), proferida fora dos limites da convenção (inc. IV), proferida fora do prazo constante do compromisso arbitral (inc. VII).

Assim, por exemplo, a sentença decorrente de convenção nula, é, em verdade, proferida por autoridade que nunca deteve jurisdição – já que a jurisdição arbitral emana da existência de convenção válida e eficaz. De igual modo, aquela proferida por quem não pode ser árbitro importa a falta da autoridade jurisdicional de quem a produziu. O mesmo ocorre com a sentença proferida fora dos limites da convenção, seja em relação ao objeto como também em relação às partes, pois é esta que impõe limites à jurisdição, e o mesmo ocorre com a sentença proferida fora do prazo estabelecido no compromisso, que delimita no tempo, por opção das partes, o poder jurisdicional do árbitro.

Não se discute que, em todos os casos mencionados há pouco, faltarão à sentença elemento essencial, que, ausente, poderá importar a inexistência de sentença, embora presente a sua aparência. É de se admitir, assim, na teoria da inexistência dos atos processuais, que os mesmos detenham aparência de regularidade, e, por isso, possam produzir temporariamente alguns efeitos. Não há contrariedade entre inexistência e produção de efeitos, porque a inexistência se dá na órbita jurídica, enquanto a produção de efeitos toma matéria na esfera fática²⁹⁵, e por vezes pode até mesmo decorrer de previsão

²⁹⁴Neste sentido Cláudio Valença Filho (*Poder Judiciário e sentença arbitral*: de acordo com a nova jurisprudência constitucional, cit., p. 99 e ss; e Sentença arbitral inexistente. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002 e Donaldo Armelin (A ação declaratória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 108, abr./jun. 2006).

²⁹⁵Assim, Donaldo Armelin: “*Sendo assim, o tratamento da inexistência justifica-se sempre que um ato inexistente assumir a aparência de um ato jurídico normal. Sem que essa aparência emergja, torna-se despropositada a sua declaração judicial na medida em que não ocorre a possibilidade de gerar equívocos acarretadores de prejuízos para terceiros, convictos quanto a uma existência não configurada (...) de se partir da premissa da aceitação da ocorrência de atos inexistentes, em que pese a aparente contradição entre ambos os termos*”. (ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral, cit., p. 108).

legal²⁹⁶. O mesmo sucede em relação à arbitragem, com algumas peculiaridades, que logo adiante são exploradas.

As sentenças que se enquadram nas hipóteses de “inexistência” há pouco descritas, devem ser classificadas, contudo, como nulas; no entanto, sofrerão de uma nulidade qualificada, pois decorrente de vício inerente a elemento de sua essencialidade. Cabe aqui, porém, importante distinção que se dá porque, mesmo as sentenças arbitrais ditas inexistentes, podem, em algumas situações, ser convalidadas pelo decurso do tempo, aliado a outros fatores, que podem decorrer tanto de atos das partes como de fatos do ordenamento jurídico. Essa constatação é suficiente para afastar a ideia de que se aplicam às sentenças arbitrais inexistentes o mesmo regime aplicável às sentenças judiciais inexistentes, conforme é defendido pelas posições doutrinárias esboçadas há instantes.

Além disso, as sentenças proferidas nas hipóteses que seriam de “inexistência” poderão depender, em certas circunstâncias, da prática de certos atos pelas partes, ainda no curso do processo arbitral, a fim de que possam ser arguídas judicialmente. De outra forma, deixará de existir o vício, e não poderá ser arguída a nulidade. Exemplifica-se: se, no curso do processo arbitral, uma parte não signatária da convenção de arbitragem for regularmente chamada a compor a relação processual arbitral como parte passiva, e por isso apresentar defesa de mérito, furtando-se a alegar a inexistência de convenção, não poderá fazê-lo posteriormente, em sede de ação judicial, ainda que a convenção de fato inexistisse na época da arbitragem. Em tal caso, não haverá que se falar em sentença inexistente por força de ter sido proferida fora dos limites subjetivos da convenção (atingir parte não signatária), porque a parte prejudicada, ao aceitar submeter-se à jurisdição do árbitro, deixando de acusar a invalidade da convenção em relação a si (art. 20 da Lei de Arbitragem), expressou aceitação tácita, convalidando o defeito decorrente da ausência de sua assinatura na convenção, impedindo assim que se fale em inexistência de jurisdição, e, conseqüentemente, da sentença arbitral²⁹⁷.

Ao constatar-se a possibilidade de convalidação da sentença arbitral enquadrada nas hipóteses de inexistência, verifica-se que não se pode tratar de situação inexistente, igual a

²⁹⁶Como afirma Pontes de Miranda, “*para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é uma questão prévia. (...) Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos podem existir sem serem eficazes. (...) Há fatos jurídicos que são ineficazes sem que a respeito deles se possa discutir a validade ou invalidade. De regra os atos jurídicos nulos são ineficazes. Mas, ainda aí pode a lei dar efeitos ao nulo.*” (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, 2a Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. IV, citado em ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral, cit., p. 108).

²⁹⁷A respeito dessa situação específica, ver item 6.1.2 - A.3. *Forma essencial prescrita em lei.*

que se aplicaria em relação ao processo judicial, porque passível de produzir efeitos, ainda que não imediatos. Alguns exemplos podem ser citados, além daquele há pouco apresentado. Imagine-se uma situação em que a sentença arbitral decorrer de compromisso firmado por menor relativamente incapaz (e, portanto, nulo), que, anos depois, venha a ser convalidado por ato de vontade expresso pela própria parte que era menor ao tempo da arbitragem. De fato, o compromisso arbitral ao tempo de sua assinatura poderia ser nulo, colimando de inexistência a sentença arbitral dele proferida, mas a sentença, mesmo inexistente, foi validada pelo decurso do tempo aliado a ato da parte, afastando-se qualquer menção à inexistência jurídica. Assim também a sentença arbitral proferida fora do prazo, se, após a sua prolação, as partes sobre ela concordarem (ou mesmo se uma das partes executá-la judicialmente sem oposição, quanto ao prazo, pela parte prejudicada). Aqui se terá sentença proferida por árbitro despido de jurisdição, já que ela só deve durar enquanto vigorar o prazo do compromisso, sendo este livremente convencionado entre as partes – característica que permite seja reduzido ou dilatado, ainda que em fase pós-arbitral. De igual maneira, as sentenças arbitrais proferidas sobre objeto não arbitrável (portanto, fora dos limites da convenção de arbitragem, ou decorrente de compromisso nulo), caso, após o passar dos anos, a matéria que à época era inarbitrável venha a ser considerada apta a submissão à arbitragem, por mudança na legislação respectiva.

Portanto, a sentença inexistente reflete situação de gravidade qualificada, porém não necessariamente definitiva, pois a atitude das partes, ao contrário do que sucede com as sentenças judiciais, pode repercutir na validade das sentenças inexistentes, que seriam, desta forma, convalidadas. Tais nulidades são, a princípio, passíveis de constatação de ofício pelo juiz togado (por exemplo, no caso de convenção arbitral firmado sobre matéria inarbitrável, de acordo com a ordem pública), mas haverá casos que dependerão da manifestação da parte (no caso de sentença proferida fora do prazo, contra a qual a parte prejudicada não se manifestar). Em alguns casos, podem depender da alegação da parte ainda na fase arbitral (por exemplo, sentença arbitral proferida sobre matéria que, apesar de arbitrável, não era objeto da convenção de arbitragem, mas em relação à qual a parte prejudicada nunca se insurgiu, nem mesmo na via do recurso inominado previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem).

De um modo geral, nos casos de nulidades passíveis de constatação *ex officio*, não se sujeitarão à decadência, porém o direito da parte de propor a ação do art. 33 preclui em

90 dias. Após o decurso de prazo, a parte interessada só poderá arguir nulidade absoluta da sentença por meio de outros mecanismos posteriormente analisados.

Em todos os casos, as sentenças arbitrais nulas produzem efeitos até que sejam decretadas a sua nulidade, aplicando-se a elas o disposto no art. 248 do Código de Processo Civil²⁹⁸. Algumas nulidades absolutas, descritas no art. 32, não são taxativas, e há outras possibilidades de inexistência, as quais são analisadas em tópico próprio.

É de se concluir, portanto, que a flexibilidade inerente a todo o processo de arbitragem²⁹⁹, que tem alicerces fincados na autonomia de vontade das partes livremente manifestada, torna possível, em algumas circunstâncias, a admissão posterior de validade de uma sentença arbitral inicialmente inexistente, em especial quando a ausência de elemento essencial causador da inexistência puder ser suprida por ato da parte prejudicada em momento posterior. Este ato da parte pode ser, às vezes, verificável implicitamente por uma conduta sua.

7.1.3. Efeitos da sentença judicial proferida em virtude da ação do Art. 33

Feitas considerações a respeito dos vícios que as sentenças arbitrais podem conter, e dos efeitos que conseqüentemente podem produzir, é de se verificar quais os efeitos da sentença judicial decorrente da ação do art. 33 da Lei de Arbitragem. A sentença judicial terá efeito meramente declaratório, se apenas reconhecer a ineficácia da sentença arbitral nula. Terá efeito constitutivo, no entanto, caso seja possível atribuir, mesmo às sentenças

²⁹⁸“Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes”. Ao comentar a aplicação de referido artigo à arbitragem, Eduardo Flávio Ricci aduz que “*Por esta razão , afirma-se que a nulidade dos atos processuais não tem relação com a nulidade dos atos de direito material (dominada pela regra da ineficácia do ato nulo), entendendo-se que se assemelha à anulabilidade de direito material, segundo a qual são produzidos os efeitos anuláveis, que podem, entretanto, ser eliminados. No que concerne à sentença, isso deve ser bem salientado: a sentença que merece ser qualificada como nula à luz das normas processuais é, na verdade, anulável mediante impugnações*”. (RICCI, Edoardo Flávio. Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem. In: _____. *Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004).

²⁹⁹Remete-se, mais uma vez, à excelente tese de doutorado sobre a flexibilidade da arbitragem de Marcos André Franco Montoro.. O referido autor defende: “*O princípio da autonomia de vontade é um dos fundamentos da arbitragem, a flexibilidade do procedimento arbitral é, portanto, diretamente ligada ao princípio da autonomia de vontade, o qual, no entanto, tem limites até mesmo na arbitragem*” (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 351).

arbitrais nulas, a capacidade de produzir algum efeito. Tal questão é polêmica na doutrina³⁰⁰.

Como já dito, aplica-se às sentenças arbitrais o mesmo regime de disciplina, no que diz respeito aos seus efeitos, aplicáveis às sentenças judiciais, haja vista que ambas produzem os mesmos efeitos em razão do comando legal (art. 31 da Lei de Arbitragem), sendo todas as duas capazes de constituir título executivo judicial (art. 475-N do Código de Processo Civil).

Portanto, é aplicável às sentenças arbitrais o disposto no art. 248 do Código de Processo Civil pelo que se compreende que os atos processuais nulos, dentre os quais a sentença arbitral (já que esta produz os mesmos efeitos da sentença judicial), só são assim considerados após a sua declaração. A sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial em decorrência do que dispõe o art. 31 da Lei de Arbitragem, que não distingue entre a sentença que contém vícios, e aquela imune a quaisquer vícios. Portanto, se a sentença arbitral é sujeita à produção de idênticos efeitos que a sentença judicial, portanto a sentença arbitral eivada de vícios também produz efeitos, tal qual ocorre com a sentença judicial viciada.

A impugnação dos vícios da sentença arbitral, portanto, tem natureza constitutiva, já que intenciona deconstituir os efeitos daquele ato arbitral que é nulo, por algum dos motivos delineados no inciso 32 da Lei de Arbitragem. A consequência lógica disto é que os vícios da sentença arbitral não apontados por meio da ação indicada no art. 33 serão, via de regra, sanados pelo decurso do prazo de 90 dias ali previsto. Tal regra, contudo, convém repetir, admite exceções, conforme será visto.

7.1.4. Legitimidade para propor a ação prevista no art. 33

Antes de se examinar aprofundadamente cada hipótese que pode fundamentar a propositura judicial da ação desconstitutiva de sentença arbitral prevista no art. 33 da Lei

³⁰⁰Entre os que atribuem à sentença judicial efeitos declaratórios: Alexandre Freitas Câmara (*Arbitragem*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997), Joel Dias Figueira Junior (*Manual da arbitragem*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997). Entre os que atribuem a ela efeito constitutivo: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem, a nova lei brasileira (9.307/1996) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996), e Eduardo Flávio Ricci (Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem, cit.).

de Arbitragem, exposta nos incisos do art. 32 do mesmo diploma, é necessário fazer breves considerações acerca da legitimidade ativa para propositura de tal demanda.

Análise menos pretensiosa sobre o disposto no *caput* do art. 33 poderia induzir o intérprete menos atento a admitir a possibilidade de que a referida ação pudesse ser proposta por qualquer interessado, indistintamente; no entanto, assim não deve ser, e há razão para tanto.

A ação ali prevista só pode ser intentada por quem foi parte na ação que tramitou no juízo arbitral. A redação do dispositivo é clara ao afirmar caber apenas à “parte interessada” apresentar referido pleito ao Judiciário. Se quisesse estender a legitimidade da ação ali referida a outras pessoas, poderia ter redigido o dispositivo sem fazer alusão expressa à parte, substituindo a expressão “a parte interessada” pela locução “o interessado”.

Essa interpretação guarda ainda mais lógica se lida em conjunto com o que dispõe o §1º do mesmo dispositivo. Referido dispositivo indica que o prazo para apresentação da demanda anulatória prevista no *caput* é de até 90 dias, a contar da data do recebimento da notificação da sentença arbitral, ou do seu aditamento (aí entendido a eventual resposta ao recurso inominado previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem, viável para corrigir equívoco material, ou ainda esclarecer obscuridade, dúvida, contradição ou omissão da sentença arbitral). Assim, não seria razoável admitir a possibilidade da legitimidade do art. 33 ser extensível a qualquer interessado que não fosse parte da arbitragem, pelo simples fato de que só as partes integrantes da lide arbitral são notificadas da sua sentença. Abrir a possibilidade para ingresso de qualquer interessado seria o mesmo que estender indefinidamente o prazo do §1º do art. 33, pois somente começaria a correr quando o interessado se apresentasse para tomar ciência da sentença.

Essa interpretação restritiva da legitimidade é compatível com a ideia de prestígio e preservação da arbitragem, e que deve ser protegida pelo juiz togado, ao exercer o controle judicial que lhe compete. Interpretar restritivamente, porém, a legitimidade ali indicada, não importa retirar dos terceiros interessados qualquer meio de ataque à sentença arbitral, nas situações em que ela atingir as suas esferas jurídicas. Tal impugnação, no entanto, não se dará por meio da ação desconstitutiva que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem, mas por alguma das outras vias posteriormente examinadas nesta tese.

7.1.5. Hipóteses de controle judicial da sentença arbitral decorrentes de defeitos da convenção de arbitragem

Além da divisão ora realizada, em que se repartiram as nulidades descritas no artigo 32 entre aquelas eivadas de vícios absolutos e as demais que derivam de falhas relativas, pode-se proceder a outra distribuição metodológica. Há no referido artigo incisos que dizem respeito a nulidades decorrentes da convenção de arbitragem propriamente dita, e há outras nulidades originadas na não observância do devido processo legal, em alguma forma de sua manifestação

Esta é a divisão utilizada neste subtópico. Far-se-ão, ainda, subdivisões em quantas partes forem necessárias, a fim de se estudarem todas as hipóteses previstas que podem embasar a ação indicada no art. 33 da Lei de Arbitragem.

Começou-se pelas hipóteses de controle judicial decorrente de nulidades originadas da própria convenção de arbitragem em si, e, posteriormente, foram vistas as demais circunstâncias que justificam o controle, por esta via, decorrente do desrespeito do devido processo legal durante o desenvolvimento da arbitragem.

7.1.5. a) Nulidade do compromisso

Apesar de a Lei trazer menção apenas à nulidade do compromisso arbitral, a melhor interpretação recomenda que em tal inciso se deve ler *nulidade da convenção de arbitragem*, abrangendo assim as suas duas modalidades de manifestação: cláusula compromissória e compromisso arbitral. Não faria sentido se admitir ação declaratória de nulidade por força de compromisso nulo, e não admiti-la em razão de cláusula compromissória nula, quando ambas as formas são manifestações da convenção, e capazes de produzir iguais efeitos.

A razão para a nulidade da convenção macular também o processo de arbitragem dela decorrente é bastante clara: se for nula a convenção, inexistente o elemento fundamental justificador da subtração da jurisdição estatal em prol da jurisdição arbitral. Não existirá, portanto, jurisdição arbitral, a qual acarretará necessariamente o reconhecimento de

nulidade de todos os atos praticados em nome de uma jurisdição que, como se viu, não foi regularmente constituída.

Há várias hipóteses de nulidade da convenção. Elas podem ser absolutas, quando resultar de violação de norma que visa a proteger interesse público, mas também podem ser relativas, quando decorrerem de inobservância de formalidades que visam a resguardar o interesse individual. À convenção de arbitragem aplicam-se o sistema de nulidades aplicável aos negócios jurídicos, no qual se observam três circunstâncias ensejadoras de nulidade absoluta: incapacidade absoluta das partes; ilicitude de objeto; não observância de forma prescrita em lei.

Como manifestado há pouco, a sentença que resultar da convenção absolutamente nula será, na verdade, sentença inexistente, porque proferida por autoridade sem poderes jurisdicionais para proferi-la. De fato, se a jurisdição arbitral nasce pela convenção das partes livremente manifestada na convenção, ela inexistirá, caso a convenção seja absolutamente nula. Em tais hipóteses, o julgador estatal, ao deparar nulidade absoluta da convenção de arbitragem, não só poderá, como mesmo deverá, declará-la de ofício, independentemente de manifestação das partes, e ainda que em outra sede processual que não a ação do art. 33.

Se, no entanto, a nulidade que contaminar a convenção for uma nulidade relativa (como por exemplo, se tiver sido firmada por pessoa relativamente incapaz), não se tratará de sentença inexistente, pois capaz será de produzir efeitos enquanto a causa de anulabilidade não for levantada nem reconhecida judicialmente. Tais hipóteses de anulabilidade podem ainda se convalidar com o tempo, ou mesmo em decorrência da atitude das partes (assim, no exemplo dado, se a incapacidade relativa decorrer de ser a parte menor púbere ao tempo em que firmou a convenção, tal nulidade poderá ser convalidada caso a mesma parte, agora já maior, portanto absolutamente capaz, reiterar o ato). Por ser relativa, não poderá ser reconhecida de ofício pelo magistrado, que deverá, mesmo que instigado a tanto, examinar a fundo para verificar se a nulidade produziu real prejuízo, ou se, pela atitude das partes, não puder vir a ser convalidada. Ao assim agir, estará o magistrado procurando dar máxima efetividade e proteção à jurisdição arbitral, servindo de apoio ao seu desenvolvimento.

7.1.5. a) i. Nulidade decorrente de ofensa a arbitrabilidade subjetiva

Direcionada à arbitragem, haverá nulidade do processo arbitral se a convenção tiver sido firmada por parte absolutamente incapaz. Trata-se de tema relacionado à arbitrabilidade subjetiva, como visto em tópico próprio. Decorre do disposto no artigo 1º da Lei de Arbitragem, que impõe que a arbitragem só poderá ser utilizada por “*pessoas capazes de contratar*”. A rigor, nem precisaria haver esta previsão, contudo o legislador de 1996 preferiu pecar pelo excesso.

O próprio Código Civil estabelece ser nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, e anuláveis os negócios celebrados por pessoa relativamente incapaz (arts. 166, 171, §§3º e 4º).

As restrições relacionadas à capacidade das partes para submeter litígio à arbitragem decorrem da intenção do legislador em proteger as próprias partes, ao passo que as restrições relacionadas aos entes estatais geralmente decorrem de opções de política legislativa³⁰¹.

Também pode produzir discussões relativas à arbitrabilidade subjetiva a questão da submissão de parte não signatária à jurisdição arbitral – como, por exemplo, nos casos de convenção tácita, cadeia de contratos, contratos de adesão, convenção de arbitragem em estatuto social de empresas, dentre outros. Aqui, porém, o fundamento para declaração de validade ou de nulidade não será o de incapacidade das partes, mas sim o de não obediência da forma essencial prescrita em lei, o que é analisado em subtópico próprio, logo adiante.

No que se refere à participação de pessoas jurídicas de Direito Público em processos de arbitragem, alguns países, como, por exemplo, a França, proíbem de modo geral a participação de pessoas jurídicas de Direito Público e empresas estatais de firmarem convenções de arbitragem³⁰². Outros, como exemplo a Arábia Saudita, o Irã e a

³⁰¹ Assim, Loukas A. Mistellis: “*Restrições à capacidade da parte para convencionar uma arbitragem visam proteger a própria parte. Em contraste, as restrições à capacidade dos entes estatais para ingressar em arbitragens são fundadas em considerações de política pública*”. (Tradução livre, no original em inglês: “*Restrictions on the capacity of a party to enter into arbitration agreements aim to protect the party itself. By contrast, the restrictions on the state’s entitlement to enter into arbitration agreements are based on policy considerations*”). (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 735).

³⁰² O art. 2060 do Código Civil Francês assim estabelece: “Art. 2060. Não se pode transigir acerca de questões de Estado e que digam respeito à capacidade das pessoas, sobre aquelas relativas ao divórcio e à

Síria, condicionam a participação do Estado à anuência prévia de certas autoridades indicadas em lei³⁰³

No Brasil, como na maioria dos países, não há, sob este prisma, limitação à capacidade de submeter-se à arbitragem para entidades da Administração Pública direta ou indireta, sejam elas pessoas jurídicas de Direito Público (União, estados, municípios, autarquias), sejam pessoas jurídicas de Direito Privado (sociedades de economia mista, empresas públicas), assunto que será abordado mais adiante.

O tema, portanto, é da discricção legislativa de cada país, que levará em consideração critérios de política próprios. No âmbito da arbitragem internacional, no entanto, já vigora há algum tempo o entendimento de que as partes estatais, signatárias de convenção de arbitragem válida, não podem argumentar limitações decorrentes da legislação local para escapar ao processo arbitral³⁰⁴. Tal entendimento foi erigido com base na ordem pública internacional e na boa-fé, conforme analisado em tópico próprio.

Assim, conclui-se que haverá nulidade quando a convenção desrespeitar os limites fixados pela lei quanto ao âmbito da arbitrabilidade subjetiva. Ou seja, se a convenção

separação de corpo, nem sobre os interesses das coletividades públicas e dos estabelecimentos públicos e mais genericamente em relação a todas as matérias que interessam à ordem pública. No entanto, as categorias de estabelecimento público industriais e comerciais podem ser autorizadas por decreto a transigir” (tradução livre do autor, segue a versão original em Francês: “Article 2060. On ne peut compromettre sur les questions d’état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l’ordre public. Toutefois, des catégories d’établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre”). A despeito dessa proibição, já não é nova na França a corrente em favor da adoção da arbitragem, mesmo por pessoas de direito público, e em especial por empresas estatais – a segunda parte do artigo acima transcrito (“Toutefois...”) já foi decorrente de reforma do Código Civil Francês ocorrida em 1975, por força da Lei 75-596. Outras alterações legais que autorizam a arbitragem podem ser citadas exemplificativamente: o Art. 25 da Lei 82-1153, de 1982, autoriza a SNCF (empresa pública francesa de transportes ferroviários); o art. 28 da Lei 90-568, de 1990, autoriza a La Poste; o artigo L. 1414-12 do Código Geral das Coletividades Territoriais, permite submeter a arbitragem os casos de contratos de parceria (público/privadas) firmados com municípios franceses. Essa tendência aproxima a França dos demais países desenvolvidos, já que era uma das poucas legislações a vedar a participação de entes estatais em arbitragem. Em artigo, reproduzindo colóquio realizado em 30 de setembro de 2009 pela *Chambre Nationale pour l’Arbitrage Privé et Public*, o então Vice-Presidente do *Conseil D’État et la Jurisdiction Administrative* da França, M. Jean-Marc Sauvé, afirmou que, “de um parte, a extensão deste modo alternativo de resolução de litígios resulta atualmente de uma necessidade das pessoas públicas a qual nós devemos prestar atenção. De outra parte, a filosofia da arbitragem pode sem pena se adaptar à natureza das missões particulares assinaladas estas pessoas” (tradução livre do autor. Versão original em francês: *D’une part, l’extension de ce mode alternatif de règlement des différends résulte aujourd’hui d’un besoin des personnes publiques auquel nous devons prêter attention. D’autre part, la philosophie de l’arbitrage peut sans peine s’adapter à la nature des missions particulières assignées à ces personnes*). (SAUVÉ, Jean-Marc. *L’arbitrage et les personnes morales de droit public*, cit.

³⁰³ Conforme lição de Julian Lew, Loukas Mistelis, e Stefan Kröl (*Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 734-735).

³⁰⁴ Ver, sobre o tema: HANOTIAU, Bernard. *The law applicable to arbitrability*, cit.

contiver partes que, por lei ou por condições especiais, não puderem arbitrar, será nula, eivando de nulidade, portanto, o processo arbitral.

Pode-se deparar, contudo, situação de arbitragem envolvendo múltiplas partes, em que apenas uma delas for incapaz de contratar a arbitragem. Em tais casos, a nulidade do processo arbitral se restringirá apenas àquela parte que é incapaz, gerando efeitos, se possível (se não for causa de litisconsórcio necessário, por exemplo), para os demais integrantes da relação processual. Trata-se da aplicação prática do princípio *favor arbitrandum* em conjunto com princípio da economia processual, a ser observado pelo juiz togado quando instado a se manifestar sobre nulidade decorrente da incapacidade de uma das partes de arbitragem mutipartidária.

Como já observado, a incapacidade das partes pode ser absoluta ou relativa, e essa distinção é relevante, pois poderá importar consequências para o exercício do controle judicial sobre o processo arbitral. Se o juiz verificar, no exercício do controle da legalidade do processo arbitral, que a nulidade decorrente da capacidade da parte é absoluta, fulminará a validade de todo o processo arbitral, já que decorrente de convenção de arbitragem absolutamente nula. Sobre ela o juiz togado poderá, inclusive, se manifestar de ofício.

A nulidade relativa decorrente da capacidade das partes, porém, não será declarada de ofício, e dependerá da arguição das partes. Assim, a convenção de arbitragem será relativamente nula, importando concluir que poderá admitir ser eventualmente convalidada. Será importante, ainda, que o juiz, neste exercício de “sindicabilidade” da legalidade da arbitragem, verifique se houve prejuízo para as partes, sob pena de invalidar processo arbitral que poderia ser aproveitado. Deve, por tudo o que foi exposto, agir sempre na intenção de aproveitar ao máximo os atos praticados na arbitragem, devem aplicar a toda extensão o princípio *favor arbitrandum*.

7.1.5. a) ii. Nulidade decorrente de ofensa a arbitrabilidade objetiva

De igual modo, haverá nulidade da convenção se ela tiver como objeto matéria que não possa ser submetida à arbitragem em face de escolhas de política legislativa. Em outras palavras: não poderá haver convenção de arbitragem sobre matéria que a lei proíba de ser resolvida por arbitragem. Assim, por exemplo, será nula a convenção que tiver como objeto direitos indisponíveis. É hipótese de inarbitrabilidade objetiva, definida por lei.

Sob a óptica objetiva, é arbitrável o litígio relacionado a negócio jurídico que a lei autorize seja submetido à arbitragem³⁰⁵.

A arbitrabilidade está condicionada às disposições legais, a critério legislativo de cada país. Guarda intrínseca relação com o conceito de validade da convenção de arbitragem, já que esta, para ser válida, dependerá da arbitrabilidade do seu objeto³⁰⁶. É comum, mesmo na doutrina, haver confusão em relação ao que é validade da convenção e o que é arbitrabilidade.

Nos últimos tempos, a evolução do instituto da arbitragem importou, além da ampliação do alcance da arbitrabilidade, também uma reafirmação do seu domínio, por força da manifestação do princípio denominado pela doutrina de *favor arbitrandum*. Tal princípio acarretou, como regra geralmente adotada pelos sistemas legislativos, a preponderância da arbitrabilidade sobre a inarbitrabilidade³⁰⁷.

No campo da arbitragem internacional, ainda que sem menção expressa, a Convenção de Nova Iorque dispõe sobre a arbitrabilidade objetiva, especificamente no seu Artigo 2, parágrafo 1, quando estabelece que “Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, **com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem**” (grifos não constantes do original)³⁰⁸. Portanto, a jurisdição arbitral é limitada pela convenção das partes, que é, por seu turno,

³⁰⁵Eduardo Damião Gonçalves, em tese dedicada à arbitrabilidade objetiva, especialmente aplicada à arbitragem internacional, a define como “*a faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem, ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem*”. (GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*, cit., p. 8).

³⁰⁶“Por reconhecer competência aos árbitros, a Lei exige que as partes tenham expressado numa convenção o seu desejo de submeterem a jurisdição daqueles a que posteriormente se entenderão sobre a escolha dos árbitros; a arbitragem evolui assim num quadro onde existe certa liberdade de disposição e se funda sobre o exercício pelas partes da liberdade de firmarem pactos sobre direitos disponíveis”. No original em francês: “*Pour reconnaître compétence aux arbitres, la loi exige que les parties aient exprimé dans une convention leur volonté de se soumettre à leur juridiction et qu’ultérieurement elles se soient entendues sur le choix des arbitres; l’arbitrage évolue ainsi dans un cadre où existe une certaine liberté de disposition et se fonde sur l’exercice par les parties de leur liberté de conclure des pactes portant sur leurs droits disponibles.*” FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international*, cit.

³⁰⁷Sobre o assunto, ver GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*, cit., p. 8.

³⁰⁸A tradução acima inserida é a oficial, constante do Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002, que finalmente promulgou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que havia entrado em vigor em 7 de junho de 1959, objeto do Decreto Legislativo n. 52/2002. No original em inglês: “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration”.

limitada pelo ordenamento jurídico³⁰⁹. Assim, a arbitrabilidade encontra fronteiras impostas pela lei de cada país.

No mesmo artigo da Convenção de Nova Iorque, no parágrafo terceiro, em clara alusão ao conceito de arbitrabilidade, dispõe-se que cada Estado signatário deverá encaminhar à arbitragem a “ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo”, salvo quando constatar que “tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”³¹⁰.

Outra alusão implícita à arbitrabilidade constante da Convenção consta no parágrafo 1 do Artigo V, que define a possibilidade de indeferimento da execução de uma sentença arbitral quando a parte resistente conseguir demonstrar certas falhas de procedimento. Uma destas falhas consiste na prova, pela parte resistente, de que o acordo (convenção de arbitragem) “não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram”. Há, no mesmo dispositivo, referência indireta à arbitrabilidade subjetiva, ao estabelecer a possibilidade de indeferimento da execução de sentença arbitral quando “as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas”.

De igual maneira, mas independentemente de requerimento ou prova por qualquer das partes, o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso se verifique que “(a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou, (b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”³¹¹.

³⁰⁹Neste sentido, Karl Böckstiegel afirma: “Se a jurisdição dos árbitros encontra limite no que as partes por convenção autorizaram, deve-se acrescentar imediatamente que esta jurisdição também encontra limite no que as partes podem autorizar. Os limites da autonomia das partes, portanto, tornam-se limites à jurisdição dos árbitros. A falta de arbitrabilidade é um limite, e a ordem pública é um qualificador específico deste limite”. No original em inglês: “If the jurisdiction of the arbitrators can only go as far as the parties by agreement have authorized them, one has to add immediately, that this jurisdiction can also go only as far as the parties can authorize them. Limits of party autonomy thereby become limits for the jurisdiction of the arbitrators. The lack of arbitrability is such a limit, and public policy is a specific qualification of that limit”. BÖCKSTIEGEL, K. H. Public policy and arbitrability, cit.).

