DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

FELIPE SCRIPES WLADECK

**MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL DA
SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL**

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona

FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO (USP)

SÃO PAULO

2013

FELIPE SCRIPES WLADECK

**MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL DA
SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL**

**Dissertação para obtenção do título de Mestre em
Direito Processual Civil pela Faculdade de
Direito do Largo São Francisco (USP)**

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona

FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO (USP)

SÃO PAULO

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPE SCRIPES WLADECK

MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL

Dissertação aprovada, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Processual Civil no Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: Professor Dr. Carlos Alberto Carmona

Membros: Prof. Dr.

Prof. Dr.

São Paulo, _____ de _____ de 2013.

*Aos meus pais, Maria Esther e Wilson, e
meu irmão, Bruno.*

Agradeço ao Prof. Carlos Alberto Carmona, que tanto admiro, pela oportunidade que me deu no curso de mestrado ao aceitar-me como seu orientando.

Agradeço ao amigo Eduardo Talamini, pelo constante incentivo.

Agradeço aos meus colegas e amigos da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Advogados Associados, pelo apoio que me deram ao longo de todos os anos em que nos conhecemos.

Agradeço aos meus queridos colegas e amigos do curso de pós-graduação, que tornaram minha passagem por São Paulo ainda mais agradável.

Agradeço, por fim, aos meus pais e meu irmão. Obrigado por tudo.

RESUMO

Conforme a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, as sentenças arbitrais nacionais produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais, independentemente de homologação. Apesar disso, elas se encontram sujeitas ao controle do Poder Judiciário. A Lei de Arbitragem disciplina os limites e meios para a impugnação judicial das sentenças arbitrais nacionais basicamente em dois dispositivos, os arts. 32 e 33. Optou-se por um regramento bastante sucinto, mas que é suficiente para resolver as situações práticas que podem se verificar quando uma sentença arbitral é impugnada. Compreendido que a arbitragem é processo de origem convencional (privada) e que – por força daquelas e outras regras, como os arts. 17, 18, 20, § 2º, e 31 – ela se insere no círculo da teoria geral do processo (aplicando-se-lhe, por conseguinte, os respectivos princípios e conceitos) e se sujeita aos ditames essenciais do devido processo legal, torna-se possível, a partir das técnicas interpretativas existentes, chegar a soluções para as diversas questões envolvendo o controle judicial das sentenças arbitrais nacionais das quais a Lei n.º 9.307 não tratou expressamente ou de que tratou de forma imprecisa.

Palavras-chave: Sentença Arbitral Nacional – Meios de Controle Judicial – Aspectos Processuais dos Meios de Controle Judicial.

ABSTRACT

According to Law n.º 9.307, which came into effect in September 23rd, 1996, domestic arbitral awards have the same effect on the parties as a ruling by a State Court, without the need for judicial confirmation. The Brazilian Arbitration Act regulates the limits and means for the judicial challenge of domestic arbitral awards in, essentially, two articles, art. 32 and 33. The Act opted for brief rules on the issue, but they are sufficient to resolve the practical situations that may arise when an arbitral award is challenged. Understanding that arbitration is a process of conventional origin (private) and that – due to those as well as other rules, such as articles 17, 18, 20, paragraph 2, and 31 – it is contained in the field of general procedural theory (so that, consequently, the same principles and concepts are applicable) and is subject to the essential dictates of due legal process, it becomes possible, due to existing techniques of interpretation, to develop solutions to the many issues involving the judicial control of domestic arbitral awards that Law n.º 9.307 either did not expressly regulate or regulated imprecisely.

Keywords: Domestic Arbitral Award – Forms of Judicial Review – Procedural Aspects of the Forms of Judicial Review.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
ABSTRACT.....	v
1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	1
1.1 – ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO FACULTATIVO E DE PLENA REALIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	4
1.2 – ARBITRAGEM E A LEI N.º 9.307/1996.....	5
1.3 – CONTROLE JUDICIAL DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL.....	6
1.4 – TEMA A SER DESENVOLVIDO E SUAS LIMITAÇÕES.....	8
1.4.1 – Não se objetiva analisar detidamente os casos de “nulidade” previstos no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996.....	8
1.4.2 – Não se objetiva tratar do controle judicial das sentenças arbitrais estrangeiras.....	10
1.4.3 – Não se objetiva realizar um estudo de direito comparado.....	10
1.5 – JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA E DA IMPORTÂNCIA DO TEMA.....	10
2 – NACIONALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL.....	12
2.1 – CRITÉRIO PARA A DEFINIÇÃO DA NACIONALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL.....	12
2.1.1 – Adoção do “critério territorialista” (ou “geográfico”) pela Lei n.º 9.307/1996.....	12
2.1.2 – Significado de “proferimento” ou “prolação” da sentença.....	13
2.1.3 – Inaplicabilidade do critério da “sede da arbitragem”.....	13
2.1.4 – Sobre a definição da nacionalidade da sentença arbitral mediante a adoção de um conceito puramente jurídico de “proferimento”.....	16
2.2 – ESCOLHA DO LOCAL EM QUE SERÁ PROFERIDA A SENTENÇA ARBITRAL.....	17
2.2.1 – Omissão da convenção quanto ao “local em que será proferida a sentença arbitral”.....	17
2.2.2 – Postura do árbitro diante de eventual indefinição das partes quanto ao local em que será proferida a sentença.....	17

2.3 – DIFICULDADES NA IDENTIFICAÇÃO DA NACIONALIDADE DA SENTENÇA PROFERIDA.....	19
2.3.1 – Definição da nacionalidade de sentença que é proferida a partir de locais (países) diversos.....	19
2.3.2 – Definição da nacionalidade nos casos em que a sentença é objeto de “embargos de declaração” ou de recurso interno eventualmente pactuado.....	20
2.4 – POSSIBILIDADE DE SE CONVENCIONAR O AFASTAMENTO DO “CRITÉRIO TERRITORIALISTA”.....	23
2.5 – DEFEITOS DA SENTENÇA NA INDICAÇÃO DO LOCAL EM QUE PROFERIDA.....	24
2.5.1 – Caso em que a sentença arbitral não menciona o local em que é proferida.....	25
2.5.1.1 – Possibilidade de suprimimento da omissão pelos árbitros.....	25
2.5.1.2 – Possibilidade de suprimimento da omissão pelo Judiciário.....	26
2.5.1.3 – Outro possível tratamento a ser dado para a questão pelo Judiciário.....	27
2.5.2 – Caso em que a sentença indica local diverso daquele em que foi efetivamente proferida ou nacionalidade distinta da que <i>se definiu</i> na convenção.....	27
2.5.3 – Caso em que o local indicado na sentença é aquele em que ela foi realmente proferida, mas não se trata do local em que (segundo a convenção) a deliberação deveria ter sido realizada.....	29
2.5.4 – Caso em que o local em que a sentença é proferida não é nela indicado nem corresponde ao local em que deveria ter sido proferida.....	31
2.5.5 – Casos em que a decisão de recurso/“embargos de declaração arbitrais” ou a sentença parcial apresenta falha na indicação do local em que proferida.....	31
3 – ENCERRAMENTO DO PROCESSO ARBITRAL, CONTROLE INTERNO DA SENTENÇA E “COISA JULGADA” ARBITRAL.....	33
3.1 – ENCERRAMENTO DA ARBITRAGEM.....	33
3.2 – INTIMAÇÃO ACERCA DA SENTENÇA ARBITRAL E DAS DECISÕES DOS “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO” E EVENTUAIS RECURSOS INTERNOS.....	35
3.2.1 – Sobre a necessidade de intimação dos advogados das partes.....	35

3.2.2 – Sobre a necessidade de intimação de representantes não-advogados e assessores das partes.....	36
3.2.3 – Possibilidade de as partes alterarem as regras de intimação.....	36
3.2.4 – Defeitos irrelevantes no ato de intimação.....	37
3.2.5 – Forma como as intimações devem ser feitas.....	38
3.3 – PEDIDO DE ESCLARECIMENTO, SUPRIMENTO E CORREÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL (“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ARBITRAIS”).....	39
3.3.1 – Possibilidade de as partes definirem o procedimento dos “embargos de declaração”.....	40
3.3.2 – Necessidade de comunicar a “parte embargada” da oposição dos “embargos de declaração”.....	42
3.3.3 – Possibilidade de instaurar contraditório em relação aos “embargos de declaração”.....	42
3.3.4 – Prazo para a decisão dos “embargos de declaração”.....	43
3.3.5 – Desnecessidade de prévia oposição dos “embargos de declaração” para a impugnação judicial da sentença arbitral.....	46
3.4 – RECURSOS INTERNOS AO PROCESSO ARBITRAL.....	49
3.4.1 – Limites a serem observados na criação de recursos internos pelas partes.....	49
3.4.2 – Procedimento dos recursos internos convencionados.....	51
3.4.3 – Interposição de recurso interno e preclusão.....	51
3.5 – IMUTABILIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL (“COISA JULGADA ARBITRAL”).....	52
3.5.1 – Função da coisa julgada (material) nos processos judiciais.....	54
3.5.2 – Função da imutabilidade do conteúdo do comando da sentença arbitral (“coisa julgada arbitral”).....	54
3.5.3 – Conceito e efeitos da “coisa julgada arbitral”.....	55
3.5.4 – Impossibilidade de o Judiciário se imiscuir no mérito da arbitragem também antes da formação da “coisa julgada arbitral”.....	56
3.5.4.1 – Efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem.....	56
3.5.4.2 – Litispendência.....	57

3.5.5 – A “coisa julgada arbitral” não impede a reabertura da arbitragem por acordo entre árbitros e partes.....	58
3.5.6 – Possibilidade de as partes disporem a respeito da solução arbitral mesmo após a formação da “coisa julgada”	59
4 – LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DA ARBITRAGEM E DA SENTENÇA ARBITRAL.....	63
4.1 – MOMENTO E CONTEÚDO DO CONTROLE JUDICIAL DA ARBITRAGEM.....	63
4.1.1 – Momento adequado para o controle judicial da regularidade do processo e sentença arbitrais.....	63
4.1.1.1 – Motivo para a Lei ter deixado o controle judicial da arbitragem para depois da prolação da sentença.....	65
4.1.1.2 – Situações em que cabe o controle judicial da arbitragem antes da prolação da sentença.....	65
4.1.1.2.1 – Terceiros perante a arbitragem.....	66
4.1.1.2.2 – Controle no âmbito do procedimento de execução específica da cláusula vazia.....	67
4.1.1.2.3 – Ajuizamento de ação judicial versando sobre causa que, em tese, é de competência dos árbitros.....	71
4.1.1.2.4 – Medidas anti-arbitrais.....	74
4.1.1.2.5 – Medidas de apoio solicitadas pelos árbitros ao Judiciário.....	80
4.1.1.2.6 – Excepcional controle judicial de atos praticados no curso da arbitragem.....	80
4.1.2 – A relação de irregularidades do art. 32 da Lei n.º 9.307 e sua taxatividade.....	81
4.1.2.1 – Ressalvas sobre a conclusão de que o rol do art. 32 é taxativo.....	83
4.1.2.1.1 – As matérias dos arts. 475-L ou 741 do Código de Processo Civil.....	83
4.1.2.1.2 – Necessidade de interpretar o art. 32 de modo razoavelmente aberto.....	84
4.1.2.1.3 – Excepcional possibilidade de controle judicial relacionado ao mérito da sentença arbitral.....	88

4.2 – IMPORTÂNCIA DA CORRETA QUALIFICAÇÃO DAS IRREGULARIDADES RELACIONADAS NO ART. 32.....	91
4.3 – APLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS ARBITRAIS DOS CONCEITOS E PRINCÍPIOS QUE DOMINAM A DISCIPLINA JURÍDICA DOS VÍCIOS DAS SENTENÇAS JUDICIAIS.....	92
4.4 – CLASSIFICAÇÃO DOS VÍCIOS RELACIONADOS NO ART. 32 E A DISCIPLINA JURÍDICA DAS SENTENÇAS ARBITRAIS VICIADAS.....	94
4.4.1 – Sentenças arbitrais nulas.....	94
4.4.1.1 – Princípios que regem a disciplina das sentenças arbitrais nulas.....	96
4.4.1.2 – Descabimento da diferenciação das nulidades da sentença arbitral em absolutas e relativas.....	96
4.4.1.3 – Regime jurídico das sentenças nulas.....	98
4.4.2 – Sentenças arbitrais inexistentes.....	100
4.4.2.1 – Sentenças juridicamente inexistentes.....	104
4.4.2.2 – Sentenças materialmente inexistentes.....	108
4.4.2.3 – O regime jurídico das sentenças inexistentes.....	109
4.4.3 – Sentenças juridicamente ineficazes.....	114
4.4.3.1 – Considerações gerais sobre a “ineficácia jurídica” das sentenças judiciais.....	114
4.4.3.2 – Ineficácia jurídica da sentença arbitral.....	118
4.4.3.3 – Situação em que a sentença arbitral é favorável ao terceiro que deveria ter sido parte do processo arbitral.....	119
4.4.3.4 – Sentença arbitral proferida em processo do qual não participou litisconsorte necessário.....	120
4.4.3.5 – Existência e eficácia jurídica da sentença arbitral em outros casos de ofensa aos direitos de contraditório e ampla defesa.....	123
4.4.3.6 – Regime jurídico da sentença juridicamente ineficaz.....	124
4.4.4 – Sentenças arbitrais inquinadas de irregularidades ou defeitos materiais relevantes, mas que não afetam a sua existência, eficácia jurídica ou validade.....	126
4.4.5 – Síntese sobre a classificação dos vícios da sentença arbitral.....	128

5 – SUPRIMENTO, CONVALIDAÇÃO E RELEVAÇÃO DE DEFEITOS DA SENTENÇA ARBITRAL.....	130
5.1 – A PRÉVIA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO <i>CAPUT</i> DO ART. 20 DA LEI DE ARBITRAGEM COMO CONDIÇÃO PARA O CONTROLE JUDICIAL DA SENTENÇA ARBITRAL.....	130
5.1.1 – Consequência da falta de manifestação da parte interessada na forma do art. 20 da Lei de Arbitragem.....	131
5.1.1.1 – Os casos de suspeição de árbitro.....	131
5.1.1.2 – Os casos de impedimento de árbitro.....	132
5.1.1.2.1 – A confiança das partes nos árbitros não prevalece sobre o devido processo legal.....	139
5.1.1.2.2 – Os casos de impedimento dos incisos I e III do art. 134 do Código de Processo Civil.....	141
5.1.1.3 – As demais matérias do art. 20 da Lei n.º 9.307.....	143
5.1.2 – Resultado da apreciação da exceção ou objeção pelos árbitros.....	145
5.2 – (IM)POSSIBILIDADE DE PRECLUSÃO EM RELAÇÃO A OUTROS DEFEITOS PROCESSUAIS, ALÉM DAQUELES REFERIDOS NO ART. 20.....	146
6 – COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO E MEDIDAS JUDICIAIS DE CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL.....	149
6.1 – MODO DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL.....	149
6.1.1 – Execução de sentenças arbitrais condenatórias ao pagamento de quantia.....	149
6.1.2 – Execução de sentenças condenatórias em obrigação de fazer ou não fazer ou em obrigação de entregar coisa.....	152
6.1.2.1 – Possível competência dos árbitros para atos coercitivos que não envolvam direitos indisponíveis.....	154
6.1.2.2 – Diferença entre as medidas coercitivas dos árbitros e cláusula penal.....	156
6.1.2.3 – Atribuição de poder aos árbitros para que pratiquem atos coercitivos sem o afastamento do modelo executivo do art. 621 ou do art. 632 do Código de Processo Civil.....	157
6.1.2.4 – Conciliação entre atos executivos arbitrais e judiciais.....	159