³¹⁰Na redação original em inglês: “. 3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed”.

³¹¹No original em inglês: “Article V. 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it (...). 2. Recognition and enforcement of an arbitration award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is

Ainda no âmbito da arbitragem internacional, verifica-se que a Lei Modelo UNCITRAL (sobre a qual se discorreu no tópico anterior), também traz menções à arbitrabilidade, reproduzindo o disposto na Convenção de Nova Iorque, especificamente no seu Artigo 36, (1), (b), (i), ao estabelecer que poderá ser recusado o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral, caso o tribunal constate que “objeto do litígio não é suscetível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado”³¹².

No Brasil, é a Lei 9.306/1997 que impõe os pressupostos que devem estar presentes a fim de que determinado litígio possa ser resolvido por arbitragem. O primeiro desses pressupostos é a capacidade de contratar (art. 1º, da Lei 9.307/1996), consubstanciada na capacidade civil das partes (arbitrabilidade subjetiva), como visto acima. O segundo pressuposto é que a arbitragem só poderá versar sobre matéria relativa a direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva). É, portanto, vedada a arbitragem sobre direitos indisponíveis. Dispõe a lei: “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A arbitrabilidade objetiva, conclui-se, guarda íntima relação com a validade da convenção. Se a convenção de arbitragem versar sobre matéria inarbitrável, será nula, e portanto eivará de nulidade todo o processo arbitral e a sentença que dele for produzida.

De um modo geral, verificar se matéria é arbitrável ou não será tarefa relativamente simples, bastando ao árbitro ou ao juiz, conforme o caso, em se tratando de arbitragem doméstica, verificar se o objeto da convenção de arbitragem, ou do contrato do qual a cláusula compromissória for inerente, versar sobre direito disponível, assim reconhecido pela legislação brasileira. O problema maior relacionado à arbitrabilidade objetiva emerge do que a doutrina denominou de “matérias patrimoniais sensíveis”. Refere-se aqui a matérias que, embora de natureza disponível, possuam elementos que digam respeito ao interesse coletivo, geral e, portanto, possam merecer uma salvaguarda especial. Exemplificativamente, é o que ocorre com matérias relacionadas ao Direito Societário, Direito Ambiental, Direito da Concorrência, Direito do Trabalho e Direito do Consumidor.

A melhor doutrina dá a solução para definir tais questões: caberá ao julgador, árbitro ou magistrado, definir o “núcleo de inarbitrabilidade” da matéria, definindo o que é

sought finds that: (a) the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country”.

³¹²Na redação oficial em inglês: “(b) if the court finds that: (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State...”.

matéria de ordem pública que a lei do país quis excluir do espectro de alcance da jurisdição arbitral, assegurando que fossem decididas apenas por juízes togados, daquilo que pode ser objeto de julgamento pelo árbitro, ainda que se tratar de norma imperativa. Assim, menciona-se o exemplo de que, em matéria concorrencial, o árbitro pode ser chamado a decretar a nulidade de um acordo que desrespeite as regras de concorrência estabelecidas na lei (normas de ordem pública, portanto), mas não pode aplicar multas ou sanções outras em razão da dita violação³¹³.

Ao contrário do que se manifesta em relação à arbitrabilidade subjetiva, o desrespeito à arbitrabilidade objetiva será sempre causador da nulidade absoluta da convenção de arbitragem, o que importará também a nulidade absoluta do processo e da sentença arbitral. Os efeitos práticos disto já se conhecem: o juiz togado poderá declarar-lhe de ofício, independentemente da via judicial em que se apresente³¹⁴, não haverá decadência em relação à parte prejudicada³¹⁵, não se convalidará com o tempo. Quanto a este item, vale dizer, o passar do tempo pode exercer influência sim em relação à hipótese de nulidade absoluta, pois, sendo baseada que é no conceito de ordem pública, caso haja modificação deste, ela necessariamente deixará de importar nulidade absoluta. Assim, por exemplo, se advier nova lei incluindo no rol arbitrável as questões de Direito de Família, a arbitragem que tiver, sob o anterior regime, sido desenvolvida sobre tal questão, não mais poderá ser considerada nula.

A sentença nula em face de convenção arbitral baseada em matéria inarbitrável pode confundir-se com sentença inexistente. Isso porque não pode incidir jurisdição arbitral sobre matéria que a lei não admite seja submetida à arbitragem. Assim, pode-se dizer que a sentença arbitral proferida em arbitragem decorrente de convenção que tem como objeto matéria não arbitrável estará imiscuindo-se sem autorização em campo restrito de atuação da jurisdição estatal. Não sendo permitida a atuação da jurisdição privada sobre tal campo, não é válida a sentença, que, neste ponto, teria o mesmo efeito prático dentro do ordenamento que uma “sentença” proferida por um líder religioso, por exemplo, que determinasse o desfazimento de um casamento civil regularmente realizado –

³¹³Exemplos indicados por Eduardo Damião Gonçalves. (*Arbitrabilidade objetiva*, cit., p. 17).

³¹⁴Poderá o juiz togado, mesmo sem manifestação da parte, declarar a nulidade ou inexistência da sentença arbitral em sede de pedido de cumprimento de sentença, apresentado pela parte vencedora na arbitragem. A hipótese aqui expressa dá-se apenas a título de exemplo.

³¹⁵Em relação à ação de que trata o art. 33 da Lei 9.307/1996 poderá ocorrer a preclusão, se não aforada no prazo de 90 dias, mas nunca a decadência, de forma que a parte poderá sempre suscitar referida nulidade através tanto de ação própria, vista mais à frente neste capítulo, como também em sede de defesa, caso a parte vencedora na arbitragem busque, por exemplo, o cumprimento da sentença arbitral em juízo.

mesmo que as partes tivessem casado no regime religioso de uma determinada igreja, os efeitos do desfazimento no campo espiritual não terão efeitos civis, pois é monopólio do Estado o exercício da jurisdição sobre matéria relacionada a Direito de Família. Faltaria o elemento fundamento a fim de se reconhecer como sentença no ordenamento brasileiro: o poder jurisdicional.

A possibilidade, no entanto, de futura alteração do conceito relativo de ordem pública, como acima expressado, permite distinguir um pouco o conceito de sentença nula proferida em arbitragem decorrente de convenção firmada sobre matéria inarbitrável de sentença inexistente. A possibilidade do que é matéria inarbitrável hoje, amanhã ser considerada arbitrável, depende apenas de algumas pinceladas no papel do legislador. Enquanto não houver o reconhecimento judicial da sentença nula nestes casos, ela continuará como sendo inexistente, pois não terá validade enquanto o conceito de ordem pública permanecer o mesmo (não podendo sequer ser executada, pois se isso ocorrer caberá ao juiz togado impedir o seu cumprimento). Caso tal conceito mude, porém, ela poderá vir a ser cumprida. Daí a importância de, mesmo nestes casos, a parte interessada promover o reconhecimento judicial da nulidade.

7.1.5. a) iii. Nulidade decorrente de descumprimento de forma essencial prescrita em lei

Quanto à forma essencial prescrita em lei, deve ser a convenção firmada por escrito, quando cláusula compromissória (art. 4º, §1º da Lei de Arbitragem), e deve conter todos os requisitos essenciais descritos no art. 10 da Lei de Arbitragem, quando for do tipo compromisso arbitral. Não havendo um destes requisitos, haverá hipótese para a nulidade da convenção.

Matéria objeto de muita polêmica, especialmente na doutrina internacional, é a que diz respeito à necessidade de observância estrita da forma escrita. Ou seja, discute-se se realmente é necessária, sob pena de nulidade, que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito, conforme prescreve o dispositivo legal mencionado há pouco. A jurisprudência nacional, especialmente mediante decisões do Superior Tribunal de Justiça,

proferidas em sede de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras³¹⁶, também já enfrentou essa questão.

Embora a homologação de sentença arbitral estrangeira seja tema que fuja do escopo deste trabalho, é importante analisar como o STJ se manifestou em alguns precedentes, já que estes poderão nortear os magistrados daquela corte superior, quando da análise de Recursos Especiais em matéria de arbitragem doméstica.

No âmbito internacional, a exigência de que a convenção seja escrita decorre, precipuamente, do disposto no art. II, (1), da Convenção de Nova Iorque, que dispõe, no que aqui interessa, que *“Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito, pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem”*³¹⁷.

Quando se fala em *“forma essencial prescrita em lei”*, o que deve ser observado não é só a previsão legal, pura e simples, mas principalmente o caráter de essencialidade. Não basta, assim, que a forma seja prevista na lei, mas há de ser, além disso, essencial a que atinja o seu real objetivo. É de se compreender que os diplomas legais que tratam da arbitragem, e aqui se faz expressa referência à Lei de Arbitragem e à Convenção de Nova Iorque, ao enunciarem a necessidade de que a cláusula compromissória e a convenção de arbitragem, respectivamente, possuam a forma escrita, pretendem na verdade deixar clara a anuência das partes envolvidas³¹⁸.

A arbitragem, como se disse inúmeras vezes e não é cansativo repetir, possui alicerce fundamental na livre expressão da vontade das partes. A submissão de um litígio à arbitragem depende do consenso e da concordância dos envolvidos, que, se inexistente, impedirá a instauração da jurisdição do árbitro. A maneira ordinariamente mais prática de evidenciar essa manifestação livre do consenso, na compreensão do legislador brasileiro e dos Estados que pactuaram a Convenção de Nova Iorque, é a forma escrita, acompanhada

³¹⁶ Competência que, como se sabe, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, deixou de ser do Supremo Tribunal Federal, e passou a ser do Superior Tribunal de Justiça.

³¹⁷ Referida tradução é a oficial, que consta do Decreto n. 4.311/2002, em que é promulgada a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, incorporando ao ordenamento pátrio a Convenção de Nova Iorque, de 7 de junho de 1959.

³¹⁸ *“In other words, when a court or an arbitral tribunal has to determine who is a party to an arbitration agreement, it will first determine – with more or less formalism – who has consented to the agreement”*. (HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, cit., p. 8).

da assinatura das partes que sobre ela pactuaram. O elemento de essencialidade, no entanto, não é o formato escrito, mas sim a convenção livremente pactuada. Daí por que é óbvio que mesmo uma convenção escrita e devidamente assinada pelas partes não será capaz de justificar a instauração de arbitragem se uma das partes demonstrar, por exemplo, que ela resultou de coação ou fraude. Isso demonstra que o essencial não é a forma, mas o acordo de vontades que por ela é expressado.

Em raciocínio reverso, da mesma maneira que a observância da forma prescrita em lei não garantirá a validade da convenção se lhe faltar o elemento essencial do livre ajuste, poderá ser válida uma convenção, ainda que não escrita, ou não assinada por uma das partes, desde que contenha a essencialidade da livre pactuação entre as partes envolvidas³¹⁹.

Afirmar que a forma escrita e a assinatura das partes não constituem a essência da convenção de arbitragem não significa dizer que tais elementos não possuem importância. Não são essenciais, mas são sim muito importantes. Isso porque a existência de cláusula arbitral escrita, acompanhada de assinatura das partes, importará presunção *juris tantum* de existência da referida cláusula, valendo dizer que a parte interessada deverá demonstrar a inexistência de livre consentimento e, portanto, a nulidade da convenção. De outra forma, será ela considerada existente e válida.

Idêntica situação sucederá com a convenção de arbitragem que não contenha a forma escrita, e/ou não seja assinada por uma ou todas as partes envolvidas: a parte interessada na instauração da arbitragem deverá apresentar elementos de prova capazes de comprovar que existiu o pacto arbitral, livremente ajustado entre as partes, apesar da ausência de forma escrita.

Essa interpretação é a que melhor se aplica aos modernos princípios que regem a arbitragem. Exigir a existência de cláusula escrita seria sobrepor a forma à essência, que é o ajuste, livremente pactuado entre partes capazes, sobre objeto lícito e arbitrável segundo as leis do País.

³¹⁹Neste sentido, Bernard Hanotiau: “*Consent is the foundation of arbitration, and in general a court or an arbitral tribunal will refuse to treat a person or entity as a party to the contract or at least to the arbitration clause if it has not expressly or implicitly consented to it, a fact that in most – but not all – cases will be expressed by the signature of the person or entity concerned on a contractual document. But on the other hand (...) it is possible to become a party to the contract without having signed the instrumentum and, on the contrary, the fact that a party has affixed its signatures on the contract does not necessarily mean that it has consented to become a party to the agreement*”. (HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, cit., p. 32).

E, quanto a este ponto, o Judiciário exercerá papel fundamental de guardião da validade da jurisdição arbitral, e deverá ter como norte a essência, e não ater-se puramente a fórmulas. Em decorrência do princípio competência-competência, será o árbitro quem primeiro deverá se manifestar tanto sobre a alegação de inexistência da livre pactuação acerca da arbitragem, quando houver convenção escrita e assinada, como também da alegação de inexistência de ajuste livremente expressado, quando inexistir convenção em forma escrita, ou faltar a assinatura de alguma das partes. Em momento posterior, poderá o juiz togado reapreciar tal questão, e se constatar que a convenção, apesar de escrita e assinada pelas partes, não expressa a livre manifestação de vontade das partes, deverá reconhecer a nulidade da convenção, por ausência de elemento essencial, o que, consequentemente, causará a declaração da nulidade do processo e da sentença arbitral que dela tiverem decorrido.

Tal análise dependerá das circunstâncias fáticas do caso concreto, já que a verificação da presença do elemento essencial não depende de uma regra, e pode variar de situação a situação, a depender, inclusive, das práticas negociais e de mercado em que estiver inserido o negócio jurídico que der origem ao litígio.

O Superior Tribunal de Justiça, ao pronunciar-se sobre a necessidade de convenção escrita, especialmente em sede de homologação de sentença estrangeira, apresentado entendimento oscilante sobre a questão, dando importância destacada aos elementos fáticos aferíveis caso a caso.

Em julgamento paradigma, manifestado no SEC 856/EX, relatado pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito, aquela corte superior manifestou-se pela possibilidade de homologação de sentença estrangeira quando, apesar da inexistência de convenção expressa assinada pelas partes, aquela que pretende impugnar a existência da convenção na via judicial não tiver manifestado impugnação na esfera arbitral, tendo participado de todo o processo, oferecendo defesa de mérito, sem nunca se referir à inexistência da convenção. Ou seja, em tal caso, o STJ reconheceu a possibilidade de anuência tácita ao processo arbitral, reconhecendo que o elemento essencial à arbitragem é a livre convenção entre as partes, e não o formalismo que exige a materialização escrita do pacto arbitral³²⁰. Houve,

³²⁰Em trecho do seu voto, o eminente ministro assim proclamou: “*Se o contrato foi parcialmente cumprido, se dos autos consta a indicação precisa de que a parte requerida efetivamente manifestou defesa sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar a instauração do juízo arbitral, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação. (...) A participação da requerida no processo, com apresentação de razões e intenção de nomear novo árbitro indica manifestação indubitosa sobre existência acordada da cláusula compromissória*”.

no presente caso, uma interpretação sistemática, tanto da Convenção de Nova Iorque, como dos preceitos de ordem pública constantes da lei brasileira, especialmente do Código Civil e da Lei de Arbitragem. No caso, entendeu-se que houve respeito à forma essencial prescrita para o instrumento, que é a arbitragem decorrer do livre acordo de vontades. Conferiu utilidade, ainda, ao que determina o artigo 20 da Lei de Arbitragem, ao exigir que a parte que pretender arguir a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem deve fazê-lo “*na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem*”.

É vedado, portanto, que uma das partes participe de todos os atos do processo arbitral, apresentando defesa de mérito, para, ao fim, só porque o desfecho não lhe foi favorável, surpreender a outra em juízo como uma nulidade guardada. Tal prática, que tangencia a má-fé, não deve ser incentivada. O julgador togado deverá levar em consideração a conduta no processo arbitral da parte que impugnar a existência da convenção: se ela não tiver impugnado a existência da convenção, deverá ser reconhecida sua anuência, ainda que tácita, em submeter-se à jurisdição arbitral.

Em outra situação apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo eminente min. Félix Fischer, aquela Corte entendeu não homologar uma sentença arbitral estrangeira, haja vista uma das partes insurgir-se pela inexistência de convenção de arbitragem regularmente constituída, e haver impugnada expressamente tal questão ainda no juízo arbitral³²¹.

A ausência de impugnação na via arbitral é, assim, de enorme importância para a consideração de que a cláusula compromissória, apesar de não firmada na forma prevista em lei, contém a essencialidade do livre ajuste firmado entre os envolvidos³²².

Conclui-se, portanto, que apesar da dicção legal, a exigir a forma escrita da convenção de arbitragem, o elemento realmente essencial é o caráter voluntário da

³²¹SEC 866/EX, julgado em 17.05.2006. No caso, a discussão versava sobre a validade de cláusula compromissória supostamente firmada por correspondências trocadas entre as partes. O Tribunal, no entanto, constatou que não havia nenhuma assinatura em referidas correspondências, não se podendo aferir se a parte realmente as remeteu. Além disso, foi considerado o fato extremamente relevante de que a parte que se opunha à homologação ter apresentado, em todas as oportunidades, impugnação na via arbitral, alegando a inexistência de convenção.

³²²Neste mesmo sentido, o julgado no SEC 1210/EX, de relatoria do ministro Fernando Gonçalves, julgado em 20.06.2007. Esta situação é ainda mais emblemática, porque aqui houve revelia no processo arbitral, apesar de comprovado que a parte foi regularmente intimada para participar do processo arbitral. Ante a ausência de impugnação realizada na via arbitral, no entanto a nulidade da convenção alegada pela parte revel na arbitragem não foi reconhecida, e a convenção foi considerada válida mesmo não tendo sido realizada na forma escrita.

arbitragem, decorrente de livre opção das partes envolvidas. Presente a natureza voluntária da submissão do litígio à arbitragem, presente estará o elemento essencial da cláusula ou compromisso, sendo dispensada a sua forma escrita. No entanto, tal situação levará à necessidade de que a vontade das partes seja comprovada de alguma outra forma pela parte que almejar a instituição da arbitragem, caso haja resistência da adversária.

A doutrina arbitralista internacional, sobre a não essencialidade da forma escrita e assinada da convenção de arbitragem, é ainda mais evoluída do que a jurisprudência e doutrina nacionais, talvez porque a arbitragem internacional é muito mais exposta a problemas decorrentes da ausência de assinatura ou de convenção escrita do que a arbitragem doméstica, além dos casos de arbitragem serem muito mais numerosos. Assim, no que diz respeito à arbitragem internacional, algumas teorias foram criadas para justificar a validade de uma convenção de arbitragem que, apesar de não observar o formalismo prescrito na Convenção de Nova Iorque, contenha o elemento essencial da livre pactuação entre as partes.

Embora não seja escopo deste trabalho, importante discorrer ainda que de passagem sobre estas variadas técnicas construídas pela prática internacional, pois poderão, em alguns casos, verificados os elementos fáticos a comprovar que houve consentimento entre as partes de submeter determinado litígio à arbitragem, justificar a validade da convenção. Estas técnicas, consagradas no direito internacional, diante do evidente e cada vez maior desenvolvimento do instituto da arbitragem no Brasil, poderão servir de guias aos magistrados que, no futuro, depararem-se com situações de tal natureza, em que uma das partes sustentar a nulidade da convenção por ausência da sua instrumentalização escrita.

Na maioria dos casos, os árbitros e cortes judiciais estrangeiras têm decidido pela validade da convenção de arbitragem não escrita, desde que presentes algumas circunstâncias a serem avaliadas em cada caso concreto. Assim, no caso de representação ou agenciamento (*representation* e *agency*), uma parte (A) pode ser considerada afetada por convenção de arbitragem constante de contrato firmado por pessoa distinta (B), desde que esta a esteja representando. Tal representação pode ser outorgado por mandato expresso ou implícito, a depender de análise dos elementos fáticos do caso concreto. Tal mecanismo significará importantes consequências: se a convencionante for sociedade de fato, sem personalidade jurídica, tal convenção chegará ao seu proprietário, mesmo que não tenha firmado a convenção; se a signatária for filial sem personalidade jurídica, importará submissão da sociedade matriz; se houver representação de uma pessoa por

outra, a primeira será submetida à arbitragem. A representação, contudo, não é presumível, e deverá ser provada, seja na esfera arbitral, como posteriormente na judicial, se for o caso.

Será ainda declarada válida a convenção se houver transferência de obrigações da parte que originariamente convencionou para outra, que seria, em princípio, terceiro em relação ao contrato. Tal transferência importará, consecutivamente, transferência da convenção, e pode se dar tanto se tratar de mera cessão das obrigações contratuais, como também se decorrer de uma transferência de titularidade de uma empresa, por exemplo. Assim, a convenção de arbitragem firmada entre a empresa (A) e a empresa (B) poderá vir a submeter a empresa (C), se esta houver adquirido a empresa (A). Não haverá necessidade, no caso, de haver estipulação expressa neste sentido (desde que não haja em contrário), e haverá, portanto, a dispensa da fórmula escrita firmada entre (B) e (C), pois bastará para tanto o acordo de vontades expresso na cláusula firmada entre (A) e (B). É o que se chama, na doutrina internacional, de *universal* ou *individual transfers*.

Igual conclusão de reconhecimento da validade de convenção de arbitragem, independente de sua formatação seguir a forma escrita, ocorre nas chamadas convenções incorporadas por referências (*incorporation by reference*). Tal previsão serve para solucionar as situações em que eventual convenção de arbitragem é citada por referência num contrato principal em alusão a outro, que pode ou não ter como integrantes as mesmas partes do ajuste principal. Neste caso, haverá de ser comprovada a intenção das partes, e se for demonstrado que houve o ajuste voluntário de submissão do litígio à arbitragem, a convenção há de ser reconhecida. Não importará que ela não tenha sido firmada por escrito, ou mesmo que não contenha a assinatura das partes.

Haverá de ser reconhecida a validade da convenção, independentemente da sua instrumentalização, quando entre as partes envolvidas ficar evidente que houve consenso implícito, decorrente da conduta praticada pela parte ao longo do desenvolvimento da relação contratual. Assim, se (A) for contratada por (B) para construir uma obra em regime de empreitada, em contrato que contenha convenção de arbitragem, e por consequência daquele contrato principal subcontratar (C), poderá ser admissível, a depender das situações fáticas concretas, que (C) seja alcançado pela convenção, ao ponto de ser possível se instaurar uma arbitragem envolvendo (A) e (C), (B) e (C), ou mesmo as três partes numa só arbitragem. Isso dependerá, contudo, da conduta de (C), que deverá demonstrar não só ter conhecimento do pacto arbitral, mas também participar ativamente da conclusão do contrato principal, agindo de forma que sua conduta indicasse

consentimento implícito em relação à convenção de arbitragem. Mais uma vez, as situações fáticas serão essenciais na aferição deste consentimento implícito, e a atuação do magistrado será preponderante, pois que deverá velar pelo cumprimento da cláusula compromissória, levando em consideração a real intenção das partes no momento em que estava em execução o contrato principal. É necessário, contudo, que a avaliação, tanto do árbitro, mas ainda mais do juiz togado, em analisar eventual consentimento implícito seja feita com extrema parcimônia, a fim de evitar submeter a arbitragem quem nunca teve intenção de afastar a jurisdição estatal. Trata-se, quando exercido pelo Poder Judiciário, de importante forma de controle dos limites da arbitragem.

É famoso o caso *Kaplan v First Options*, em que a teoria do consentimento implícito foi analisada pela Suprema Corte Americana. Referida questão discutia a possibilidade de submeter à jurisdição arbitral, pessoalmente, o presidente de uma companhia estadunidense que, por ele representada, havia firmado convenção de arbitragem. Foi decidido que o presidente assinou o contrato de empréstimo, que continha pacto arbitral, em sua capacidade corporativa. Ou seja, teria agido em nome da empresa que presidia, e não em nome próprio, de forma que tal assinatura não submetia a sua pessoa física à arbitragem. Ali, se constatou que não importava o fato de que o presidente da companhia tinha conhecimento sobre o pacto arbitral, isso não era o bastante para ele ser submetido à arbitragem, pois faltava justamente o seu consentimento, dado em seu nome.

Tais teorias acima delineadas configuram manifestações da tecnologia jurídica a fim de fundamentar o reconhecimento de validade de cláusulas compromissórias que, por motivos variados, não obedeçam a forma geralmente aceita de que ela seja firmada mediada por instrumento escrito que contenha a assinatura das partes envolvidas. Embora as modalidades acima exemplificadas sejam mais usuais, há ainda outras³²³; no entanto, todas elas compartilham de um mesmo denominador comum para justificar a validade da convenção de arbitragem: a existência de consentimento, pelo menos no momento da materialização ou execução do contrato principal, em afastar a jurisdição estatal e submeter o litígio eventualmente decorrente daquela relação à jurisdição convencionada entre as partes. O consentimento entre as partes é o que se apresenta essencial à convenção de arbitragem; a sua fórmula escrita e a assinatura dos envolvidos, apesar de importantes, não são essenciais.

³²³Para uma completa análise de todas as formas de extensão do âmbito de validade da convenção de arbitragem, ver HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, cit.

Caberá ao Judiciário papel de fundamental relevância no entendimento e aperfeiçoamento desta ideia, e encontrará campo amplo para desempenhá-la no momento em que eventualmente for arguída a nulidade da convenção, quando do aforamento da ação de que trata o artigo 33 da Lei de Arbitragem.

A nulidade da convenção de arbitragem decorrente da inexistência de consentimento livremente expresso pelas partes será sempre absoluta. Cabem, portanto, em relação à nulidade decorrente da necessidade da convenção atender à forma essencial prescrita em lei, as mesmas observações quanto aos efeitos da sentença decorrente de convenção de arbitragem firmada sobre matéria não arbitrável, visto no tópico justamente anterior.

7.1.5. b) Desrespeito aos limites da convenção de arbitragem

A jurisdição arbitral, como visto, encontra fronteiras nos limites da convenção de arbitragem, a qual, por sua vez, é a materialização do acordo de vontades livremente pactuado entre as partes. Assim, uma arbitragem só poderá desenvolver-se sobre o litígio que se enquadrar no âmbito objetivo e subjetivo previsto na cláusula compromissória ou no compromisso. Da mesma forma que o árbitro não tem poderes para decidir sobre conflito decorrente de convenção absolutamente nula, como visto no tópico anterior, ele não terá jurisdição sobre litígio fora do âmbito da convenção.

Fala-se em limite objetivo da convenção, para descrever sua esfera de alcance material: quais os litígios que poderão, por livre e mútuo consentimento das partes, se desenvolver na esfera da jurisdição convencionada. Há ainda os limites subjetivos, ou *ratione personae*, que limitam o alcance da jurisdição, bem como dos efeitos da decisão, às pessoas que firmaram a convenção de arbitragem, ou que, por vontade livremente expressa, assim o fizeram.

Interessante é notar que a Lei de Arbitragem aplica interessante expressão do princípio da economia processual para os processos arbitrais. Assim, o julgador togado, ao deparar-se com ação desconstitutiva prevista no art. 33 da Lei, poderá, se for possível, declarar a nulidade apenas no que diz respeito à parte que for nula. Isto é o que se entende

pela leitura do disposto no inciso II, §2º, do artigo 33, ao prever que o juiz togado determinará que o árbitro profira novo “laudo”³²⁴.

É de se questionar se há possibilidade de se aplicar o princípio da economia processual em extensão ainda maior, permitindo ao próprio juiz estatal ao julgar procedente a ação que tenha por base anular a sentença arbitral que extrapolou os limites da convenção definir ele mesmo quais os seus novos limites, dispensando, com isso, a necessidade de proferimento de nova sentença arbitral pelos árbitros. Assim, exemplificativamente, ocorreria na hipótese em que a sentença arbitral atinja a esfera de direitos de uma parte não signatária, desrespeitado assim os limites subjetivos da convenção. Neste caso, é de se admitir que a própria autoridade judiciária restrinja o reconhecimento de nulidade da sentença arbitral apenas no que se refere à parte que produzir efeitos ao não signatário, permitindo que permaneça, quanto ao resto, incólume. Dispensar-se-ia, assim, a necessidade de decretar-se a nulidade de toda a sentença arbitral, o que demandaria o proferimento de uma nova, e deixaria a situação jurídica sem tutela, pelo menos entre o momento em que declarada a nulidade da sentença arbitral e o proferimento de uma nova pelo árbitro. Percebe-se, pois, que o julgador deve, ao agir por impulso da ação que aqui se trata, cuidar para proteger, ao máximo possível, a integralidade da jurisdição arbitral, tomando cuidados para resguardá-la sempre que possível.

É assim que o exercício do controle judicial deve ser feito com o máximo cuidado, devendo concentrar a decretação de nulidade somente à parte da sentença que extrapolar os limites da convenção, sejam eles objetivos ou subjetivos.

É importante destacar, para que não se confunda, que o caso previsto no inciso IV do art. 32 não trata de hipótese de julgamento extra ou *ultra petita*. Isso porque as lides, bem como os limites dos pedidos apresentados, não guardam confusão com o limite fixado pela convenção. De fato, por exemplo, a convenção fixada por cláusula compromissória, inserida num contrato, admite a origem de várias lides, decorrentes daquele contrato, e, portanto, admite vários tipos de pedido.

A sentença *extra petita* ou *ultra petita* não ensejará a ação de decretação de nulidade de que aqui se cuida, pelo menos não com fundamento de que foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem³²⁵.

³²⁴Houve aqui pequeno equívoco redacional, e a lei fala em “laudo” onde quer mencionar na realidade “sentença arbitral”.

³²⁵Como dito, as hipóteses de ataque à sentença arbitral não se resumem àquelas previstas no art. 32, como se vê nos tópicos seguintes. Assim, a existência de decisão *ultra* ou *extrapetita* importará a possibilidade de

Além da interpretação ora realizada quanto à norma específica analisada neste tópico, cabe ainda uma compreensão mais ampla, sob outro enfoque. Referido dispositivo contido no inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem também se aplica ao aspecto formal. Ou seja, os “*limites da convenção de arbitragem*” a que se refere a norma não são apenas aqueles relacionados ao campo material, restrito ao que pode ser objeto da arbitragem. Deve-se observar ainda os limites formais da arbitragem.

Tal limitação abrange tanto às fronteiras subjetivas da convenção, significando que sua aplicação é restrita às partes que a ajustaram (ver tópico sobre arbitrabilidade subjetiva), quanto também aos limites formais decorrente da regras procedimentais adotadas livremente pelas partes. Vale dizer, por exemplo, que se as partes optarem na convenção por uma arbitragem realizada pelo órgão de arbitragem institucional (B), e a arbitragem for desenvolvida pelo órgão (A), responsável pela prolação da sentença, acorrerá aí potencial nulidade da sentença por ter sido proferida fora dos limites da convenção³²⁶.

De semelhante maneira, sucederá se a convenção estabelecer, por exemplo, que a arbitragem será dirimida por cinco árbitros, e, no entanto, tal não for observado e o processo se desenvolver na jurisdição arbitral perante apenas três árbitros. Sempre, no entanto, haverá de exigir-se a arguição da parte interessada, conforme predispõe o artigo 20 da Lei de Arbitragem, o qual se aplica analogicamente à situação aqui ilustrada.

Mais um exemplo de sentença proferida fora dos limites formais estipulados na convenção de arbitragem: se a convenção tivesse expressamente estabelecido que o prazo para apresentação de contestação pelo requerido seria de 15 dias **corridos**, e, no entanto, os árbitros aceitarem contestação protocolizada a destempo, ampliando sem aceite das partes o prazo para 15 dias **úteis**, tem-se que a sentença que advier desta arbitragem exemplificativa será nula, pois desrespeita os limites procedimentais escolhidos pelas partes de forma livre e expressa.