6.1.2.5 – A alteração da técnica de execução não altera a natureza da sentença arbitral.....	163
6.1.2.6 – Nota sobre a competência para a concessão e efetivação de medidas urgentes.....	164
6.2 – MOMENTO PARA A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL.....	165
6.2.1 – Possibilidade, em tese, de executar provisoriamente a sentença arbitral.....	165
6.2.2 – Impossibilidade de executar a sentença antes de decorrido o prazo fixado pelos árbitros para o seu cumprimento.....	166
6.3 – COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS.....	168
6.3.1 – Caso de sentença arbitral condenatória no pagamento de quantia ou em obrigação de fazer ou não fazer ou entrega de coisa, quando as partes não pactuaram a aplicação do “modelo executivo” dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil.....	168
6.3.1.1 – Tese da competência do local da sede da arbitragem.....	168
6.3.1.2 – Descabimento da tese da competência do local da sede.....	169
6.3.1.3 – A competência é do foro do lugar em que a causa haveria de tramitar se não houvesse convenção de arbitragem.....	170
6.3.1.4 – Possibilidade de eleger foro diverso para a execução.....	173
6.3.1.5 – Conexão entre a execução e a ação destinada ao controle da sentença arbitral.....	175
6.3.1.6 – Síntese do item.....	179
6.3.2 – Caso de sentença arbitral condenatória em obrigação de fazer ou não fazer ou em obrigação de entregar coisa, quando as partes pactuaram a aplicação do “modelo processual” dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil.....	179
6.3.2.1 – Inaplicabilidade do entendimento segundo o qual o árbitro pode recorrer ao foro mais conveniente para a realização prática de sentenças arbitrais.....	180
6.3.2.2 – Possibilidade de as partes elegerem foro diverso.....	182
6.3.2.3 – Competência para executar multas aplicadas por árbitros ou indenização em que a obrigação específica houver sido convertida.....	182

6.4 – A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL DETERMINA A COMPETÊNCIA PARA A VIA DE OPOSIÇÃO DO EXECUTADO.....	183
6.5 – COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO ANULATÓRIA DO § 1º DO ART. 33 DA LEI N.º 9.307 E OUTRAS MEDIDAS DE CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL.....	184
7 – CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL SEGUNDO A LEI N.º 9.307/1996.....	187
7.1 – AÇÃO ANULATÓRIA.....	188
7.1.1 – Objeto e natureza da ação anulatória.....	188
7.1.2 – Possibilidade de cumular (em caráter sucessivo eventual) pedido de novo julgamento da causa (pelo Judiciário) ao pedido de anulação.....	189
7.1.2.1 – Os efeitos da decisão do “pedido rescisório” se produzem apenas depois de transitada em julgado a decisão do “pedido rescindendo”.....	190
7.1.2.2 – Pedido de novo julgamento nos casos em que a retomada da arbitragem é inviável.....	191
7.1.2.3 – Pedido de novo julgamento nos casos em que a retomada da arbitragem é em tese viável.....	193
7.1.2.4 – Necessidade de realização de contraditório sobre o pedido de novo julgamento da causa.....	193
7.1.2.5 – Necessidade de cumprimento dos requisitos do art. 292 do Código de Processo Civil para a cumulação.....	198
7.1.2.6 – Ausência de vedação legal a que seja feita a cumulação.....	198
7.1.2.7 – Admitir a cumulação não equivale a admitir o controle do mérito da sentença arbitral.....	200
7.1.3 – Possibilidade de formular pedido de novo julgamento da causa autonomamente, por ação própria, antes do trânsito em julgado da decisão de anulação da sentença arbitral.....	200
7.1.4 – Limites objetivos da demanda de anulação.....	202
7.1.5 – Sobre eventuais falhas na intitulação da ação e na especificação da providência jurisdicional pretendida.....	204
7.1.6 – Prazo para ajuizamento.....	205
7.1.6.1 – Natureza do prazo.....	205

7.1.6.2 – Inalterabilidade e possibilidade de interrupção do prazo.....	208
7.1.6.3 – Prazos autônomos para as partes.....	210
7.1.6.4 – Momento em que o prazo do § 1º do art. 33 começa a correr.....	211
7.1.6.5 – Início do prazo nos casos de oposição de “embargos de declaração” ou recurso interno intempestivos.....	213
7.1.6.6 – Regras sobre a contagem do prazo.....	215
7.1.7 – Legitimidade processual.....	216
7.1.7.1 – Legitimidade ativa.....	217
7.1.7.1.1 – Legitimidade das partes da arbitragem.....	217
7.1.7.1.2 – Legitimidade de terceiros juridicamente interessados.....	219
7.1.7.1.3 – Legitimidade de sucessor da parte.....	222
7.1.7.1.4 – Terceiros intervenientes e ação de anulação.....	224
7.1.7.1.5 – Legitimidade do Ministério Público.....	232
7.1.7.2 – Legitimidade passiva.....	232
7.1.7.3 – A situação dos árbitros e do órgão ou instituição arbitral.....	235
7.1.8 – Interesse processual.....	239
7.1.8.1 – Sentença ainda sujeita a “embargos de declaração” ou recurso interno.....	241
7.1.8.2 – Sentença sujeita a recurso interno dotado de efeito suspensivo.....	244
7.1.8.3 – Sentença que já é objeto de execução judicial.....	245
7.1.9 – Procedimento a ser seguido.....	246
7.1.9.1 – Procedimento sumário.....	246
7.1.9.2 – Procedimento ordinário.....	247
7.1.9.3 – Descabimento do procedimento dos Juizados.....	248
7.1.10 – Medidas de urgência na ação anulatória.....	251
7.1.11 – Reconvenção e pedido contraposto no processo de anulação.....	257
7.1.12 – Intervenção de terceiros no processo de anulação.....	259
7.1.13 – Instrução probatória no processo de anulação.....	262
7.1.14 – Aplicação subsidiária da disciplina da ação rescisória?.....	263
7.1.15 – Efeitos do julgamento da ação anulatória.....	264
7.1.15.1 – Acolhimento da ação de anulação nos casos do art. 33, § 2º, inciso I.....	266
7.1.15.2 – Acolhimento da ação de anulação nos casos do art. 33, § 2º, inciso II.....	270

7.1.15.3 – A causa deve ser devolvida aos árbitros por determinação judicial sempre que possível e necessário.....	273
7.1.15.4 – Prazo para a prolação de nova sentença, no lugar da anulada.....	276
7.1.15.5 – Impacto da anulação sobre a execução da sentença arbitral condenatória em curso.....	277
7.1.15.6 – Rejeição da ação de anulação.....	278
7.2 – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA E INEFICÁCIA JURÍDICA DA SENTENÇA ARBITRAL.....	278
7.2.1 – Possibilidade de cumular pedido de julgamento da causa submetida aos árbitros ao pedido de declaração de inexistência ou ineficácia jurídica.....	280
7.2.2 – Limites objetivos da ação declaratória.....	282
7.2.3 – Legitimidade e interesse de agir.....	285
7.2.4 – Momento do ajuizamento da ação declaratória.....	289
7.2.5 – Procedimento da ação declaratória.....	293
7.2.6 – Medidas urgentes na ação declaratória.....	294
7.2.7 – Intervenção de terceiros no processo de declaração.....	295
7.2.8 – Reconvensão e pedido contraposto.....	295
7.2.9 – Instrução probatória no processo de declaração.....	296
7.2.10 – Efeitos do julgamento da ação declaratória.....	296
7.2.10.1 – Efeitos do acolhimento da ação declaratória.....	297
7.2.10.1.1 – Acolhimento da ação declaratória nos casos do art. 33, § 2º, inciso II.....	297
7.2.10.1.2 – Acolhimento da ação declaratória nos casos do art. 33, § 2º, inciso I.....	299
7.2.10.1.3 – Solução para eventual recusa dos árbitros em proferir nova sentença.....	301
7.2.10.1.4 – Prazo para prolação de nova sentença ou adequação da anteriormente proferida.....	301
7.2.10.1.5 – Impacto da declaração da inexistência/ineficácia jurídica sobre a execução da sentença arbitral condenatória em curso.....	302
7.2.10.2 – Efeitos da rejeição da ação declaratória.....	302

7.3 – AÇÕES DESTINADAS A ELIMINAR IRREGULARIDADES OU DEFEITOS MATERIAIS RELEVANTES PARA A PERFEITA IDENTIFICAÇÃO DA SENTENÇA.....	302
7.3.1 – Falhas na indicação do local ou data de prolação da sentença.....	303
7.3.2 – Falta de assinatura dos árbitros na sentença.....	304
7.3.3 – Disciplina procedimental.....	305
7.4 – EMBARGOS DO EXECUTADO E IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.....	308
7.4.1 – Os embargos do executado como meio de impugnação da sentença arbitral nacional.....	309
7.4.2 – A “impugnação” a que se referem os arts. 475-L e seguintes do Código como meio de controle da sentença arbitral nacional.....	310
7.4.3 – Possibilidade de utilizar os embargos ou impugnação “de segunda fase” para impugnar a sentença arbitral?.....	311
7.4.4 – Divergência quanto ao possível objeto dos embargos do executado (ou impugnação ao cumprimento de sentença).....	312
7.4.4.1 – Corrente “ampliativa”.....	312
7.4.4.2 – Corrente “restritiva”.....	313
7.4.4.3 – Corrente “intermediária” (suas duas vertentes).....	314
7.4.4.4 – O entendimento adotado neste trabalho.....	315
7.4.5 – Sobre o ajuizamento dos embargos do executado ou impugnação depois de já proposta outra demanda de controle da sentença arbitral.....	318
7.4.6 – O controle da sentença arbitral com base nos arts. 475-L e 741 do Código de Processo Civil.....	321
7.4.6.1 – Impugnação da sentença arbitral com base no art. 475-L, inciso I, ou 741, inciso I, do Código de Processo Civil.....	322
7.4.6.2 – Impugnação da sentença arbitral com base no art. 475-L, § 1º, ou 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.....	322
7.4.6.2.1 – Tese ampliativa.....	323
7.4.6.2.2 – Tese intermediária.....	324
7.4.6.2.3 – Tese impeditiva.....	325
7.4.6.2.4 – O entendimento adotado neste trabalho.....	328

7.4.6.2.4.1 – Sentenças e/ou capítulos declaratórios e constitutivos inconstitucionais <i>nulos</i>	332
7.4.6.2.4.2 – Impugnação da sentença arbitral inconstitucional <i>nula</i> na forma e prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307.....	335
7.4.6.2.4.3 – Caso em que a inconstitucionalidade gera a <i>inexistência ou ineficácia jurídica</i> da sentença arbitral.....	336
7.4.6.2.4.4 – Conclusão do item.....	337
7.4.6.3 – Resultado do acolhimento dos embargos ou impugnação destinados ao controle da sentença arbitral.....	335
8 – OUTROS MEIOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL.....	339
8.1 – OPOSIÇÃO ÀS EXECUÇÕES REALIZADAS SEGUNDO O ART. 461 OU 461-A.....	339
8.2 – “AÇÕES AUTÔNOMAS” POSTERIORES AO DECURSO DO PRAZO DO § 1º DO ART. 33 DA LEI N.º 9.307 E AO MOMENTO PARA O MANEJO DAS VIAS TÍPICAS DE DEFESA DO EXECUTADO.....	343
8.3 – OBJEÇÃO NA EXECUÇÃO (“EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE”).....	347
8.4 – DESCABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA.....	352
8.5 – DESCABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA.....	357
8.5.1 – A natureza jurídica da arbitragem.....	361
8.5.1.1 – A jurisdição como função pública.....	361
8.5.1.2 – Os árbitros não exercem função pública: a teoria da natureza parajurisdicional ou de equivalente jurisdicional.....	364
8.5.2 – Descabimento de mandado de segurança contra atos arbitrais.....	372
8.6 – DESCABIMENTO DE “PEDIDO DE SUSPENSÃO” PELO PODER PÚBLICO EM FACE DA SENTENÇA ARBITRAL.....	373
8.7 – MEIOS PARA O EXCEPCIONAL CONTROLE DE MÉRITO.....	375
9 – SOBRE O CONTROLE DAS SENTENÇAS ARBITRAIS TERMINATIVAS, DAS SENTENÇAS HOMOLOGATÓRIAS E DAS SENTENÇAS PARCIAIS.....	378
9.1 – SENTENÇAS TERMINATIVAS.....	378
9.1.1 – Sentenças arbitrais terminativas inexistentes.....	380

9.1.2 – Comandos com repercussão substancial contidos na sentença terminativa.....	382
9.1.3 – Erros materiais na sentença terminativa.....	384
9.2 – SENTENÇAS HOMOLOGATÓRIAS.....	385
9.3 – SENTENÇAS PARCIAIS.....	390
9.3.1 – Prazo para a prolação das sentenças parciais.....	393
9.3.2 – Sentenças parciais de naturezas diversas.....	397
9.3.3 – Controle judicial das sentenças arbitrais parciais nacionais.....	395
9.3.3.1 – Momento para a impugnação de sentenças parciais.....	396
9.3.3.2 – Efeitos do julgamento da medida judicial de impugnação da sentença parcial sobre outras sentenças parciais e sobre a arbitragem em curso.....	397
9.3.3.3 – Sobre a possibilidade de concessão de medida urgente nos procedimentos de controle de sentenças parciais.....	400
9.3.4 – Sentenças parciais de nacionalidades diversas.....	404
9.3.5 – Controle das sentenças parciais não convencionadas pelas partes.....	408
10 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	410
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	412

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal garante a todos pleno acesso ao Poder Judiciário, ou seja, a possibilidade de ir ao Judiciário e apresentar-lhe, para apreciação, pedido de tutela jurisdicional a fim de obter a satisfação das suas pretensões sobre bens da vida. Trata-se do chamado *direito de demandar em juízo* – direito este que se encontra previsto de maneira mais ampla, como direito de peticionar junto a todos os “Poderes” do Estado, no inciso XXXIV, alínea *a*, do art. 5º, da Constituição.