Daí concluir-se que os limites da convenção descritos no inciso IV aqui estudado expressa conceito mais amplo do que o que pode à primeira vista representar. Alcança não

questionamento da sentença arbitral por meio de ação declaratório de inexistência de sentença arbitral. Pode ainda ser atacada, por exemplo, em sede de impugnação de sentença, ou embargos de devedor, conforme for o caso.

³²⁶Diz-se nulidade potencial, porque só ocorrerá se uma das partes interessadas a suscitar, e desde que a tenha arguido na primeira oportunidade que lhe coube se manifestar na esfera arbitral. De outra forma, tem-se que houve anuência à mudança da convenção para admitir que a arbitragem se processasse naquele outro órgão arbitral.

só as fronteiras objetivas, concernentes matéria efetivamente submetida à arbitragem, mas impõe respeito ainda aos limites formais, sejam eles os subjetivos, relacionados às partes que assinaram a convenção, como também os de procedimento, relativos às regras de processamento préestabelecidas em mútuo consenso.

O juiz togado deve necessariamente certificar-se de que o eventual limite que a sentença arbitral tenha desrespeitado foi devidamente arguído pela parte interessada na primeira oportunidade que tenha tido, ainda na arbitragem. Se o desrespeito tiver se manifestado antes da sentença, terá a parte que ter se manifestado na primeira oportunidade que se apresentou, se ocorrido antes da sentença, terá de ter interposto a irresignação mediante recurso inominado de que trata o art. 30 da Lei de Arbitragem.

O juiz terá, assim, papel fundamental para garantir não só que a jurisdição arbitral se estenda sobre o que efetivamente as partes tenham submetido à arbitragem, mas terá de velar, com igual importância, para não vulgarizar a importante função de controle judicial que desempenha. A atuação judicante estatal não pode ser demasiada ao ponto de representar ameaça à efetividade e integridade da jurisdição que pelas partes foi convencionada. Deve aplicar-se restritivamente, cuidando para verificar se a nulidade arguída não é apenas uma forma de tentar postergar o cumprimento de uma sentença desfavorável. Daí emana seu dever de esmiuçar o processo arbitral a fim de verificar se o “limite” que se alega não observado foi mesmo afrontado, e se a parte que ajuíza a demanda o alegou na sede arbitral. Se não houver alegação na arbitragem, ainda que seja no recurso inominado no prazo de cinco dias estabelecidos na Lei 9.307/1996, o juiz deverá entender como inexistente a nulidade, pois houve convencimento tácito.

É interessante registrar, no entanto, que o tal convencimento tácito não poderá ser aceito nos casos em que o limite desrespeitado pelo árbitro importe em avanço sobre matéria considerada inarbitrável pela lei brasileira. Em tais situações, ainda que as partes tenham se manifestado concordantemente, não poderá se admitir a sentença arbitral. Trata-se, neste caso, de nulidade absoluta, que independe até de alegação da parte para ser reconhecida.

7.1.6. Hipóteses de controle judicial da sentença arbitral decorrentes da não observância do devido processo legal

Verificou-se que das oitos hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem a justificar o aforamento da ação de desconstituição de sentença arbitral prevista no art. 33 do mesmo diploma, seis refletem situações de desacato ao princípio do devido processo legal. Na verdade, se quisesse ter sido econômico em suas palavras, o legislador poderia ter indicado que a sentença arbitral seria nula se fosse nulo o compromisso, proferida fora dos limites da convenção, ou em caso de desrespeito ao devido processo legal. Tal disposição teria o mesmo alcance que a atual.

De fato, o inciso II do art. 32 indica que a sentença será nula se emanar de quem não podia ser árbitro. Ou seja, se houver desrespeito ao *due process* decorrente das regras procedimentais de nomeação do árbitro, especialmente aquelas constantes do art. 13 e parágrafos da Lei de Arbitragem.

Quanto aos requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem, indicados no inciso III do art. 32, referem-se aos pressupostos da sentença arbitral, que deverá conter relatório, fundamentos e dispositivos, sendo mera reprodução na esfera arbitral do princípio da motivação, do livre convencimento e da fundamentação das decisões judiciais, estes também decorrentes do devido processo legal.

O inciso IV aponta para a nulidade da sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, o que, também, é uma referência indireta ao devido processo legal, vez que a própria lei de arbitragem estabelece que a arbitragem só poderá dirimir litígios regularmente submetidos via convenção entre as partes. Portanto, admitir sentença arbitral sobre matéria não submetida à arbitragem também configura afronta ao devido processo legal.

Idêntico desfecho decorre da previsão constante do inciso V, pois aqui a nulidade seria em face da ausência de decisão sobre todo o litígio levado ao árbitro. Há neste ponto, para o árbitro, reprodução da obrigação do juiz togado de decidir toda a matéria, ou seja, a afirmação da garantia de prestação jurisdicional, que é, por sua vez, decorrente do *due process of law*.

O proferimento de sentença por prevaricação, concussão ou corrupção passiva (inciso VI) também constitui afronta ao devido processo legal, que tem como um dos corolários a garantia de imparcialidade do julgador.

O desrespeito ao prazo fixado para término da arbitragem constitui lesão aos princípios da celeridade, da efetividade, da garantia de um processo sem dilações indevidas³²⁷, também originários do mesmo princípio-pai.

Por fim, o inciso VIII indica que a sentença arbitral será nula se forem desrespeitados os princípios indicados no art. 21, §2º da Lei de Arbitragem, que são os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Todos estes princípios são formas de manifestação do princípio do devido processo legal.

É interessante notar que, apesar da enorme importância que tal princípio ocasiona para o processo arbitral, não há na Lei de Arbitragem menção expressa a ele, o que talvez tenha sido propositadamente intuído pelo legislador³²⁸.

Admitir que o devido processo legal deve ser observado na arbitragem não significa negar a autonomia ou liberdade das partes para pactuarem as regras que entenderem pertinentes. Uma vez pactuadas tais regras, no entanto, inclusive no que diz respeito ao procedimento, estas deverão ser estritamente observadas. E mesmo a pactuação destas regras deve ser realizada tendo como limites e parâmetros os ditames do devido processo legal. É aí que o devido processo legal impõe fronteiras à autonomia de vontade das partes³²⁹.

Convém salientar que se aplica ao processo arbitral o princípio da instrumentalidade das formas, decorrente da ideia de que não haverá nulidade sem prejuízo

³²⁷Sobre o tema ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do processo sem dilações indevidas: garantias constitucionais do processo civil*, cit.

³²⁸A fim de evitar que se pensasse estar a arbitragem sujeita as regras do Código de Processo Civil, na ausência de procedimento estabelecido, conforme pensamento de Marcos André Franco Montoro (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 221).

³²⁹Importante é destacar que nem toda regra processual aplicada ao processo civil pode ou deve necessariamente ser aplicada ao processo arbitral, já que este está sujeito ao ajuste realizado entre as partes, decorrente da autonomia da vontade destas. Assim, as partes poderão estabelecer ritos diferentes daqueles. De acordo com a doutrina estrangeira, mesmo a arbitragem internacional deverá observar tais princípios: “*The principle of fair trial will effectively imply that:*
- *each party is given a reasonable opportunity to put his case and to deal with that of his opponent;*
- *delays will be avoided by fixing appropriate short periods for written submissions and oral arguments;*
- *exercising maximum discretion when deciding as to the admissibility of evidence;*
the arbitration tribunal treats parties equally and fairly”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 95).

(*pas de nullité sans grief*), que é explorada com detalhes adiante. Tal aferição do grau de prejuízo será importantíssima a fim de evitar excesso de subjetivismo que pode conduzir à judicialização indevida de litígio submetido à arbitragem.

Nesta divisão, analisam-se todas as situações acima indicadas.

7.1.6. a) Sentença que emanar de quem não podia ser árbitro

A Lei de Arbitragem estabelece regras claras quanto à investidura dos árbitros, sintetizadas no seu artigo 13. Caso tais regras não forem observadas, e a sentença posteriormente for proferida por quem não detinha capacidade para ser árbitro, a nulidade haverá de ser reconhecida judicialmente. Em verdade, não se trata propriamente de nulidade absoluta, capaz de ensejar a inexistência da sentença arbitral, mas hipótese de nulidade relativa, justificadora do pedido de anulabilidade da sentença. Tal importa uma distinção, já que terá como consequência que, nos casos de nulidade relativa, a sentença judicial que a reconhecer produzirá efeitos *ex tunc*, ao passo que nos casos de nulidade absoluta, os efeitos serão *ex nunc*.

O árbitro há de ser pessoa capaz, portanto não pode ser árbitro nem os relativamente, nem os absolutamente incapazes. Excluem-se, também, as pessoas jurídicas – sabendo-se que a indicação dos órgãos arbitrais institucionais terá como finalidade apenas a organização da arbitragem, já que sua administração/presidência caberá, necessariamente, a pessoas físicas por elas indicadas.

A capacidade civil, é, assim, o primeiro requisito para que o árbitro seja capaz de proferir uma sentença; mas não é o único.

O §6º, do artigo 13, da Lei 9.307/1996, parece conter os elementos mais importantes para o desenvolvimento da atividade arbitral. Ausente um destes elementos, o árbitro não poderá desempenhar adequadamente sua função, e a sentença que proferir poderá eivar-se de vícios que eventualmente podem fundamentar uma ação declaratória de nulidade. São eles: a imparcialidade, a independência, a competência, a diligência e a discrição.

A imparcialidade é a mais importante de todas as qualidades, pois importa manutenção de equidistância entre o juiz-árbitro e as partes da arbitragem. É natural que,

no regime brasileiro, o sistema que permite as partes indicarem os “seus” árbitros pode eventualmente comprometer em parte a imparcialidade, mas isto deve ser evitado a todo o custo. Daí que muitos organismos arbitrais procurou criar códigos de ética, permitindo até mesmo o afastamento do árbitro que demonstrar ter a sua imparcialidade comprometida.

A imparcialidade impõe o não envolvimento do árbitro com os interesses das partes, mantendo-se distantes destas. Deve tentar, ao máximo possível, se posicionar equidistantemente.

O segundo requisito inerente à função do árbitro é o de que seja independente. A independência significa dizer que, a par de não se envolver nos interesses das partes, o árbitro para ser nomeado não deve guardar com nenhuma das partes qualquer relação de dependência, seja ela de natureza financeira, moral, afetiva; além de que tenha autonomia para se posicionar independentemente de quaisquer vinculações partidárias, espirituais ou econômicas. Não poderá ser árbitro, assim, alguém que é advogado de uma das partes, assim como qualquer empregado de quaisquer das partes. Pode ser árbitro, contudo, se já tiver sido advogado, e não o for mais, por exemplo. Não se confundir, todavia, dependência com afinidade. Assim, não será o mero convívio, ou o compartilhamento de credo, ou a filiação ao mesmo partido ou clube, que irá necessariamente acarretar a perda da independência.

O árbitro deve necessariamente possuir autonomia e liberdade; condições a serem aferíveis pelo magistrado quando da análise da ação declaratória de que ora se cuida. O juiz deverá verificar se o árbitro, no curso do desenvolvimento do processo arbitral e especialmente no ato de proferimento da sentença, estava livre para expressar o seu convencimento, sem quaisquer influências a circunstâncias externas incompatíveis com a função de julgar.

O terceiro requisito que a lei indica é a competência, aqui tida não no conceito jurídico da locução, mas na sua acepção relacionada à capacidade, no sentido de conhecimento técnico, aptidão, para bem desenvolver o processo arbitral e proferir sentença compatível com a complexidade do litígio que se apresenta. Normalmente, as partes poderão, na convenção ou no compromisso, fixar parâmetros a fim de assegurar a experiência ou especialidade do árbitro, de forma a aprimorar o julgamento da questão. Se tais parâmetros pré-fixados não forem observados, poderá o juiz togado, nesta via, declarar a nulidade da sentença arbitral, seja porque emanada de quem não detinha capacidade para

ser árbitro, seja porque decorreu de descumprimento da convenção de arbitragem, portanto, fora de seus limites.

A questão da competência guarda especial importância quando se traz à tona o problema das várias línguas utilizadas na arbitragem. De fato, mesmo a arbitragem doméstica pode, por convenção das partes, aplicar a legislação de outro país, devendo o árbitro se acautelar para não assumir encargo para o qual necessitará o conhecimento de idioma sobre o qual não detém conhecimento.

A quarta condição relaciona-se com a diligência. Ao exigir que o árbitro deva ser diligente, a Lei de Arbitragem impõe que o mesmo observe o princípio da celeridade que deve pautar toda a arbitragem. Assim, o árbitro não deverá aceitar o encargo, se não possuir o tempo necessário para dedicar-se à resolução do litígio e estudo da causa. Outro entendimento que daí emana é que o árbitro não deverá, ao argumento de querer alcançar a verdade real, torne o processo arbitral não só excessivamente dispendioso, em tempo e em recursos monetários. A diligência, portanto, impõe que o árbitro haja com bom-senso, dedicando-se ao que for realmente útil ao processo, indeferindo a produção de provas desnecessárias, atentando para eventuais artimanhas de umas das partes que queira postergar o proferimento da decisão final, estando sempre preparado para as práticas dos atos processuais, informando-se do processo antes das audiências, garantido, enfim, a maior utilidade do processo arbitral, a fim de que alcance todas as suas potencialidades.

Por último, a lei prevê que o árbitro deva observar a discricção. Desta forma, o árbitro deverá manter o sigilo sobre o processo que estiver sob sua responsabilidade. Sabe-se que o sigilo é elemento de enorme importância para a jurisdição arbitral, e deve ser por isso mesmo observado em todos os instantes pelo árbitro, seja na esfera do âmbito de sua atuação na qualidade de árbitro, mas também é ônus que deve carregar mesmo depois de finda a arbitragem e exaurida a sua função.

Verifica-se que as características ora descritas acima devem figurar entre os árbitros e as partes, e não entre estes e os advogados das partes. É até mesmo natural que o árbitro seja amigo, ou tenha alguma relação com os advogados das partes, mas não poderá guardar laços de amizade com as partes.

Vê-se, assim, que o juiz togado possui alto grau de responsabilidade no exercício do controle judicial da jurisdição arbitral, especialmente no exame do comportamento do árbitro. O magistrado, no entanto, ao deparar situações em que se alegue a não observância pelo árbitro de alguma daquelas regras de conduta descritas no §6º do art. 13, deverá agir

com parcimônia, devendo inclusive verificar se a falha alegada é capaz de trazer mácula irrecuperável à arbitragem.

Pensando em situações práticas concretas: no caso de uma arbitragem a ser desempenhada por vários árbitros, a imparcialidade de um deles, verificada posteriormente pela ação de que aqui se cuida, é capaz de viciar todo o procedimento de arbitragem ao ponto de ensejar sua nulidade? A resposta não pode ser dada em abstrato. Caberá ao juiz, no caso concreto, analisar todas as circunstâncias fáticas inerentes ao caso, para saber se a presença de outro árbitro, imparcial, seria capaz de modificar o resultado de um processo arbitral. Assim, por exemplo, a parte que sucumbir não poderá alegar a nulidade da sentença por ser amiga, parente ou empregadora de um dos árbitros, o que macularia a sua imparcialidade, na hipótese de ter sido ela derrotada, mesmo com o cômputo do voto do árbitro parcial. Ora, isso seria premiar quem desde o princípio agiu de má-fé, seja porque não indicou a parcialidade do árbitro antes – já que ela pesaria em seu favor, mas permaneceu silente, à espera do resultado da arbitragem, o qual, só porque foi negativo, conduziu à alegação tardia de incapacidade do árbitro. É o princípio da instrumentalidade das formas, aplicado ao processo arbitral.

Situação distinta ocorrerá, contudo, quando o árbitro dito parcial – tendo sido esta parcialidade provada na ação judicial – tiver julgado a favor da parte com quem detém laços que fulminam sua imparcialidade. Assim, mesmo que seu voto não seja determinante para o resultado final (se o painel arbitral formado por três árbitros tiver sido unânime, por exemplo), haverá de ser reconhecida a nulidade da sentença, caso a convenção estabeleça o número mínimo de árbitros. Aqui, a nulidade se manifesta por dois aspectos, porque a sentença emanou, ainda que parcialmente, de quem não podia ser árbitro, mas principalmente porque a convenção de arbitragem foi desrespeitada: a parcialidade de um árbitro impõe a não computação de seu voto. Assim é como se a arbitragem tiver sido decidida, no exemplo dado, por dois árbitros, e não por três como previa a convenção.

No exame judicial da legalidade da arbitragem, sob o prisma da capacidade do árbitro, o magistrado estatal deverá levar em consideração, ainda, a conduta da parte autora da impugnação judicial da sentença arbitral. De fato, deverá observar se ela manifestou referida impugnação quanto à ausência de uma daquelas qualidades indicadas no §6º do art.13 da Lei de Arbitragem, ainda na órbita arbitral, na primeira oportunidade que teve. Tal questão, para ser examinada pelo Poder Judiciário, há de ter sido arguída no desenvolver do processo de arbitragem, caso já existisse. Se não tiver sido arguída ali,

caberá à parte interessada comprovar que só tomou conhecimento da alegada ausência de imparcialidade, independência, competência, diligência ou discricção, após o término da arbitragem, o que justificaria a propositura da demanda.

Portanto, a regra é de que só haverá de ser admitida a ação judicial com fundamento na incapacidade do árbitro se referida incapacidade tiver já sido arguída na esfera arbitral, ou se o conhecimento dessa qualidade só tiver sido alcançado pela parte interessada após o término da arbitragem. Tal situação, no entanto, será extremamente rara, uma vez que o conhecimento da parte sobre uma imparcialidade não arguída na esfera arbitral terá de ocorrer dentro do prazo de 90 dias a partir do recebimento da notificação da sentença arbitral, estabelecido no *caput* do art. 33 da Lei de Arbitragem.

Importante é destacar, por fim, que as qualidades elencadas no §6º do art. 13 possuem uma gradação própria, ou seja, estão enumeradas da mais importante para a menos relevante. Assim, a imparcialidade é elemento cuja ausência necessariamente fulminará a capacidade do árbitro, e, conseqüentemente, acarretará a nulidade da sentença. A discricção, no entanto, embora seja elemento importante para o desenvolvimento da arbitragem, não será capaz de, sendo ausente, causar necessariamente a nulidade de todo o processo de arbitragem. Assim, caberá ao julgador averiguar caso a caso quais as situações de alegada incapacidade do árbitro, e se a sua presença produz prejuízo tamanho ao ponto de viciar toda a arbitragem.

Assim, o juiz togado, no exercício deste controle, haverá de exercer julgamento ponderado, a fim de evitar cair em risco de tornar nula uma arbitragem que poderia ser aproveitada. Deve aplicar, como será visto na sequência, o princípio da instrumentalidade das formas, não deixando que uma falha menor ponha em risco toda a integridade de uma jurisdição arbitral regularmente desenvolvida. A essência deve ser resguardada, podendo a forma ser flexibilizada em alguns pontos.

7.1.6. b) Sentença proferida fora de prazo

O inciso VII do artigo 32 impõe a nulidade da sentença que for proferida fora do prazo, ou seja, aquela que não observar a caducidade do compromisso arbitral.

A fixação de prazo para apresentação da sentença arbitral não é obrigatório, e sua indicação depende da vontade das partes. Por isso o prazo pode ser, no curso da

arbitragem, dilatado caso as partes assim entendam necessário. A função de fixar um prazo é garantir que o processo se desenvolverá de forma célere. Há, assim, respeito à manifestação do devido processo legal, como princípio que impõe a celeridade na resolução das disputas, e razoável duração do processo.

O julgamento posterior ao prazo de vigência do compromisso importa em julgamento por árbitro desprovido de jurisdição, já que se esvaindo o prazo de caducidade do compromisso, não haverá mais convenção sobre qual ela se fixará. Trata-se, então, de hipótese que se aproxima da situação de inexistência de sentença arbitral, já que proferida por quem não detinha, ao tempo de seu proferimento, poderes jurisdicionais para tal.

Apesar de se tratar de hipótese semelhante à de inexistência, entende-se que a sentença arbitral proferida fora de prazo pode ainda, por atitude das partes, ser aproveitada, o que importaria a efetividade da arbitragem. Tal ocorre, por exemplo, se ambas as partes convalidarem a sentença caduca, mesmo depois de proferida. Perceba-se ser necessário que ambas as partes manifestem livremente o seu desejo de que seja válida a sentença. Essa possibilidade decorre do fato de que o prazo do compromisso arbitral é fixado pelas partes, portanto decorre do interesse livremente pactuado delas. Assim, se as partes podem fixar o prazo máximo de duração da arbitragem, podem também convalidar a sentença proferida fora desse prazo. É como se estivessem repactuando, ainda que posteriormente, o acordo sobre o qual firmaram o prazo. Pode-se argumentar não ser justo com a parte sucumbente, pois ao convalidar sentença que lhe é contrária, estaria admitindo o aumento de prazo em prejuízo próprio. Ora, a arbitragem é firmada entre partes capazes, sobre direitos disponíveis, portanto a liberdade de atuação delas deve ser ao máximo respeitada. Eventualmente, em caso de sentença parcialmente procedente, pode a parte sucumbente preferir a certeza de uma derrota parcial (que na sua visão particular pode ser considerada uma vitória parcial), ao risco de uma derrota total, em outro processo judicial ou mesmo arbitral (e aí não haveria vitória alguma). A parte pode convalidar sentença que lhe for desfavorável proferida fora de prazo, da mesma forma que pode reconhecer a procedência de pedido, no processo civil, no âmbito de sua disponibilidade de direitos.

A possibilidade de convalidação afasta, assim, a ideia de se tratar de sentença inexistente. Só será, de fato, inexistente, se não for convalidada pelas partes, e se for assim reconhecida judicialmente por decisão transitada em julgado. Até lá, sua existência estará, por assim dizer, latente. A qualquer momento entre a data que foi caduamente proferida, até o momento do trânsito em julgado da decisão judicial que lhe declarar nula em face de

ter sido proferida a destempo, poderá ser convalidada, desde que por livre espontânea decisão das partes.

O juiz, ao examinar o pedido de controle judicial feito pelo fundamento da extemporaneidade da sentença arbitral, deverá, antes de reconhecê-la, intimar as partes a fim de que manifestem ou não o seu interesse em convalidá-la. Não poderá, assim, reconhecê-la de ofício. Mesmo que verifique ter sido proferida fora de prazo, deve dar às partes a opção de aceitarem a sentença ou não.

Essa interpretação, de dar às partes ampla liberdade, guarda ainda mais sentido em face da leitura do inciso III do art. 12 da Lei de Arbitragem, cuja observação é condição para a decretação de nulidade conforme previsão do inciso VII do art. 32 da mesma norma. Ou seja, só será considerada caduca a sentença que, não só for proferida fora do prazo indicado no compromisso arbitral, mas também que se poste em arbitragem onde a parte interessada houver notificado o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para o proferimento.

Ou seja, o prazo contido no compromisso não é peremptório, e admite dilações, até mesmo automáticas. Nem precisariam as partes renovar o prazo contido no compromisso. Ele é automaticamente renovado, até que, um dia, a parte interessada notifique, concedendo o prazo de dez dias para o proferimento da sentença arbitral.

Portanto, o juiz togado deverá exigir, como condição *sine qua non* do pedido de declaração de nulidade realizado com o fundamento aqui verificado, a demonstração de ter a parte interessada concedido o prazo de dez dias acima indicado. Só declarará a nulidade da sentença que tiver sido proferida fora do prazo do compromisso, e depois do prazo de dez dias concedido pela parte interessada. Note-se que o prazo concedido por uma das partes aproveita as duas, não sendo exigido que cada uma proceda à dita notificação. Assim, se a parte autora da arbitragem apresenta a notificação concedendo dez dias para os árbitros se manifestarem, a parte requerida poderá, caso a sentença seja proferida depois desse prazo, ajuizar a demanda prevista no art. 33, com base no inciso VII, do art. 32, ambos da Lei de Arbitragem.

Ademais, vale ressaltar, o juiz deverá exigir que o prazo ora indicado seja realizado por “notificação”, direcionada aos árbitros ou presidente do tribunal arbitral. Não poderá, deste modo, aceitar como comprovação da concessão do prazo de dez dias a mera apresentação de petição feita por uma das partes e dirigida aos árbitros, simplesmente

atravessada no processo. Não é disso que se trata. A petição, nestes moldes, não refletiria a ciência inequívoca do árbitro ou presidente, que é o que deve ser exigido, e foi a que o legislador quis se referir ao mencionar notificação. Sabe-se que, principalmente nas arbitragens institucionais, desenvolvidas por órgãos especializados, que muito se assemelham – e cada dia que passa têm ganho ainda mais em semelhança – aos processos judiciais, pode ser muito razoável que uma petição meramente atravessada não seja levada ao conhecimento do árbitro no mesmo dia. Tal regra, todavia, não é cogente, podendo a parte estabelecer em contrário, ou mesmo o regramento próprio do órgão arbitral estipular diferentemente. Se, no entanto, não houver regra específica sobre o assunto, deverá o juiz togado exigir que a notificação aqui mencionada se dê efetivamente por meio de ciência inequívoca do árbitro. Não se exige, contudo, que a notificação seja judicial, nem mesmo realizada pela via cartorária extrajudicial, contanto que se apresente como documento hábil a demonstrar a ciência inequívoca do árbitro, e contenha a data em que o mesmo a recebeu.

A depender das circunstâncias do fato concreto, poderá ser importante ainda a questão da definição da data exata do proferimento da sentença arbitral. Isso porque, como visto, a sentença terá de ser proferida, no máximo, em até dez dias contados a partir da data em que os árbitros forem notificados pela parte interessada do seu interesse em que seja a sentença proferida logo.

Portanto será necessária não só a comprovação da data em que os árbitros efetivamente receberam a notificação, mas também da data exata em que foi proferida a sentença. Tal observação é importante, e essa questão merece análise mais detida.

O juiz que deparar alegação de nulidade com base no desrespeito do prazo indicado no inc. VII do art. 32 da Lei de Arbitragem, deverá certificar-se de que realmente o prazo não foi observado. Deverá, portanto, exigir da parte que a alegar a demonstração de que o prazo de dez dias efetivamente fluiu. Quanto à contagem do prazo, se outra fórmula não tiver sido adotada pelas partes ao escolherem as regras procedimentais aplicáveis à arbitragem, ou se não houver outra forma estabelecida pelo órgão institucional em que a arbitragem se processa, deve-se aplicar o mecanismo de contagem de prazos estabelecidos no Código de Processo Civil. A prova do decurso do prazo, se surgir dúvida, deve ser de quem a alegar, primando o juiz pela presunção de validade da sentença arbitral e da arbitragem.

Quanto à data do proferimento da sentença, será ela considerada aquela em que constar afixada na própria sentença, assinada pelos árbitros. Não importará, para esse fim, o dia em que a parte tiver sido intimada da sentença, a fim de evitar que a parte de má-fé

evite a própria intimação para fazer incidir a nulidade. Em inverso, se a parte eventualmente alegar que a sentença foi pré-datada, ou seja, proferida em um dia mas datada como tendo sido prolatada em dia anterior, a fim de respeitar o prazo, caberá à parte que alegar referida fraude comprová-la, cabendo ao juiz, se for o caso, dar ciência do ilícito ao representante do Ministério Público para que tome as iniciativas eventualmente cabíveis contra os árbitros. Daí retirar-se a importância do requisito da data do proferimento ser incluído como requisito obrigatório da sentença arbitral (art. 26, inc. IV).

7.1.6. c) Sentença que não contiver os requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem

Outra hipótese de reconhecimento da nulidade de sentença será se for proferida em detrimento dos requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem. Tal regra emana do inciso III do artigo 32 da mesma lei. Aqui cuida-se tanto de hipóteses de nulidade absoluta, de nulidade relativa, como de inexistência da sentença arbitral, a depender de cada caso.

Reza o art. 26³³⁰ que são requisitos obrigatórios da sentença arbitral, o relatório, os fundamentos da decisão, o dispositivo, a data e o lugar em que foi proferida. Caberá ainda ser assinada por todos os árbitros, ou pelo árbitro único, se for o caso, podendo o presidente do Tribunal arbitral certificar caso um dos árbitros não possa ou não queira assinar.

Verifica-se, de plano, porque se afirmou que a hipótese de nulidade alegada com base no art. 32, III pode configurar nulidade relativa, absoluta, ou ainda caso de inexistência, já que há elementos, dentre o rol daqueles dito obrigatórios, que são muito mais importantes do que outros. De fato, não seria razoável querer equiparar o grau de importância que a fundamentação de uma decisão possui, com o grau de importância de conter a sentença a assinatura de todos os árbitros.

³³⁰ Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

A importância dos requisitos da sentença decorre, também, da possibilidade de sua ausência poder ser convalidada ou não. Assim, por exemplo, é fácil imaginar que ausência da data da sentença possa ser facilmente convalidada, ao passo que a ausência de fundamentação não poderá jamais, devendo, neste último caso, ser encaminhada a solução de anulação da sentença arbitral para proferimento de outra.

O primeiro dos requisitos tidos por obrigatório é o relatório, que deverá conter necessariamente o nome das partes e o resumo do litígio. Ao indicar a lei que o relatório deverá conter o nome das partes, quis na verdade significar que deverá conter a identificação dos integrantes da lide, a fim de que seja possível ao juiz togado, em momento posterior, se chamado a tanto, verificar a legitimidade ativa e passiva das partes, seja na ação anulatória de que aqui se cuida, seja mesmo em eventual pedido de cumprimento de sentença. Conclui-se, poranto: a ausência do nome da parte da sentença não será causa de nulidade, se dela se puder extrair a identificação da parte. De igual modo, se uma parte propuser a execução da sentença arbitral contra outra que, ao apresentar eventual defesa, seja via de exceção, seja via embargos ou impugnação, não se manifestar por esta nulidade, e defender-se quanto ao mérito, afastada estará esta nulidade, pela convalidação ante a atitude da parte. O ato da executada em apresentar defesa quanto ao mérito significa ter compreendido que a sentença arbitral em contexto foi contra si proferida, independente do cumprimento do requisito formal, daí por que não será razoável que possa, no futuro, vir a arguir a nulidade em razão da ausência de seu nome. De outro modo haveria exarcebado formalismo. Assim, o juiz deve se pautar na condução do controle da legalidade do processo de arbitragem aqui analisado de forma a prestigiar ao máximo a arbitragem, procurando aproveitar todos os seus atos, e conferindo a ela a presunção de legitimidade.

Se verificar que faltam à sentença elementos para identificar uma das partes, poderá ainda tentar recorrer a outras formas de identificação, como as peças das partes, ou mesmo a convenção de arbitragem, se esta for anexada. Se entender que a falta persiste, o juiz togado irá anular a sentença, apenas neste ponto e determinará ao árbitro que sane a falha, incluindo a identificação e o nome das partes na sentença. Ao verificar que ausência de tutela entre o lapso que for viger entre o momento em que declarar a nulidade até a prolação de uma nova sentença arbitral puder causar algum dano a alguma das partes, o juiz poderá, como assistente da jurisdição arbitral, conceder tutela provisória, se assim

uma das partes tiver postulado, que vigorará até o novo pronunciamento a ser proferido na esfera arbitral.