A resposta do Poder Judiciário aos pedidos de tutela que lhe são formulados pelos jurisdicionados deve ser emitida necessariamente em processo, que consiste em instrumento essencial ao exercício da função jurisdicional¹. Pode-se dizer, nesse passo, que o direito de demandar em juízo é o direito a um processo jurisdicional².

¹ Das funções estatais, a única que tem a ideia de processo em sua essência é a jurisdição. Das funções estatais, tal como são elas compreendidas segundo a clássica teoria da divisão “dos poderes”, exclusivamente a jurisdicional não pode ser nem sequer imaginada independentemente de um processo. A noção de *terzietà* como qualidade do juiz, que é da essência da jurisdição, pressupõe o conceito de partes. O juiz só é terceiro no exercício da função jurisdicional porque existem não-terceiros, *i.e.*, partes diante dele. E quando se pensa em um terceiro que julga diante de partes – diga-se, partes *em contraditório*, pois a noção de “parte” pressupõe a titularidade de posições jurídicas ativas e passivas no procedimento – tem-se necessariamente processo.

É o que leciona Eduardo TALAMINI: “...a possibilidade de presença dos interessados no processo de produção do pronunciamento jurisdicional é a exata contraface da substitutividade. Por tais razões, sem o módulo processual, a atividade jurisdicional é inconcebível – e por inconcebível, aqui, entenda-se não apenas uma censura axiológica, mas radicalmente uma impossibilidade de compreensão, de conceituação jurídica” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 304-305).

² O fato de todos terem o direito de pedir tutela jurisdicional e, por conseguinte, de receber uma resposta do Poder Judiciário no âmbito de um devido processo legal (ou seja, o fato de todos terem direito de demandar) não permite concluir que toda e qualquer pretensão de direito material trazida a juízo possa e deva ser efetivamente apreciada – para ser acolhida e satisfeita ou, mesmo, para ser rejeitada em seu conteúdo.

É legítimo estabelecer pressupostos ou requisitos para a admissibilidade do julgamento das pretensões trazidas a juízo, evitando-se que o Poder Judiciário trabalhe desnecessariamente em processos que de plano se mostrem inaptos a desenvolver-se adequadamente e a atingir seus escopos de forma plena – seja pela ilegitimidade daquele que pede a tutela jurisdicional ou em face de quem é ela pedida, seja pela desnecessidade da tutela jurisdicional, seja, ainda, pela inadequação do provimento judicial pleiteado. A tutela jurisdicional destina-se a quem tem direito a ser protegido e dela efetivamente precisa. Assim, por exemplo, se *in status assertionis* já é possível identificar que o direito alegado não pertence ao demandante (nem se trata de caso de legitimação extraordinária) ou não se põe contra o demandado ou, então, que não existe conflito ou “crise” alguma a ser eliminada, não tem cabimento o prosseguimento do processo judicial para o julgamento da pretensão de direito material deduzida.

Portanto, e com o aval da Constituição Federal, o legislador infraconstitucional estabelece condições para que o objeto da demanda (o pedido no qual se consubstancia a pretensão do demandante) possa vir a ser

Mas o processo a que todos têm direito não é um processo qualquer. Analisando-se o art. 5º, inciso XXXV, em conjunto com outras disposições constitucionais, como, por exemplo, os incisos XXXVII, LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º e o IX do art. 93, conclui-se que todos possuem direito a um processo jurisdicional que se desenvolva em todas as suas etapas segundo regras previamente conhecidas e com a plena observância das garantias do contraditório e ampla defesa; um processo em que as decisões proferidas sejam motivadas; em que o julgador, além de estranho ao conflito, seja independente e imparcial *etc.* O respeito a todas essas garantias não tem outro fim (ideal) senão o de assegurar que o processo constitua um instrumento em favor da justiça, *i.e.*, que se preste a conceder tutela em favor de quem, no plano material, efetivamente tem o direito.

O direito de demandar em juízo – ou direito constitucional de ação, como também é chamado – deve, enfim, ser compreendido como direito a um processo jurisdicional consentâneo com a garantia do *due processo of law*. Trata-se de um direito “abstratíssimo e absolutamente incondicionado”³, que todos possuem. Com efeito, a todos é dado o poder de propor ao Poder Judiciário, para que sejam apreciadas, demandas para tutela a seus direitos. Mais ainda, a todos é assegurado o direito de que as suas demandas sejam respondidas, pelo Judiciário, mediante um devido processo legal⁴.

Por outro lado, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal *não impõe que todo e qualquer conflito seja necessariamente resolvido pela via judicial*. O

efetivamente julgado pelo Judiciário: trata-se das condições da ação. O direito infraconstitucional de ação é justamente o direito a um julgamento de mérito, *i.e.*, o direito a um julgamento sobre o pedido formulado na demanda. Trata-se de direito cuja existência encontra-se condicionada ao preenchimento de determinados pressupostos que o legislador chama de “condições da ação”.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70. No mesmo sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2007. p. 139-140. Nos termos deste último autor: “...il potere di agire in giudizio è riconosciuto a tutti e abbiamo anche visto la ragione di questa illimitata apertura: una garanzia costituzionalmente sancita, che è riflesso *ex parte subiecti* dell’istituzione dei tribunali da parte dello Stato; essi hanno il compito di rendere giustizia a chi la domandi e perciò una delle regole fondamentali del nostro ordinamento costituzionale assicura a tutti la possibilità di rivolgere loro analoga richiesta con l’effetto che il giudice prenda in esame il suo caso.”

⁴ Nesse contexto, a demanda (judicial) pode ser definida como o ato pelo qual se pede tutela ao Poder Judiciário, provocando a abertura do processo – que deve ser um devido processo legal. Não é garantia de um julgamento sobre a pretensão de direito material trazida a juízo. Mas é a garantia de que também eventual negativa de tal julgamento (pela ausência de condição da ação ou de algum outro requisito de admissibilidade de julgamento do mérito) se dará *de forma justa*, em processo que respeitará plenamente os ditames constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da motivação dos pronunciamentos judiciais *etc.*

dispositivo constitucional é bastante claro ao consignar que ninguém pode ser impedido, por lei ou quem quer que seja, de acessar o Poder Judiciário. Mas não impede que sejam buscadas, de modo voluntário, outras vias de resolver os conflitos existentes na sociedade, diversas da judicial (vias ditas “alternativas” em relação ao instrumento instituído pelo Estado para desempenhar o papel de resolver, imperativamente, conflitos sociais – *i.e.*, o processo jurisdicional). Essa possibilidade é, aliás, decorrência direta do princípio da liberdade (art. 3º, inciso I, e art. 5º, *caput*, da Constituição Federal)⁵. Como regra geral, é possível que os contendentes recorram a mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Basta que estejam de acordo quanto a isso e que não haja impeditivo constitucional ou infraconstitucional legítimo a sua escolha^{6 e 7}.

⁵ Nesse sentido, vide: TALAMINI, Eduardo. *Direito processual concretizado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 329-330.

⁶ Existem situações – definidas na própria Constituição (v.g., art. 93, inciso VIII) e na legislação infraconstitucional (v.g., art. 852 do Código Civil) – em que o reconhecimento e satisfação da pretensão simplesmente não podem se dar espontaneamente, exigindo-se para tanto a tutela jurisdicional (ou seja, estatal). São os casos de “jurisdição necessária”: apenas o Judiciário pode dizer quem tem o direito. A atuação do direito material depende da intervenção judicial. Pouco importa se existe ou não resistência de uma das partes em face da pretensão da outra ao bem da vida. O concurso do Judiciário será sempre necessário para dar uma resposta sobre a pretensão.

Mas a necessidade da intervenção judicial, nesses casos, *não decorre* da regra do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Ademais, a existência de casos de jurisdição necessária *não conflita* com esse dispositivo constitucional, que apenas e tão-somente estabelece que ninguém pode ser *impedido*, por lei ou quem quer que seja, de acessar o Poder Judiciário.

⁷ Os casos de jurisdição necessária são definidos mediante a consideração dos valores que envolvem. Existem determinadas situações em que se entende que, pelas qualidades dos valores em jogo, é necessário reservar exclusivamente ao Judiciário o poder de julgar. O objetivo é, em última análise, melhor preservar valores tidos importantes para a sociedade – e acredita-se que o Estado-juiz reúne condições de garantir que isso ocorra.

Conforme afirmado na nota anterior, existem casos de jurisdição necessária definidos na própria Constituição – e que não podem ser afastados pelo legislador infraconstitucional. E há, também, casos em que a necessidade da tutela jurisdicional é prevista em legislação infraconstitucional. Mas existem limites ao legislador infraconstitucional: *há situações em que a instituição da necessidade ofenderia princípios e garantias constitucionais (em especial a garantia de liberdade) e elevaria a interferência estatal na vida das pessoas a um nível insustentável e anti-democrático*. Por exemplo, inserir no rol de casos de jurisdição necessária conflitos estritamente patrimoniais entre pessoas dotadas de capacidade contratual plena seria inconstitucional – por incompatibilidade com o art. 3º, inciso I, e 5º, *caput*, da Constituição.

A necessidade da intervenção judicial é, inclusive, *absolutamente excepcional* no ordenamento pátrio – e isso não apenas no âmbito das relações de direito privado, mas também nas de direito público. De um modo geral, os estados de insatisfação e crises de direito material podem ser eliminados independentemente da intervenção judicial. Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, out. 2005. p. 61-62.

Do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal tampouco decorre que a garantia do devido processo legal (consagrada no inciso LIV do art. 5º) apenas possa ser realizada em sua plenitude por meio de processos judiciais. É perfeitamente possível estabelecer outros métodos de realizar a referida garantia em todos os seus aspectos e que, portanto, sirvam, tanto quanto o processo judicial, a pacificar conflitos de forma *legítima e segura*.

1.1 – ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO FACULTATIVO E DE PLENA REALIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A arbitragem é um dos mecanismos “alternativos” de solução de conflitos disponibilizados no ordenamento, estando disciplinada pela Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Na definição de Carlos Alberto CARMONA, co-autor do projeto que resultou na Lei n.º 9.307: “A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”⁸.

A legitimidade e a constitucionalidade do instituto da arbitragem⁹ enquanto método apto a produzir decisões vinculantes para as partes decorrem da exigência que se lhe põe (conforme se extrai do art. 21, § 2º, da Lei n.º 9.307) de realizar-se em plena conformidade com os ditames do devido processo legal, inclusive sob a condução de um terceiro imparcial – com o que se atendem os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n.º 9.307/1996*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

⁹ Inclusive já reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, quando do histórico julgamento do agravo regimental em homologação de sentença arbitral estrangeira 5.206-7 (relatado pelo Ministro Sepúlveda PERTENCE; decisão publicada no Diário de Justiça da União de 30.04.2004).

Federal¹⁰; e do fato de a sua utilização ser (como preveem os arts. 1º e 3º da Lei n.º 9.307 e 86 do Código de Processo Civil) facultativa, ou seja, precisa decorrer de escolha consciente e voluntária das partes em conflito – com o que se compatibiliza o instituto com o art. 3º, inciso I, e art. 5º, *caput* e inciso XXXV, da Constituição¹¹.

Com efeito, em virtude de sua origem facultativa, pela necessidade (prevista na própria Lei n.º 9.307/1996) de se realizar em consonância com os ditames do devido processo legal e, ainda, pelas diversas qualidades positivas (vantagens em relação ao processo judicial) que apresenta, a arbitragem possibilita rápida obtenção de solução especializada, confiável e segura para conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (arts. 1º da Lei n.º 9.307 e 852 do Código Civil). Ou seja, a arbitragem configura processo justo e equo, capaz de atender os contendentes de maneira efetiva.

1.2 – ARBITRAGEM E A LEI N.º 9.307/1996

No Brasil, é relativamente recente o interesse das pessoas pelo instituto da arbitragem. Como lembra CARMONA, em nota a texto de Vincenzo VIGORITI, anteriormente ao advento da Lei n.º 9.307 havia verdadeira “...aversão à arbitragem, nitidamente desfavorecida pelo ordenamento jurídico vigente, sempre propiciando cerrada vigilância sobre a atividade dos árbitros, cujo laudo, para assumir a eficácia de sentença,

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 136-137; TALAMINI, *Direito processual...*, p. 330; CARMONA, op. cit., 293 e seguintes; entre outros.

¹¹ Nesse sentido, destacando a ilegitimidade da arbitragem obrigatória tanto no Brasil quanto na Itália: TARZIA, Giuseppe. L'intervento del terzo nell'arbitrato. In: YARHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 591.

Mas note-se que a autonomia da vontade que permeia escolha da arbitragem *não é (nem poderia ser) irrestrita*. Como todas as demais manifestações de liberdade, a decisão de escolher a arbitragem tem limites. Em tese, o legislador poderia ter previsto o cabimento da arbitragem também em relação a conflitos não-patrimoniais. Mas jamais poderia admitir que as partes submetessem (ainda que de comum acordo) casos de jurisdição necessária a árbitros. Nesse sentido: TALAMINI, A (in)disponibilidade..., p. 68-71. TALAMINI entende, aliás, que o conceito de “disponibilidade” do art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 traduz-se em possibilidade de “...espontaneamente reconhecer que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio”, *i.e.*, sem a necessidade de intervenção do Judiciário (ver as notas 6 e 7, acima).

dependia de necessária homologação (art. 1.097 do Código de Processo Civil, agora revogado).”¹²

Com a edição da Lei n.º 9.307, todavia, a arbitragem modernizou-se, chamando atenção pelos diversos pontos de vantagem que apresenta em relação ao sistema heterocompositivo estatal, o processo judicial, como por exemplo: a celeridade na prestação de tutela; a possibilidade de os contendentes escolherem como julgador(es) pessoa(s) especializada(s) na(s) matéria(s) objeto da controvérsia, o que repercute diretamente na qualidade do julgamento; e a informalidade e flexibilidade procedimental. Tudo isso sem prejuízo da definitividade das decisões em sua sede proferidas, as quais não podem ser controladas pelo Poder Judiciário por motivos relacionados ao seu mérito e, ademais, salvo pactuação em sentido diverso pelas partes, não podem ser objeto de impugnações nem mesmo internamente ao processo arbitral.

Entre as inovações implementadas pela Lei n.º 9.307, destacam-se (e apresentam especial interesse para o presente trabalho) as que dizem respeito aos efeitos das sentenças arbitrais *nacionais*¹³: independentemente de homologação judicial, as sentenças arbitrais nacionais têm hoje os seus efeitos equiparados aos das sentenças judiciais, sendo capazes, tanto quanto estas, de vincular de imediato as partes ao que houverem decidido (arts. 18 e 31). Inclusive, apresentando eficácia condenatória, as sentenças arbitrais constituem, também independentemente de homologação, título executivo “judicial” (art. 31 da Lei n.º 9.307 e art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil): autorizam, para que lhes seja dado cumprimento, a instauração de execução judicial – a exemplo do que se passa com relação às sentenças judiciais dotadas de eficácia condenatória.