Quanto ao resumo do litígio, percebe-se que se trata de requisito altamente subjetivo, devendo o juiz togado, ao exercer o controle sob este prisma, procurar a solução que mais prestigie a arbitragem. Assim, se puder entender o contexto do caso julgado na esfera arbitral, deverá dar por cumprido tal requisito, sem exigir que detalhes sobre o qual ele mesmo teria se manifestado caso fosse o árbitro. O resumo dito obrigatório é aquele que dá a quem o ler a compreensão, ainda que superficial, do litígio sobre o qual as partes contendem, informado as razões de pedir de uma, ao lado das contrarrazões de defesa da outra. Compreendido assim, vê-se que muito raramente uma sentença será anulada com base na ausência do resumo, salvo se não contiver relatório algum, hipótese em que poderá ser anulada a fim de que só este ponto seja sanado. Aplica-se a tal situação a mesma regra vista sobre a ausência de identificação das partes, ou seja, o juiz togado poderá conceder tutela provisória a valer até a nova prolação da sentença, se assim o requerer uma das partes e se verificar a necessidade para a utilidade do processo arbitral, ou para evitar perigo de grave lesão.

Só poderá, porém, assim agir se puder ter, a despeito da ausência de resumo sobre a lide, entendimento sobre a extensão do litígio. Caso contrário, apenas declarará a nulidade da sentença arbitral e encaminhará o processo ao juízo arbitral.

Já em relação aos fundamentos da decisão, trata-se de elemento mais importante, pois é manifestação do princípio do devido processo legal. Sua ausência importará necessariamente afronta ao dito princípio, o que constituirá nulidade grave a macular a sentença, sem condições de ser sanada pelas partes em ato de convalidação futura, independentemente de qualquer ato que venham a praticar.

A lei exige, como requisito da fundamentação, que sejam analisadas as “questões de fato e de direito”, devendo ainda mencionar se houver ocorrido julgamento por equidade. Assim, revela-se a intenção clara do legislador: não basta descrever os fatos e apresentar as normas que foram aplicáveis. É preciso analisá-los, ou seja, impõe-se que a sentença arbitral discorra sobre as questões de fato, reflita sobre a legislação aplicável, subsuma os fatos ao Direito, explique por que adotou tal solução, e sentencie de forma que fique claro quais são os alicerces de sua decisão.

Pode-se perguntar: qual a utilidade que tal requisito tem, se o eventual equívoco da decisão arbitral não poderá ser objeto da revisão pelo juiz togado? Ou seja, por que exigir o fundamento da sentença arbitral se o mérito não será reapreciado pelo juiz?

A resposta é simples: porque o processo arbitral, como processo que é, deve respeito ao devido processo legal, que por sua vez exige que a parte, em todo e qualquer processo, até mesmo de natureza administrativa ou de natureza privatista, deva saber quais as razões de decidir, quais os fundamentos que irão atingir a sua esfera de direitos. Trata-se de questão de justiça. Não a justiça material, quanto ao mérito, mas sim a justiça formal, quanto ao respeito aos princípios constitucionais, dentre os quais estão ainda a imparcialidade do julgador, o contraditório e ampla defesa, o tratamento isonômico, e todos os demais, que estão, ao fim, todos amparados sob a égide do princípio do devido processo legal.

Sem fundamentação, não há devido processo legal, portanto, é indispensável que a sentença arbitral contenha fundamentação. Tal fundamentação há de ser real, e não mera representação de fundamentação. Ou seja, deverá realmente subsumir os fatos ao Direito, explicando por que o fez, analisando as questões juridicamente. Não poderá o árbitro, como fazem muitos juízes de toga, apenas indicar os fatos, indicar os dispositivos legais, e proferir sua decisão, sem realmente proceder a análise, substrato de toda fundamentação.

Além disso, o cumprimento do requisito da fundamentação é essencial para possibilitar ao juiz togado o efetivo exercício de controle judicial sobre a jurisdição arbitral, especialmente em relação a como a arbitragem se desenvolveu em virtude da manifestação de vontade das partes. A fundamentação possibilitará, assim, que o juiz analise se o árbitro decidiu dentro dos limites da convenção, se aplicou a legislação escolhida pelas partes, se observou os ditames procedimentais eleitos, enfim, se agiu em consonância ao que foi consentido na cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

A ausência de fundamentação é hipótese de nulidade absoluta, e poderá ser arguída mesmo se a parte não tiver instado o árbitro a corrigir tal equívoco, mediante o recurso inominado equivalente aos embargos de declaração, contido no art. 30 da Lei de Arbitragem. Se assim agir, ou seja, se deixar de se utilizar do referido recurso, a parte não poderá mais alegar dita nulidade pela via estreita da ação prevista no art. 33, mas sim por outra via, ou mesmo como matéria de defesa em eventual impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução, conforme for o caso. Tais situações, não com viés específico para a ausência de fundamentação, analisam-se mais adiante.

Outro elemento essencial é o dispositivo, que nada mais é do que o comando imperativo, a declaração final da sentença. Sem ele a sentença não será só nula, será mesmo inexistente. De fato, não havendo comando, não haverá o que executar, nem como. Tampouco nada terá sido constituído ou declarado; no entanto, o magistrado não deverá, novamente, exigir excesso de rigor ou formalismo exarcebado na análise da legalidade das sentenças arbitrais. Sob este aspecto – ausência de dispositivo – o magistrado poderá aceitar, por exemplo, a sentença arbitral que, embora não contenha um dispositivo claro nos moldes daqueles resultantes das ações judiciais, afirme acolher os pedidos da parte autora, ou mesmo rejeitá-los. Não há necessidade da terminologia jurídica ser a mesma daquela que se exige às sentenças judiciais. Basta que seja compreensível extrair-se qual o comando da decisão.

Assim, se a autora da arbitragem postular, por exemplo, a rescisão de um contrato, e a sentença constar o acolhimento do pleito, seja expresso em dispositivo, seja no corpo da sentença, seja de que forma for, desde que seja compreensível, deverá ser tido como atendido o requisito do dispositivo. Basta, ainda neste exemplo, que a sentença em algum momento afirme que o autor tem razão, ou mesmo que não tem.

A parte que postular a nulidade da sentença por ausência de dispositivo deverá, necessariamente, ter tentado preencher a lacuna, verdadeira omissão, mediante o recurso inominado previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem.

Além destes requisitos, a sentença deverá conter a data e o local. Tais elementos, embora pareçam desnecessários, possuem sua importância. O local poderá ser fundamental, a depender do caso concreto, pois poderá ter relação com o foro em que se processará eventual demanda executória, ou mesmo demanda anulatória – mas isto a depender do caso concreto, pois outros fatores podem modificar o foro de execução e impugnação da sentença arbitral. Além disso, o local, de acordo com o que emana da Lei de Arbitragem, é fundamental para definir se a arbitragem é doméstica ou estrangeira, e, a partir daí, dependente de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça para a produção de efeitos no Brasil.

Já a data possui ainda maior importância, primeiro porque a única forma de se aferir o eventual cumprimento do prazo de dez dias indicado no inc. III, art. 12, da Lei de Arbitragem, consistente no prazo que a parte interessada confere aos árbitros para proferir sentença arbitral sob pena desta ser considerada caduca. Além do mais, poderá ter relação com a comprovação do cumprimento do prazo de 90 dias para propositura da ação

declaratória de nulidade de que trata o artigo 33. Muito embora esse prazo conte da data da notificação, se a sentença arbitral contiver data que não diste mais do que 90 dias daquela em que for ajuizada referida demanda, comprovado estará o cumprimento do prazo, já que a parte, por óbvio, não poderá ter sido notificada de uma sentença antes dela ter sido proferida.

Por fim, necessária será a assinatura do árbitro. Em caso de arbitragem resolvida diante de painel arbitral, com mais de um, será necessária a assinatura de todos os árbitros. Se, numa eventualidade de algum árbitro se recusar a assinar a sentença, ou não o puder fazê-lo (por motivo de viagem, de doença, ou mesmo simples contrariedade), caberá ao presidente do Tribunal arbitral certificar tal fato, conforme consta do imperativo contido no parágrafo único do art. 26 da Lei de Arbitragem.

Quanto a este ponto, cabe algum desenvolvimento. A princípio, não haverá maiores problemas se a ausência de assinatura ocorrer por questão de impossibilidade atribuída à doença, viagem, falta de tempo, ou mesmo indisponibilidade física. Havendo o atestado do presidente do Tribunal, considera-se suprida a ausência da assinatura dos demais árbitros, desde que, ao assinar e certificar, o presidente indique os motivos pelos quais o(s) outro(s) árbitro(s) não assinou(aram). Parece claro que a assinatura do presidente, contudo, é imprescindível, e será nula a sentença arbitral que não contiver, pelo menos, a assinatura do presidente do Tribunal arbitral.

O dilema maior emerge quando o motivo para não assinatura de um dos árbitros emergir da discordância quanto à matéria decidida. Tal posicionamento pode aparentar ausência de imparcialidade, que pode causar outra nulidade, enquadrada sob outros incisos do art. 32, aqui já estudados (inc. II, e inc. VIII). De fato, é admissível que o árbitro não concorde com a decisão da maioria, mas não pode por isso se revoltar, ao ponto de não aceitar submeter sua assinatura na sentença. Tal conduta seria difícil justificar, já que pode o árbitro discordante fazer juntar “declaração de voto”, tal qual acontece nos tribunais estatais, em que ele poderia expressar suas razões de discordância. Além do mais, tal pode eventualmente representar desrespeito aos limites da convenção, na hipótese em que, por exemplo, ela contiver previsão de que a arbitragem se desenvolverá com um número mínimo de árbitros. Se um deles se recusa a assinar, pode significar que se negou a decidir, e, neste caso, a sentença teria sido proferida por um número menor de árbitros do que a convenção estabeleceu.

Mesmo no caso emblemático acima exemplificado, todavia, o juiz togado nem sempre poderá desconstituir a sentença arbitral. Há de examinar com rigor as causas da recusa, de forma a evitar que um árbitro parcial se oponha a assinar só porque a decisão é contrária à parte com quem detém indevidos laços de vinculação, e, com isso, preparar para ela uma nulidade que poderá ser arguída por meio da ação de que aqui se cuida.

O juiz togado terá de evitar eventuais atitudes perspicazes da parte adversa, sob pena de beneficiar a própria parte que causou a nulidade.

7.1.6. d) Sentença que não decidir todo o litígio submetido à arbitragem

A hipótese de que trata o inciso V do art. 32 da Lei 9.307/1996 diz respeito ao julgamento *infra petita*, ou seja, aquele em que o árbitro não decidir toda a lide, por não se manifestar sobre todos os pedidos formulados. Referida circunstância consubstancia afronta ao princípio do devido processo legal, ao passo em que constitui negação de jurisdição, incompatível com o princípio da inafastabilidade, previsto na Constituição Federal de 1988.

Decorre da regra processual de que deve haver congruência entre ação e sentença, pela qual cabe ao árbitro, tal qual ao juiz no processo judicial, pronunciar-se sobre a totalidade do que tiver sido requerido. Deverá, deste modo, decidir todo o litígio submetido à arbitragem. Trata-se, também, de hipótese de nulidade relativa, capaz de causar a anulabilidade da sentença arbitral que a contiver.

Importante é destacar que será necessário à parte que buscar a nulidade da sentença arbitral pela via judicial, em face da ausência de apreciação integral do litígio, ter exaurido a esfera arbitral. Portanto, antes de ajuizar a demanda aqui tratada, deverá tentar obter o saneamento da omissão na própria jurisdição arbitral, ajuizando o recurso inominado previsto no art. 30, a fim de impulsionar o árbitro a pronunciar-se sobre pedido a respeito do qual tenha silenciado. Evitar-se-á, com efeito, que mero equívoco seja causa para a nulidade da sentença. O recurso inominado previsto no artigo 30, equivalente aos embargos de declaração da esfera judicial, deve ser ajuizado, sempre que a parte entender que não houve análise de todo litígio submetido à arbitragem. A ausência deste recurso

importará impossibilidade de arguição de julgamento *infra petita*, na via estreita da ação declaratória de nulidade³³¹.

Portanto, o julgador estatal, ao deparar pedido de declaração de nulidade de sentença proferida sem exaurimento da lide, deverá, primeiramente, verificar se a parte que a aduz procurou consertar a falha, via recurso previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem, dando ao árbitro possibilidade de sanar a lacuna da sentença. Se não o fez, entende-se que descaberá a discussão judicial, já que a parte há de sempre aduzir eventuais nulidades que se apresentem na primeira oportunidade que tiver, se possível ainda dentro do processo arbitral. Além desta conclusão ser inferida da interpretação ampliativa do disposto no artigo 20 da Lei de Arbitragem, decorre ainda do princípio da boa-fé, que norteia todo o processo arbitral, vinculando os árbitros e as partes, impedindo, assim, que as nulidades verificadas sejam “guardadas”, para uso futuro, apenas em caso de necessidade. Ademais, configura ínsito ao princípio da competência-competência, materializado no artigo 8º da Lei de Arbitragem, que ao árbitro cabe decidir, em primeira mão, sobre as questões atinentes à eficácia da convenção de arbitragem, aí compreendida a extensão do litígio submetido à arbitragem.

O juiz togado exerce, assim, importante controle sobre a jurisdição arbitral, podendo averiguar a ocorrência de julgamento *infra petita*, e impor ao juízo arbitral que retome a análise da sentença, a fim de que profira outra, agora contemplando toda a matéria litigiosa.

Importante questão surge do problema que se apresenta pela má redação do inciso II do §2º da Lei de Arbitragem, ao prever que o juiz, ao julgar procedente o pedido de anulação, deverá determinar “que o árbitro ou tribunal arbitral profira novo laudo”. Já se viu que onde se lê a locução “laudo”, deve-se entender, em verdade, “sentença arbitral”. Tal decorre de mero equívoco; mas não é este o problema que se apresenta, mas sim o que decorre do questionamento sobre o lapso em que há ausência de tutela entre a sentença judicial que anular a sentença arbitral e o proferimento de nova sentença.

É natural que a sentença arbitral que não resolver todo o litígio, sendo, por isso mesmo, *infra petita*, será a princípio válida sobre a parte que tiver se manifestado. Portanto, da forma como está redigido o dispositivo legal, entre o momento em que for

³³¹ “A parte que não recorre ao árbitro, solicitando a retificação da sentença *infra petita*, renuncia, por aí mesmo, ao direito de arguir a sua anulação perante o juiz estatal”. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral*: de acordo com a nova jurisprudência constitucional, cit., p. 137).

reconhecido o fato de que a sentença arbitral não decidiu todo o litígio submetido à arbitragem e o proferimento de nova sentença arbitral, conforme previsão do inciso II, do § 2º, da Lei de Arbitragem, haverá um lapso em que aquilo que foi tutelado (pela primeira sentença arbitral anulada), deixará de ser, até o proferimento de uma nova sentença pelo juízo arbitral. A depender do caso concreto, essa “ausência de tutela momentânea” poderá importar relevantes consequências, podendo até mesmo pôr em risco a utilidade do processo arbitral.

O juiz togado, ao exercer o controle judicial aqui contemplado, deverá cuidar para não comprometer a eficácia da arbitragem, servindo assim como assistente no sentido de assegurar a utilidade do processo arbitral. Desta forma, se verificar, mesmo de ofício, que a simples anulação da sentença arbitral que não exaurir o litígio poderá pôr em risco a higidez da arbitragem, ou até mesmo a sua utilidade, pelo simples lapso entre a anulação e o proferimento de uma nova sentença, deverá dispor no sentido de deferir medida provisória, mantendo os efeitos da sentença arbitral objeto da anulação até que outra seja proferida em seu lugar.

Ao assim agir, irá além do exercício de mero controle, pois prestará relevante apoio à efetivação da jurisdição arbitral, consolidando ainda mais sua importância no desenvolvimento do instituto da arbitragem.

7.1.6. e) Sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva

O processo de arbitragem deve observar, como princípio norteador, o devido processo legal, especialmente dada a natureza jurisdicional que se atribui, no Brasil, à arbitragem. Referido princípio é matriz de onde emanam todos os princípios constitucionais do processo, inclusive o de que às partes de um processo (aí incluídos os jurisdicionais, administrativos ou mesmo privados) será assegurado julgamento justo, proferido por julgador imparcial e independente. Daí ter-se dito antes que o legislador que confeccionou a Lei de Arbitragem, quando tratou das hipóteses de nulidades absoluta e relativa da sentença arbitral, preferiu exceder-se a omitir-se, pois poderia ter suprimido

vários incisos do artigo 32, trocando-os simplesmente pela menção de que seriam nulas todas as sentenças arbitrais proferidas em desconformidade com o devido processo legal³³².

A ênfase dada pelo legislador tem significado: dar ao intérprete a exata dimensão da importância que o princípio do devido processo legal constitui para a arbitragem. Nada mais indevido num processo do que uma sentença proferida por um julgador parcial. Nada mais ilegal do que ser a parcialidade emanada de prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

O inciso VI, do art. 32 da Lei de Arbitragem, ora examinado, reproduz o que dispõe o primeiro inciso do art. 485 do Código de Processo Civil, ao tratar da ação rescisória de sentença judicial.

Como se sabe, pratica prevaricação quem “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (Art. 319, do Código Penal Brasileiro). A pena prevista é de de três meses a um ano de detenção mais multa.

Concussão, por sua vez, configura-se pelo ato de “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”. (Art. 316 do Código Penal). É punível reclusão de dois a oito anos.

Por fim, constitui corrupção passiva “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (art. 317, Código Penal), sendo punível com detenção de dois a 12 anos.

É interessante notar que todos os crimes ora estabelecidos enquadram-se no Título XI do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública, situados mais especificamente no Capítulo I, relativo aos “crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral”. O art. 327, ainda do Código Penal, estabelece a ideia de que “considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Tal registro indica a relevância que o ordenamento jurídico brasileiro prestou à atividade arbitral, delegando inegável caráter público, *lato sensu*, à função do árbitro. Prudente e acertada é a escolha do legislador, já que desde o advento da Lei n. 9.307/1996, a arbitragem passou a deter natureza jurisdicional, e o árbitro adquiriu a titularidade do

³³² Daí por que Clávio Valença Filho afirma ser “supérfluo” o dispositivo contido no inc. VI do art. 32 da Lei de Arbitragem (*Poder Judiciário e sentença arbitral*: de acordo com a nova jurisprudência constitucional, cit.).

poder jurisdicional, com origem no consentimento e delegação das partes materializados na convenção. Se o árbitro exercer atividade jurisdicional, presta importante contribuição à administração da justiça, caindo bem a possibilidade de serem criminalmente responsabilizados nos tipos inerentes aos crimes contra a Administração Pública.

É importante discorrer, ainda que superficialmente, sobre os aspectos penais das hipóteses indicadas no inciso ora objeto de análise. Tal percurso será conduzido sem profundidade, pois de outro modo configuraria desvio de rota desnecessário ao escopo da tese objeto deste trabalho.

A prevaricação pressupõe a existência de dois elementos subjetivos. O primeiro é o dolo, que é a vontade do agente criminoso em retardar, omitir ou praticar ilegalmente o ato de ofício. Assim, o juiz togado, para verificar se o árbitro incorreu em prevaricação, examina se o mesmo agiu deliberadamente, com intuito de praticar uma das condutas acima delineadas, e se ele detinha a ciência de que sua conduta é indevida³³³. Há ainda o segundo elemento subjetivo, também indispensável: haver o intuito de satisfação de interesse ou de sentimento pessoal. Guarda íntima relação, portanto, com o requisito da imparcialidade. Se o árbitro for parcial, muito provavelmente incorrerá em prevaricação – salvo se sua parcialidade decorrer da exigência ou pedido de vantagem indevida, o que remeteria sua conduta para um dos outros dois tipos aqui examinados.

Portanto, não haverá prevaricação do árbitro que simplesmente retardar o processo, ainda que em sã consciência, desde que não o faça movido por intuito de satisfazer seu próprio interesse ou seu sentimento pessoal. O árbitro que praticar ato “contra disposição expressa de lei” só prevaricará se, ao assim agir, o faça deliberadamente com o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Portanto, sentenciar contra disposição legal não constitui, por si, prática do crime de que aqui se trata. Há de haver os dois elementos subjetivos do tipo³³⁴.

A independência do árbitro, assegurada e imposta pela Lei de Arbitragem (§6º, art. 13), lhe dá a garantia de decidir de acordo com o seu livre convencimento, não sendo adequado enquadrar a sua conduta, quando contrária à lei, como ato tipificado. Trata-se de

³³³“Dolo é saber e querer a realização do tipo”. (LEITE, Mário Sérgio. Requisitos típicos do crime de prevaricação e a independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 760, p. 506, fev. 1999).

³³⁴“Consigne-se, desde já, que não se concebe em um Estado Democrático de Direito sequer perquirir-se a respeito do crime de prevaricação por parte do Juiz, por simples descumprimento de lei expressa, diante da concepção constitucional da independência judicial (...)”. (LEITE, Mário Sérgio. Requisitos típicos do crime de prevaricação e a independência judicial, cit., p. 506).

corolário do princípio do devido processo legal, dando ao árbitro a possibilidade de julgar conforme seus convencimentos pessoais, de acordo com a interpretação legal que construir. O que pode parecer expressamente contrário à lei para alguns, para outros, a depender da interpretação que se dê, pode ser visto como o mais acertado. Por isso, o juiz togado, ao examinar a alegação de prevaricação, deve analisar a presença de todos os requisitos objetivos e subjetivos do tipo, e só irá declarar nula se houver como comprovar, a desdúvidas, que o árbitro incorreu na prática criminosa. Deve expurgar de plano qualquer tentativa de atribuir à prevaricação o fato do árbitro ter proferido decisão errada, ainda que expressamente contrária à disposição legal.

O crime de concussão decorre da extorsão indevidamente imposta por quem exerce função pública, ou que irá exercê-la, a quem poderá ser dela beneficiada. Consuma-se pelo simples ato de exigir a indevida vantagem, não importando se ela foi concedida, nem se o benefício prometido foi efetivado³³⁵. Assim, basta para o cometimento da concussão que exista o elemento subjetivo da exigência imposta pelo árbitro às partes de vantagem não devida.

Percebe-se que ao juiz togado será aparentemente mais fácil verificar a ocorrência da concussão do que da prevaricação. Enquanto aquela exige a objetividade do efetivo retardo, omissão ou prática de ato contra disposição expressa de lei, a concussão depende apenas de que se tenha exigido vantagem indevida. A prevaricação dependerá ainda da verificação de haver o ato objetivo decorrido de vontade deliberada a fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, ao passo que a concussão não depende dessa satisfação, e, se verificar-se que foi exigida, é porque houve intenção e, portanto, há dolo do árbitro.

Corrupção passiva configura crime de conteúdo variado, pois a lei prevê diversas condutas para a sua ocorrência. Assim, haverá corrupção do árbitro quando “solicitar ou receber vantagem indevida”, ou ainda “aceitar promessa” de vantagem. É, assim, no conceito de solicitar ou aceitar promessa de vantagem, crime formal, que independe da efetiva concretização da vantagem, ou mesmo do benefício que poderá oferecer ao

³³⁵ Assim, o mestre Nelson Hungria, a respeito do crime de concussão: “*é uma espécie de extorsão praticada por funcionário público (com abuso de autoridade) contra o particular (...) O que se faz indispensável é que a exigência se formule em razão da função. Cumpre que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função da autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade. Trata-se de crime meramente formal: consuma-se com o simples fato da exigência da indébita vantagem. Se sobrevém a efetiva percepção desta, o que ocorre é apenas o exaurimento do crime*”. (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, vol IX, p. 362, citado em FISCHER, Douglas. Concussão praticada por médicos conveniados ao Sistema Único de Saúde no exercício de suas funções: competência da Justiça Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 808, p. 491-495, fev. 2003).

corruptor ativo. O crime de corrupção ativa é previsto no art. 333 do Código Penal, e consiste em “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

A diferença da corrupção para os outros tipos examinados é que neste caso poderá haver um agente corruptor, que, aplicado à arbitragem, poderia ser uma das partes. O juiz togado examinará tal alegação com cuidado, e não deverá fulminar de nulidade da sentença arbitral proferida por árbitro a quem, embora oferecida vantagem para a prática de um tal ato, este a tenha recusado, embora haja praticado o ato a respeito do qual lhe tenha sido oferecida a vantagem. O inciso VI prevê a nulidade apenas no caso de corrupção passiva, e não cuida da hipótese eventual de ocorrência isolada da corrupção ativa – que acontece quando há oferecimento de vantagem, mas esta não é aceita.

Note-se que, se a corrupção passiva se apresentar na forma de recebimento de vantagem, tal crime necessariamente só existirá se houver um corruptor ativo, a fim de entregar a vantagem recebida. Nestas hipóteses, aplicadas à arbitragem, o juiz togado só aceitará a alegação de que houve corrupção passiva se houver também o apontamento de que houve um agente corruptor ativo.

Importante é que haja a análise do elemento de dolo, consubstanciado na intenção de que, ao solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem, o agente passivo prometa em troca vantagem que terá em razão da função que exerce ou venha a exercer. Com tal observação, deve ser afastada qualquer possibilidade de atribuir-se tal conduta ao árbitro que foi, em algum momento do passado, advogado de uma das partes. Não se pode alegar ter ele recebido vantagem indevida, porque, se atuou como advogado, não recebeu nada em troca da função que iria exercer.

A atuação do juiz togado, no exercício do controle judicial da legalidade da jurisdição arbitral, deve aplicar com bastante parcimônia as hipóteses previstas no inciso VI, do art. 32. De fato, por serem tipos penais, não é possível simplesmente acolher afirmação de uma das partes, ainda que a prática do tipo penal seja clara. A conduta do juiz togado, ao receber a ação de que trata o art. 33, fundada no inciso VI, do art. 32, ambos da Lei de Arbitragem, haverá de ser a remessa de ofício à autoridade de persecução penal competente, para que esta dê início à investigação ou, havendo já indícios fortes, dispare a própria ação penal contra o árbitro e, se for o caso, também quanto à parte que eventualmente tenha praticado corrupção ativa.

Se não entender que há elementos muito claros de que houve a prática dos crimes, o juiz togado deverá sobrestar o andamento da ação que busca decretar a nulidade, até a resolução final da lide na esfera criminal. De fato, só poderá o juiz togado cível dizer que houve prática de algum dos crimes descritos no inciso VI se houver julgamento na esfera penal. De outra forma haverá desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. Se houver elementos, porém, fortes a grassar de forma clara o ato praticado pelo árbitro, indicando o cometimento do delito, pode o juiz togado proferir antecipação de tutela ou cautelar para suspender os efeitos da sentença arbitral, até ulterior e definitiva proclamação da jurisdição penal sobre a matéria.

As situações aqui tratadas preveem casos de nulidade absoluta da sentença arbitral. De tal modo, podem ser argúidas a qualquer tempo, não serão passíveis de decadência, podem ser decididas de ofício pelo juiz togado (seja no âmbito restrito da ação do art. 33, seja em outras vias – ação específica declaratória de nulidade, ou em defesa a cumprimento de sentença/execução). Não há ato da parte que convalide a nulidade da sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

Impedir a validade de sentenças arbitrais proferidas em razão da prática de tais crimes decorre diretamente da aplicação do princípio do devido processo legal. O juiz togado deverá ser diligente, porém não poderá espantar-se com qualquer alegação do autor que apontar tais delitos: deve exigir que sejam comprovados. Se tiver abalo em seu convencimento, encaminhará à persecução criminal. Se entender, contudo, que não há elementos plausíveis a justificar a suspeita de ocorrência da circunstância delituosa, deverá extinguir de plano da ação, a fim de prepetrar a efetividade e integridade do processo arbitral.

7.1.6. f) Sentença proferida em desrespeito aos princípios de que trata o art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem

O art. 21 da Lei de Arbitragem, em seu §2º, estabelece que “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro, e de seu livre convencimento”. Tratam-se, assim, de princípios inerentes e originários do princípio maior, do qual todos emanam, que o princípio do devido processo legal. Este, por seu turno, está materializado em nosso ordenamento jurídico pelo que consta do inciso LIV da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A principal justificativa para autorizar o controle judicial sobre o processo arbitral reside justamente na necessidade de verificar-se a observância do devido processo legal no âmbito da arbitragem. Só será válida a arbitragem desenvolvida com estrita atenção ao *due process*.

O princípio do devido processo legal é o princípio processual mais importante, base da qual emanam todos os demais princípios constitucionais do processo³³⁶. É o núcleo central dos princípios constitucionais. Assim, ao se referir ao contraditório, à igualdade das partes, à imparcialidade do árbitro e ao livre convencimento, se está, em verdade, referindo-se a formas de manifestação do princípio do devido processo legal.

Mesmo no âmbito da arbitragem internacional, não há discussão de que certos princípios processuais devem ser observados, no que se convencionou denominar *magna carta of arbitration*. Portanto, independentemente da instituição ou da sede em que se desenvolva a arbitragem internacional, algumas regras procedimentais básicas devem ser observadas, e representam condições de validade ao regular processamento da arbitragem³³⁷.

Admitir que o devido processo legal deve ser observado na arbitragem não significa negar a autonomia ou liberdade das partes para pactuar as regras que entenderem pertinentes. Uma vez pactuadas tais regras, no entanto, inclusive no que diz respeito ao procedimento, estas deverão ser estritamente observadas. E mesmo a pactuação destas regras deve ser realizada tendo como limites e parâmetros os ditames do devido processo legal. É aí que o devido processo legal impõe fronteiras à autonomia de vontade das partes³³⁸.

³³⁶ Cândido Rangel Dinamarco afirma: “muitos desses princípios, garantias e exigências convergem a um núcleo central e comum, que é o devido processo legal, porque observar os padrões previamente estabelecidos na Constituição e na lei é oferecer o contraditório, a publicidade, possibilidade de defesa ampla etc”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 198).

³³⁷ “Regardless of the procedure and the law chosen, it is undisputed that the arbitration tribunal shall guarantee a number of principles that constitute the procedural “magna carta of arbitration”. What are these fundamental standards of international commercial arbitration and where are they to be found? In fact they are the constitutional cornerstones of arbitration proceedings – due process, fairness and the application of the appropriate law or other standard to the substance of the dispute. The magna carta of arbitration has two main principles: due process and fair hearing; and independence and impartiality of arbitrators”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 95). Entende-se, contudo, que a imparcialidade e independência são elementos constitutivos do devido processo legal.

³³⁸ Importante é destacar que nem toda regra processual aplicada ao processo civil pode ou deve necessariamente ser aplicada ao processo arbitral, já que este está sujeito ao ajuste realizado entre as partes, decorrente da autonomia da vontade destas. Assim, as partes poderão estabelecer ritos diferentes daqueles.

Embora o inciso VII do art. 32 mencione o desrespeito aos princípios do art. 21, §2, utilizando da expressão no plural, é evidente não ser necessário a coexistência de desrespeito a todos eles ao mesmo tempo. Para a sentença arbitral ser nula pode bastar que tenha havido o desrespeito a apenas um daqueles princípios. Diz-se que “pode bastar” porque nem todo descumprimento de algum destes princípios ocasionará nulidade, isto porque, conforme se vê adiante, há de haver prejuízo e há de depender das atitudes das partes durante o curso do processo arbitral.

O princípio do contraditório manifesta-se na arbitragem pela garantia que as partes possuem de que todos os argumentos invocados ou provas produzidas por uma delas será objeto de comunicação a outra parte, a fim de que este tenha a oportunidade de adversar outros argumentos ou provas. Nenhum documento poderá ser apresentado ao Tribunal arbitral, sem que o seja também apresentado à parte contrária, a fim de que sobre ele se manifeste se o quiser. É aplicável tanto às questões fáticas, quanto às de Direito. Assim, se uma parte produz uma prova, à outra deverá ser ensejado adversá-la. Se é apresentado um argumento legal, a parte contra quem tal argumento foi invocado deverá ser chamada a apresentar contrarrazões, se as tiver.