1.3 – CONTROLE JUDICIAL DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL

Apesar de eximidas de homologação judicial, as sentenças arbitrais nacionais permanecem sujeitas ao controle do Estado. Existe dispositivo legal admitindo

¹² VIGORITI, Vincenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e a sua impugnação. Tradução e anotação de: Carlos Alberto Carmona. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 91, jul./set. 1998. p. 13.

¹³ Sentenças arbitrais nacionais são, segundo se extrai do art. 34 da Lei de Arbitragem, aquelas proferidas em território nacional. Sobre a definição de sentenças nacionais, vide o capítulo 2.

expressamente a possibilidade de impugnação judicial das sentenças que se encontrem inquinadas de determinadas irregularidades.

O *caput* do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996 prevê que a “parte interessada” pode impugnar a sentença arbitral (nacional) perante o Poder Judiciário nos casos de “nulidade” do art. 32. Trata-se, de um modo geral, de situações em que se verificam, no processo arbitral, desconformidades relevantes com os direitos/garantias do art. 3º, inciso I, e art. 5º, *caput* e incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal – e em que a própria existência, eficácia jurídica ou validade da sentença arbitral pode ficar comprometida.

Os meios de controle da sentença arbitral – destinados a assegurar a conformidade da arbitragem com aquelas garantias/direitos constitucionais – referidos na Lei n.º 9.307 são a “demanda de decretação de nulidade” (§ 1º do art. 33) e os “embargos do executado” (§ 3º). Discute-se se cabem, ainda, outros mecanismos para o controle judicial da regularidade das sentenças arbitrais nacionais, como, por exemplo, a impugnação prevista nos arts. 475-L e seguintes do Código de Processo Civil, a ação declaratória, o mandado de segurança, objeção na execução e a ação rescisória.

Mas não se questiona a impossibilidade¹⁴ de se proceder ao controle judicial de mérito das sentenças arbitrais. Trata-se de *escolha do legislador pátrio*, destinada a conferir efetividade ao processo arbitral e segurança jurídica aos que a ele recorrem e que se legitima precisamente pelo fato de a arbitragem, nos limites em que o seu emprego é admitido, necessariamente ter de se fundar na vontade das partes (regular e espontaneamente manifestada) e, além disso, dever se realizar plenamente segundo os ditames do devido processo legal^{15 e 16}.

¹⁴ Que, se não é absoluta, apenas pode ser afastada em casos excepcionais, conforme exposto no item 4.1.2.1.3, abaixo.

¹⁵ A possibilidade que sempre se põe de impugnar judicialmente, no mérito, o resultado de processos administrativos se deve ao fato de não se revestirem eles de todas as qualidades mínimas necessárias para garantir a definitividade das respectivas decisões, *em especial a condição de terceiro imparcial de quem julga* (quem julga é uma das partes em conflito, a Administração Pública). Nem sequer seria compatível com a ideia de Estado de Direito admitir que a Administração pudesse decidir de modo vinculante/definitivo os conflitos de que faz parte. Admitir essa possibilidade seria voltar aos tempos do absolutismo...

Em um Estado de Direito, não é função do Executivo (Administração Pública) substituir-se aos sujeitos em conflito para estabelecer solução a que eles não conseguiram ou não podiam chegar. Nem é *da essência* da atividade administrativa realizar-se processualmente. São as palavras de TALAMINI, que acrescenta que o desenvolvimento de processo antes da tomada de decisões pela Administração consiste em mecanismo de autocontrole (hoje imposto como princípio geral a toda atuação administrativa que repercuta diretamente na esfera jurídica do administrado – CF, art. 5º, inciso LV). Assim, “...a Administração, quando

1.4 – TEMA A SER DESENVOLVIDO E SUAS LIMITAÇÕES

A presente dissertação tem por objeto o exame dos meios de impugnação judicial das sentenças arbitrais nacionais admitidos no ordenamento brasileiro – inclusive, a investigação sobre o cabimento de outros além daqueles expressamente referidos na Lei n.º 9.307/1996. O objetivo é realizar amplo exame dos aspectos processuais desses mecanismos, sob um enfoque eminentemente prático – *i.e.*, tendo em vista os diversos problemas e dificuldades que esses mecanismos podem gerar na atividade forense. O tema envolve diversas questões controvertidas e, como se espera conseguir demonstrar, é rico o suficiente para uma dissertação de mestrado.

1.4.1 – Não se objetiva analisar detidamente os casos de “nulidade” previstos no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996

A dissertação não tem por fim analisar detidamente os casos de “nulidade” das sentenças arbitrais previstos no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996. Os incisos desse

desenvolve processo, processa e julga para si mesma, ou seja, para verificar se sua própria atuação preventiva ou repressiva está conforme ao ordenamento jurídico – ainda que, para fazê-lo, precise examinar a conformidade com a ordem jurídica da conduta do administrado que poderá sofrer as medidas preventivas ou repressivas” (TALAMINI, *Coisa julgada*..., p. 303-304).

Já na arbitragem, tanto como no processo judicial, o devido processo legal se realiza de modo pleno. A arbitragem deve necessariamente se fundar na vontade das partes. E o julgamento arbitral não somente é resultado de um processo desenvolvido segundo regras predeterminadas, com a observância das garantias da ampla defesa, contraditório, motivação, imparcialidade *etc.*, mas *é ainda (deve necessariamente ser) conduzido por terceiro(s) em relação ao conflito, aos quais compete compô-lo no lugar das partes*. Todas essas circunstâncias legitimam, juntas, a escolha do legislador de limitar o controle judicial da arbitragem em relação aos aspectos formais.

¹⁶ Nos mecanismos autocompositivos de resolução de conflitos, como a conciliação e mediação, embora haja a vontade das partes em não recorrer (ao menos em um primeiro momento) ao Poder Judiciário, não se verifica um devido processo legal, conduzido por um terceiro imparcial em relação ao conflito *etc.* Por isso, o resultado da autocomposição sempre pode ser levado ao Judiciário, para amplo controle – inclusive no que diz respeito à legalidade da solução eventualmente obtida pelas partes.

Portanto, verifica-se diferença substancial entre a arbitragem e, por exemplo, uma simples transação. Jamais a lei poderia dizer que as partes não podem discutir o conteúdo de uma transação perante o Judiciário – nem mesmo se condicionasse essa vedação a um acordo prévio entre as partes nesse sentido. Se o dissesse, seria inconstitucional. E a inconstitucionalidade decorreria de ofensa direta ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição (segundo o qual “...ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e, em um segundo momento, de ofensa ao art. 5º, inciso XXXV (na medida em que se estaria dando margem para a exclusão do último mecanismo processual de resolução de conflitos de que os contendentes podem se valer).

dispositivo poderiam dar ensejo, cada qual, a dissertações ou teses específicas, pela vasta gama de complexas questões que envolvem – muitas, inclusive, extrapolando em muito os limites do direito processual civil.

Isso não significa, porém, que não serão realizadas quaisquer considerações sobre o art. 32 e outros dispositivos da Lei de Arbitragem, além do art. 33. Muito pelo contrário. Sempre que necessário para a compreensão e adequado desenvolvimento do tema escolhido para a dissertação, serão analisadas questões relacionadas a outros dispositivos legais.

1.4.2 – Não se objetiva tratar do controle judicial das sentenças arbitrais estrangeiras

Também não será tratado do controle das sentenças arbitrais estrangeiras (definidas no capítulo 2, abaixo). Elas estão sujeitas a um regime de controle judicial próprio, inconfundível com aquele que se aplica às sentenças arbitrais nacionais.

As sentenças arbitrais estrangeiras, para que possam ser reconhecidas ou executadas no Brasil, precisam ser previamente homologadas pelo Poder Judiciário (conforme o art. 35 da Lei n.º 9.307 c/c art. 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição Federal). No âmbito do processo de homologação, cabe ao Superior Tribunal de Justiça verificar se a sentença arbitral apresenta ou não condições de ser recebida na ordem jurídica brasileira, para que aqui produza seus regulares efeitos. Tal processo é regido pela Resolução n.º 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça. Aplicam-se-lhe, ainda, os arts. 34 a 40 da Lei n.º 9.307 e a Convenção de Nova Iorque – que versa sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e da qual o Brasil é signatário desde o ano de 2002¹⁷.

O controle a que estão sujeitas as sentenças arbitrais estrangeiras tem lugar, portanto, no âmbito do processo de homologação. Não podem elas, depois de homologadas, ser impugnadas segundo o regime dos arts. 32 e 33 da Lei n.º 9.307. *Isso implicaria um duplo controle que o nosso ordenamento não comporta*. De resto, observe-se que as matérias do art. 32 da Lei de Arbitragem identificam-se, em geral, com as que

¹⁷ Mas note-se que, antes mesmo de o Brasil ratificar formalmente a Convenção de Nova Iorque, por meio do Decreto n.º 4.311/2002, as suas principais regras já haviam sido introduzidas no ordenamento nacional. A Lei n.º 9.307, que é de 1996, contém uma série de dispositivos inspirados na Convenção, entre os quais se destacam os arts. 38 e 39 – que consignam praticamente as mesmas hipóteses em que, segundo o art. V da Convenção, a sentença arbitral estrangeira não deverá ser homologada no país em que se pretende vê-la reconhecida ou executada.

estão arroladas nos arts. 38 e 39 – o que afasta a alegação de que o duplo controle se justificaria na medida em que o primeiro seria substancialmente diverso do segundo.

1.4.3 – Não se objetiva realizar um estudo de direito comparado

Por fim, observa-se que a dissertação *não tem a finalidade* de estudar ordenamentos jurídicos estrangeiros. Nem se trata de estudo de direito comparado. As consultas que foram feitas a obras estrangeiras tiveram apenas e tão-somente o objetivo de auxiliar na compreensão da disciplina jurídica dos meios de controle judicial das sentenças arbitrais nacionais e na resolução de problemas a ela relacionados.

1.5 – JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA E DA IMPORTÂNCIA DO TEMA

Se, por um lado, a Lei n.º 9.307/1996 foi clara e taxativa ao afirmar o cabimento de controle judicial sobre a regularidade formal da atividade dos árbitros, por outro, é bastante breve e, em determinados pontos, chega a ser imprecisa na disciplina que confere aos instrumentos processuais pelos quais pode tal controle ser exercido. Disso decorrem muitos problemas e dúvidas para os quais a doutrina e os tribunais pátrios têm apontado soluções bastante variadas, muitas vezes extrapolando os limites dentro dos quais a impugnação da sentença arbitral é admissível e necessária.

William W. PARK, em artigo sobre os modelos, mecanismos e critérios de controle judicial de sentenças arbitrais adotados em países diversos, leciona que: “A arbitragem eficiente implica uma tensão entre os objetivos rivais da finalidade e da lealdade. Libertar as sentenças arbitrais da possibilidade de contestação em juízo promove a finalidade, ao passo que o aprimoramento da lealdade requer algumas medidas de supervisão judicial. A parte vencedora em uma arbitragem almeja alcançar finalidade, enquanto a perdedora deseja o cuidadoso exame judicial de decisões duvidosas.”

E prossegue o autor: “A finalidade de uma arbitragem denota neutralidade política e processual que pode ser comprometida se a parte vencedora tiver de, necessariamente, litigar novamente perante o Poder Judiciário.” Por outro lado: “As salvaguardas processuais que promovem o princípio básico da lealdade constituem outro elemento de arbitragens eficientes. Decisões aberrantes reduzem a credibilidade na arbitragem por parte da comunidade. É pouco provável que operadores comerciais se

sintam confortáveis com um sistema de solução de disputas que permita aos árbitros decidir casos ao acaso ou, ainda, desrespeitando o devido processo legal.”¹⁸

Portanto, como observa PARK, para que se tenha uma arbitragem idônea e que desperte confiança nas pessoas, é imperioso que o legislador e tribunais (e, acrescente-se, a “comunidade arbitral” como um todo) se unam “...num processo de fina sintonia legal que busque uma composição razoável entre a autonomia da arbitragem e os mecanismos de controle.”¹⁹

Em meio a essas considerações, sobressai a importância do tema escolhido para a dissertação. O estudo dos meios de controle judicial das sentenças arbitrais nacionais justifica-se pela relevância do fim maior a que se volta: a divulgação da doutrina que preza o equilíbrio entre o estatal e o convencional, refutando toda e qualquer forma de exercício irresponsável dos instrumentos legais de controle, com o escopo de garantir a efetividade da arbitragem como via de acesso à “ordem jurídica justa”.

¹⁸ PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, set./dez. 2004. p. 162-163.

¹⁹ *Ibid.*, p. 163.

2 – NACIONALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

Conforme indicado no item anterior, o objetivo do presente trabalho é analisar as medidas disponíveis para o controle judicial das sentenças arbitrais *nacionais*. Faz-se necessário, portanto, antes de mais nada, definir quando a sentença arbitral será nacional e quando será estrangeira. A Lei n.º 9.307/1996 traz o critério para essa definição.

2.1 – CRITÉRIO PARA A DEFINIÇÃO DA NACIONALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

A Lei n.º 9.307/1996 estabelece, em seu art. 34, parágrafo único, que a sentença arbitral será estrangeira quando for proferida fora do território nacional. Logo, nacional será a sentença arbitral quando for *proferida dentro do território brasileiro*.

2.1.1 – Adoção do “critério territorialista” (ou “geográfico”) pela Lei n.º 9.307/1996

De acordo com a Lei brasileira, para definição da nacionalidade da sentença arbitral, são *irrelevantes*: o local (ou os locais) em que efetivamente realizado o processo ou que tiver sido escolhido como “sede da arbitragem”; a nacionalidade dos árbitros e das partes; quais as regras convencionadas para reger o procedimento ou para resolver a crise de direito material objeto da arbitragem; as qualidades do conflito – *v.g.*, se referente a contrato internacional ou nacional; e o local em que a sentença poderá ou deverá ser executada ou em que produzirá os seus efeitos.

Basta identificar o país em que a sentença arbitral foi proferida. Afirma-se, por isso, que a Lei n.º 9.307/1996 adotou, em seu art. 34, parágrafo único, um “critério territorialista” ou “geográfico” para a definição da nacionalidade da sentença arbitral²⁰.

²⁰ WALD, Arnaldo. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, jan./abr. 2004. p. 51; CARMONA, op. cit., p. 439; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 278; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 371; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 231; RICCI, Edoardo Flavio. A sentença arbitral brasileira com nacionalidade de outros países. In: _____. *Lei de arbitragem brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 218; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – lei n.º 9.307/96*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 155-157; GARCEZ, José Maria Rossani. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras – direito brasileiro e comparado. In: _____;

2.1.2 – Significado de “proferimento” ou “prolação” da sentença

O local do proferimento da sentença é aquele em que os árbitros deliberam, ou seja, aquele em que a decisão é tomada²¹ – e não o local em que a sentença é documentada e/ou assinada (art. 24) ou no qual as partes a recebem, ou seja, são dela intimadas²².