Para observância do contraditório não importará que ele tenha sido exercido, basta que tenha sido dado à parte a oportunidade de exercê-lo. E assim guarda íntima relação com o princípio da igualdade das partes, que se manifesta pela distribuição de oportunidades iguais às partes no processo.

O princípio da igualdade das partes deve ser compreendido em sua feição isonômica, ou seja, em seu aspecto substancial e não meramente formal. Isto é, não será necessário que as partes tenham exatamente as mesmas chances, em prazos exatamente iguais, mas que sejam tratadas de forma justa. Isto é, cada situação poderá depender da avaliação condizente com as condições concretas do caso. Assim, não importará nulidade uma sentença decorrente de processo arbitral onde tenha sido dispensado tratamento isonômico, ainda que não exatamente igualitário. Em pelo menos um ponto, no entanto, a arbitragem deve necessariamente garantir condições exatamente iguais às partes: na forma

De acordo com a doutrina estrangeira, mesmo a arbitragem internacional deverá observar tais princípios: *“The principle of fair trial will effectively imply that:*

- *each party is given a reasonable opportunity to put his case and to deal with that of his opponent;*
- *delays will be avoided by fixing appropriate short periods for written submissions and oral arguments;*
- *exercising maximum discretion when deciding as to the admissibility of evidence;*

the arbitration tribunal treats parties equally and fairly”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 95).

em que participarão da escolha dos árbitros a comporem o painel arbitral. Qualquer convenção que atribua pesos diferentes nesta etapa do processo acarretará necessariamente a nulidade de todo o processo.

O que se deve ter como necessário, para que se considere cumprido o contraditório, é que as oportunidades de seu exercício tenham sido asseguradas. Por isso não se considera atentatório ao contraditório o desenvolvimento do processo arbitral à revelia de uma das partes, desde que ela tenha sido validamente chamada a integrar o processo.

Também por força do que acima foi expresso, é que se infere extensivamente ser dever das partes acusar o descumprimento de algum desses princípios no primeiro momento que tiverem oportunidade para fazê-lo, se possível ainda no âmbito do processo arbitral³³⁹. Deixar invocar a nulidade decorrente de ofensa ao contraditório quando dela tiver conhecimento, é o mesmo que ter recebido a oportunidade para apresentar contra-manifestação e tenha deixado de fazê-lo. Portanto, a conduta da parte que alega a nulidade da sentença durante o curso do processo arbitral é de fundamental importância, e deverá ser analisada cuidadosamente pelo juiz togado, a fim de verificar se uma das partes não “guardou” intencionalmente uma nulidade, apenas a título de postergar o desfecho do litígio.

Por outro lado, o princípio do contraditório só será compreendido como cumprido se à parte for assegurado período razoável para apresentar provas ou contra-argumentar. Não adianta conceder prazo de horas, por exemplo, para replicar uma contestação de cem laudas, por exemplo. O prazo há de ser justo e razoável, e tal será levando-se em consideração o que as partes convencionaram quanto às regras procedimentais. Se tiverem escolhido rito mais célere, arcarão com as consequências que disso pode ocorrer.

Quanto à imparcialidade do árbitro, remete-se para o que já foi escrito quanto ao dever de o árbitro ser imparcial. A imparcialidade é a mais importante de todas as qualidades que devem adjetivar o árbitro, pois importa na manutenção de equidistância entre o juiz-árbitro e as partes da arbitragem.

A imparcialidade impõe o não envolvimento do árbitro com os interesses das partes, mantendo-se distantes destas. Deve tentar, ao máximo possível, posicionar-se equidistantemente.

³³⁹“A breach of due process will only justify an action to set aside or prevent enforcement of an award on condition that the party relying on the breach protested as soon as it became aware of it”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 951).

Os árbitros, quando aceitam assumir o encargo de arbitrar uma disputa, ao assinar o *receptum arbitrii*, comprometem-se a agir com imparcialidade. Ela, portanto, é presumível, e para ser comprovado que uma sentença foi proferida sem a observância deste princípio, a parte que a alegar haverá de comprovar que o mesmo não foi observado. O juiz togado, portanto, velará para que a análise da ocorrência de parcialidade seja feita restritivamente, isto é, apenas quando a parte interessada conseguir desconfigurar a presunção *juris tantum* de imparcialidade que detém o árbitro. É por isso, também, uma obrigação contratual para com as partes que lhe entregaram os poderes da jurisdição privada, mediante a convenção de arbitragem.

Aplicam-se, para aferir a imparcialidade do árbitro, os mesmos requisitos relativos aos juízes de Direito impostos no Código de Processo Civil. Não poderá o árbitro, a fim de ser imparcial, deter com as partes nenhuma das relações descritas no art. 134 (que trata do impedimento), nem no art. 135 (que reza sobre as hipóteses de suspeição).

A imparcialidade, portanto, guarda íntima relação com o princípio da igualdade das partes: o árbitro imparcial assegura a igualdade de condições às partes. E só o árbitro imparcial será capaz de proferir uma decisão de acordo com o seu livre convencimento. Na verdade, o conceito de imparcialidade do juiz está contido nos princípios de igualdade e do contraditório, pois sempre que o árbitro for parcial ele ferirá um destes dois princípios.

O livre convencimento consiste na aptidão do árbitro a proferir decisões de acordo com aquilo que ele intimamente entende como verdadeiro. Já que a verdade absoluta é inatingível, o convencimento livre do julgador há de subsistir. A comprovação do livre convencimento será possível fazer presumir da fundamentação.

Ao averiguar a nulidade arguída com base no inciso VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem, caberá ao juiz togado, acima de qualquer elemento, verificar se houve um julgamento justo, não no sentido material, mas no sentido formal. Não cabe ao juiz togado rever o mérito do que o árbitro tiver decidido, mas poderá, contudo, verificar se houve respeito às regras procedimentais básicas inerentes a todos os processos. É no devido processo legal que a autonomia de vontade das partes encontrará limites.

É de se afirmar, por fim, que o rol do artigo 32 é taxativo, muito embora se admita, eventualmente, a invalidação da sentença arbitral por outros meios, que não aquele da ação desconstitutiva descrita no art. 33 da Lei de Arbitragem. Como por exemplo, cite-se a hipótese de sentença arbitral amparada exclusivamente em prova ilícita, ou obtida por meio

ilícito, o que, em face do princípio constitucional da proibição da prova ilícita, não poderá ser convalidada. Outros mecanismos de desconstituição ou reconhecimento da nulidade da sentença arbitral são examinados adiante.

7.2. Princípio da instrumentalidade das formas na arbitragem

Aplica-se ao processo arbitral o princípio da instrumentalidade das formas, decorrente da ideia de que não haverá nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Tal aferição do grau de prejuízo será importantíssima a fim de evitar excesso de subjetivismo que pode conduzir à judicialização indevida de litígio submetido à arbitragem. A instrumentalidade das formas é o princípio mediante o qual se compreende que os instrumentos formais inerentes ao processo só têm razão de ser em face da finalidade que almejam. Isto é, o procedimento existe em função do processo.

O processo de arbitragem, mais ainda do que o processo civil, deve ter como pressuposto a ideia de aproveitamento dos atos praticados e produzidos pela jurisdição arbitral. É pertinente e recomendável a desconsideração de eventuais vícios formais, evitando-se, com isso, a perda de atos praticados em nome do formalismo exagerado. O devido processo só é assegurado na arbitragem a fim de assegurar iguais condições às partes, ou seja, meios de assegurar a justiça formal da decisão final.

Portanto, aplica-se à arbitragem o princípio da instrumentalidade das formas. O juiz togado ao exercer o seu crivo de controle sobre a legalidade formal do processo de arbitragem, haverá de levar em consideração, sempre, se houve efetivo prejuízo para a parte que suscitar a nulidade. Assim, a parte que não foi citada, mas que apresentou defesa a tempo, não poderá, no futuro, alegar desrespeito ao princípio do contraditório ou de tratamento igualitário.

O magistrado, ao exercer o controle do juízo arbitral, haverá de ter como norte a presunção de legalidade do processo arbitral, aplicando o princípio *favor arbitrandum*, pelo qual se entende que deve aplicar a solução que mais favorece a arbitragem dentre aquelas possíveis.

Como decorrência da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, o juiz togado deverá também verificar a conduta da parte ao longo do desenvolvimento do processo de arbitragem. Assim, terá de exigir que a parte interessada em desconstituir a sentença arbitral demonstre ter suscitado o alegado vício na primeira oportunidade que lhe coube, se possível ainda naquela esfera privada. Se não o tiver feito, será o caso de considerar aceita a irregularidade cometida.

Naturalmente, não poderá toda nulidade ser convalidada pela atitude das partes. Assim, as que digam respeito a afrontas de elementos da ordem pública, configurarão vícios insanáveis, que, embora sujeitos à preclusão, caso não arguídos dentro do prazo de 90 dias fixado na lei, poderão ser analisados pelo juiz estatal, por outras vias, seja em ação de defesa da parte executada, por exemplo, seja em via própria, como acontece nos casos de ação declaratória de nulidade de sentença arbitral, por exemplo. Ambas as situações são analisadas neste capítulo.

7.3. Controle judicial por meio de ação declaratória de nulidade e ação rescisória relacionada à arbitragem

A sentença arbitral, como visto, pode conter vícios de nulidade absoluta, ou de nulidade relativa. Há de se afastar, contudo, do âmbito da jurisdição arbitral, a ideia de sentenças inexistentes, já que, conforme observado em tópico anterior, haverá sempre a possibilidade, ainda que remota, de que mesmo a sentença inexistente possa vir a ser convalidada, a depender de circunstâncias que, além do decurso do tempo, exigiram ainda atos praticados por ambas as partes envolvidas ou pela parte prejudicada, ou ainda por fatos relacionados à ordem pública. Daí aferir-se ser inapropriado o conceito de inexistência da sentença arbitral, já que o que não existe não é nem será jamais susceptível de produzir quaisquer efeitos.

Só pode ser considerada como inexistente uma sentença dita arbitral que não guarda nenhuma aparência de regularidade, sendo flagrante a sua desconformidade com as regras inerentes ao processamento da arbitragem. Assim, por exemplo, a “sentença” proferida pelo chefe de uma quadrilha, caso fosse levada à execução, não poderia jamais ser executada, por absolutamente inexistente: lhe faltariam flagrantemente os elementos básicos mesmo da mais tosca relação jurídica processual.

Afastados os exemplos absurdos, todavia, voltando-se à discussão sobre a nulidade e inexistência aplicada à arbitragem, verifica-se que mesmo as sentença arbitrais eivadas de vícios muito graves, capazes de afastar a jurisdição arbitral sobre o litígio, podem ser objeto de convalidação. Pegue-se como exemplo a sentença proferida em arbitragem decorrente de convenção não assinada por uma das partes. Imagine-se que, ao longo de todo o processo arbitral, a parte não signatária aduz a nulidade, e insurge-se contra a sua submissão indevida àquele juízo arbitral, sobre o qual não convencionou. Após proferida a sentença arbitral, no entanto, a parte não signatária conforma-se com a sentença, e não a submete à impugnação do art. 33 da Lei de Arbitragem. A sentença arbitral, mesmo proferida com algum vício grave, terá sido sanada – inviável falar-se em inexistência. Portanto, a admissão de saneamento ou convalidação, mesmo em casos de nulidades teoricamente muito gravosas, deve ser suficiente para afastar a tese de inexistência da sentença, já que se produz efeitos, ainda que temporários, é porque, ainda que temporariamente, existiu.

A par da discussão sobre nulidade ou inexistência da sentença arbitral, é de se admitir, contudo, que, ocorrendo hipótese de convalidação, a sentença arbitral inicialmente nula ou inexistente, adquire feições de legalidade, tornando-se válida no ordenamento jurídico. Tal é decorrente da flexibilidade inerente ao processo arbitral, daí por que estas situações podem ocorrer no processo de arbitragem, mas não podem cogitar-se em relação aos processos judiciais.

Inocorrendo hipótese de convalidação, no entanto, e permanecendo o vício gravemente qualificado, é de se verificar qual a solução a ser encontrada no ordenamento, caso não seja observado o prazo de 90 dias estipulado no art. 33 da Lei de Arbitragem. Em tais situações, pode ocorrer a situação de, perante as circunstâncias postas, sem convalidação por nenhum das partes nem por decurso de tempo, ser constatada a inexistência da sentença arbitral. Ainda que capaz de produzir efeitos, não há contradição em afirmar que alguns dos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem podem subsumir casos de inexistência de sentença arbitral, como se viu no tópico em que foram analisadas as hipóteses de nulidades absolutas e relativas.

A primeira hipótese, que deve ser descartada, seria a admissão de ação rescisória em matéria de arbitragem. É inegável que a arbitragem possui importantes pontos de contato com a jurisdição estatal, e o legislador de 1996 submeteu a esta a função, dentre outras, de exercer o controle de validade sobre o processo arbitral. Ao assim fazer,

estabeleceu como única a via da ação desconstitutiva prevista do art. 33 da Lei de Arbitragem; mas não é só por isso que deve ser afastado o uso de ação rescisória para rescindir sentença arbitral que transitar em julgado.

A Lei de Arbitragem, ao estabelecer o árbitro como o juiz de fato e de direito da causa, ficando sua sentença incólume de recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (Art. 18), impondo a este apenas o controle de validade sobre o procedimento da jurisdição arbitral, criou um sistema em que a sentença arbitral é, quanto ao mérito, absolutamente imune à jurisdição do Estado. Pouco importa que a sentença arbitral tenha sido comparada, quanto aos efeitos, à sentença judicial.

Ao produzir coisa julgada (que não é efeito, mas qualidade), que se dá após a notificação das partes e o decurso do prazo de cinco dias para interposição do recurso inominado, equivalente aos embargos de declaração do processo civil (art. 30 da Lei de Arbitragem), a sentença arbitral só poderá ser desafiada, no Judiciário, pela via restrita do art. 33, verificada uma das hipóteses do art. 32, ou em caso de embargos à execução ou ainda na situação de inexistência, conforme verificado neste tópico.

Não há caminho para a revisão do julgado, vedado que é o reexame da matéria arbitrada pelo Judiciário. Além do mais, o princípio que vocacionou o legislador arbitralista foi o de conferir autonomia à arbitragem em relação ao Poder Judiciário, a fim de assegurar a resolução privada de litígios, com a mínima interferência possível do juiz togado. Daí ter fixado o exíguo prazo de 90 dias para a remessa do exame de validade da questão arbitrada ao foro judicial. Seria absolutamente incompatível com o sistema adotado a possibilidade da espera pelo longo prazo de dois anos a fim de que a sentença arbitral ganhasse o *status* necessário a ser considerada juridicamente segura. O próprio desenvolvimento do instituto da arbitragem restaria comprometido: o processo arbitral passaria de instrumento real de resolução de conflitos para aperitivo pré-judicial de um litígio a ser sempre submetido às lindes forenses para só lá obter a palavra final quanto ao mérito debatido.

De igual modo, outro recurso interpretativo leva à mesma conclusão. A Lei de Arbitragem, ao elencar circunstâncias em que há possibilidade de desconstituição da sentença arbitral, está, por via inversa, afirmando que outras formas não conduzem à sua invalidade. Todas as hipóteses relacionadas na lei possibilitam, quando muito, a decretação de invalidade da sentença prolatada, para que outra seja proferida no seu lugar. Em alguns casos, permitem apenas a desconstituição da sentença, sem oportunidade de novo

julgamento pela arbitragem, caso o julgador de toga entenda que, por algum motivo, o litígio não possa ser objeto de arbitragem (em caso de inarbitrabilidade objetiva, ou subjetiva, ou inexistência de convenção válidamente formatada). Em nenhum caso lá previsto, entretanto, há possibilidade de que o juiz togado profira novo julgamento a respeito da matéria de fundo, ou seja, do mérito, em sede da ação desconstitutiva prevista no art. 33. Em tudo é compatível com os princípios inerentes à arbitragem. Submetê-la a possibilidade de novo julgamento por órgão judicial, conforme possibilita o art. 494³⁴⁰ do Código de Processo Civil, iria de encontro a toda a independência e autonomia que o legislador de 1996 lhe atribuiu.

Não fosse o bastante, vê-se que uma das hipóteses ensejadoras da ação rescisória é ter sido a sentença de mérito “*dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz*” (art. 485, I, Código de Processo Civil), circunstância em tudo idêntica ao estabelecido no inciso VI, do art. 32 da Lei de Arbitragem. Se tivesse sido intenção do legislador permitir que a rescisória fosse admitida para rescindir sentença arbitral, por que teria repetido a hipótese acima indicada nas duas normas? E se a repetição não prova esta intenção, por que o legislador não repetiu as outras hipóteses em que é permitida a propositura de ação rescisória em relação as sentenças de mérito judiciais? As respostas às questões acima só podem ser no sentido de que não é admissível a ação rescisória, tratada no Código de Processo Civil, em relação à arbitragem.

Isto é mais uma comprovação do que já foi dito incontáveis vezes ao longo desta tese: o Código de Processo Civil não se aplica subsidiariamente ao processo arbitral. O que dele se extrai são os princípios e, mesmo eles, decorrem também do que são considerados princípios constitucionais do processo. Arrisca-se a uma afirmação ainda mais ousada: mesmo que as regras procedimentais do Código de Processo Civil sejam expressamente escolhidas para aplicação subsidiária ao processo arbitral por manifesta e livre opção das partes, ainda assim não será possível a propositura de ação rescisória para atacar a sentença arbitral, da mesma forma que não será possível submetê-la a recurso de apelação, ou agravo de instrumento, ou recurso especial, ou recurso extraordinário. Se tal ocorrer – admissão do Código de Processo Civil como regra subsidiária – apenas as regras procedimentais relativas ao procedimento ordinário (ou sumário, se for o caso), poderão ser aplicadas. As regras relacionadas a recursos não se aplicam jamais à arbitragem, pois

³⁴⁰ Art. 494. Julgando procedente a ação, o tribunal rescindirá a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento (...).

não se coadunam com a sua essência, conforme é desenvolvido pela prática internacional, e adotado pelo legislador brasileiro, atento a tal desenvolvimento.

As hipóteses de rescisória que podem ser relacionadas, ainda que indiretamente, com processo de arbitragem, são aquelas que tiverem como objeto a rescisão de sentenças judiciais de mérito proferidas por juiz togado relacionada à arbitragem. Podem incluir-se neste seletorol de sentenças proferidas por juízes togadas, caso preencham os requisitos da lei regente, as seguintes: (i) a que julgar procedente ou improcedente a desconstituição de sentença arbitral que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem³⁴¹; (ii) a que julgar a ação de execução específica da cláusula compromissória, prevista no art. 7º da mesma lei; (iii) a que julgar os embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença relacionada a pedido de cumprimento de sentença arbitral; (iv) a que julgar procedente ação que busque impedir o início ou andamento de arbitragem (*anti-suit injunction*)³⁴²; (v) a que eventualmente julgar procedente ação declaratória de nulidade, conforme é tratado neste tópico.

Em tais situações, o que se tem é uma rescisória ordinária, com o detalhe de que a matéria tratada na sentença que se pretende rescindir diz respeito à arbitragem. Em qualquer outra hipótese, está afastado o uso da rescisória e não há, repita-se, nenhuma hipótese de rescisão, via ação rescisória, do que for sentenciado pelo árbitro.

Afastada esta hipótese, resta verificar se há espaço para uma ação declaratória de nulidade (ou inexistência) de sentença arbitral. De fato, pouco sentido faria fazer subsistir no âmbito do ordenamento interno uma sentença arbitral derivada de vícios que a atinjam em sua essência, ao ponto de levar a consideração de sua inexistência, em nome de uma autonomia arbitral absoluta. Sentido nenhum teria tal autonomia, se o processo arbitral pudesse ser caminho livre para o cometimento de barbaridades processuais, tal qual a validade de uma sentença em que não houve nunca o chamamento ao processo de uma das partes, por exemplo, que só tomar conhecimento da sentença arbitral depois de transcorridos os 90 dias previstos no prazo do art. 33.

³⁴¹Segundo a doutrina de Donaldo Armelin, sua interpretação é ainda mais restritiva, permitindo a rescisória relacionada a arbitragem em apenas uma situação: “*Portanto o cabimento da rescisória diz respeito apenas à decisão judicial que julgar o pedido de anulação daquela arbitral e, mesmo assim, se configurada uma das hipóteses do art. 485 do CPC*”. (ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral, cit., p. 108).

³⁴²Pois se o julgamento for pela improcedência, não será admitida a via da rescisória, porque não envolverá o mérito.

Se, porém, a via da ação desconstitutiva do art. 33 (assim chamado, como dito antes, apenas em face de ser a nomenclatura adotada pela norma) é considerada restrita, o caminho da ação declaratória de nulidade de sentença arbitral é restritíssimo. Só poderá ser aberto em raríssimas hipóteses, em caso de nulidade qualificada.

De fato, algumas das situações previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem podem revelar, à luz do caso concreto, situações de chamada inexistência de sentença arbitral. Cada situação, no entanto, deverá ser analisada diante da situação fática peculiar de cada caso. Não se pode dizer, em tese, que toda e qualquer situação de nulidade de compromisso haverá de, necessariamente, permitir a ação declaratória de nulidade. Como visto antes, a situação na arbitragem difere daquela relacionada às sentenças proferidas em processos judiciais, pois há casos em que mesmo as nulidades mais gritantes podem, eventualmente, ensejar a convalidação por conduta, expressa ou implícita, da parte prejudicada. Assim, por exemplo, menor relativamente incapaz que firmou compromisso, e posteriormente, quando já era maior e civilmente capaz, se defendeu em arbitragem em relação ao mérito, sem arguir na primeira oportunidade que teve a nulidade do compromisso (art. 20 da Lei de Arbitragem), não poderá propor sequer a ação desconstitutiva prevista no art. 33, que dirá a restrita via da declaratória de nulidade de sentença arbitral.

Embora o caráter restrito da ação declaratória de nulidade, há situações que poderão depender de uma interpretação ampliativa de cada um dos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem para coibir a interpretação de uma sentença inexistente³⁴³. Assim, por exemplo, será admitida a declaração de nulidade de sentença arbitral proferida contra parte que não foi chamada, ou não foi validamente chamada a participar da arbitragem, pois, muito embora esta via não esteja expressamente admitida em nenhum dos incisos do art. 32, pode-se dizer que a sentença arbitral que julgar contra parte não chamada a participar do processo estará ferindo os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre as partes.

Assim, algumas das situações previstas para a ação rescisória de sentença judicial eventualmente poderão dar azo à propositura da ação declaratória de nulidade de sentença arbitral, caso possa se enquadrar, ainda que numa interpretação extensiva, em alguma das

³⁴³ Com pensamento diferente, entende-se não caber o rol taxativo do art. 32 da Lei de Arbitragem, Clávio Valença Filho: “O elenco do art. 32 da Lei 9.307/96 é, de fato, não-exaustivo. Isso não resulta da incidência do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL/1988), como fator de integração normativa, mas, sim, da necessidade de controle da conformidade do conteúdo das decisões que se pretende inserir no ordenamento jurídico brasileiro, obrigação exclusiva do juiz estatal brasileiro”. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 15, p. 361, jan. 2002).

hipóteses do art. 32 da Lei 9.307/1996. Assim, a sentença proferida em processo arbitral que resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da vencida, pode ser inserida na hipótese de nulidade da convenção, caso tenha decorrido de simulação, coação ou fraude, de uma parte em relação a outra. De igual maneira, quando resultar de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, também poderá ser objeto da ação declaratória de nulidade, fundada que está também na nulidade da convenção, já que terá resultado de simulação com intenção ilícita. No caso de prova a que se atribuiu importante valor no convencimento do julgador, cuja falsidade for posteriormente conhecida, haverá aí desrespeito ao devido processo legal, permitindo o ataque à sentença arbitral via ação declaratória de nulidade. Eventualmente, até mesmo erro de fato poderá dar ensejo à ação declaratória de nulidade, como, por exemplo, se o árbitro proferir sentença tendo como base uma convenção de arbitragem cujos termos foram substituídos pelas partes antes do início do processo arbitral, e a sentença por equívoco tenha se baseado na primeira convenção, que já não era mais vigente, ensejando a nulidade em decorrência de ter sido proferida fora dos limites da convenção.

Outras hipóteses da rescisória, no entanto, que não se encaixem naquelas do art. 32 da Lei de Arbitragem, não poderão ser objeto da ação declaratória de nulidade, tais como: violação a literal dispositivo de lei; obtenção de documento novo cuja existência desconhecia.

Em todos os casos, como já acontece em relação à ação desconstitutiva examinada nos tópicos anteriores, há de ser demonstrado, com ainda mais ênfase, o efetivo prejuízo para a parte que alegar a nulidade, e também que sua conduta não foi capaz de convalidar a nulidade. Note-se que, dada a ampla flexibilidade da arbitragem, em face da autonomia das partes, é muito rara a ocorrência de nulidade absolutamente insanável, pois esta é, em tese, sempre sanável em razão do mútuo consentimento entre as partes. A única hipótese de nulidade insanável é aquela decorrente da inarbitrabilidade do litígio, e, ainda estas, pelo menos na teoria, podem ser emendadas (havendo rara combinação entre decurso de tempo com conduta da parte), conforme já mencionado.

Há, também, de ser admitida a via da ação declaratória de nulidade a terceiro prejudicado. A este, a restrição que se aplica não é tão rigorosa quanto a que se destina às

partes, já que não se poderia exigir dele a observação do prazo exíguo de 90 dias insculpido no art. 33 da Lei de Arbitragem³⁴⁴.

Importante questão decorre do que enuncia o §1º do art. 2º da Lei de Arbitragem, quando afirma que as partes poderão escolher as regras de Direito que serão aplicadas à arbitragem, desde que não violem os bons costumes nem a ordem pública. Uma interpretação mais açodada poderia levar à conclusão de que, por tal artigo, poder-se-ia averiguar se uma sentença arbitral está de acordo com a ordem pública, para, com isso, permitir a submissão da questão de mérito à revisão do juiz togado. Seria dizer: uma sentença arbitral contrária à ordem pública não pode ser admitida, portanto caberá a impugnação via ação declaratória; no entanto, não é esta a visão que se deve ter, devendo ser absolutamente rechaçada, pois seria contrária a tudo o que o legislador da Lei de Arbitragem procurou adotar.

Na verdade, a conclusão que se deve ter da leitura do §1º, do art. 2º, da Lei de Arbitragem, é apenas uma: a de que, na convenção de arbitragem, as partes terão ampla liberdade para escolher as regras que serão aplicáveis pelos árbitros, desde que se observem os limites da ordem pública e dos bons costumes³⁴⁵.. Cuida-se, portanto, de limite à arbitrabilidade: a convenção das partes não pode pactuar sobre aplicação de leis que serão contrárias à ordem pública ou aos bons costumes. Ou seja, há aqui uma vedação imposta pelo legislador sobre a arbitrabilidade objetiva, que é, como visto, o mais importante limitador da autonomia das partes. A observância dos limites de ordem pública para as leis escolhidas é dirigida às partes, e não aos árbitros. Estes, porém, verificando que a convenção se excedeu sobre campo inarbitrável, deverão rechaçar integral ou parcialmente, a depender do caso, a arbitragem sobre aquela área proibida.

Portanto, a ofensa à ordem pública eventualmente perpetrada pelo árbitro ao proferir a sentença arbitral só será hipótese de ação desconstitutiva prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem se encontrar guarida sob algum dos incisos do art. 32. De igual modo, só poderá servir de base para a ação declaratória de que aqui se cuida, se encontrar suporte

³⁴⁴Neste sentido, a lição de Donaldo Armelin: *Deveras, a arbitragem não enseja a publicidade da sua realização, de modo que o seu resultado poderá restar inacessível ao terceiro, enquanto não vier a ser acionada pelos simuladores em seu prejuízo. Impende, portanto, o reconhecimento de ser a arbitragem simulada inexistente, ensejando a sua declaração a qualquer tempo. Considerando-se que a convenção de arbitragem, nesse caso, é simulada e, conseqüentemente nula, evidencia-se que a sentença arbitral será inexistente e, portanto, essa inexistência poderá ser declarada a qualquer momento, sem restrições de prazos, mediante a ação declaratória para esse fim ajuizada.* (ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral, cit., p. 108).

³⁴⁵Podem até mesmo escolher que a mesma se “realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (§2º, art. 2º, Lei de Arbitragem).

naquela norma. Desnecessário é dizer, porém, que a convenção de arbitragem em que as partes estipularem a aplicação de normas ofensivas à ordem pública, ou aos costumes, será, no ponto em que elegeu estas normas, absolutamente nula. Se daí decorrer arbitragem, sem que os árbitros se deem conta da irregularidade, e haja posterior prolação de sentença arbitral, com aplicação daquelas normas escolhidas pelas partes contrárias à ordem pública ou aos bons costumes, haverá de ser admitida a ação desconstitutiva com base na nulidade do compromisso (ou da convenção). Se houver transcurso dos 90 dias, não há impedimento para a propositura da ação declaratória de nulidade.

Daí que se rechaça, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria americana do *manifest disregard of the law* (manifesta desconsideração da lei). Foi criada pela Suprema Corte americana, no julgamento do caso *Wilko v. Swan*³⁴⁶, o que deu causa, naquele país, a ampliação dos poderes revisionais do juiz togado, permitindo eventual revisão em juízo de sentença arbitrais proferidas de forma manifestamente contrária ao disposto na lei. Não há, pelo sistema de arbitragem adotado no Brasil, nenhum espaço para a evolução de doutrina neste sentido.

Vê-se, portanto, que aqui há importante função de controle judicial sobre o processo arbitral. Além disso, o juiz togado exerce função relevante no cenário da arbitragem, ao garantir a efetivação desta com a observância dos seguintes critérios: aplicar restritivamente a possibilidade de conhecimento de ação declaratória de nulidade de sentença arbitral; prestigiar sempre que possível a arbitragem; respeitar e estimular a convalidação dos atos nulos; verificar com critério cuidadoso se houve realmente prejuízo para a parte que alega a nulidade; analisar se a parte que alega a nulidade de alguma forma não deu causa à nulidade.

Assim, é de se afirmar a grande importância da ação declaratória de nulidade. É inegável que sua proliferação irrestrita acarretaria riscos para a efetividade das decisões

³⁴⁶Para detalhes sobre a *manifest disregard doctrine*, ver William W. Park. Nele, ao comentar o julgamento do caso *Wilko v. Swan*, em 1953, faz referência à nova lei sobre arbitragem em vigor no Estados Unidos (Federal Arbitration Act), que não faz qualquer alusão à ofensa à ordem pública (*public policy*), sendo necessária nova manifestação sobre o assunto pela Suprema Corte Americana. Enuncia assim: “*Although labor cases permit an award to be set aside for contravention of public policy (...) the FAA contains no reference to public policy as a ground for vacatur of an award. It is uncertain whether in commercial arbitration violation of substantive public policy constitutes a ground for vacatur*”. Mais adiante afirma: “*The problem is not necessarily in the “manifest disregard” doctrine itself, which properly applied may have salutary effect where a special need exists for greater judiciary supervision. Rather, the difficulty lies in the doctrine’s potential mischief and misuse in large international cases, when zealous litigators may be tempted to press “manifest disregard” into service as a proxy for attack on the substantive merits of an award*”. (PARK, William H. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 227-229).

arbitrais. Por isso que o juiz togado deve admitir com temperança o conhecimento de tais medidas, prestigiando, sempre que possível, o que for decidido na arbitragem³⁴⁷.