A intimação das partes (art. 29) quanto ao decidido é posterior ao momento do proferimento. *Somente poderá ocorrer após a documentação da decisão conforme manda o art. 24 da Lei.* E deverá ser realizada na forma do art. 30 – ou outra que tenha sido convencionada pelas partes, conforme exposto no item 3.2.3, abaixo.

Bem por isso, aliás, a simples presença das partes em audiência de julgamento na arbitragem não basta para que elas possam ser consideradas intimadas quanto ao decidido – a exemplo do que se passa nas sessões de julgamento dos tribunais judiciais (as partes não saem intimadas das decisões nelas tomadas). Apenas se a formalização e entrega da decisão ocorrer na própria audiência ou sessão é que as partes poderão sair dela já intimadas.

2.1.3 – Inaplicabilidade do critério da “sede da arbitragem”

Existe o entendimento de que a sentença arbitral deve ser *considerada proferida*, sempre, no local definido na convenção como “sede da arbitragem” – pouco importando onde tenha ela (a sentença) sido documentada, assinada, disponibilizada ou entregue para as partes ou então onde tenham os árbitros deliberado.

BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 446.

²¹ CARMONA, op. cit., p. 372. Nos seus termos, “...o lugar em que a decisão foi proferida é aquele em que os árbitros se reuniram e deliberaram, não o lugar em que o documento foi firmado. Não parece, portanto, necessário que os árbitros que deliberaram em São Paulo (como determinado na convenção de arbitragem) devam voltar a esta cidade (se forem forasteiros) para firmar a sentença. O documento pode perfeitamente ser enviado aos julgadores para que o assinem onde quer que estejam e a decisão terá sido proferida em São Paulo.”

²² Não se ignora que a Lei de Arbitragem empregou o termo “apresentar” como sinônimo de “prolatar” ou “proferir” em diversos dispositivos (arts. 11, inciso III, e art. 23, *caput*). No art. 12, inciso III, os termos “proferir” e “apresentar” aparecem lado a lado. Seja como for, deve-se entender que o prazo dos árbitros a que se referem esses dispositivos é sempre para a deliberação, ou seja, a tomada da decisão – não para a intimação das partes.

Essa solução – defendida, por exemplo, por Adriana BRAGHETTA – se destinaria a evitar “problemas” para as partes, como, por exemplo, os seguintes: “...(i) possibilidade de um laudo ser considerado plurinacional, tudo a depender do critério de nacionalidade adotado para cada um dos países; (ii) prevalecer como competente para julgar a ação de anulação o país onde o árbitro fortuitamente assinou o laudo; e (iii) ficar o laudo sem qualquer controle, quando o país da sede entender que prevalece o local do proferimento e este, por outro lado, tiver interpretação oposta.”²³

Compreende-se perfeitamente a preocupação em tentar evitar dificuldades como essas. Ademais disso, não se ignora que o art. 31.3 da Lei Modelo da UNCITRAL define a nacionalidade da sentença segundo a “sede da arbitragem”. Ocorre que, nesse ponto, a Lei n.º 9.307/1996 simplesmente não segue a referida Lei Modelo – estando, por outro lado, alinhada ao disposto, *v.g.*, na Convenção de Genebra de 1927 e na Convenção de Nova Iorque de 1958, atos estes referendados pelo Brasil²⁴.

Na verdade, a Lei brasileira nem sequer encampa o conceito de “sede da arbitragem”²⁵. Fala apenas e tão-somente “em local ou locais onde se desenvolverá a arbitragem” (art. 11, inciso I) e “lugar em que será proferida a sentença arbitral” (art. 10, inciso IV). A ideia de “sede” não aparece em nenhum dos seus dispositivos, não havendo qualquer questão interna ou externa ao processo arbitral para cuja solução a Lei a ela remeta.

Não bastasse isso, note-se que, seja qual for o critério que se adote para a definição da nacionalidade da sentença, não haverá como impedir de modo absoluto que ocorram divergências em relação a regras previstas *em outros ordenamentos*. Mesmo que se entenda que, para a Lei brasileira, a sentença arbitral considera-se proferida no local em que sediada a arbitragem, persistirão “problemas” ou “dificuldades” semelhantes aos referidos por BRAGHETTA. Imagine-se, por exemplo, que na legislação de outro país esteja previsto que a sentença será de sua nacionalidade se ela for nele proferida. Imagine-se, ainda, que a sentença venha a ser efetivamente proferida nesse outro país, tendo, porém, a convenção elegido como sede da arbitragem o Brasil. Ter-se-ia, nessa hipótese, uma

²³ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, v. I. p. 16.

²⁴ Como observa: CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 371.

²⁵ CARMONA, *op. cit.*, p. 204-205.

sentença de nacionalidade brasileira (segundo a Lei n.º 9.307/1996) e da nacionalidade do outro país (segundo o respectivo ordenamento jurídico)²⁶.

Por outro lado, a solução de definir a nacionalidade da sentença segundo o local da sede da arbitragem implicaria o surgimento de dificuldades “*internas*” – além das possíveis divergências em relação aos critérios estabelecidos em legislações estrangeiras. Imagine-se, por exemplo, uma arbitragem entre cidadãos brasileiros em que não haja a definição de uma “sede” – o que pode perfeitamente acontecer segundo a Lei n.º 9.307, que não adota o conceito de “sede”. Nesse caso, qual seria a nacionalidade da sentença, segundo a Lei brasileira? Não teria ela nacionalidade alguma? Ou nesse caso os conceitos de sede e local em que praticados os atos da arbitragem ou em que proferida a sentença teriam de ser equiparados? E se houvesse mais de um local de processamento da arbitragem?

De resto, é fundamental ter em conta que *devem sempre ser observadas as regras do local ao qual a sentença for levada para reconhecimento, execução ou para produzir efeitos*: a sentença será tratada como nacional ou estrangeira conforme o que estiver previsto no ordenamento do local escolhido. Assim:

(a) Se de acordo com a Lei de Arbitragem brasileira a sentença for considerada estrangeira, a ela se aplicarão, se pedida a sua homologação no Brasil, as regras do art. 34 e seguintes. Tendo sido anulada ou suspensa no país em que prolatada, incide a regra do art. 38, inciso VI (art. V.1, alínea *e*, da Convenção de Nova Iorque).

(b) Já se a sentença for nacional, segundo a Lei n.º 9.307/1996, aplicar-se-ão, para fins de controle judicial, os arts. 32 e 33. *Será irrelevante, para o ordenamento brasileiro, que a sentença tenha sido previamente “anulada” no outro país, o qual também a repete de sua nacionalidade*. A Lei n.º 9.307 não dispõe o contrário. Em vez disso, deixa claro, no art. 33, que a “anulação” da sentença considerada pela Lei como nacional compete ao Poder Judiciário

²⁶ E não há nada de anormal nisso. Cada Estado tem o poder de definir as suas próprias regras de identificação da nacionalidade das sentenças arbitrais. Essas regras nem sempre serão compatíveis com as de outros Estados. Por isso, uma mesma sentença poderá ser qualificada como nacional por mais de um Direito – sendo, nesse sentido, “plurinacional”.

Jamais, porém, uma mesma sentença poderá ter mais de uma nacionalidade perante um mesmo Direito. Como nota Edoardo Flavio RICCI: “Nenhum sistema admite a possibilidade de a sentença arbitral ser qualificada ao mesmo tempo [internamente a ele, o mesmo sistema – vale acrescentar] como nacional e como estrangeira” (RICCI, op. cit., p. 218).

brasileiro – de modo que somente a “anulação” realizada pelo Judiciário brasileiro produzirá efeitos no Brasil.

Tenha-se em conta, entretanto, que o fato de a Lei brasileira não ter encampado o conceito de “sede da arbitragem” não o torna irrelevante. É perfeitamente possível que as partes elejam e façam constar da convenção uma “sede” para a sua arbitragem. Não há o que impeça isso. E a escolha de uma sede poderá servir para resolver diversas questões práticas no processo arbitral – como a própria definição do local em que a sentença deverá ser proferida, nos casos em que essa informação (o local de proferimento) não constar especificamente da convenção (vide o item 2.2.2, abaixo).

2.1.4 – Sobre a definição da nacionalidade da sentença arbitral mediante a adoção de um conceito puramente jurídico de “proferimento”

Demonstrando preocupações parecidas com as de BRAGHETTA, Carlos Augusto da Silveira LOBO sustenta que o conceito de “lugar em que será proferida a sentença arbitral”, previsto no inciso IV do art. 10 da Lei n.º 9.307/1996, seria puramente jurídico. A seu ver, para ser *considerada* proferida no (e ter a nacionalidade do) local definido na convenção a sentença não precisaria ser *efetivamente* proferida nesse mesmo local²⁷. Semelhante posição é defendida por Francisco JOSÉ CAHALI²⁸.

Não se descarta, neste trabalho, a possibilidade (ou, eventualmente, a necessidade) da adoção dessa solução – como se verá adiante, nos itens 2.4, 2.5.1.3 e 2.5.3, quando se trata do afastamento do “critério territorialista”. Mas em regra a nacionalidade da sentença arbitral será determinada segundo o local em que for ela efetivamente proferida, a ser apostado no documento-sentença pelos árbitros – ainda que, segundo a convenção de arbitragem, aquele local devesse ser outro. É o que estabelece o art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 9.307.

²⁷ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 9, p. 62-71, abr./jun. 2006.

²⁸ JOSÉ CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 254.

2.2 – ESCOLHA DO LOCAL EM QUE SERÁ PROFERIDA A SENTENÇA ARBITRAL

Devem as partes indicar na convenção de arbitragem o local em que a sentença será proferida. Inclusive, o art. 10, inciso IV, da Lei n.º 9.307 prevê a obrigatoriedade dessa indicação, no compromisso arbitral.

2.2.1 – Omissão da convenção quanto ao “local em que será proferida a sentença arbitral”

Sendo uma cláusula compromissória, a convenção pode não indicar o local em que a sentença arbitral será proferida. Nesse caso, essa indicação haverá de ser feita em futuro e eventual compromisso ou, na falta deste, aditando-se a cláusula – aditamento que tanto pode ser firmado antes da instauração da arbitragem, como depois, até o momento de proferir a sentença, conforme prevê o art. 19, parágrafo único, da Lei n.º 9.307/1996.

O “adendo” do art. 19, parágrafo único, poderá (e deverá) ser firmado também em caso de omissão do compromisso arbitral quanto ao local em que será proferida a sentença. O fato de essa informação ser obrigatória para o compromisso não significa que, na sua omissão, não será mais possível nele inseri-la. Ao contrário, apenas reforça a necessidade da complementação. E, também nesse caso, o aditamento poderá ser realizado até o momento da prolação da sentença.

2.2.2 – Postura do árbitro diante de eventual indefinição das partes quanto ao local em que será proferida a sentença

É possível que a convenção (cláusula ou compromisso) nada diga especificamente sobre local “em que será proferida a sentença arbitral”, trazendo, porém, a indicação de uma “sede para a arbitragem”²⁹ ou então do local onde se desenvolverá o processo.

Nesse caso, será adequado e prudente que os árbitros esclareçam, diante das partes, o que elas pretenderam com a referida indicação: se obrigá-los a restringir a prática de seus atos no local apontado na convenção; se apenas eleger esse local como aquele em que os atos arbitrais deverão ser ordinariamente praticados e/ou a secretaria do órgão estabelecida; ou, então, se definir o local em que a sentença deve ser proferida.

²⁹ Conceito não encampado pela Lei n.º 9.307, conforme exposto no item 2.1.3.

Se não houver um consenso entre as partes a esse respeito, serão três as soluções teoricamente possíveis: (i) os árbitros renunciam aos seus poderes, deixando as partes livres para escolherem novos árbitros, os quais dariam continuidade ao processo instaurado; (ii) os árbitros se recusam a dar seguimento ao processo, extinguindo-o sem julgamento de mérito; (iii) havendo a previsão de uma “sede” ou local (ou locais) para a arbitragem na convenção, os árbitros reputam que em tal local (ou em um dos locais, se houver mais de um) é que deve ser proferida a sentença.

As soluções referidas em (i) e (ii) não parecem as mais adequadas – não havendo, porém, como impedir que os árbitros, querendo, adotem-nas. A primeira delas não levaria a lugar algum: a simples eleição de novos árbitros de nada adiantará para a resolução da questão. Já a segunda solução não impediria que uma nova arbitragem fosse iniciada subsequentemente, uma vez que a simples indefinição quanto ao local de proferimento da sentença não é motivo suficiente para afastar a eficácia da convenção de arbitragem – e na nova arbitragem o impasse quanto ao local de proferimento da sentença voltaria a se apresentar.

Mais razoável será adotar a solução do item (iii), com fundamento no art. 21, § 1º, da Lei n.º 9.307 – que atribui um poder normativo aos árbitros, permitindo-lhes inclusive suprir omissões eventualmente verificadas nas regras escolhidas para reger o procedimento arbitral. Os árbitros se pautarão nos termos da convenção – e, portanto, *em indícios da vontade das partes* – para definir o local de prolação da sentença. Se a convenção indicar mais de um local para o desenvolvimento da arbitragem, a escolha do local de proferimento deverá recair sobre o local em que os atos serão de ordinário realizados ou onde se encontra a secretaria do órgão arbitral.

Ou seja, o fato de o inciso IV do art. 10 da Lei n.º 9.307/1996 prever “o lugar em que será proferida a sentença arbitral” como elemento obrigatório do compromisso não significa que, na ausência de tal elemento, a arbitragem não possa ser realizada. Do contrário, não haveria, aliás, como sustentar a suficiência da cláusula arbitral nos casos em que ela não previsse (e no mais das vezes ela não preverá) o local de prolação da sentença: para afastar a eficácia da cláusula, bastaria à parte arrependida de tê-la firmado discordar do local de prolação proposto pelo seu adversário (no momento de celebração do compromisso) e/ou pelos árbitros (v.g., no momento de celebração do termo de aditamento a que se refere o parágrafo único do art. 19 da Lei).

Na verdade, a obrigatoriedade da definição de um local para a prolação da sentença arbitral torna ainda mais necessário que (no silêncio da convenção) os árbitros, logo no início da arbitragem, busquem-na junto às partes ou, na falta de um consenso entre elas, a partir de elementos de vontade que possam ser extraídos da convenção celebrada, nos termos expostos no item (iii), acima.

Se não houver nenhuma indicação de local (ou locais) para o processamento ou de “sede” da arbitragem na convenção, a definição do país em que a sentença será proferida (não tendo sido consensualmente obtida pelas partes) somente deverá ser feita pelos árbitros se houver outros aspectos da causa que lhes permitam resolver a questão *de modo razoável para ambas as partes* – por exemplo, se as duas partes são brasileiras e debatem sobre bem imóvel situado em São Paulo, razoável entender que a sentença deva ser proferida no Brasil. Do contrário, será recomendável (para evitar “nulidades”) aos árbitros extinguir a arbitragem, deixando as partes livres para que se entendam quanto aos elementos indispensáveis para a realização da arbitragem ou recorram ao Judiciário.

2.3 – DIFICULDADES NA IDENTIFICAÇÃO DA NACIONALIDADE DA SENTENÇA PROFERIDA

Havendo a deliberação dos árbitros em audiência presencial, com a participação das partes, a identificação do local de proferimento torna-se bastante fácil. O local da audiência deverá ser indicado na sentença como aquele em que foi proferida.

Mas nem sempre é simples assim ou, mesmo, possível definir o exato local em que a sentença é proferida.

2.3.1 – Definição da nacionalidade de sentença que é proferida a partir de locais (países) diversos

Imagine-se, por exemplo, caso em que a deliberação é tomada em tele ou videoconferência, cada árbitro dela participando de um país. Ou, então, caso em que os árbitros, residentes em países distintos, limitam-se a trocar minutas e votos por *email*, enviados de países distintos. Como definir a nacionalidade da sentença arbitral nessas situações?

Em casos como esses, em virtude do modo como o julgamento é realizado, não presencial, viabilizado pelo emprego de tecnologias de comunicação em distância, não haverá um único local de proferimento. Ademais, poderá ser bastante difícil ou até mesmo impossível saber de quais locais terão partido as deliberações tomadas. Mas isso não significa que a sentença arbitral terá tantas nacionalidades quantos forem os locais de deliberação – nem que, não sendo possível identificar os locais em que havidas as deliberações, não terá ela nacionalidade alguma.

Para definir a nacionalidade da sentença arbitral, diante dessas circunstâncias, entende-se que se deve recorrer a um *critério de ficção*: a sentença será *considerada proferida* no local que a convenção de arbitragem ou adendo que lhe tenha sido firmado houver indicado como o de seu proferimento. Não se vislumbra solução melhor do que essa, a despeito de *abdicar do “critério territorialista”* do art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 9.307/1996.

Qualquer outra solução que se adote será igualmente artificial, na medida em que simplesmente não haverá como identificar um único e exato local de proferimento da sentença. O que torna a solução acima mais razoável do que qualquer outra é o fato de ela ao menos privilegiar a vontade das partes, manifestada na convenção.

2.3.2 – Definição da nacionalidade nos casos em que a sentença é objeto de “embargos de declaração” ou de recurso interno eventualmente pactuado

A Lei n.º 9.307/1996 prevê, em seu art. 30, que a sentença arbitral sujeita-se a medida semelhante aos “embargos de declaração” do art. 535 do Código de Processo Civil (ver o item 3.3, abaixo). Por outro lado, embora a Lei não contemple o cabimento de recursos no processo arbitral, não se pode descartar a possibilidade de as partes convencionarem modalidades internas de revisão da sentença (item 3.4).

A interposição de “embargos de declaração” ou de recurso interno que tenha sido eventualmente convencionado pode gerar dúvidas a respeito da nacionalidade da sentença arbitral. Se a decisão dos “embargos” ou recurso for proferida em país distinto daquele em que foi proferida a sentença “embargada” ou recorrida, qual será a nacionalidade que prevalecerá? A solução para esse problema dependerá do resultado do julgamento:

(i) se houver a substituição da sentença, prevalece a nacionalidade do local em que proferida a decisão do recurso – caso em que o recurso é conhecido/admitido, reformando-se ou mantendo-se o julgamento realizado anteriormente;

(ii) se houver a cassação da sentença, prevalece o local em que proferida a decisão de cassação ou, sendo posteriormente proferida nova sentença no lugar da cassada, o local em que esse novo proferimento acontecer – caso em que, por ocasião da apreciação do recurso, o julgamento realizado anteriormente é desfeito ou revogado em virtude de alguma irregularidade processual;

(iii) se não houver cassação nem substituição da sentença, o que se passa quando o recurso não é conhecido ou admitido ou os “embargos de declaração” não são conhecidos ou então são rejeitados, não haverá alteração no local de proferimento;

(iv) se os “embargos de declaração” são acolhidos sem efeitos modificativos ou infringentes, a sentença não será cassada nem substituída, mas apenas suprida ou complementada – com o que o local de proferimento também não é alterado; e

(v) mas se os “embargos de declaração arbitrais” forem acolhidos com efeitos modificativos ou infringentes, aplica-se a solução do item (i) ou a do item (ii), acima, conforme o resultado havido – *i.e.*, reforma ou cassação do julgamento impugnado.

Imaginem-se, agora, os seguintes casos: (a) recurso integral (*i.e.*, que abrange todos os capítulos ou partes da sentença) que é apenas parcialmente conhecido/admitido, para ser (total ou parcialmente, na parte em que conhecido/admitido) provido ou desprovido; (b) recurso parcial conhecido/admitido, para ser provido ou desprovido; e (c) causa julgada em etapas, por sentenças arbitrais parciais³⁰.

Nessas situações, se a decisão do recurso ou a sentença parcial for proferida em local – país – diverso daquele em que prolatada a sentença recorrida ou sentença

³⁰ É perfeitamente possível haver sentenças parciais em arbitragem – questão a que se dedica item específico neste trabalho (vide o item 9.3). Sobre a aplicabilidade a teoria dos capítulos de sentença aos processos arbitrais, de que (conforme se verá ao longo do texto) decorrem consequências práticas relevantes, confira-se, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 337-340.

parcial anterior, haverá sentenças de nacionalidades diversas em um mesmo processo arbitral.

Nos casos (a) e (b): os capítulos não devolvidos pelo recurso terão a nacionalidade da sentença recorrida, enquanto os capítulos devolvidos terão a nacionalidade do local em que proferida a decisão do recurso³¹. Se houver a cassação dos capítulos devolvidos e a determinação para que haja um novo julgamento acerca de seu objeto, o local em que este acontecer determinará a nacionalidade dos capítulos que a nova decisão contiver. Quanto ao caso do item (c): admitida a possibilidade de haver sentenças parciais no processo arbitral, conforme exposto no item 9.3, cada uma delas terá a nacionalidade do local em que vier a ser proferida.

Não se ignora que a existência de sentenças de distintas nacionalidades em um mesmo processo pode gerar dificuldades ou inconvenientes práticos diversos. Por exemplo, havendo uma sentença nacional e uma estrangeira e sendo o caso de realizar seu controle judicial, as respectivas medidas de controle não poderão ser reunidas por conexão. Isso porque cada uma seguirá um procedimento próprio: a nacional, será controlada na forma do art. 33; a estrangeira, na forma dos arts. 37 e seguintes da Lei n.º 9.307. Além disso, amplia-se o risco de se terem decisões destoantes uma das outras em sede de controle judicial: v.g., poderá acontecer de a impugnação da sentença nacional ser acolhida com fundamento na alegação da nulidade absoluta da convenção e, por outro lado, a sentença estrangeira ser homologada, a despeito daquela mesma nulidade (vide o item 9.3.4).

Para se evitar situações como essa, existe a possibilidade de as partes pactuarem, na convenção ou em adendo a ela firmado, o afastamento do “critério territorialista”.

³¹ Como os capítulos em relação aos quais o recurso não for conhecido/admitido não serão substituídos nem cassados em função do julgamento realizado em “grau recursal”, a sentença recorrida continuará os encampando. Já os capítulos em relação aos quais o recurso for conhecido/admitido serão substituídos a partir do julgamento em “grau recursal” (e ficarão, assim, imediatamente encampados em uma nova sentença) ou por ele cassados para que possivelmente (como no exemplo dado no texto) sejam substituídos no futuro por nova sentença.

Pode, portanto, haver, em um mesmo processo, mais de uma sentença – e, assim, sentenças transitadas em julgado em momentos diversos. Isso não conflita com a ideia de unidade formal da sentença. Cada sentença é um ato – possivelmente, com mais de um capítulo. Mas pode haver mais de uma sentença no processo (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, nov. 2006. p. 92-94).

2.4 – POSSIBILIDADE DE SE CONVENCIONAR O AFASTAMENTO DO “CRITÉRIO TERRITORIALISTA”

Em tese, em qualquer caso o afastamento do “critério territorialista” é possível. Basta que as partes deixem expressamente consignado na convenção ou em “adendo” que lhe tenham firmado³² que a sentença arbitral terá a nacionalidade escolhida independentemente do local em que ela venha a ser concretamente proferida. Na ausência de previsão expressa nesse sentido, aplica-se a disposição do art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 9.307 – ressalvados os casos em que o afastamento do “critério territorialista” for indispensável, em decorrência das particularidades do procedimento desenvolvido, para a definição da nacionalidade da sentença (conforme demonstrado no item 2.3.1).

A possibilidade de as partes definirem a nacionalidade da sentença, desvinculando-a do local do concreto proferimento, *não é vedada pelo ordenamento*. Quando estabelece que a sentença arbitral terá a nacionalidade do local em que proferida e que a escolha desse local deve ser feita pelas partes, a Lei n.º 9.307 deixa, em última análise, a cargo das próprias partes eleger qual será (*rectius*, qual deverá ser) a nacionalidade da sentença.

Ora, se são as partes que escolhem qual deverá ser a nacionalidade da sentença arbitral, por que não permitir que seja ela desde logo *definida* na convenção – dispensando-se que o proferimento tenha de ocorrer efetivamente no local cuja nacionalidade se pretende para a sentença? Trata-se de questão de interesse exclusivamente das partes e que, portanto, pode ser objeto de disposição. A dispensa pode evitar inclusive as dificuldades que se põem para a definição da nacionalidade em casos em que existem recursos internos e “embargos de declaração” contra a sentença (ver o item anterior).

Razões de conveniência e de razoabilidade podem justificar, outrossim, o afastamento do “critério territorialista” por acordo entre as partes. Por exemplo: as partes desejam que a sentença arbitral seja brasileira. Uma delas reside no Brasil e a outra, nos Estados Unidos. Os árbitros escolhidos são, também, todos residentes nos Estados Unidos. Pactua-se que o procedimento arbitral será desenvolvido nos Estados Unidos e que o julgamento será realizado em audiência com a presença das partes. Para garantir que a sentença seja nacional, segundo a Lei n.º 9.307, todos os árbitros e a outra parte haveriam de vir até o Brasil, para que aqui fosse realizada a audiência de julgamento. É evidente,

³² O “adendo” pode ser firmado até o momento do proferimento da sentença.

porém, que seria muito mais simples e prático que a única parte residente no Brasil fosse aos Estados Unidos para que lá se realizasse a audiência. Nesse caso, a única forma de garantir a nacionalidade brasileira para a sentença seria mediante o afastamento do “critério territorialista”, definindo-se na convenção que a sentença será considerada brasileira ainda que aqui não venha a ser proferida³³.

Por fim, observe-se que, definida a nacionalidade na convenção, mediante o expresse afastamento do critério territorialista, será inócua qualquer tentativa dos árbitros de – *contra a vontade comum das partes* – alterá-la. Assim, a nacionalidade da sentença não poderá ser alterada pelos árbitros mediante a simples indicação (propositada ou não) de local diverso do definido na convenção. A menos que ambas as partes venham a aceitar a alteração, não poderá ser ela considerada eficaz (vide o item 2.5.2, abaixo).

2.5 – DEFEITOS DA SENTENÇA NA INDICAÇÃO DO LOCAL EM QUE PROFERIDA

Um dos elementos obrigatórios da sentença arbitral, segundo o art. 26, inciso IV, da Lei n.º 9.307 é o lugar em que ela foi proferida. A indicação do local de proferimento se presta a permitir a identificação da nacionalidade da sentença – que é relevante para se saber se, para que possa produzir efeitos e ser executada no Brasil, a sentença precisará ou não ser previamente submetida a processo de homologação junto ao Superior Tribunal de Justiça, bem como para definir o regime de seu controle judicial.

Pode acontecer, porém, que a sentença arbitral (a) não indique o local em que proferida; (b) indique local diverso daquele em que efetivamente proferida; (c) afirme ter nacionalidade distinta da que *se definiu* na convenção ou “adendo” – caso em que houve o afastamento do “critério territorialista” pelas partes. É possível, ademais, que (d) o lugar indicado na sentença seja aquele em que ela foi realmente proferida, mas que esse local não corresponda ao local em que, segundo a convenção, deveria ter havido o proferimento. As consequências da falha havida variarão conforme o caso – nem sempre cabendo a “decretação da nulidade” da sentença arbitral.

³³ Em semelhante sentido: CARMONA, op. cit., p. 372.

2.5.1 – Caso em que a sentença arbitral não menciona o local em que é proferida

Se não trazer a indicação do local de seu proferimento, a sentença estará em desacordo com o inciso IV do art. 26 da Lei n.º 9.307/1996.

2.5.1.1 – Possibilidade de suprimimento da omissão pelos árbitros

O art. 30 da Lei n.º 9.307/1996 prevê que os “embargos de declaração arbitrais” se prestam a eliminar obscuridades, contradições, omissões e erros materiais verificados na sentença. Portanto, no prazo de cinco dias (ainda conforme o art. 30) da data da intimação da sentença arbitral, qualquer das partes pode opor “embargos de declaração” para o fim de pedir o suprimimento da omissão quanto ao local de proferimento.

Nada impede, porém, que determinados defeitos sentenciais sejam corrigidos pelos árbitros de ofício, enquanto seus poderes ainda estiverem em vigor. Com efeito, em geral, falhas e omissões de ordem material são passíveis de correção a qualquer tempo, podendo-deverendo ser eliminados pelos árbitros independentemente de pedido das partes – claro, *enquanto o órgão arbitral ainda não houver sido desconstituído*.

Os defeitos sentenciais de ordem material apenas não poderão ser eliminados de ofício pelos árbitros quando disserem respeito a aspectos acerca dos quais as partes possam dispor – vide o item 2.5.2, abaixo. A falta de indicação do local de proferimento da sentença definitivamente não consiste em aspecto com o qual as partes possam eficazmente concordar. Eis que, antes ou independentemente da oposição de “embargos de declaração”, os árbitros, enquanto estiverem investidos de seus poderes, poderão-deverão suprir a omissão quanto ao local de proferimento da sentença.