Assim, a ação declaratória de nulidade da sentença arbitral é via de impugnação à sentença arbitral, construída pela jurisprudência em face das regras principiológicas aplicáveis à arbitragem, e da necessidade de coadunar-se a imperatividade do prestígio e efetividade da jurisdição arbitral, com a indispensável segurança jurídica que deve emanar de todas as manifestações jurisdicionais, não havendo distinção se judiciais ou arbitrais. Admitir o seu processamento salvaguarda a arbitragem dos regimes burocráticos da ação rescisória, ao tempo que lhe confere meios de correção de equívocos que poderiam vir a trazer empecilhos no seu desenvolvimento, especialmente em virtude do descrédito que poderia emanar da impossibilidade de invalidade de sentenças eivadas de nulidades graves e insanáveis.

Devem ser trabalhadas, todavia, com bastante cuidado pelos juízes de toga, que não devem vulgarizar o seu conhecimento, aplicando-o com muito critério apenas às situações que realmente demandam uma solução excepcional.

7.4. Controle judicial sobre o processo arbitral desempenhado no curso do cumprimento das decisões: impugnação ao cumprimento de sentença e exceção de pré-executividade

Uma das hipóteses de controle judicial que pode ser desempenhado no âmbito do processo arbitral se dá durante o procedimento de cumprimento das decisões arbitrais, sejam elas definitivas ou interlocutórias (no caso de medidas urgentes acautelatórias ou coercitivas). A função de dar efetividade à sentença arbitral é uma das mais importantes manifestações de apoio e complementaridade da jurisdição estatal para com a jurisdição

³⁴⁷ Donaldo Armelin, em apropriada conclusão sobre o tema: “*Sendo assim o reconhecimento da inexistência afetando as sentenças arbitrais, tal como sucede com aquelas judiciais implica um esgarçamento da segurança jurídica que, em relação à tutela arbitral se faz mais necessária, considerando-se as suas peculiaridades. A ação declaratória com a sua imunidade a prescrições, decadência ou preclusões, que a caracteriza é o instrumento adequado para o reconhecimento da inexistência das sentenças arbitrais, a ela equiparada a impugnação, com carga declaratória relativamente à inexistência do título executivo judicial correspondente à sentença arbitral. Contudo o seu manejo deve ser reservado àquelas situações que, efetivamente, comportam o reconhecimento da inexistência da sentença arbitral, reduzindo-se ao mínimo as hipóteses em que sua nulidade seja convalidada em figuras de inexistência. Com isso manter-se-á o necessário tônus de segurança jurídica, que deve emergir da tutela arbitral*”. (ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral, cit., p. 108).

arbitral. Em verdade, sem o apoio do poder imperativo do Estado, capaz de fazer valer coercitivamente os atos decisórios proferidos pelos árbitros, talvez não existisse a arbitragem como meio alternativo viável para a resolução das disputas, pelo menos não no plano interno, onde as partes teriam sempre a opção mais segura (quanto à efetivação do que fosse decidido) de submeter o litígio ao Judiciário.

Ao assegurar à sentença arbitral a qualidade de título executivo judicial, o legislador arbitralista lhe ofereceu conjuntamente todo o aparato estatal de implementação de decisões, conferindo às partes da arbitragem que a sentença proferida pelo árbitro teria o mesmo tratamento, no que diz respeito à execução dos seus atos, que a sentença judicial. Além de produzir efeitos idênticos aos das sentenças judiciais, como estipula o art. 30 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral também deverá ser cumprida tal qual judicial fosse. Na verdade, a expressão correta é dizer que dela não se distingue, pois é título executivo judicial, por força de garantia legal (475-N, inc. VI, do Código de Processo Civil), sujeita a todos os atos da jurisdição estatal inerentes ao cumprimento de sentença e de execução.

A competência para o processamento de cumprimento de sentença arbitral, seguirá, salvo estatuído diferentemente pelas partes, as normas relativas à definição de competência genericamente aplicadas no processo civil. As partes poderão, no entanto, ter estabelecido, seja na convenção, seja no contrato principal que contenha a cláusula compromissória, seja no termo de arbitragem (art. 19, parágrafo único da Lei de Arbitragem), ou ainda posteriormente por outro documento, o foro de eleição. Como visto, o foro de eleição não consubstancia contradição com o fato de ser a causa submetida à arbitragem. Pelo contrário, expressa que as partes sabem da importância que o Judiciário detém como prestador de apoio fundamental à efetividade da jurisdição arbitral, bem como única jurisdição passível para controlar a sua validade.

Na fase de cumprimento de sentença, pode ser exercido o controle das decisões arbitrais por meio da impugnação, ou dos embargos do devedor, conforme for o caso.

A sentença arbitral, título executivo judicial que é (art. 475-N, inc. IV, do Código de Processo Civil), deve ter o seu cumprimento processado segundo a norma do art. 475-J do Diploma Processual Civil, com incidência subsidiária, do que couber, do estabelecido para execuções extrajudiciais. Assim, uma vez ajuizada, deve ser precedida da citação do devedor, já que não há, ainda, na esfera processual civil, a instauração da relação processual triangular. Tal é o mandamento do parágrafo único do art. 475-N, ao estabelecer

que para os casos dos incisos II, IV e VI, é necessário que o mandado inicial seja acompanhado da citação. Note-se que todas as hipóteses descritas tratam de situações em que a sentença executada não foi proferida no mesmo juízo cível em que se processa a execução, daí por que é necessária a citação.

Quando se tratar de execução por quantia, certo é que a sentença arbitral a ser executada deve ser líquida e certa, já que exigível é pressuposto de ter sido a sentença proferida. No mandado de citação, constará o valor da dívida a ser paga, no prazo de 15 dias, findo o qual haverá acréscimo de multa em valor correspondente a 10%, do valor executado. Vencido o prazo sem pagamento, expedir-se-á mandado de penhora, e o credor já pode fazer constar do pedido de cumprimento a relação de bens a serem penhorados.

O prazo para defesa do executado, por meio de impugnação, será de quinze dias, contado da data em que for intimado do auto de penhora ou de avaliação. Na impugnação, segundo as regras gerais da execução de sentenças judiciais, o devedor poderia irresignar-se alegando os seguintes aspectos: I) falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II) inexigibilidade do título; III) penhora incorreta ou avaliação errônea; IV) ilegitimidade das partes; V) excesso de execução; VI) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença (todos estabelecidos no art. 475-L e incisos).

O inciso I, que trata da citação, logicamente que vai dizer respeito à citação, ou chamamento ao processo, não havida no processo arbitral, que deu origem à sentença que ora o autor pretende cumprir. Assim, não havendo notificação, ou havendo irregular notificação, ainda na fase arbitral, caberá à parte prejudicada arguir em impugnação ao cumprimento de sentença nesta fase. Perceba-se, aqui, uma hipótese em que o magistrado irá exercer a sindicância dos atos praticados no processo arbitral, verificando a validade e a coerência destes com os princípios constitucionais do processo.

Para que o argumento de ausência de citação seja legítimo, no entanto, é importante não só que a parte que o alegar demonstre, primeiro, que houve prejuízo para si, e, segundo, que arguiu tal fato na primeira oportunidade de que dispôs. Logicamente a citação da execução de sentença arbitral for o primeiro momento em que tomou conhecimento, esta será a primeira oportunidade que terá de arguir tal irregularidade, e o prejuízo nem precisará ser demonstrado, pois é logicamente presumível, já que a parte foi

impedida de participar do processo arbitral, que correu não só à sua revelia, mas irregularmente ante a ausência de seu chamamento, ou a irregularidade deste.

O inciso II, por sua vez, trata da inexigibilidade do título, que decorrerá, por exemplo, se a sentença depender de termo ou condição ainda não atingida. Também poderá decorrer de ter fundamento em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme estatui o § 1º do art. 475-L. A inconstitucionalidade de lei reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, desde que declarada em sede de controle concentrado, terá efeito vinculante a todas as esferas, atingindo, inclusive a sentença arbitral que ficará, neste ponto, impedida de ser implementada. Assim, há aqui uma via efetiva de controle judicial sobre a sentença arbitral, expurgando o cumprimento e invalidando a sentença arbitral disposta de forma contrária ao ordenamento constitucional brasileiro. Note-se que o disposto no art. 475-L, §1º aplica-se indistintamente às sentenças arbitrais domésticas ou internacionais³⁴⁸.

A irregularidade da penhora ou da avaliação feita pelo oficial de justiça pode dar ensejo à impugnação ao cumprimento de sentença, o que iniciaria mero incidente processual, desgarrado de qualquer característica de relação entre Poder Judiciário e sentença arbitral. A impugnação levada a efeito sob este prisma não guarda qualquer relação com o objeto desta tese.

Já a ilegitimidade que pode ser arguída, dá margem a que a parte executada discuta a abrangência subjetiva da convenção de arbitragem. Já foi visto que a jurisdição arbitral encontra limites intransponíveis na convenção de arbitragem e na autonomia de vontade das partes. Em verdade, a convenção é a expressão instrumentalizada dessa vontade autônoma mutuamente consentida entre as partes. Assim, há aqui via para o Judiciário corrigir eventual equívoco cometido pelo juiz-árbitro, que pode ter proferido sentença contra parte não participante da convenção de arbitragem, e assim a sentença que proferir terá sido desrespeitosa aos limites da convenção. A nulidade daí decorrente, e a consequente ilegitimidade da parte para ser executada, dependerá, contudo da constatação de prejuízo, e da ausência de conduta específica da parte prejudicada, seja para causar a nulidade, como para convalidá-la, tudo em decorrência da aplicação na arbitragem do princípio da instrumentalidade das formas. A pertinência da arguição de ilegitimidade,

³⁴⁸ Este raciocínio só está correto partindo-se do pressuposto de que o art. 741, parágrafo único e o artigo 475-L, §1º, do Código de Processo Civil não são inconstitucionais, embora a constitucionalidade de ambos esteja em questionamento perante o Supremo Tribunal Federal.

ativa ou passiva, dependerá das circunstâncias fáticas do caso concreto, a depender sobremaneira da análise do magistrado, que cumprirá papel fundamental no controle e, se for o caso, na garantia da efetividade da jurisdição arbitral.

A penúltima hipótese versa sobre o excesso de execução, que vai ocorrer quando o objeto dela superar o valor ou recair sobre coisa diversa do que consta do título, ou quando segue procedimento diverso do que nele está estabelecido. Aqui, caberá ao juiz togado o controle da interpretação da matéria decidida na jurisdição arbitral, podendo agir subsidiariamente ao árbitro, na intenção de interpretar o que por ele foi decidido, fazendo prevalecer a efetividade da jurisdição arbitral. Toda e qualquer alegação de excesso, seja de que tipo for, dependerá de comprovação pela parte que a alegar.

Por último, estatui a norma regente que caberá impugnação em decorrência do advento de causa superveniente que tenha impedido, modificado ou extinguido a obrigação, como por exemplo ocorre em caso de pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, conforme expressão exemplificativa do art. 475-L. Todas estas causas devem, contudo, ser supervenientes à sentença. Em relação ao cumprimento de sentença arbitral e sua consequente impugnação, deve-se acrescentar mais uma hipótese: a de propositura da demanda desconstitutiva prevista no art. 33. Note que, se a demanda desconstitutiva não tiver ainda sido julgada, nem sobre ela tiver sido deferida nenhuma medida acautelatória ou antecipatória que suspenda o curso de eventuais atos executórios, caberá à parte que oferecer a impugnação com base nela pedir apenas a suspensão provisória da execução, até que se decida sobre a ação do art. 33. É normal, e salutar, que ambas as demandas, executória e desconstitutiva, tramitem se possível sob a condução do mesmo juízo cível. De qualquer modo, caberá ao juiz togado sob quem se processa o cumprimento da sentença arbitral, decidir sobre a pertinência da eventual paralisação da execução.

Em relação a tal tema, de suspensão do andamento do cumprimento de sentença arbitral, caberá à discricção do juiz verificar se é caso para concessão de suspensividade da execução. A regra geral do Código de Processo Civil é pela ausência de efeito suspensivo dos embargos, ou impugnação. O juiz togado, deverá verificar, porém, para tanto, a ocorrência dos elementos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, procurando ainda a solução que melhor represente a efetividade e integridade da jurisdição arbitral.

Quando a sentença arbitral previr obrigação de fazer, não fazer, ou de entrega de coisa, caberá, ainda assim, a necessidade de citação da parte executada. Deve-se adotar, para o processamento da execução com base em tais obrigações, os ritos sugeridos pelos art. 632

a 638, e 642 e 643 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária em razão do que dispõe o artigo 475-R, do mesmo diploma. Se o devedor, ao ser citado, não adimplir a prestação no prazo estabelecido, pode o juiz fixar multa por descumprimento, sujeita a execução autônoma. Todas as regras aplicáveis às sentenças judiciais se aplicam às arbitrais.

Além das hipóteses específicas estampadas no art. 475-L do Código de Processo Civil, que trata das hipóteses sobre as quais deve se fundar a impugnação ao cumprimento de sentença, seja ela judicial ou arbitral (por força do art. 475-N, inc. VI, do CPC), deve ser admitida, também, a propositura da dita impugnação sob quaisquer dos fundamentos constatados nos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem. Isso decorre do comando do §3º, do art. 33 da Lei de Arbitragem, que determina que “a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.

Note-se que a norma referida deverá ser trazida à atualidade, interpretando-a a fim de lhe dar coerência. O art. 741 por ela referido que, antes do advento da Lei 11.232/2005 (uma das muitas que procederam as incontáveis reformas do Código de Processo Civil ao longo da última década), versava sobre os “embargos à execução fundada em sentença”, hoje se referem aos “embargos à execução contra a Fazenda Pública”. Tal situação tornaria sem sentido o §3º do Art. 33 acima indicado, sendo necessário que seja ele atualizado por extensão hermenêutica. Ora, o instituto correspondente aos antigos embargos fundados em sentença judicial é a atual impugnação ao cumprimento de sentença. Portanto, não é difícil inferir, no § 3º aqui analisado, onde se lê art. 741 deve ser lido, na realidade, o art. 475-L do CPC, nova regra a trazer o elenco das hipóteses de impugnação do novo modelo executório, que é o cumprimento de sentença.

Portanto, todas as hipóteses descortinadas nos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem podem ser aventadas via impugnação. E não importa se, para tanto, ocorreu o decurso do prazo de 90 dias, pois aquele prazo é peremptório apenas para a propositura da ação desconstitutiva específica estabelecida no art. 33 da Lei de Arbitragem. De outra forma seria inútil a dicção do §3º, pois que bastaria ao vencedor aguardar os noventa dias para tornar inviável a arguição de um dos fatores do art. 32 pela parte sucumbente na arbitragem, que no processula judicial será devedora-executada. O fato de não ter proposto a demanda desconstitutiva da sentença arbitral, no arbitral, poderá ser levado em consideração pelo juiz togado, a fim de verificar se, pela conduta da parte, pode ter ocorrido a convalidação do ato reputado nulo. Se, pela nulidade aduzida no caso concreto,

verificar-se que não houve prejuízo à parte, ou que ela poderia ter suscitado na esfera arbitral em algum outro momento, não será levado em consideração pelo juiz togado quando aduzido em impugnação.

Portanto, vê-se que mesmo num dos mais importantes momentos em que prestará apoio à jurisdição arbitral (ao lado de quando determinar a instauração do processo arbitral quando há resistência de uma das partes), o juiz togado também desempenhará papel de controle, limitando-se, contudo, às hipóteses legais previstas.

Resta, por fim, discutir se, na via da impugnação, pode a parte executada postular a declaração de nulidade de que se cuidou no tópico imediatamente anterior. A resposta mais apropriada é a positiva, por simples questão de economia processual. De fato, limitar essa possibilidade seria dar causa à existência de mais um processo judicial, versando sobre o mesmo fato. Concentrar todas as matérias de impugnação numa só via é preferível, a fim de dar celeridade e coerência aos julgados quando forem proferidos pelo Poder Judiciário.

De igual modo, devem ser admitidas as arguições previstas possíveis para a declaração de nulidade de sentença arbitral mencionada no tópico anterior mediante exceções de pré-executividade, se as matérias objeto da arguição com elas se coadunarem. Ou seja, a matéria aduzida deve fundar-se em matéria relativa à qual o juiz togado devesse se manifestar de ofício, caso tivesse analisado de forma percuciente e exaustiva a inicial e os documentos que a instruíram. Assim, a prova sobre a qual eventualmente se alicerçar alegação de exceção de pre-executividade, já necessariamente deverá constar dentre os documentos que instruíram a petição inicial da execução, ou, se ausentes, são documentos necessários que deveriam ter sido apresentados pelo autor (que pode omiti-los no intuito de não fazer constatar o vício que poderia chamar a atenção do julgador e frustrar sua tentativa executória).

Deste modo, o caminho para declaração de nulidade da sentença arbitral por meio da exceção de pré-executividade é muito restrito: muito mais do que a via da ação desconstitutiva do art. 33 da Lei de Arbitragem, muito mais do que através da impugnação, muito mais do que por meio da ação declaração de nulidade.

7.5. Controle judicial do processo arbitral com base em afronta à ordem pública

A Lei de Arbitragem traz a expressão “ordem pública” em dois de seus artigos. De início, logo no art. 2º, estabelece que “*poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*”. Mais à frente, ao tratar da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, estabelece, em seu artigo 39, inciso II, que será denegada a homologação de sentença arbitral estrangeira quando se constatar que “*a decisão ofende a ordem pública nacional*”³⁴⁹.

Tais dispositivos podem, eventualmente, conduzir ao questionamento sobre ser ou não possível o controle judicial da jurisdição arbitral quando houver, ao longo do processo arbitral, ofensa à ordem pública. Para elucidar referido questionamento é fundamental definir o alcance da locução “ordem pública”, e a compreensão que se deve ter sobre ela em relação à arbitragem. Não se pretende aqui esgotar completamente o tema, por que para tanto seria necessário estudo específico mais aprofundado, mas é importante tecer algumas considerações a fim de se chegar a uma conclusão.

Afirmou-se, ao longo do trabalho, que o controle judicial sobre a jurisdição arbitral, num entendimento mais restrito, se apresenta por meio da fiscalização exercida pelo Judiciário da observância na arbitragem do princípio do devido processo legal, na sua manifestação prodecimental (*procedural due process*). Ou seja, ao Judiciário cabe examinar se a arbitragem seguiu atenta às regras básicas que regulamentam o seu procedimento. Seria, assim, uma espécie de controle de validade, e não de acerto ou justiça da decisão arbitral. Mas esta manifestação restrita do controle judicial não é a única, conforme se observou ao longo deste trabalho, seja porque ao cumprir a função de apoio e de auxílio à arbitragem o Judiciário exerce, ainda que indiretamente, controle sobre aquela jurisdição; seja porque o juiz togado deve averiguar ainda se a arbitragem observou outros limites, especialmente no que concerne à matéria e às partes que a ela se submeteram.

Por tudo que se estudou, a respeito da necessidade de prestígio das decisões arbitrais, decorrente do princípio *favor arbitrandum*, bem como pelo fato de o árbitro ser, conforme dicção legal, “*juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita*

³⁴⁹Embora este artigo refira-se à arbitragem internacional, é importante enfrentá-lo pois deve ser encontrada a mesma solução tanto para a sentença arbitral estrangeira quanto para a doméstica, no que diz respeito à possibilidade de controle judicial com base em afronta à ordem pública.

a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18 da Lei de Arbitragem), percebe-se que o alcance de ordem pública, pelo menos em relação à arbitragem, deve ser interpretado da forma mais restrita possível. A primeira conclusão que se visualiza, portanto, é de que não se deve admitir o controle judicial sobre a jurisdição arbitral com base em ofensa a ordem pública, no sentido de violação a dispositivo legal.

Verifica-se não haver, no rol das hipóteses do artigo 32 da Lei de Arbitragem, a previsão para a desconstituição da sentença arbitral com base em violação à lei. De igual modo, já se observou ser incabível ação rescisória para rescindir sentença arbitral. Daí se repetir que não poderá ser admitida o processamento de qualquer demanda judicial que vise desconstituir sentença arbitral decorrente de arbitragem válida com fundamento em afronta à lei, no que se refere ao mérito da decisão.

Admitir o controle judicial do acerto da decisão arbitral quanto ao mérito da decisão do árbitro sob o argumento de afronta à ordem pública configuraria tangenciar o limite imposto pelo legislador quanto à revisão do mérito do julgado, tornando letra morta o que estabelece o art. 18 da Lei de Arbitragem.

Não se admite, no Brasil, a doutrina do *manifest disregard of the law*, tão aplicada quanto polemizada nos Estados Unidos, sob a qual, em determinadas situações, admite-se o controle judicial sobre uma sentença arbitral quando houver manifesta e deliberada desconsideração pelo árbitro do Direito aplicável³⁵⁰. Embora se saiba que referido mecanismo de controle decorreu de uma criação jurisprudencial das cortes daquele país, já que não é previsto na legislação estadunidense (*Federal Arbitration Act*), é importante destacar que lá não há dispositivo análogo ao que estabelece o artigo 18 da Lei de Arbitragem brasileira, que impõe de modo assertivo a equiparação do árbitro ao juiz

³⁵⁰Em excelente artigo sobre o tema do *manifest disregard of the law* no Direito estadunidense, cuja leitura se recomenda a quem pretenda maior profundidade sobre o tema, Fabiane Verçosa assim assevera: “O *manifest disregard of the law* (expressão que poderua ser traduzida para a língua portuguesa como “manifesta desconsideração do direito [aplicável]”) é reiteradamente classificada pela doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos como um fundamento não legislativo (“non-statutory ground”, i.e., não previsto na legislação), mas sim criado pelos tribunais estatais norte-americanos, para a anulação, modificação ou correção de uma sentença arbitral (...) para se caracterizar o *manifest disregard of the law*, é necessário que a manifesta desconsideração, pelo árbitro, do Direito aplicável, seja deliberada; não sendo suficiente a simples negligência ou mesmo ignorância acerca do Direito que deveria reger aquela situação fática.” (VERÇOSA, Fabiane. “*Manifest disregard of the law* como fundamento de anulação de sentenças...”. In: MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça (Coords.). *Tributação, comércio e solução de controvérsias internacionais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011. p. 359-360). Ainda sobre o tema, da mesma autora referida, recomenda-se a consulta à tese de doutorado apresentada à Universidade do Rio de Janeiro: SOARES, Fabiane Verçosa Azevedo. *A aplicação errônea do direito brasileiro pelo árbitro: uma análise à luz do direito comparado*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

togado, e a não sujeição da sentença arbitral a qualquer recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

De fato, uma leitura mais cuidadosa da Lei de Arbitragem importará na compreensão de que o que deve observância à ordem pública não é a sentença arbitral (daí não haver indicação desta hipótese no rol do art. 32), mas sim as regras de direito que serão aplicadas à arbitragem, conforme regulamenta o art. 2º do mesmo diploma. Ou seja, a arbitragem está limitada, ela mesma, pelas regras inerentes à ordem pública no que diz respeito à arbitrabilidade. De modo mais claro, só poderá haver arbitragem sobre matéria cuja arbitrabilidade não seja vedado pelo ordenamento jurídico (direitos disponíveis), nem poderão se submeter à arbitragem as partes que não apresentem as condições de capacidade que a lei estabelece como necessárias (art. 1º da Lei de Arbitragem).

Ou seja, o controle judicial sobre a jurisdição arbitral pode ter como fundamento a afronta à ordem pública, assim compreendida restritivamente como as regras imperativas do ordenamento jurídico a respeito da arbitrabilidade. Daí não ser possível a homologação de uma sentença arbitral estrangeira que versar sobre matéria não arbitrável, segundo a legislação brasileira. De igual modo, não poderá ser válida arbitragem doméstica que afrontar aquilo que o ordenamento jurídico estabeleceu em relação à arbitragem, quando, por exemplo, a convenção submeter partes não capazes, ou versar sobre matéria tida pela lei como não arbitrável.

Em conclusão, entende-se inaplicável, no Brasil, a doutrina do *manifest disregard of the law*, não sendo justificável o controle judicial sobre a sentença arbitral com base em eventual equívoco do árbitro quanto ao mérito da sua decisão, ainda que isto importe em descon sideração manifesta do Direito aplicável³⁵¹. O conceito de ordem pública pode, no entanto, servir como base ao controle judicial sobre a jurisdição arbitral, desde que compreendido apenas como o conjunto das regras de arbitrabilidade estabelecido no ordenamento jurídico. As situações de afronta à ordem pública, restritivamente compreendidas, estão previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, de forma explícita ou implícita, já que o desrespeito aos limites da arbitrabilidade poderá sempre ser inserido em alguma das hipóteses descritas no artigo 32 (nulidade da convenção, proferimento de

³⁵¹ Destaque-se o fato de que se a referida descon sideração da lei pelo árbitro for deliberada, e isto puder ser comprovado, a sentença arbitral poderá ser anulada, mas não pelo fundamento de que viola a lei aplicável, mas sim pelo fato de ter sido proferida por quem não podia ser árbitro (art. 32, inc. II), pois que se deliberadamente ignora a legislação é porque não detém capacidade ou age parcialmente, ou ainda por afronta ao princípio do devido processo legal, em razão do que estabelece o inciso VIII, ainda do art. 32 da Lei de Arbitragem.

sentença por quem não podia ser árbitro, sentença proferida fora dos limites da convenção, etc).

7.6. Conclusões parciais

O controle judicial na fase pós-arbitral se dá por meio do exame de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre o processo arbitral, depois de proferida a sentença arbitral final. A sentença arbitral será considerada final quando em relação a ela não mais couber, na esfera arbitral, nenhum recurso, nem mesmo aquele previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem.

A primeira hipótese de controle se dá pela ação anulatória da sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei 9.307/1996, que, por sua vez, faz referência às hipóteses arroladas no art. 32 do mesmo diploma. Trata-se do mecanismo mais expresso de controle judicial sobre o processo arbitral previsto na Lei de Arbitragem. Pela leitura das situações que podem ensejar a propositura da referida ação, percebe-se a grande relevância do princípio do devido processo legal para a arbitragem, sendo certo que o seu desrespeito justificará a intervenção do juízo estatal para garantir a legalidade da arbitragem, a fim de deconstituir a sentença arbitral.

A competência para processar e julgar a referida ação será do foro escolhido pelas partes em contrato, ou, ausente a previsão, daquele imposto pelas regras gerais de competência estabelecidas no Código de Processo Civil.

Das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, percebe-se que há casos de nulidade absoluta, e casos de nulidade relativa da sentença arbitral. Tal distinção não é meramente acadêmica, pois as sentenças arbitrais absolutamente nulas poderão ser reconhecidas de ofício, produzindo efeitos *ex nunc*, ao passo que as relativamente nulas, não poderão ser reconhecidas de ofício, e geram efeitos *ex tunc*. São hipóteses de nulidade absoluta, as previstas nos incisos VI e VIII, sendo que as demais prevêem casos de nulidade relativa. Tais hipóteses de nulidade, contudo, não são taxativas. Não se cogita de sentenças arbitrais inexistentes, já que as assim classificadas são, na verdade, nulas, porém eivadas de nulidade qualificada, já que causadas pela ausência de algum elemento de sua essencialidade.

É importante destacar que as sentenças arbitrais, ainda que nulas, podem ser capazes de produzir efeitos, pois só poderão ser invalidadas pelo Judiciário se tiverem gerado prejuízo, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas. De igual maneira, a flexibilidade inerente a todo o processo de arbitragem³⁵², que tem alicerces fincados na autonomia de vontade das partes livremente manifestada, torna possível, em algumas circunstâncias, a validação posterior de uma sentença arbitral inicialmente “inexistente”, em especial quando a ausência de elemento essencial puder ser suprida por ato da parte prejudicada em momento posterior. Este ato da parte pode ser, às vezes, verificável implicitamente pela sua conduta.

A ação descrita no art. 33, há pouco referida, possui natureza constitutiva, já que tem por finalidade a desconstituição dos efeitos do ato arbitral eivado de nulidade.

Quanto à legitimidade, só poderão propor dita ação as partes da arbitragem, ou seja, aquelas que foram regularmente intimadas a participar do processo que se desenvolveu perante o juízo arbitral; o que não importa em afastamento de mecanismos de insurreição de terceiros prejudicados contra a sentença arbitral, nos casos em que esta lhes impuser prejuízos. Ocorre que tal impugnação não se dará pela ação do art. 33, mas por outras vias.

As hipóteses justificadoras da ação do art. 33 podem ser divididas entre os casos decorrentes de defeitos da convenção e os casos decorrentes da não observância do devido processo legal.

A primeira delas se dá quando ocorrer a nulidade da convenção de arbitragem – independentemente da lei trazer referência apenas à nulidade do compromisso, deve-se interpretar extensivamente dito dispositivo a fim de abranger as duas espécies de convenção: compromisso arbitral e cláusula compromissória. Nula a convenção, ausente o elemento fundamental a justificar o afastamento da jurisdição estatal em favor da jurisdição arbitral. À convenção de arbitragem aplicam-se o sistema de nulidades aplicável aos negócios jurídicos, no qual se observam três circunstâncias ensejadoras de nulidade absoluta: incapacidade absoluta das partes; ilicitude de objeto; não observância de forma prescrita em lei. Há várias hipóteses de nulidade da convenção. Elas podem ser absolutas, quando resultar de violação de norma que visa a proteger interesse público, mas também

³⁵² Remete-se, mais uma vez, à excelente tese de doutorado sobre a flexibilidade da arbitragem de Marcos André Franco Montoro.. O referido autor defende: “*O princípio da autonomia de vontade é um dos fundamentos da arbitragem, a flexibilidade do procedimento arbitral é, portanto, diretamente ligada ao princípio da autonomia de vontade, o qual, no entanto, tem limites até mesmo na arbitragem*” (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 351).

podem ser relativas, quando decorrerem de inobservância de formalidades que visam a resguardar o interesse individual. Presente nulidade absoluta, o juiz que a verificar deve declará-la de ofício, independentemente de manifestação da parte.

Ainda em referência à nulidade da convenção de arbitragem, ela pode se dar em virtude de ofensa aos limites da arbitrabilidade subjetiva e objetiva. No primeiro caso, se a convenção submeter à arbitragem partes que, por lei ou por condições especiais, não puderem arbitrar, será nula, eivando de nulidade, portanto, o processo arbitral. Já sob a óptica objetiva, por outro lado, é arbitrável o litígio relacionado a negócio jurídico que a lei autorize seja submetido à arbitragem.

A convenção de arbitragem deve ser produzida com observância da forma essencial prescrita em lei. Quando se fala em “*forma essencial prescrita em lei*”, o que deve ser observado não é só a previsão legal, pura e simples, mas principalmente o caráter de essencialidade. Não basta, assim, que a forma seja prevista na lei, mas há de ser, além disso, essencial a que atinja o seu real objetivo. É de se compreender que os diplomas legais que tratam da arbitragem, ao enunciarem a necessidade de que a cláusula compromissória e a convenção de arbitragem, respectivamente, possuam a forma escrita, pretendem na verdade deixar clara a anuência das partes envolvidas³⁵³. O elemento essencial à convenção de arbitragem, portanto, não é a forma escrita, mas sim o consentimento livre das partes acerca do afastamento da jurisdição estatal. Em raciocínio reverso, da mesma maneira que a observância da forma prescrita em lei não garantirá a validade da convenção se lhe faltar o elemento essencial do livre ajuste, poderá ser válida uma convenção, ainda que não escrita, ou não assinada por uma das partes, desde que contenha a essencialidade da livre pactuação entre as partes envolvidas. Caberá, quanto a este ponto, fundamental encargo ao Judiciário, que deverá avaliar, caso a caso, se pode ser aferido, nas situações de ausência de forma escrita, se houve o consentimento mútuo acerca em prol da arbitragem.

A segunda hipótese de nulidade decorrente de defeito da convenção é o de sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Da mesma maneira que o árbitro não tem poderes para decidir sobre conflito decorrente de convenção absolutamente nula, como visto no tópico anterior, ele não terá jurisdição sobre litígio fora do âmbito da

³⁵³ “*In other words, when a court or an arbitral tribunal has to determine who is a party to an arbitration agreement, it will first determine – with more or less formalism – who has consented to the agreement*”. (HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, cit., p. 8).

convenção. Fala-se em limite objetivo da convenção, para descrever sua esfera de alcance material: quais os litígios que poderão, por livre e mútuo consentimento das partes, se desenvolver na esfera da jurisdição convencionada. Há ainda os limites subjetivos, ou *ratione personae*, que limitam o alcance da jurisdição, bem como dos efeitos da decisão, às pessoas que firmaram a convenção de arbitragem, ou que, por vontade livremente expressa, assim o fizeram. O juiz togado, ao deparar situação de desrespeito ao limite da convenção de arbitragem, deverá declarar a nulidade parcial da sentença, para fulminar somente aquilo que exceder as fronteiras do pacto arbitral, em respeito ao princípio do *favor arbitrandum*.

Além disso, os limites da convenção descritos no inciso IV, do art. 32 da Lei de Arbitragem, aqui estudado, expressa conceito mais amplo do que o que pode à primeira vista representar. Alcança não só as fronteiras objetivas, concernentes matéria efetivamente submetida à arbitragem, mas impõe respeito ainda aos limites formais, sejam eles os subjetivos, relacionados às partes que assinaram a convenção, como também os de procedimento, relativos às regras de processamento préestabelecidas em mútuo consenso.

O juiz togado deve necessariamente certificar-se de que o eventual limite que a sentença arbitral tenha desrespeitado foi devidamente arguído pela parte interessada na primeira oportunidade que tenha tido, ainda na arbitragem. Se o desrespeito tiver se manifestado antes da sentença, terá a parte que ter se manifestado na primeira oportunidade que se apresentou, se ocorrido antes da sentença, terá de ter interposto a irresignação mediante recurso inominado de que trata o art. 30 da Lei de Arbitragem.

Já as hipóteses de nulidade da sentença arbitral por desrespeito ao princípio do devido processo legal são objeto de seis incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem. O primeiro deles diz respeito à sentença proferida por quem não podia ser árbitro. Ou seja, devem ser respeitadas as regras de investidura estabelecidas no art. 13 da referida Lei. Para ser árbitro, há de ser civilmente capaz, e observar ainda as qualidades contidas no §6º do art. 13: imparcialidade (não envolvimento do árbitro com os interesses das partes); independência (o árbitro deve possuir autonomia e liberdade, portanto não deve guardar com nenhuma das partes relação de dependência, seja afetiva, moral, financeira, profissional etc); competência (aqui compreendida na sua acepção de capacidade, no sentido de conhecimento técnico); diligência (relacionado à celeridade e à capacidade de dedicação do árbitro). Vê-se, assim, que o juiz togado possui alto grau de responsabilidade no exercício do controle judicial da jurisdição arbitral, especialmente no exame do

comportamento do árbitro. O magistrado, no entanto, ao deparar situações em que se alegue a não observância pelo árbitro de alguma daquelas regras de conduta descritas no §6º do art. 13, deverá agir com parcimônia, devendo inclusive verificar se a falha alegada é capaz de trazer mácula irrecuperável à arbitragem.

A segunda hipótese de desrespeito ao princípio do devido processo legal refere-se ao caso de sentença proferida fora do prazo da convenção. O julgamento posterior ao prazo de vigência do compromisso importa em julgamento por árbitro desprovido de jurisdição, já que se esvaindo o prazo de caducidade do compromisso, não haverá mais convenção sobre qual ela se fixará. Apesar de se tratar de hipótese semelhante à de inexistência, entende-se que a sentença arbitral proferida fora de prazo pode ainda, por atitude das partes, ser aproveitada, o que importaria a efetividade da arbitragem. Tal ocorre, por exemplo, se ambas as partes convalidarem a sentença caduca, mesmo depois de proferida. O juiz, ao examinar o pedido de controle judicial feito pelo fundamento da extemporaneidade da sentença arbitral, deverá, antes de reconhecê-la, intimar as partes a fim de que manifestem ou não o seu interesse em convalidá-la. Não poderá, assim, reconhecê-la de ofício. Mesmo que verifique ter sido proferida fora de prazo, deve dar às partes a opção de aceitarem a sentença ou não.

A terceira hipótese trata da ausência dos requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem (relatório, fundamentação, dispositivo, data e lugar do proferimento da sentença arbitral). A ausência de tais requisitos, no entanto, deve ser verificada com parcimônia pelo juiz togado, que buscará aproveitar ao máximo os atos praticados na arbitragem. Assim, por exemplo, a ausência do nome da parte da sentença não será causa de nulidade, se dela se puder extrair a identificação da parte. O juiz deve se pautar na condução do controle da legalidade do processo de arbitragem aqui analisado de forma a prestigiar ao máximo a arbitragem, procurando aproveitar todos os seus atos, e conferindo a ela a presunção de legitimidade. A parte que buscar a nulidade da sentença arbitral por ausência de fundamentação ou de dispositivo, deverá necessariamente ter buscado suprir a lacuna através do recurso previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem.

A hipótese de que trata o inciso V do art. 32 da Lei 9.307/1996, diz respeito ao julgamento *infra petita*, ou seja, aquele em que o árbitro não decidir toda a lide, por não se manifestar sobre todos os pedidos formulados. Referida circunstância consubstancia afronta ao princípio do devido processo legal, ao passo em que constitui negação de jurisdição, incompatível com o princípio da inafastabilidade, previsto na Constituição

Federal de 1988. O julgador estatal, ao deparar pedido de declaração de nulidade de sentença proferida sem exaurimento da lide, deverá, primeiramente, verificar se a parte que a aduz procurou consertar a falha, via recurso previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem, dando ao árbitro possibilidade de sanar a lacuna da sentença. O juiz togado, ao exercer o controle judicial aqui contemplado, deverá cuidar para não comprometer a eficácia da arbitragem, servindo assim como assistente no sentido de assegurar a utilidade do processo arbitral.

O inciso VI, ainda do art. 32 da Lei de Arbitragem, reproduz o primeiro inciso do art. 485 do Código de Processo Civil, quando trata da ação rescisória de sentença judicial, permitindo a desconstituição da sentença arbitral quando proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do árbitro. É fundamental observar que as práticas das condutas acima indicadas configuram tipos penais inseridos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal, que tratam dos crimes contra a Administração Pública, praticados por funcionário público. Esta constatação faz inferir a importância da função exercida pelo árbitro, alçada à categoria de função pública, fundamental à administração da justiça.

A aferição pelo juiz togado das hipóteses de conduta acima descritas deve ser realizada com cautela, devendo encaminhar à autoridade titular da ação penal a fim de que proceda a persecução criminal, se assim considerar ser o caso. Se verificar, no entanto, que a acusação não guarda qualquer pertinência, pode e deve extinguir de plano a ação ajuizada sob este fundamento, a fim de assegurar a efetividade e integridade do processo arbitral. Conclui-se, com isso, que não basta a mera alegação de ocorrência de prevaricação, concussão ou corrupção do árbitro. Há de haver comprovação, a qual, se demandar maior dilação probatória, deve ser encaminhada ao titular da ação penal, ficando suspensa a ação do art. 33 até o resultado da apuração criminal.

As situações há pouco descritas englobam hipóteses de nulidade absoluta da sentença arbitral, o que importa dizer que podem ser decididas de ofício pelo juiz togado, não sendo passíveis de decadência, e impossíveis de ser convalidadas por atos das partes.

Outra hipótese que pode ensejar a ação do art. 33 é a não observância dos princípios descritos no art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem, que faz alusão ao contraditório, à igualdade das partes, à imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento. Em outras palavras, só será válida a arbitragem que se desenvolver com estrita observância das regras do devido processo legal. Afirmar isso não guarda contradição, contudo, com a admissão de que as partes possuem autonomia para pactuar e adaptar regras procedimentais específicas. Tais regras, todavia, devem respeitar o *due process of law*, e, além disto, uma vez pactuadas,

deverão ser estritamente observadas. O juiz togado, ao aferir a ocorrência da situação descrita no inciso VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem, haverá de observar se o julgamento na esfera arbitral foi formalmente justo. O juiz togado não pode ultrapassar o limite que lhe impede rever o mérito da decisão arbitral, mas poderá, contudo, verificar se houve respeito às regras procedimentais básicas inerentes ao devido processo legal.

É possível concluir, também, que o controle judicial sobre o processo arbitral está limitado pelo princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual se entende que não será declarada nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Pela aplicação de referido princípio se entende que os instrumentos formais inerentes ao processo só têm razão de ser em face da finalidade que almejam. O juiz só declarará a nulidade da sentença arbitral quando houver efetivo e comprovado prejuízo para a parte que a alegar. Além disso, levará em consideração a conduta da parte, de forma a verificar se ela é compatível com a alegação de nulidade.

Apesar da arbitragem possuir importantes pontos de contato com a jurisdição estatal, mas não a ponto de dizer ser possível aplicar-se a arbitragem alguns institutos do processo civil comum. Assim, é de se rechaçar a hipótese de admissão de ação rescisória a fim de desconstituir sentença arbitral. Uma vez transitada em julgada, a sentença arbitral somente pode ser desafiada por meio da ação do art. 33 da Lei de Arbitragem, ou ainda pela via dos embargos à execução. Não se pode admitir que o Judiciário revise o julgado arbitral. Só caberá ação rescisória em matéria de arbitragem nas seguintes hipóteses: (1) contra a sentença judicial que julgar procedente ou improcedente a ação prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem; (2) contra a sentença judicial que julgar a ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem; (3) contra a sentença que julgar os embargos à execução de sentença arbitral; (4) contra a sentença que julgar procedente a ação que busque impedir o desenvolvimento da arbitragem (*anti-suit injunction*); (5) contra a sentença que julgar ação declaratória de nulidade de sentença arbitral. Em tais situações, depara-se com ação rescisória comum, contra sentença judicial, com detalhe apenas de tratar de matéria relacionada à arbitragem. Não se admitirá, portanto, ação rescisória contra a sentença arbitral propriamente dita.

Em raras circunstâncias, não obstante, poderá eventualmente ser admitida a propositura de ação declaratória de nulidade da sentença arbitral, a par da ação desconstitutiva do art. 33 da Lei de Arbitragem. As hipótese de admissão da referida ação são muito restritas, e deverão ser avaliadas de forma rigorosa pelo julgador, a fim de não

banalizar os meios de ataque à sentença arbitral. De fato, o julgador estatal que se deparar com a medida aqui indicada, deve verificar, primeiro, porque a parte não utilizou-se da via da ação desconstitutiva do art. 33. Só se admitirá a ação declaratória quando a parte interessada demonstrar a impossibilidade de ajuizamento da medida do art. 33; e isto ocorrerá, exemplificativamente, quando a sentença atingir terceiro alheio à arbitragem e que, portanto, não poderia ser atingido pelo prazo de 90 dias imposto pelo art. 33; ou quando a prova na qual fundou-se a sentença for verificada falsa, após o decurso do dito prazo. Em suma: se a ação desconstitutiva prevista no art. 33 é restrita, a ação declaratória de nulidade é restritíssima; a parte que a intentar deverá justificar e comprovar por que foi impossível ajuizar a demanda do art. 33.

No ordenamento jurídico brasileiro não se admite a aplicação da teoria do *manifest disregard of the law*, admitida em alguns países anglo-saxões. Não é possível, no Brasil, buscar desconstituir a sentença arbitral em razão de ter sido proferida contra a ordem pública, ou contra manifesta disposição normativa.

Conclui-se, assim, que o juiz togado, ao exercer o controle judicial por meio da ação declaratória de nulidade, deve observar os seguintes parâmetros: (i) aplicar restritivamente as hipóteses de conhecimento da referida ação, (ii) prestigiar ao máximo os atos praticados no curso da arbitragem, (iii) permitir e estimular a convalidação de atos relativamente nulos, (iv) verificar a ocorrência de efetivo prejuízo para a parte que alegar a nulidade, (v) analisar se a conduta da parte que busca invalidar a sentença arbitral durante o processo arbitral foi coerente com a atual alegação da nulidade, cuidando de certificar-se de que a parte nem deu causa à nulidade e nem a “escondeu”, a fim de postergar obtenção da sentença final.

Por fim, caberá à parte interessada atacar as sentença arbitrais por meio de medidas aforadas no curso do cumprimento das decisões arbitrais, sejam interlocutória, sejam finais. Em resumo, admite-se a impugnação às sentenças arbitrais por intermédio de embargos à execução (impugnação) ou por meio de exceção de pré-executividade. Todas as hipóteses descortinadas nos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem podem ser aventadas na via da impugnação ao cumprimento de sentença, independentemente de ter exaurido o prazo de 90 dias, já que ele é peremptório apenas em relação à ação desconstitutiva descrita no art. 33. A ausência de propositura daquela ação, contudo, poderá, quando muito, ser levada em consideração pelo juiz togado, a fim de verificar se, pela conduta da parte, pode ter havido a convalidação do ato nulo. Mesmo num dos

momentos de maior expressão do apoio judicial ao processo arbitral (na fase de execução), vê-se que o juiz togado também exercerá papel de controle sobre o processo arbitral.

O controle judicial do processo arbitral por meio de exceção de pré-executividade é muito restrito, pois necessariamente as causas da nulidade devem ser aferíveis pelo juiz togado de ofício, caso tivesse exercido percuciente análise da petição inicial de cumprimento de sentença. Assim, afirma-se que a exceção de pré-executividade pode ser utilizada como meio de ataque à sentença arbitral, porém somente em raras situações essa via será exitosa.

8. CONCLUSÃO

8.1. Relação entre arbitragem e Poder Judiciário

A arbitragem moderna se consolidou como instrumento eficaz para resolução de conflitos, complementando a jurisdição convencional. A arbitragem, no entanto, é dependente desta jurisdição estatal, já que precisa dela para ver assegurado o seu regular desenvolvimento, bem como para garantir a materialização coercitiva das suas decisões, quando houver, em ambos os casos, resistência indevida pela parte adversa.

Não faz sentido, deste modo, pensar em antagonismo entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal. Pelo contrário, a complementaridade entre ambas é não só evidente como necessária, pois a arbitragem propicia um modelo mais completo de resolução de litígios, ao passo que prescinde de um sistema judicial que lhe dê suporte e que também exerça o controle da legalidade formal do processo no qual se desenvolve.

O Poder Judiciário presta à arbitragem três funções básicas: (1) garantir coercitivamente a efetivação das decisões arbitrais; (2) assegurar a instauração do processo arbitral em caso de resistência não motivada e, (3) controlar a regularidade formal do desenvolvimento do processo arbitral, com observância do princípio do devido processo legal. Nas duas primeiras situações, o Judiciário presta apoio e auxílio à arbitragem e exerce, na terceira situação, controle sobre ela. Ainda nas duas primeiras hipóteses, mesmo quando o juiz estatal é chamado ao auxílio do juízo arbitral, poderá, em determinadas situações, exercer certa medida de controle sobre a arbitragem, pois poderá, por exemplo, deixar de dar cumprimento à decisão arbitral decorrente de processo nulo, ou deixar de instaurar o processo arbitral quando a convenção não preencher os requisitos legais necessários, noutra hipótese exemplificativa.

O controle judicial sobre o processo arbitral deve, contudo, observar certos limites, sob pena de tornar ineficaz a arbitragem, que não pode ser mera fase preliminar de litígio judicial. Há de ser prestigiada a arbitragem: afirmação que é ao mesmo tempo origem e consequência do princípio *favor arbitrandum*, que sintetiza a necessidade de se preservar, sempre que possível, a integridade da arbitragem.

A Lei de Arbitragem impõe limite muito claro ao controle judicial sobre a decisão arbitral, ao estabelecer que “*o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*”. Significa que o erro quanto ao mérito da decisão proferida pelo árbitro não a sujeitará ao crivo do Judiciário. A sentença arbitral decorrente de arbitragem válida deverá ser cumprida, ainda que equivocada.

Há, no entanto, algumas situações excepcionais que justificam o controle judicial sobre a arbitragem, sintetizadas em quatro hipóteses: (1) quando houver excesso subjetivo, na hipótese de a arbitragem submeter partes que não integraram a convenção de arbitragem; (2) quando houver excesso objetivo, na hipótese de a arbitragem decidir controvérsia alheia à matéria objeto da convenção; (3) quando houver excesso objetivo em razão da ordem jurídica, na hipótese de a decisão arbitral versar sobre matéria a respeito da qual a lei não permita seja submetida à arbitragem; e (4) quando houver excesso processual, na hipótese de ser desrespeitado o princípio do devido processo legal, ao longo do processo arbitral.

Os limites impostos ao crivo judicial sobre o processo arbitral, no entanto, ultrapassam a fronteira da revisão do mérito da decisão arbitral, que é, no sistema adotado no Brasil, barreira intransponível. Ainda no tocante às situações já descritas de possibilidade de controle judicial sobre o a jurisdição arbitral, haverá certos limites a serem observados, sob risco de se vulgarizar a intervenção judicial sobre a arbitragem, o que colocaria em xeque importante objetivo almejado pelas partes quando buscam a arbitragem, consubstanciado na persecução de uma decisão final, irrecorrível e capaz de ser eficazmente implementada. É importante, deste modo, estabelecer onde as fronteiras do controle judicial sobre a jurisdição arbitral encontram alicerce.

8.2. Controle judicial na fase pré-arbitral

Por facilidade metodológica, decidiu-se nesta tese sistematizar os limites do controle judicial sobre a arbitragem, a fim examiná-los em cada uma das fases da arbitragem: pré-arbitral, arbitral, e pós-arbitral. A primeira delas compreende o período que se inicia a partir da assinatura da convenção de arbitragem até antes da efetiva instauração da arbitragem. Cabe ao Poder Judiciário, nesta fase, ora o papel de guardião do futuro processo de arbitragem, ora o de assistente da arbitragem ainda não instaurada.

Tais funções eventualmente desempenhadas pelo juiz togado não são incoerentes com o princípio competência-competência que é inerente à arbitragem, constituindo-se um de seus pilares, pelo qual se entende que o árbitro tem a precedência na análise de sua jurisdição. Admite-se exceções à regra da precedência do juízo arbitral na análise da sua jurisdição, o que é previsto inclusive na Lei de Arbitragem, sem que isso importe desmerecimento à importância ou inobservância ao princípio competência-competência. Há circunstâncias em que o Judiciário, chamado ao apoio da jurisdição arbitral, pode exercer, ainda que indireta e superficialmente, alguma medida de controle sobre os elementos de validade da arbitragem, e, em tais raras situações, poderá impedir a sua instauração, verificando ausentes alguma das suas condições essenciais de validade.

A primeira modalidade analisada de manifestação do apoio judicial à arbitragem, na fase pré-arbitral, é aquela prevista no art. 301, inciso IX, do Código de Processo Civil, consubstanciada na análise, pelo juiz togado, de preliminar de contestação arguída pelo réu a anunciar a préexistência de convenção de arbitragem sobre a matéria objeto da ação movida em juízo. Nesta situação, o juiz deverá garantir a eficácia da convenção de arbitragem, remetendo as partes para a via arbitral. Só o fará, no entanto, se antes verificar que a referida convenção é válida, e neste ponto exerce controle sobre a jurisdição arbitral, já que poderá limitar ou mesmo impedir a instauração da arbitragem.

O controle da validade da convenção, por meio da preliminar de contestação aqui mencionada, não é absoluto, pois limitado à análise dos aspectos extrínsecos da convenção de arbitragem. Somente as nulidades perceptíveis *prima facie* podem ser objeto de reconhecimento pelo juiz togado. O juiz deverá ouvir o autor, se assim entender necessário, que poderá arguir a nulidade da convenção de arbitragem, mas não admitirá qualquer dilação probatória. Apesar da redação do §4º do referido artigo 301, que limita a possibilidade de conhecimento de ofício ao compromisso arbitral, entende-se que isto se aplique em relação à qualquer modalidade de convenção de arbitragem, por meio de cláusula ou compromisso.

Ainda na fase pré-arbitral, a jurisdição estatal pode ser instada à ajuda da jurisdição arbitral, quando uma das partes, mediante a ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, buscar obrigar a adversária recalcitrante a instaurar coercitivamente a arbitragem. Trata-se, referido mecanismo, de importante avanço alcançado pelo legislador brasileiro, pois livrou a cláusula compromissória da inocuidade de que era refém no regime vigente antes do advento da Lei de 1996. Cabe ao Judiciário garantir a materialização do processo de

arbitragem, quando uma das partes convencionantes resistir, sem razão, à sua instauração; papel fundamental de apoio e assistência, sem o qual a cláusula compromissória seria meramente ornamental.

Ao julgar a ação de execução específica da cláusula compromissória, poderá o órgão da jurisdição estatal ser instado a manifestar-se sobre a regularidade da convenção, hipótese na qual exercerá, também em certa medida, controle sobre a jurisdição arbitral. O juiz poderá ser chamado a decidir eventual nulidade, arguída pelo réu na audiência prevista no § 2º do referido artigo 7º da Lei de Arbitragem. O rito da referida ação é sumário, devendo o juiz se pautar pela celeridade e brevidade em todos os atos, de modo a evitar que o processo se torne demorado, o que seria imerecida premiação à recalcitrância da parte resistente à instituição da arbitragem. Não será admissível, portanto, qualquer dilação probatória. É imperativo, por isso, que o juiz decida eventual arguição de nulidade da convenção apresentada pelo réu com os elementos fáticos de que dispuser, os quais deverão ser apresentados pela parte requerida na primeira ocasião que lhe for possível – normalmente na audiência tratada no §2º do art. 7º da Lei de Arbitragem. Daí concluir-se que o controle exercido pelo juiz togado restringir-se-á aos elementos que se evidenciaram à primeira vista, tal qual ocorre nas hipóteses de contraposição do autor à preliminar de contestação prevista no inciso IX, do artigo 301 do Código de Processo Civil.

Tal controle, todavia, deve ser feito de forma excepcional, apenas nas raras circunstâncias em que a nulidade arguída se evidenciar fulgurante e inescandível. Consiste, aqui, uma exceção ao princípio da competência-competência, que contraria a regra geral em que a análise de tais condições de validade da convenção competem, precedentemente, ao árbitro, e só ulteriormente ao juízo togado.

Ainda por meio da ação de execução específica aqui tratada, revela-se outra modalidade de controle judicial sobre a jurisdição arbitral: a delimitação, pelo juiz togado, de importantes parâmetros da arbitragem a ser instaurada, tais como, a indicação do(s) árbitro(s), a escolha das regras procedimentais, ou indicação de instituição de arbitragem específica.

Além da função complementar, há instantes descrita, o juiz estatal pode exercer importante função subsidiária à jurisdição arbitral, consubstanciada na análise de qualquer tutela de urgência necessária na fase pré-arbitral. No Brasil, o efeito negativo da convenção de arbitragem – responsável pelo afastamento da jurisdição estatal para decidir a matéria de que cuida – não é absoluto, pois haverá hipótese em que seja necessária decisão sobre incidente urgente, quando a jurisdição arbitral não tenha ainda se materializado – o que só

ocorre quando houver assinatura do compromisso arbitral ou substituição por sentença (arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem).

Haverá, em tais casos, uma restituição jurisdicional ao Estado, que será provisória, pois durará apenas o tempo que for necessário para que a jurisdição arbitral se constitua e se apresente apta a julgar o incidente. Essa restituição possui fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois de outra forma o direito pretendido não poderia ser tutelado. Referida restituição será sempre subsidiária, provisória e sumária. Só se justifica havendo impossibilidade material de decisão do árbitro, que terá sua jurisdição imediatamente instaurada no momento em que puder decidir – e passará a ser competente inclusive para julgar as demandas cautelares ou antecipatórias sobre as quais os órgãos judiciais já tenham se manifestado, e poderá rever, positiva ou negativamente, as decisões já proferidas pela jurisdição estatal. Somente ao árbitro competirá o exaurimento da questão. E o juiz togado, a fim de apreciar uma medida de urgência, deverá observar o *periculum in mora* composto, somente aferível quando for demonstrado, além do perigo de dano irreversível usualmente necessário, também a impossibilidade de que tal medida seja analisada pelo árbitro. Em função da natureza precária da restituição jurisdicional, tão logo retome o árbitro a possibilidade de apreciar a tutela de urgência, esvair-se-á a jurisdição estatal.

Por último, na fase arbitral admite-se ainda uma última modalidade de manifestação de controle do Poder Judiciário sobre a jurisdição arbitral, que se dá em circunstâncias de absoluta excepcionalidade por intermédio das denominadas *anti-suit injunctions*. Referidas circunstâncias só ocorrerão em caso de se verificar nulidade de absurda teratologia, que salte aos olhos do magistrado sem que precise fazer maior esforço analítico. Ao garantir o conhecimento de tais medidas apenas em casos de elevada excepcionalidade, o juiz togado afere garantia de que a jurisdição arbitral será respeitada, restringindo ao máximo as situações em que usará essas medidas para exercer controle sobre os requisitos de validade da convenção de arbitragem.

Referidas medidas *anti-suit*, embora não encontrem previsão na legislação nacional, devem ser admitidas em decorrência de construção lógica, levando-se em consideração a possibilidade de reconhecimento, pelo Judiciário, de nulidades *prima facie* antes da análise pelo árbitro, aliada à previsão constante da parte final do artigo II, (3), da Convenção de Nova Iorque. Não caberá, diante da necessidade de existirem nulidades tangíveis *a prima facie*, qualquer dilação probatória. De outra forma, haverá desrespeito ao princípio da

competência-competência, e o juiz togado exercerá indevida insurgência sobre o âmbito da jurisdição arbitral.

Na fase pré-arbitral, portanto, o controle a ser eventualmente exercido pelo Poder Judiciário centra-se muito mais na assistência e apoio à jurisdição arbitral do que na sua “sindicabilidade”. As hipóteses de controle judicial propriamente dito sobre o processo de arbitragem são, nesta etapa anterior à sua instauração, muito restritas, devendo se dar somente em situações excepcionais. Tal regra decorre da observância do princípio competência-competência, emanado do parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, que admite abrandamentos a depender das circunstâncias do caso concreto. Referido controle na fase pré-arbitral só poderá ser desempenhado observados os seguintes limites: (i) dar-se-á somente em relação à nulidade que importe em inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem; (ii) referidas nulidades devem ser perceptíveis *prima facie*; (iii) os elementos a fundar o convencimento do julgador deverão ser pre-constituídos, ou seja, não será admissível qualquer dilação probatória ou análise mais aprofundada. Respeitando tais limitações sistêmicas impostas, o Poder Judiciário, na fase pré-arbitral, poderá: (i) rejeitar a preliminar de contestação prevista no inciso IX, do artigo 301, do Código de Processo Civil; (ii) julgar improcedente a ação executiva de que trata o artigo 7º da Lei de Arbitragem; e, (iii) com maior parcimônia ainda, nas excepcionalíssimas hipóteses julgar procedente ação declaratória de nulidade de convenção de arbitragem, aforada previamente (*anti-suit injunctions*).

8.3. Controle judicial na fase arbitral

A chamada fase arbitral perdura desde que inaugurada a arbitragem até a sentença arbitral definitiva. O marco inicial do processo arbitral se dá a partir do aceite, pelo árbitro ou árbitros, da incumbência para qual foi ou foram nomeados (art. 19, Lei de Arbitragem). Trata-se do chamado *receptum arbitrii*, com origem no qual assume plena vigência a jurisdição arbitral que antes constituía mera expectativa prevista em cláusula compromissória ou compromisso arbitral. A sentença definitiva é aquela prevista no art. 29 da Lei de Arbitragem.

O controle judicial sobre a arbitragem na fase arbitral, pode se manifestar por meio da necessidade de definir-se qual órgão, arbitral ou judicial, possui jurisdição sobre

determinado litígio. É impróprio tratar a situação de repetição de demandas na esfera arbitral e judicial como litispendência, já que esta pressupõe a coexistência de órgãos jurisdicionais igualmente competentes. Ainda que haja duas ações idênticas, uma no juízo arbitral e outra no órgão da jurisdição estatal, não haverá litispendência, já que apenas uma das duas vias poderá ser legítima. Ou há convenção válida e eficaz, e portanto há jurisdição arbitral sobre a matéria (e esta jurisdição arbitral será a única hábil a conhecer o litígio), ou não há convenção válida, hipótese na qual não há jurisdição arbitral, estabelecendo-se, pois, o Poder Judiciário como única jurisdição passível de conhecer do litígio.

Pode haver ainda a propositura da mesma ação perante dois juízos arbitrais distintos. Tal, ordinariamente, tem origem em convenção má redigida ou mal interpretada. Nestas hipóteses, prejudicado o princípio competência-competência, pois há dois órgãos arbitrais examinando e admitindo como sua a competência sobre o litígio. Então, a única solução em tais situações é a resolução judicial, que deverá definir qual dos órgãos arbitrais detém jurisdição sobre a matéria, conferindo a melhor interpretação possível à convenção de arbitragem. É hipótese de nítido controle judicial.

Já entre órgão da jurisdição estatal e juízo arbitral, não há propriamente conflito de competência, pois trata-se de situação em verdade de conflito de jurisdição. O princípio competência-competência impõe que essa análise seja feita pelo próprio árbitro, no entanto, há de se encontrar solução no ordenamento para a hipótese desta regra não ser observada por juiz togado que, indevidamente, deixar de observar a jurisdição do árbitro ao conhecer de ação que verse sobre litígio objeto de regular convenção de arbitragem. A solução encontrada é a de submeter tal questão à regra de resolução de conflito de competência prevista no art. 115, inciso I, do Código de Processo Civil.

Quanto ao litisconsórcio na arbitragem, a questão do controle judicial sobre o processo arbitral apresenta-se com importância especial em relação ao litisconsórcio necessário. Deve ser observado o princípio da competência-competência, atribuindo-se ao árbitro a primazia na análise da ocorrência de litisconsórcio necessário de terceiro alheio à convenção de arbitragem. Só após a decisão do órgão arbitral que eventualmente reconheça a presença do litisconsórcio, e depois de negado o convite pelo litisconsorte de vir a integrar a relação arbitral, é que a parte estará autorizada a ajuizar a demanda.

Após a primeira decisão sobre a extensão subjetiva da arbitragem ter sido proferida pelo juízo arbitral, caberá, em situações excepcionais, que haja discussão judicial mesmo antes do desfecho do procedimento arbitral. A ação judicial neste ponto somente poderá

debater a questão do litisconsórcio, caso não se o tenha reconhecido, sob risco de imiscuir-se indevidamente sobre o âmbito jurisdicional restrito da causa principal (restrito ao juízo arbitral já em curso).

A Lei de Arbitragem impõe ao árbitro a competência para conhecer e apreciar quaisquer medidas de urgência acessórias ao processo arbitral. É ao árbitro, pelo que foi exposto, a quem as partes deverão dirigir as demandas cautelares que surgirem no decorrer da fase arbitral. Se deferidas, e demandarem cumprimento coercitivo, o árbitro solicitará do órgão judicial competente o auxílio no cumprimento da medida. As partes também têm legitimidade para tal solicitação.

O juiz togado, nessas hipóteses, atua como auxiliar e assistente do juiz arbitral, pois assegura a implementação forçada da decisão.

8.4. Controle judicial na fase pós-arbitral

O controle judicial na fase pós-arbitral se dá por meio do exame de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre o processo arbitral, depois de proferida a sentença arbitral final. A sentença arbitral será considerada final quando em relação a ela não mais couber, na esfera arbitral, nenhum recurso, nem mesmo aquele previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem.