Por fim, note-se que o encerramento da arbitragem não consistirá em impedimento absoluto ao suprimimento da omissão quanto ao local de proferimento da sentença pelos próprios árbitros. Não se pode descartar a possibilidade de os árbitros, mediante pedido conjunto das partes, “reativarem” o processo arbitral (já encerrado) especificamente para realizar o reparo da sentença. Essa solução não está expressamente prevista na Lei n.º 9.307, mas também não é por ela proibida – e no campo da autonomia da vontade, o que não é proibido é permitido. Ademais, trata-se da melhor solução para a situação, pois advinda dos próprios autores do erro – de quem as partes esperam uma solução completa e regular para seu conflito (vide o item 3.5.5, abaixo).

2.5.1.2 – Possibilidade de suprimento da omissão pelo Judiciário

Prevê o art. 32, inciso III, da Lei n.º 9.307 que, caso o vício (consistente na falta de indicação do local em que proferida a sentença) não tenha sido eliminado pelos árbitros, a sentença será “nula”, por lhe faltar um dos elementos essenciais do art. 26. Contudo, é preciso interpretar razoavelmente o dispositivo – considerando-se os princípios da instrumentalidade das formas, celeridade e efetividade.

Com efeito, *não cabe ao Judiciário anular* a sentença arbitral pelo simples fato de ela não trazer a indicação do local em que foi proferida. Jamais será essa a solução correta. Na verdade, como se demonstra mais adiante neste trabalho, a sentença *nem sequer será propriamente “nula” na hipótese*. Apenas conterà omissão material sobre elemento que lhe é, de acordo com a Lei, indispensável para a sua identificação. Caberá, então, ao juiz da causa apurar – *mediante consulta aos documentos dos autos e a realização das provas que se mostrarem necessárias* – o local de proferimento, realizando ele mesmo a sua complementação. O pedido de suprimento da omissão poderá ser feito a qualquer tempo e por qualquer das partes, não se sujeitando ao prazo do § 1º do art. 33 – a “coisa julgada arbitral” não será um impeditivo a tanto (conforme se expõe no item 3.5.5).

Identificada a nacionalidade da sentença³⁴ e tendo havido a tempestiva alegação de outros vícios pela parte interessada, deve-se adotar uma das seguintes soluções: sendo nacional a sentença, dá-se seguimento ao processo judicial e julga-se sobre os outros pretensos vícios; concluindo-se que é estrangeira a sentença, apenas se extingue o processo sem julgamento de mérito – deixando-se a cargo da parte interessada tomar a iniciativa de requerer a competente homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Não havendo como identificar o local exato em que foi proferida a sentença arbitral, será necessário recorrer ao “critério de ficção” a que se referiu no item 2.3.1: a sentença será *considerada proferida* no local que a convenção de arbitragem ou adendo que lhe tenha sido firmado houver indicado como o de sua prolação.

³⁴ O julgamento será (no ponto de identificação da nacionalidade da sentença arbitral) de procedência. Afinal, ter-se-á reconhecido a omissão e, além disso, suprido-a.

2.5.1.3 – Outro possível tratamento a ser dado para a questão pelo Judiciário

É perfeitamente possível que a parte interessada, entendendo que a sentença arbitral é nacional, inicie sua execução ou a invoque em outro processo judicial em que tenha ela relevância independentemente do (ou antes de pedir o) suprimento da omissão por ação específica fundada no art. 32, inciso III, c/c art. 26, inciso IV, da Lei n.º 9.307. Se isso ocorrer, o Judiciário deverá verificar previamente – mediante uma “interpretação corretória” (ver o item 4.4.4) e após a realização de contraditório e o exame dos documentos pertinentes da arbitragem e, se for o caso, a realização de outras provas – a nacionalidade da sentença. Confirmando que ela é brasileira, poderá dar continuidade aos atos de execução ou levá-la em conta no processo em que invocada. Concluindo que a sentença é estrangeira, deve extinguir (anormalmente) a execução ou desconsiderar a sua invocação no processo, deixando a parte livre para iniciar o processo de homologação judicial no Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, se parte entender que a sentença é estrangeira, pode pedir desde logo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça. Se este concluir – depois do devido contraditório – que a sentença é nacional, deverá extinguir “anormalmente” o processo de homologação. A sentença já estará apta a produzir normalmente os seus efeitos no Brasil.

2.5.2 – Caso em que a sentença indica local diverso daquele em que foi efetivamente proferida ou nacionalidade distinta da que *se definiu* na convenção

Se a sentença indicar local diverso daquele em que foi efetivamente proferida ou outra nacionalidade que não aquela que (mediante o afastamento do “critério territorialista” – vide o item 2.4) se definiu na convenção ou “adendo” a ela firmado, também conterà irregularidade ou defeito material – não “nulidade” (vide o item 4.4.4, abaixo). E irregularidade/defeito que deverá ser corrigido pelos árbitros *se e quando houver pedido da parte interessada*. Depois de encerrada a arbitragem, a correção pelos árbitros, a pedido das partes, apenas será possível com o seu consentimento.

Também existe a possibilidade de se pedir ao Judiciário a correção da sentença, para que nela se passe a indicar o local em que efetivamente proferida ou a nacionalidade *definida* na convenção ou “adendo”. O fundamento legal para esse pleito

será, *por analogia*, o art. 32, inciso III, da Lei de Arbitragem³⁵. A exemplo do que se passa no caso de acolhimento do pedido de complementação da sentença omissa quanto ao local de proferimento, *não será caso de anular a sentença*, mas apenas e tão-somente de ajustá-la, para declarar a sua correta nacionalidade. Esse pleito perante o Judiciário *pode ser feito a qualquer tempo*, pois a “coisa julgada arbitral” não obsta a correção de erros ou defeitos materiais verificados na sentença (vide o itens 4.4.4 e 7.3).

Tal como se expôs no item anterior, a parte interessada pode, ainda, requerer providências judiciais (v.g., execução) com fundamento na sentença arbitral independentemente de sua anterior correção na forma do parágrafo anterior – levando em conta, na ocasião, a sua verdadeira nacionalidade. Bastará, no momento da invocação da sentença arbitral, apresentar elementos que permitam identificar a sua correta nacionalidade e, assim, a pertinência e cabimento das providências que estão sendo requeridas.

Os erros ou defeitos em questão *não podem, entretanto, ser conhecidos de ofício* (i.e., sem provocação da parte interessada) em processo judicial no qual a sentença arbitral seja invocada. A definição da nacionalidade da sentença está na esfera de disponibilidade das partes. A estas é dado, de comum acordo, afastar o “critério territorialista” (item 2.4, acima) ou conformar-se quando a sentença for proferida em local diverso do que desejavam (item seguinte). Se é assim, podem, também, consensualmente, aceitar a nacionalidade indicada na sentença mesmo quando for ela diversa da devida, ou seja, mesmo quando a nacionalidade indicada não for a do local do efetivo proferimento ou divergir da definida na convenção mediante o afastamento do critério territorialista.

Observe-se: o mero decurso do tempo *não é* capaz de consolidar eventual equívoco dos árbitros na indicação da nacionalidade da sentença. A aceitação pelas partes da nacionalidade equivocadamente indicada dependerá da realização de ato por uma delas que a confirme e, além disso, da postura (que poderá ser ativa ou passiva) da outra que ateste a sua concordância com o referido ato.

Assim, imagine-se, por exemplo, que, a despeito de o proferimento ter acontecido nos Estados Unidos, a sentença, por lapso, indica a nacionalidade brasileira. Se uma das partes iniciar processo de execução diretamente no Judiciário

³⁵ Sobre a necessidade de realizar uma interpretação razoavelmente “aberta” do art. 32, vide o item 4.1.2.1.2, abaixo.

brasileiro (*i.e.*, sem antes pedir a homologação judicial da sentença na forma dos arts. 35 e seguintes da Lei n.º 9.307/1996) e a parte contrária (executada) não invocar o defeito verificado em “impugnação” ou embargos, conforme o caso, presume-se que ambas estão de acordo com a alteração de nacionalidade promovida (voluntariamente ou não) pelos árbitros.

Destaque-se, por fim, que poderá acontecer de os árbitros indicarem *de propósito*, na sentença, local diverso daquele de sua efetiva prolação ou cuja nacionalidade seja distinta da definida na convenção mediante o afastamento do critério territorialista. Mesmo nesse caso o defeito sentencial *será de ordem material*: a sentença indicará nacionalidade que ela simplesmente não tem. Com efeito, o simples fato de os árbitros “quererem” que a sentença tenha nacionalidade diversa da que ela efetivamente possui não retira a natureza material do vício. Vício este que poderá ser alegado a qualquer tempo – ressalvada a possibilidade de as partes consentirem (tácita ou expressamente) com a alteração da nacionalidade intentada pelos árbitros.

2.5.3 – Caso em que o local indicado na sentença é aquele em que ela foi realmente proferida, mas não se trata do local em que (segundo a convenção) a deliberação deveria ter sido realizada

Caso a sentença tenha sido realmente proferida no local (país) nela indicado, mas este local não corresponda ao especificado na convenção, estará ela viciada – *a não ser que a prolação em local diverso do desejado seja decorrência de ato de responsabilidade das partes (por exemplo: ausência de pagamento das despesas necessárias para que os árbitros fossem até o lugar em que deveriam deliberar)*.

Tendo sido indevidamente proferida no Brasil, a parte interessada poderá impugnar a sentença (que será nacional) na forma do art. 33, §§ 1º e 3º, da Lei n.º 9.307/1996³⁶. A impugnação poderá se fundar *nos incisos IV e/ou VIII do art. 32*: afinal, ao deliberarem no Brasil, os árbitros terão descumprido o procedimento estabelecido na convenção de arbitragem. Mas nem sempre será o caso de anular a sentença arbitral e

³⁶ Ou seja, nesse caso, as condições de impugnação *devem ser as da sentença*, não as da convenção. Assim, se a sentença foi proferida no Brasil, quando deveria ter sido prolatada em outro país, será impugnada como nacional, não estrangeira.

determinar a devolução da causa aos árbitros (com fundamento no art. 33, § 2º, inciso II) para que eles profiram outra em seu lugar – agora no local convencionado pelas partes.

Primeiramente, note-se que a impugnação não poderá ser formulada a qualquer tempo, mas *necessariamente no prazo do art. 33, § 1º* – ou, se a sentença for condenatória, poderá ainda ser alegada na forma do § 3º do mesmo artigo. Isso porque a falha a respeito da nacionalidade da sentença consistirá em *reflexo* de vício processual que ficará totalmente superado com o decurso do tempo, qual seja: inobservância do procedimento convencionado pelas partes da arbitragem. Não se terá, portanto, simples defeito material ou omissão na indicação do local de proferimento (vide os itens 2.5.1 e 2.5.2).

A anulação seguida da determinação de devolução da causa aos árbitros deverá ser realizada se houver a demonstração *da necessidade de, em decorrência do vício verificado, refazer atos/etapas do processo arbitral com a participação das partes*. Por exemplo, se não houve a intimação das partes para participar ativamente da audiência de julgamento, quando era ela devida segundo o procedimento convencionado, será necessário anular a sentença e devolver a causa aos árbitros – e isso ainda que a parte autora da ação de anulação (sucumbente na arbitragem) possa estar conformada com a nacionalidade (eventualmente diversa da inicialmente querida) que a sentença tiver recebido. O processo arbitral deverá ser retomado por determinação judicial, com a realização de regular audiência de julgamento e a prolação de nova sentença na forma devida (art. 33, § 2º, inciso II, da Lei de Arbitragem).

Não havendo a necessidade de refazimento de atos processuais, a anulação da sentença pelo Poder Judiciário e determinação de devolução da causa aos árbitros não será a melhor solução: realizar a anulação apenas para que se proceda a uma nova deliberação no Brasil e, com isso, garanta-se (de acordo com a Lei n.º 9.307) a sua nacionalidade nacional, será ilógico e contraproducente. Mais adequado será, na hipótese, o Judiciário realizar ele próprio a adequação do local de proferimento, indicando na sentença aquele no qual (segundo a convenção ou adendo a ela firmado) a deliberação deveria ter sido realizada (Brasil). Ou seja, *afasta-se judicialmente o “critério territorialista”*, com o que se elimina o vício sentencial e faz-se prevalecer a nacionalidade do local em que a prolação deveria ter ocorrido – homenageando, assim, a vontade das partes, oportunamente manifestada na convenção.

Por fim, observe-se que a ausência de tempestiva impugnação da sentença arbitral implica aceitação da nacionalidade a ela conferida pelos árbitros. Mas a aceitação da nacionalidade da sentença pode se dar antes mesmo do decurso do prazo para impugná-la. Outras condutas das partes podem denotá-la. Por exemplo: a parte que (vencedora na arbitragem) pede a execução da sentença diretamente no Poder Judiciário brasileiro, por terem os árbitros (em descompasso com a convenção de arbitragem) deliberado no Brasil, aceita a nacionalidade a ela dada. Lembre-se: *a definição da nacionalidade da sentença arbitral está na esfera de disponibilidade das partes*.

2.5.4 – Caso em que o local em que a sentença é proferida não é nela indicado nem corresponde ao local em que deveria ter sido proferida

Nessa situação, a anulação da sentença (para que em seu lugar seja proferida outra, agora no local certo – a ser indicado no documento-sentença) ou, se for o caso, o seu suprimento com a indicação do local em que a sentença deveria ter sido proferida (caso de afastamento judicial do “critério territorialista”) apenas terá lugar se a parte interessada fizer o competente e oportuno pedido, na forma do item anterior.

Se apenas for pedida a eliminação da omissão na forma do item 2.5.1.2, para que se indique na sentença o local de seu efetivo proferimento, não poderá o Judiciário tomar nenhuma daquelas outras providências (anulação ou afastamento judicial do “critério territorialista”) no processo instaurado: simplesmente prevalecerá o local do efetivo proferimento, o qual será especificado na sentença arbitral.

2.5.5 – Casos em que a decisão de recurso/“embargos de declaração arbitrais” ou a sentença parcial apresenta falha na indicação do local em que proferida

Pode ser que a decisão do recurso interno ou “embargos de declaração” apresentados contra a sentença arbitral apresente falhas na indicação do local em que proferida. Desde que essa decisão não tenha o condão de cassar e/ou substituir capítulo(s) da sentença, as falhas nela existentes serão irrelevantes – ao menos para o fim de identificação da nacionalidade do provimento arbitral. Importa é que o local em que emitido o provimento a ser executado, impugnado judicialmente ou levado a reconhecimento esteja devidamente identificado.

Se a falha estiver em decisão que tenha o condão de cassar ou substituir capítulo(s) da sentença recorrida ou “embargada”, o tratamento a ser dado será o exposto nos itens 2.5.1, 2.5.2, 2.5.3 ou 2.5.4, conforme o caso. Os capítulos dessa nova decisão que substituírem os da sentença anterior definirão (sozinhos ou ao lado dos capítulos sentenciais eventualmente não substituídos nem cassados) o conflito.

Já se com o julgamento dos “embargos de declaração” ou de recurso interno houver a cassação da sentença (ou de parte sua) acompanhada da determinação de que haja um novo e subsequente julgamento arbitral, será relevante saber o local de prolação da nova decisão. Pois será ela que definirá a causa (ou parte dela).