A primeira hipótese de controle se dá pela ação anulatória da sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei 9.307/1996, que, por sua vez, faz referência às hipóteses arroladas no art. 32 do mesmo diploma. Pela leitura das situações que podem ensejar a propositura da referida ação, percebe-se a grande relevância do princípio do devido processo legal para a arbitragem, sendo certo que o seu desrespeito justificará a intervenção do juízo estatal para garantir a legalidade da arbitragem, a fim de desconstituir a sentença arbitral.

Das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, percebe-se que há casos de nulidade absoluta, e casos de nulidade relativa da sentença arbitral. As sentenças arbitrais absolutamente nulas poderão ser reconhecidas de ofício, produzindo efeitos *ex nunc*, ao passo que as relativamente nulas, não poderão ser reconhecidas de ofício, e geram efeitos *ex tunc*. São hipóteses de nulidade absoluta, as previstas nos incisos VI e VIII, sendo que as demais prevêem casos de nulidade relativa. Tais hipóteses de nulidade, contudo, não são

taxativas. Não se cogita de sentenças arbitrais inexistentes, já que as assim classificadas são, na verdade, nulas, porém eivadas de nulidade qualificada, já que causadas pela ausência de algum elemento de sua essencialidade.

É importante destacar que as sentenças arbitrais, ainda que nulas, podem ser capazes de produzir efeitos, pois só poderão ser invalidadas pelo Judiciário se tiverem gerado prejuízo, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas. Em algumas circunstâncias, a validação posterior de uma sentença arbitral inicialmente “inexistente”, em especial quando a ausência de elemento essencial puder ser suprida por ato da parte prejudicada em momento posterior. Este ato da parte pode ser, às vezes, verificável implicitamente pela sua conduta.

As hipóteses justificadoras da ação do art. 33 podem ser divididas entre os casos decorrentes de defeitos da convenção e os casos decorrentes da não observância do devido processo legal.

A primeira delas se dá quando ocorrer a nulidade da convenção de arbitragem – aí englobando tanto o compromisso quanto a cláusula compromissória, independentemente da dicção legal. À convenção de arbitragem aplicam-se o sistema de nulidades aplicável aos negócios jurídicos, no qual se observam três circunstâncias ensejadoras de nulidade absoluta: incapacidade absoluta das partes; ilicitude de objeto; não observância de forma prescrita em lei. Há várias hipóteses de nulidade da convenção. Elas podem ser absolutas, quando resultar de violação de norma que visa a proteger interesse público, mas também podem ser relativas, quando decorrerem de inobservância de formalidades que visam a resguardar o interesse individual. Presente nulidade absoluta, o juiz que a verificar deve declará-la de ofício, independentemente de manifestação da parte.

Ainda em referência à nulidade da convenção de arbitragem, ela pode se dar em virtude de ofensa aos limites da arbitrabilidade subjetiva e objetiva. No primeiro caso, se a convenção submeter à arbitragem partes que, por lei ou por condições especiais, não puderem arbitrar, será nula, eivando de nulidade, portanto, o processo arbitral. Já sob a óptica objetiva, por outro lado, é arbitrável o litígio relacionado a negócio jurídico que a lei autorize seja submetido à arbitragem.

A convenção de arbitragem deve ser produzida com observância da forma essencial prescrita em lei. Quando se fala em “*forma essencial prescrita em lei*”, o que deve ser observado não é só a previsão legal, pura e simples, mas principalmente o caráter de

essencialidade. É de se compreender que os diplomas legais que tratam da arbitragem, ao enunciarem a necessidade de que a cláusula compromissória e a convenção de arbitragem, respectivamente, possuam a forma escrita, pretendem na verdade deixar clara a anuência das partes envolvidas.

A segunda hipótese de nulidade decorrente de defeito da convenção é o de sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Fala-se em limite objetivo da convenção, para descrever sua esfera de alcance material: quais os litígios que poderão, por livre e mútuo consentimento das partes, se desenvolver na esfera da jurisdição convencionada. Há ainda os limites subjetivos, ou *ratione personae*, que limitam o alcance da jurisdição, bem como dos efeitos da decisão, às pessoas que firmaram a convenção de arbitragem, ou que, por vontade livremente expressa, assim o fizeram. O juiz togado, ao deparar situação de desrespeito ao limite da convenção de arbitragem, deverá declarar a nulidade parcial da sentença, para fulminar somente aquilo que exceder as fronteiras do pacto arbitral, em respeito ao princípio do *favor arbitrandum*.

O juiz togado deve necessariamente certificar-se de que o eventual limite que a sentença arbitral tenha desrespeitado foi devidamente arguído pela parte interessada na primeira oportunidade que tenha tido, ainda na arbitragem. Se o desrespeito tiver se manifestado antes da sentença, terá a parte que ter se manifestado na primeira oportunidade que se apresentou, se ocorrido antes da sentença, terá de ter interposto a irresignação mediante recurso inominado de que trata o art. 30 da Lei de Arbitragem.

Já as hipóteses de nulidade da sentença arbitral por desrespeito ao princípio do devido processo legal são objeto de seis incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem. O primeiro deles diz respeito à sentença proferida por quem não podia ser árbitro. Devem ser respeitadas as regras de investidura estabelecidas no art. 13 da referida Lei. Para ser árbitro, há de ser civilmente capaz, e observar ainda as qualidades contidas no §6º do art. 13: imparcialidade (não envolvimento do árbitro com os interesses das partes); independência (o árbitro deve possuir autonomia e liberdade, portanto não deve guardar com nenhuma das partes relação de dependência, seja afetiva, moral, financeira, profissional etc); competência (aqui compreendida na sua acepção de capacidade, no sentido de conhecimento técnico); diligência (relacionado à celeridade e à capacidade de dedicação do árbitro). O magistrado, no entanto, ao deparar situações em que se alegue a não observância pelo árbitro de alguma daquelas regras de conduta descritas no §6º do art.

13, deverá agir com parcimônia, devendo inclusive verificar se a falha alegada é capaz de trazer mácula irrecuperável à arbitragem.

A segunda hipótese de desrespeito ao princípio do devido processo legal refere-se ao caso de sentença proferida fora do prazo da convenção. . Apesar de se tratar de hipótese semelhante à de inexistência, entende-se que a sentença arbitral proferida fora de prazo pode ainda, por atitude das partes, ser aproveitada, o que importaria a efetividade da arbitragem. juiz, ao examinar o pedido de controle judicial feito pelo fundamento da extemporaneidade da sentença arbitral, deverá, antes de reconhecê-la, intimar as partes a fim de que manifestem ou não o seu interesse em convalidá-la. Não poderá, assim, reconhecê-la de ofício. Mesmo que verifique ter sido proferida fora de prazo, deve dar às partes a opção de aceitarem a sentença ou não.

A terceira hipótese trata da ausência dos requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem (relatório, fundamentação, dispositivo, data e lugar do proferimento da sentença arbitral). A ausência de tais requisitos, no entanto, deve ser verificada com parcimônia pelo juiz togado, que buscará aproveitar ao máximo os atos praticados na arbitragem. O juiz deve se pautar na condução do controle da legalidade do processo de arbitragem aqui analisado de forma a prestigiar ao máximo a arbitragem, procurando aproveitar todos os seus atos, e conferindo a ela a presunção de legitimidade. A parte que buscar a nulidade da sentença arbitral por ausência de fundamentação ou de dispositivo, deverá necessariamente ter buscado suprir a lacuna através do recurso previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem.

A hipótese de que trata o inciso V do art. 32 da Lei 9.307/1996, diz respeito ao julgamento *infra petita*, ou seja, aquele em que o árbitro não decidir toda a lide, por não se manifestar sobre todos os pedidos formulados, o que consubstancia negativa de prestação jurisdicional. O julgador estatal, ao deparar pedido de declaração de nulidade de sentença proferida sem exaurimento da lide, deverá, primeiramente, verificar se a parte que a aduz procurou consertar a falha, via recurso previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem, dando ao árbitro possibilidade de sanar a lacuna da sentença.

O inciso VI, ainda do art. 32 da Lei de Arbitragem, reproduz o primeiro inciso do art. 485 do Código de Processo Civil, quando trata da ação rescisória de sentença judicial, permitindo a desconstituição da sentença arbitral quando proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do árbitro. A aferição pelo juiz togado das hipóteses de conduta acima descritas deve ser realizada com cautela, devendo encaminhar à autoridade titular da ação penal a fim de que proceda a persecução criminal, se assim considerar ser o caso. Se

verificar, no entanto, que a acusação não guarda qualquer pertinência, pode e deve extinguir de plano a ação ajuizada sob este fundamento, a fim de assegurar a efetividade e integridade do processo arbitral. Conclui-se, com isso, que não basta a mera alegação de ocorrência de prevaricação, concussão ou corrupção do árbitro. Há de haver comprovação, a qual, se demandar maior dilação probatória, deve ser encaminhada ao titular da ação penal, ficando suspensa a ação do art. 33 até o resultado da apuração criminal.

Outra hipótese que pode ensejar a ação do art. 33 é a não observância dos princípios descritos no art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem, que faz alusão ao contraditório, à igualdade das partes, à imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento. Em outras palavras, só será válida a arbitragem que se desenvolver com estrita observância das regras do devido processo legal. Afirmar isso não guarda contradição, contudo, com a admissão de que as partes possuem autonomia para pactuar e adaptar regras procedimentais específicas. Tais regras, todavia, devem respeitar o *due process of law*, e, além disto, uma vez pactuadas, deverão ser estritamente observadas. O juiz togado, ao aferir a ocorrência da situação descrita no inciso VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem, haverá de observar se o julgamento na esfera arbitral foi formalmente justo. O juiz togado não pode ultrapassar o limite que lhe impede rever o mérito da decisão arbitral, mas poderá, contudo, verificar se houve respeito às regras procedimentais básicas inerentes ao devido processo legal, bem como aquelas estabelecidas de comum acordo entre as partes.

É possível concluir, também, que o controle judicial sobre o processo arbitral está limitado pelo princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual se entende que não será declarada nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Pela aplicação de referido princípio se entende que os instrumentos formais inerentes ao processo só têm razão de ser em face da finalidade que almejam. O juiz só declarará a nulidade da sentença arbitral quando houver efetivo e comprovado prejuízo para a parte que a alegar. Além disso, levará em consideração a conduta da parte, de forma a verificar se ela é compatível com a alegação de nulidade.

Apesar da arbitragem possuir importantes pontos de contato com a jurisdição estatal, mas não a ponto de dizer ser possível aplicar-se a arbitragem alguns institutos do processo civil comum. Assim, é de se rechaçar a hipótese de admissão de ação rescisória a fim de desconstituir sentença arbitral. Uma vez transitada em julgada, a sentença arbitral somente pode ser desafiada por meio da ação do art. 33 da Lei de Arbitragem, ou ainda pela via dos embargos à execução. Não se pode admitir que o Judiciário revise o julgado

arbitral. Só caberá ação rescisória em matéria de arbitragem nas seguintes hipóteses: (1) contra a sentença judicial que julgar procedente ou improcedente a ação prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem; (2) contra a sentença judicial que julgar a ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem; (3) contra a sentença que julgar os embargos à execução de sentença arbitral; (4) contra a sentença que julgar procedente a ação que busque impedir o desenvolvimento da arbitragem (*anti-suit injunction*); (5) contra a sentença que julgar ação declaratória de nulidade de sentença arbitral. Em tais situações, depara-se com ação rescisória comum, contra sentença judicial, com detalhe apenas de tratar de matéria relacionada à arbitragem. Não se admitirá, portanto, ação rescisória contra a sentença arbitral propriamente dita.

Em raras circunstâncias, não obstante, poderá eventualmente ser admitida a propositura de ação declaratória de nulidade da sentença arbitral, a par da ação desconstitutiva do art. 33 da Lei de Arbitragem. As hipótese de admissão da referida ação são muito restritas, e deverão ser avaliadas de forma rigorosa pelo julgador, a fim de não banalizar os meios de ataque à sentença arbitral. Só se admitirá a ação declaratória quando a parte interessada demonstrar a impossibilidade de ajuizamento da medida do art. 33; e isto ocorrerá, exemplificativamente, quando a sentença atingir terceiro alheio à arbitragem e que, portanto, não poderia ser atingido pelo prazo de 90 dias imposto pelo art. 33; ou quando a prova na qual fundou-se a sentença for verificada falsa, após o decurso do dito prazo. Em suma: se a ação desconstitutiva prevista no art. 33 é restrita, a ação declaratória de nulidade é restritíssima; a parte que a intentar deverá justificar e comprovar por que foi impossível ajuizar a demanda do art. 33.

Conclui-se, assim, que o juiz togado, ao exercer o controle judicial por meio da ação declaratória de nulidade, deve observar os seguintes parâmetros: (i) aplicar restritivamente as hipóteses de conhecimento da referida ação, (ii) prestigiar ao máximo os atos praticados no curso da arbitragem, (iii) permitir e estimular a convalidação de atos relativamente nulos, (iv) verificar a ocorrência de efetivo prejuízo para a parte que alegar a nulidade, (v) analisar se a conduta da parte que busca invalidar a sentença arbitral durante o processo arbitral foi coerente com a atual alegação da nulidade, cuidando de certificar-se de que a parte nem deu causa à nulidade e nem a “escondeu”, a fim de postergar obtenção da sentença final.

Por fim, caberá à parte interessada atacar as sentença arbitrais por meio de medidas aforadas no curso do cumprimento das decisões arbitrais, sejam interlocutória, sejam finais. Em resumo, admite-se a impugnação às sentenças arbitrais por intermédio de embargos à execução (impugnação) ou por meio de exceção de pré-executividade. Todas as hipóteses descortinadas nos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem podem ser aventadas na via da impugnação ao cumprimento de sentença, independentemente de ter exaurido o prazo de 90 dias, já que ele é peremptório apenas em relação à ação desconstitutiva descrita no art. 33. A ausência de propositura daquela ação, contudo, poderá, quando muito, ser levada em consideração pelo juiz togado, a fim de verificar se, pela conduta da parte, pode ter havido a convalidação do ato nulo. Mesmo num dos momentos de maior expressão do apoio judicial ao processo arbitral (na fase de execução), vê-se que o juiz togado também exercerá papel de controle sobre o processo arbitral.

O controle judicial do processo arbitral por meio de exceção de pré-executividade é muito restrito, pois necessariamente as causas da nulidade devem ser aferíveis pelo juiz togado de ofício, caso tivesse exercido percuciente análise da petição inicial de cumprimento de sentença. Assim, afirma-se que a exceção de pré-executividade pode ser utilizada como meio de ataque à sentença arbitral, porém somente em raras situações essa via será exitosa.

8.5. Conclusões finais

De tudo quanto foi exposto, pode-se concluir que o controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil encontra certos limites decorrentes do sistema de processo arbitral adotado no País. Se é, por um lado, inegável que a arbitragem moderna precisa se afirmar como mecanismo capaz de atingir resultados efetivos para os litígios que as partes lhe submetem, é igualmente acertado, por outro lado, que tais resultados não podem ser alcançados ao custo do desrespeito de certos princípios básicos do processo, nem das regras atinentes à arbitrabilidade.

Verificou-se que o Brasil avançou muito desde a promulgação da Lei de Arbitragem, 15 anos atrás. O Judiciário, de um modo geral, tem respeitado o processo arbitral. Há, porém, muito ainda a avançar, especialmente no que diz respeito a certas áreas críticas, sobre as quais a legislação é omissa e a jurisprudência nacional ainda não

encontrou solução exata. Refere-se aqui à discussão a respeito da competência para processar e julgar ações cautelares, antes de instaurada a arbitragem, ou no curso destas. Tem sido motivo de alguns entraves e tergiversações interpretativas quanto ao cumprimento judicial das decisões interlocutórias proferidas na esfera arbitral, bem como quanto à “transferência” de jurisdição do âmbito judicial para o arbitral, quando houver medida de urgência aforada em juízo antes da instauração da cautelar.

Encontrar os limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral significa descobrir o meio-termo entre a busca pela efetividade máxima das decisões arbitrais, em contraponto com a observância, no juízo arbitral, do princípio do devido processo legal e das regras de arbitrabilidade. O juiz togado não pode revisar o acerto ou desacerto do mérito de uma sentença arbitral; mas deverá, contudo, verificar se a mesma desrespeitou os limites subjetivos (em relação às partes); os limites objetivos (em relação ao objeto do litígio submetido à arbitragem); os limites objetivos de ordem pública (arbitrabilidade objetiva); os limites impostos pelo princípio do devido processo legal.

Não se pode vulgarizar o controle judicial sobre a arbitragem. Deve-se respeitar a ideia de máximo aproveitamento do processo arbitral, presumindo-se válidas as sentenças arbitrais, em observância ao princípio *favor arbitrandum*.

Em razão destas ideias é que se defende que o controle judicial do processo arbitral deve ser pautado levando-se em conta o princípio da instrumentalidade das formas. Ou seja, caberá à parte interessada não só alegar, mas efetivamente comprovar, que a nulidade arguída lhe causou prejuízo. De igual modo, o juiz togado deverá avaliar se a conduta da parte no decorrer da arbitragem, ou mesmo antes, não teve o condão de sanar, ainda que implicitamente, a nulidade levantada. Daí ser admitida a possibilidade de convalidação da nulidade eventualmente encontrada no decorrer do processo arbitral, já que ela dependerá da existência de efetivo prejuízo, cumulado com conduta compatível da parte que a sustentar.

O que é fundamental, a fim de que os limites ao controle judicial sobre a jurisdição arbitral sejam devidamente observados, é o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da importância da arbitragem como método complementar de resolução de litígios. É importante que o juiz togado tenha consciência da função jurisdicional que o árbitro exerce, e não enxergá-lo como ameaça ou concorrente; ou seja, deve saber que a arbitragem existe para resolver os litígios de forma mais adequada, na visão das partes envolvidas. O processo arbitral serve, portanto, como mecanismo para solução de controvérsias complexas que, no entender das partes, seriam mais adequadamente

resolvidas por arbitragem. O Judiciário ganha com a arbitragem, ao passo que pode focar esforços na resolução das questões que lhe são exclusivas, relacionadas à matérias não arbitráveis. Ao aderir a este pensamento, o juiz estatal estará preparado para valorizar a arbitragem, respeitar o máximo aproveitamento do processo arbitral, e assim procurar preservar a sentença arbitral, limitando o controle sobre ela.

Uma solução que pode se mostrar útil – e aqui se faz uma sugestão relacionada à organização judiciária – seria a criação de varas cíveis especializadas em arbitragem. Referida ideia certamente se adequaria aos grandes centros de arbitragem no Brasil, notadamente às comarcas do Rio de Janeiro e de São Paulo, sendo que talvez seja medida desproporcional de ser implementada em outras cidades, desprovidas da cultura de submissão dos litígios à arbitragem. Esta medida contribuiria para garantir a especialização do magistrado quanto ao conhecimento das características peculiares do instituto da arbitragem, amenizando o risco de interferência indevida ou inadequada do Judiciário sobre os processos arbitrais decorrente de preconceito ou desconhecimento. Enfim, a familiarização do Judiciário com a arbitragem contribuirá, necessariamente, numa melhor observância dos limites ao controle judicial sobre a jurisdição arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. Considerações sobre a arbitragem e o cumprimento de sentença. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 19-64, out./dez. 2007.

ANDREWS, Neil. Arbitration and mediation in England. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 175, p. 107-129 set. 2009.

ARAÚJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre seu âmbito de aplicação. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 108-119, abr./jun. 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 191-223, jan./mar. 2001.

_____. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 764, p. 33-45, jun. 1999.

BARBOSA, Joaquim Simões. STJ confirma validade de cláusula compromissória estipulada por sociedade de economia mista prestadora de serviço público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, jan. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 19, jan. 2003.

BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48-51, jul./set. 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BERMUDES, Sérgio. *Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos*. Arbitragem doméstica e internacional, estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos. São Paulo: Forense, 2008.

BERNARDINI, Piero. Arbitral Justice, Courts and Legislation. In: SPECIAL Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade. 1999.

_____. Justice arbitrale, tribunaux étatiques et législation. In: SPECIAL Suppment 1999: Arbitrage: regard sus la prochaine décennie: actes de la conférence de célébration du 75e anniversaire de la Cour internationale d'arbitrage. 1999. Disponível em: <<http://www.iccdri.com/CODE/LevelThree.asp?page=Advanced%20Search%20Result&053100=on&053000=on&052100=on&052200=on&052300=on&052400=on&052700=on&052600=on&052800=on&021000=on&022000=on&023000=on&024000=on&025000=on&query=bernardini&rdoLanguageFilter=All&context=&SearchTitle=Advanced%20Search%20Result&AUTH=RPfCtARgCAxMASxrLr7LxMASxryyRLgCARf5AUPJ303UtPRLf5ARM5AUPJ3xCOLx03UtPRLM5ARxATxMARLxATxMARU3A;0PRLU3ARnkAUPJ3UnYP003UtPGt3CkPJwzU3kRLnkARnxPCGxArRLnxPCGxARJgAUXxMASxloRLJgARLPfCtA&context=&Locator=18&styleFile=arbSingle.xml&i=8&nb=0&DocType=Article&type=Article>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BÖCKSTIEGEL, K. H. Public policy and arbitrability. In: COMPARATIVE arbitration practice and public policy in arbitration. Deventer: Kluwer Law & Taxation, 1987. (ICCA Congress Series n. 3).

BOISESSON, Mathieu. As anti-suit injunctions e o princípio da competência-competência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 7, out. 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BREDOW, Jens; MULDER, Isabel. Court Assistance in Arbitral Proceedings from the perspective of article 27 of the UNCITRAL model law. In: AKSEN, Gerald et al. (Ed.). *Global reflections on international law, commerce, and dispute resolution: liber amicorum in honour of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 113. p. 22-76, jan./fev. 2003.

_____. *Nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. 3.

CALVANO, Roque J. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

_____. Contrato de representação comercial. Cláusula compromissória. Validade e eficácia. Incompetência do Poder Judiciário para julgar o litígio. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 217-236, maio/ago. 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.

_____. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 28, jan. 2011.

_____. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 21-31, jan./abr. 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares antecipatórias. Civil law e common law. Incompetência da Justiça Estatal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 839, p. 129-141, set. 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem, a nova lei brasileira (9.307/1996) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do processo sem dilações indevidas: garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

DIDIER, JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2008. v. 1.

DIDIER, JR. Fredie. Da exceção: tipologia das defesas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 71-79, nov./dez. 2004.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2008. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 3.

_____. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

EGEKO, Bob. Supreme Court rejects class-action arbitration. *Jornal San Francisco Chronicle*, SFGate, Business Report, The Chronicle with Bloomberg. Thursday, Apr. 28, 2011. Disponível em: <<http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2011/04/27/BU011J8OEP.DTL>>. Acesso em: 26 maio 2011.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Libres disponibilité des droits et conflits de lois*. Paris: LGDJ, 1996.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international. *Recueil des Cours*, Académie de La Haye de Droit International (Kluwer), Haia-Holanda, 2002.

FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. A Convenção de Arbitragem como exceção processual: impossibilidade de conhecimento *ex officio*. In: _____.; _____. *Temas de arbitragem*: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

_____.; MANNHEIMER, Serigo Nelson; MONTEIRO, André Luís. Repercussões do Anteprojeto e do substitutivo ao Projeto do novo Código de Processo Civil na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, ano 3, n. 29, jan./mar. 2011.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC (LGL\1973\5) Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

FISCHER, Douglas. Concussão praticada por médicos conveniados ao Sistema Único de Saúde no exercício de suas funções: competência da Justiça Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 808, p. 491-495, fev. 2003.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 9, abr./jun. 2006.

_____. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, jul. 2005.

FORTIER, L. Yves. Arbitrability of disputes. In: AKSEN, Gerald et al. (Ed.). *Global reflections on international law, commerce, and dispute resolution: liber amicorum in honour of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005.

GABBAY, Daniela Monteiro; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2a Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf>. Acesso em: maio 2011.

GAILLARD, Emmanuel. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Assuncion: La Ley - Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Assunción, Paraguay, 2010.

_____; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 106, abr. 2002.

GARCEZ, José Maria Rossani. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada: recentes progressos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 101-118, jan./mar. 2006.

GARCÍA DE ENTERRIA. Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes direccionales, poderes del gobierno, poderes normativos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 38, n. 514, Mayo/Jun. 1976.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 18, out. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem. Execução. Ação para reconhecer a invalidade da arbitragem. Embargos à execução. Identidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 146, abr. 2007.

HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

_____. L'arbitrabilité. *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 2002. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law).

_____. L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un reexamen. *Journal du Droit International*, Paris, v. 121, n. 4, p. 899-966, oct./dec. 1994.

_____. The law applicable to arbitrability. In: VAN DER BERG, A. (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Paris, 1999. (ICCA Congress Series N. 9).

_____; BLOCK, Guy. La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage. *ASA Bulletin*, v. 16, 1998.

HOBÉR, Kaj. Parallel arbitration proceedings – duties of the arbitrator. Some reflections and ideas. In: Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration, July 2005. *Dispute Resolution Library da ICC – International Chamber of Commerce*. Disponível em: <<http://www.iccdrl.com/CODE/LevelThree.asp?page=Advanced%20Search%20Result&053100=on&053000=on&052100=on&052200=on&052300=on&052400=on&052700=on&052600=on&052800=on&021000=on&022000=on&023000=on&024000=on&025000=on&query=lis%20pendens&rdoLanguageFilter=All&context=&SearchTitle=Advanced%20Search%20Result&AUTH=RPfCtARgCAyyLyrLxMASxryyRLgCARf5AUPJ303UtPRLf5ARM5AUPJ3xCOLx03UtPRLM5ARxATxMARLxATxMARU3A;0PRLU3ARnkAUPJ3UnYP003UtPGt3CkPJwzU3kRLnkARnxPCGxArRLnxPCGxARJgAUXxMASxloRLJgARLPfCtA&context=&Locator=18&styleFile=arbSingle.xsl&i=0&nb=0&DocType=Article&type=Article>>.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JÚDICE, José Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 22, jul. 2009.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário*, São Paulo, v. 8, abr./jun. 2000.

LEITE, Mário Sérgio. Requisitos típicos do crime de prevaricação e a independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 760, p. 506-515, fev. 1999.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 17, jul. 2002.

_____. Arbitragem e concessões de serviços públicos – Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de Direito Bancário*, São Paulo, v. 21, jul./set. 2003.

LEW, Julian D. M. *Applicable law in international commercial arbitration*. New York: Oceana, Dobbs Ferry, 1978.

_____. Concluding remarks parallel proceedings in international arbitration – Challenges and realities. Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration, July 2005. *Dispute Resolution Library da ICC – International Chamber of Commerce*. Disponível em: <<http://www.iccdrl.com/CODE/LevelThree.asp?page=Advanced%20Search%20Result&053100=on&053000=on&052100=on&052200=on&052300=on&052400=on&052700=on&052600=on&052800=on&021000=on&022000=on&023000=on&024000=on&025000=on&query=lis%20pendens&rdoLanguageFilter=All&context=&SearchTitle=Advanced%20Search%20Result&AUTH=RPfCtARgCAyyLyrLxMASxryyRLgCARf5AUPJ303UtPRLf5ARM5AUPJ3xCOLx03UtPRLM5ARxATxMARLxATxMARU3A;0PRLU3ARnkAUPJ3UnYP003UtPGt3CkPJwzU3kRLnkARnxPCGxArRLnxPCGxARJgAUXxMASxloRLJgARLPfCtA&context=&Locator=18&styleFile=arbSingle.xsl&i=9&nb=0&DocType=Article&type=Article>>. Acesso em: 07 out. 2011.

_____; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária (II) (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 27, out. 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MAKANT, Barbara. A Arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, jan. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. Artigo II (3) Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma M.; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; PRADO, Maria da Graça Almeida. *Agreements in writing e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 26, jul. 2010.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVEIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NELSON, Timothy G. Into Orbit: 50 years of global arbitration under the New York Convention. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 18, jul. 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual, até 1.10.2007. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

NOGUEIRA, Antonio Pádua Soubhie. Súmula 410 do STJ: breve análise crítica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 190, p. 231-256, dez. 2010.

PARK, William H. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PARK, William W. *Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma*. Multiple Parties in International Arbitration, Oxford 2009. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf>.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, jan. 2005.

PINTO, José Emílio Nunes; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de New York: atualização ou interpretação? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 18, jul. 2008.

PLUYETTE, Gerard. A french perspective. *Bull CCI*, Special Supplement, n. 519, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. 15.

PRADO, Maria da Graça de Almeida. Contratos de adesão e segurança jurídica do sistema arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul. 2011.

RICCI, Edoardo Flavio. Para uma interpretação restritiva do art. 25 da Lei de Arbitragem. In: _____. *Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem. In: _____. *Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio (Coords.). Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do Tema: Medidas de Urgência e Coercitivas. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Medidas_de_Urgencia_e_Coercitivas.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

ROCHA LIMA, Tiago Asfor. *Antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009.

RUBELLIN-DEVICHI, Jaqueline. *L'arbitrage: nature juridique: droit interne et droit international privé*. Paris: LGDJ, 1965.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 1.

SAUVÉ, Jean-Marc. L'arbitrage et les personnes morales de droit public. Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/discours-et-interventions/larbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public.html>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

SILVA, Jonny Paulo da. A regulamentação paranaense acerca da atuação do juiz de direito no processo arbitral, no que diz respeito à condução de testemunhas e execução de medidas coercitivas e cautelares. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 3, jul/set. 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

SOARES, Fabiane Verçosa Azevedo. *A aplicação errônea do direito brasileiro pelo árbitro: uma análise à luz do direito comparado*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

STERNLIGHT, Jean R. Is Binding arbitration a Form of ADR?: an argument that the term ADR has begun to outlive its usefulness (2000). *Scholarly works*. Disponível em: <<http://scholar.law.unlv.edu/facpub/270>>. Acesso em: jun. 2011.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011.

TALAMINI, Eduardo. Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 119, jan. 2005.

_____. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 128, p. 59-77, out. 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

TOLENTINO, Augusto; BARBOSA, Daniel; VOLPINI, Felipe; RADAEL, Gisely; VILELA, Marcelo; LOPES, Christian; CARVALHO, Débora; NEVES, Flávia; MACEDO, Leonardo; SOARES, Pedro. Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário, Relatório do 5º Tema: Ação de execução específica da cláusula compromissória (Ação do art. 7º). Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Acao_de_Execucao_Especificada_Clausula_Compromissoria.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 15, jan. 2002.

_____. *Poder Judiciário e sentença arbitral: de acordo com a nova jurisprudência constitucional*. 1. ed. 4.reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Sentença arbitral inexistente. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Tutela judicial de urgência e a lide objeto da Convenção de Arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul./out. 2003.

VERÇOSA, Fabiane. “*Manifest disregard of the law* como fundamento de anulação de sentenças...”. In: MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça (Coords.). *Tributação, comércio e solução de controvérsias internacionais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

WALD, Arnaldo. As *anti-suit injunctions* no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, abr. 2006.

_____. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, maio 2004.

_____. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 16, jan. 2008.

_____. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o juízo arbitral. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, ano 8, n. 27, jan./mar. 2005.

_____. Descabimento do mandado de segurança contra decisão do tribunal arbitral – comentários ao AGIN 990.10.284191-0. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 26, jul. 2010.

_____. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, abr./jun. 2005.

_____. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 22/336, citado em MARTINS, Pedro A. Batista. Artigo II (3) Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. A patologia da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 27, out./dez. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, jul. 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 8.

ZIMMERMAN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, jan./mar. 2007.