3 – ENCERRAMENTO DO PROCESSO ARBITRAL, CONTROLE INTERNO DA SENTENÇA E “COISA JULGADA” ARBITRAL

O art. 29 da Lei n.º 9.307/1996 estabelece que a arbitragem se encerra no momento em que a sentença é proferida. Estabelece, ainda, a necessidade de intimação das partes acerca da sentença – a ser realizada depois de sua devida formalização na forma do *caput* do art. 24.

3.1 – ENCERRAMENTO DA ARBITRAGEM

A despeito do previsto no art. 29, não é propriamente com o proferimento da sentença que o processo arbitral se encerra.

Conforme exposto no item 2.1.2, a sentença arbitral é considerada “proferida” no momento em que a decisão é tomada pelos árbitros, ou seja, no momento da deliberação. Mas *o ato da deliberação não encerra as funções dos árbitros*. Basta ver que será ainda necessário documentar a decisão na forma do art. 24, com a observância de todos os elementos do art. 26. Aliás, sem que isso aconteça, as partes nem sequer poderão ser intimadas na forma da segunda parte do art. 29 da Lei n.º 9.307.

A própria intimação das partes acerca da sentença consiste em atribuição (ou melhor, em responsabilidade) *dos árbitros*, a ser desempenhada necessariamente antes do encerramento do processo arbitral – quando os árbitros perderão os poderes que lhes foram atribuídos, ou seja, deixarão de ser árbitros. Portanto, também não é antes da intimação da sentença, disciplinada pelo art. 29 da Lei n.º 9.307/1996, que o processo arbitral se encerra.

Ademais, é preciso ler o art. 29 da Lei em conjunto com o art. 30. Este dispositivo prevê a possibilidade de as partes formularem contra a sentença medida semelhante aos “embargos de declaração” do art. 535 do Código de Processo Civil (ver item 3.3, abaixo). Isso significa que a arbitragem não se encerra antes de decorrido em branco o prazo para a oposição dos “embargos de declaração arbitrais” ou, tendo sido opostos os “embargos”, antes que sejam eles decididos e o resultado do respectivo julgamento seja levado ao conhecimento das partes (conforme o art. 30, parágrafo único).

Da mesma forma, se as partes tiverem pactuado alguma modalidade de revisão interna da sentença, o que como se verá logo adiante é perfeitamente possível, a

arbitragem não poderá ser considerada terminada antes de todos os prazos recursais se encerrarem ou de todos os recursos interpostos serem definitivamente julgados e a decisão do último deles ser levada ao conhecimento das partes na forma do art. 30 da Lei n.º 9.307.

Com efeito, a arbitragem termina apenas quando, proferida a sentença arbitral, *encerrarem-se todos os prazos internos possíveis* (com o que, sendo a sentença de mérito, aperfeiçoar-se-á a chamada “coisa julgada arbitral”) e os árbitros estiverem dispensados (segundo o que estiver previsto na convenção) de tomar qualquer outra medida no âmbito do processo.

Em outras palavras, o processo arbitral se encerra apenas depois do decurso em branco do prazo das partes para “embargar” ou recorrer (dependendo de qual seja a última medida cabível) contra a última decisão que tiver sido nele proferida – seja esta uma decisão de anteriores “embargos de declaração”, seja de anterior recurso interno³⁷ e ³⁸. Após esse momento, a arbitragem persistirá apenas se houver a condenação de uma das partes e couber-lhes (aos árbitros, *segundo previsto na convenção*) a prática de atos de execução indireta (a esse respeito, vide o item 6.1.2).

³⁷ Sobre o cabimento de “embargos de declaração” contra decisão de anteriores “embargos” no âmbito dos processos judiciais, vide, por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5. p. 563-564. A jurisprudência é, além disso, assente a respeito do tema. Confira-se, por exemplo: Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 769.042/SP, Relator Ministro Aldir PASSARINHO JUNIOR, 4ª Turma, publicado no Diário de Justiça de 21.08.2006, p. 264; Recurso Especial n.º 615.173/SP, Relator Ministro Felix FISCHER, 5ª Turma, publicado no Diário de Justiça de 24.05.2004, p. 349. As mesmas lições valem para os “embargos” arbitrais.

³⁸ O encerramento da arbitragem põe fim aos poderes de árbitro. Mas não libera aqueles que atuaram como árbitros para que procedam como bem entenderem em relação à causa que julgaram.

O dever de discrição dos agora “ex-árbitros”, por exemplo, mantém-se, impondo-lhes que evitem contatos mais próximos com qualquer das partes por um período razoável depois do fim do processo, bem como que não exponham ao público detalhes da causa em que atuaram – nesse último caso, a menos que expressamente autorizados pelas partes, sob pena, até, de serem civilmente responsabilizados.

Também persiste seu dever de diligência, o qual pode ser visualizado, v.g., quando se pensa no fim que devem aqueles que foram árbitros dar aos autos do processo e a outros elementos que estejam sob sua guarda ou de terceiros (como originais de documentos juntados aos autos e que, por alguma razão, não tenham ficado com qualquer das partes durante a tramitação do feito). Quanto aos autos, poderá haver, conforme o que estiver previsto na convenção ou regulamento aplicável, o seu arquivamento na instituição arbitral competente; a entrega de seu original a uma das partes e de cópia autenticada para a outra; *etc.* Quanto aos outros elementos referidos, o destino a ser-lhes dado dependerá de sua natureza e procedência.

Ainda sobre a questão do fim que se deve dar aos autos e demais elementos do processo: cabe aos “ex-árbitros”, antes de tomar qualquer providência a esse respeito, aguardar o decurso de todos os prazos internos da arbitragem. Apenas depois disso é que caberá dar fim aos autos e demais elementos do processo.

De resto, observe-se que os poderes dos árbitros poderão ser excepcionalmente restaurados (“reativados”) se, manejada com sucesso alguma das ações cabíveis para a impugnação da sentença, o Poder Judiciário determinar a devolução da causa ao órgão arbitral para que corrija ou substitua o provimento anteriormente dado, eventualmente mediante o refazimento da parte contaminada do procedimento (consoante o art. 33, § 2º, da Lei de Arbitragem). A esse respeito, vide os itens 7.1.15 e 7.2.10, abaixo.

3.2 – INTIMAÇÃO ACERCA DA SENTENÇA ARBITRAL E DAS DECISÕES DOS “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO” E EVENTUAIS RECURSOS INTERNOS

De acordo com o art. 29 da Lei n.º 9.307, proferida a sentença arbitral, *as partes* devem ser dela intimadas pelos árbitros. O parágrafo único do art. 30, por sua vez, prevê o dever dos árbitros de intimarem as partes acerca da decisão dos “embargos de declaração” que sejam eventualmente opostos contra a sentença. Ademais, apesar de a Lei nada dispor sobre recursos internos, é evidente que, nos casos em que seu cabimento houver sido pactuado, as partes terão de ser intimadas pelos árbitros das respectivas decisões.

3.2.1 – Sobre a necessidade de intimação dos advogados das partes

A Lei em nenhum momento menciona a necessidade de intimação dos *advogados* das partes. Isso se explica pelo fato de a constituição de advogados ser meramente facultativa na arbitragem (art. 21, § 3º). Mas quando qualquer das partes se fizer *representar* por advogado, para por seu intermédio postular no processo, as intimações em referência deverão ser feitas tanto na sua pessoa como na de seu advogado.

A intimação dos advogados das partes será necessária porque a partir dela é que se iniciarão os prazos internos ao processo arbitral – *v.g.*, prazo para oposição de “embargos de declaração arbitrais” e/ou para a interposição de recursos que tenham sido eventualmente convencioneados. Ou seja, os advogados terão de ser intimados para que possam realizar os atos de representação técnica no processo arbitral.

Já a intimação na pessoa das partes, determinada pelos arts. 29 e 30 da Lei n.º 9.307, destina-se a permitir-lhes a realização das medidas indispensáveis ao cumprimento do que se tiver decidido e também a avaliação da necessidade e seu interesse

na impugnação judicial da sentença arbitral. Trata-se de deliberações acerca de providências externas ao processo arbitral – e, portanto, de competência pessoal das partes.

3.2.2 – Sobre a necessidade de intimação de representantes não-advogados e assessores das partes

Conforme o § 3º do art. 21, é perfeitamente possível que as partes se façam representar ou sejam apenas assistidas (no sentido de “assessoradas”) no processo arbitral por pessoas que não sejam advogados. Nem sequer é necessário que o representante ou assistente escolhido pela parte tenha curso superior ou qualificação profissional específica³⁹.

Nos casos em que a parte tiver um *mero “assessor”*, não será necessário intimá-lo dos atos processuais – incluindo a sentença arbitral e decisões de “embargos de declaração” e eventuais recursos internos. Isso porque o assessor participará apenas indiretamente da arbitragem, auxiliando a parte na definição de suas estratégias e/ou na compreensão de aspectos técnicos da causa debatida ou então do procedimento realizado. Todas as intimações serão feitas na pessoa da própria parte.

Nos casos em que a parte postula na arbitragem por meio de um *representante*, ainda que não se trate de advogado, aplica-se a mesma disciplina exposta no item anterior. Ou seja, tanto as partes quanto os seus representantes formalmente constituídos deverão ser intimados da sentença arbitral e da decisão dos “embargos de declaração” e/ou recursos internos. Os prazos internos ao processo arbitral se iniciarão na data da intimação dos representantes. Já os prazos externos ao processo arbitral, incluindo o da ação de anulação previsto no § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307, terão início na data da intimação na pessoa da parte (sobre as regras de contagem do prazo da ação de anulação, vide o item 7.1.6.6).

3.2.3 – Possibilidade de as partes alterarem as regras de intimação

Conforme o *caput* do art. 21 da Lei n.º 9.307, as partes podem criar as regras a serem seguidas no procedimento arbitral – mas sempre com a observância da

³⁹ CARMONA, op. cit., p. 301.

cláusula do devido processo legal e seus corolários, incluindo os princípios arrolados no § 2º daquele mesmo artigo.

Assim, é perfeitamente possível que as partes convençionem regras de intimação específicas para o seu procedimento. Podem, por exemplo, estipular que apenas elas deverão ser intimadas dos atos processuais, dispensando-se a intimação dos seus advogados ou representantes – quando estes tiverem sido constituídos. Ou, ao contrário, podem pactuar que apenas os seus representantes ou advogados é que serão intimados. No silêncio da convenção, aplicam-se as regras gerais expostas nos itens anteriores.

Serão nulas as regras de intimação convençionadas que puderem inviabilizar ou dificultar o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como o acesso ao Judiciário, por qualquer das partes. Seria, por exemplo, absurdo admitir a validade de previsão conferindo apenas ao vencedor da arbitragem o direito de ser intimado. Da mesma forma, jamais poderão ser criadas regras que possam dificultar o controle das intimações pelos árbitros ou mesmo pelo Judiciário. Cabe aos árbitros zelar pela regularidade do processo arbitral, efetuando – no início do processo ou no seu curso, na medida do possível em conjunto com as partes – todos os ajustes que se mostrarem necessários para resguardar os direitos envolvidos (v.g., arts. 13, § 6º, 19, parágrafo único, 21, §§ 1º e 2º).

Por fim, observe-se que serão as regras de intimação convençionadas pelas partes que determinarão o momento em que se iniciarão os prazos internos ou externos ao processo arbitral. Se a convenção estabelecer, v.g., que a intimação da sentença arbitral e da decisão dos “embargos” e eventuais recursos deve ser feita apenas na pessoa da parte *ou* na de seu advogado ou representante, todo e qualquer prazo, interno ou não ao processo arbitral, começará a correr na data da em que aquela for realizada.

3.2.4 – Defeitos irrelevantes no ato de intimação

Se a intimação for realizada em desacordo com o convençionado, será inválida e deverá ser refeita. Mas se aquele que deveria ser intimado inequivocamente (comprovadamente) tomar conhecimento do ato a despeito da falha na intimação, esta deverá ser relevada.

Essa mesma solução, pautada no princípio da instrumentalidade das formas e no princípio segundo o qual as nulidades não devem ser decretadas na ausência de prejuízos

concretos, deve ser aplicada nos casos em que as regras gerais sobre intimações (não afastadas pela convenção de arbitragem) não forem observadas pelos árbitros.

Por outro lado, intimações/comunicações além das indispensáveis (segundo o art. 29 da Lei n.º 9.307 ou o que as partes houverem estabelecido na convenção) jamais configurarão “nulidade” processual. Quando muito, gerarão prejuízos extraprocessuais, a serem reparados na forma da lei civil (v.g., se, apesar de as partes exigirem sigilo, a sentença vier a ser divulgada a terceiros pelos árbitros, estes poderão ser responsabilizados).

3.2.5 – Forma como as intimações devem ser feitas

O art. 29 da Lei de Arbitragem dispõe sobre o meio como deve ser realizada a intimação da sentença e (*ex vi* do art. 30, parágrafo único, segunda parte, da Lei) da decisão dos “embargos de declaração” e de recursos internos eventualmente convencionados.

O árbitro ou o presidente do tribunal arbitral⁴⁰ (se houver mais de um árbitro) pode entregar o documento-decisão diretamente a quem deva ser intimado ou então enviá-lo por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação. Salvo disposição em sentido diverso na convenção, o árbitro ou o presidente do tribunal escolherá o meio como será realizada a intimação, se pessoalmente ou não (neste caso, se por “fax”, carta, *e-mail etc.*).

Seja qual for o meio de comunicação utilizado, sempre deverá ele ser apto a permitir a comprovação de recebimento da decisão por quem deva, segundo a convenção ou a Lei n.º 9.307, recebê-la, bem como a identificação da data exata da intimação. Saber a data das intimações é fundamental, pois é a partir dela que se inicia o prazo para a oposição dos “embargos de declaração arbitrais”, a interposição de recursos internos eventualmente cabíveis ou o ajuizamento da demanda anulatória de que trata o art. 33, § 1º, da Lei n.º 9.307/1996.

⁴⁰ Na prática, pode acontecer de a entrega ou envio da decisão não ser realizado pelo árbitro ou presidente do tribunal, mas por outra pessoa. Aliás, os atos meramente burocráticos costumam ser realizados pela secretaria do órgão arbitral, a qual faz as vezes do cartório ou secretaria dos órgãos do Poder Judiciário.

Na realidade, a entrega ou envio da decisão é uma *responsabilidade* dos árbitros, não uma tarefa personalíssima sua. Por isso mesmo, o envio ou entrega da decisão a mando dos árbitros não configura irregularidade

Ademais disso, para que a intimação se considere realizada, para fins de contagem de prazos internos e externos ao processo arbitral, é imprescindível que o documento que veicula a decisão seja entregue de forma legível, no idioma definido para a arbitragem⁴¹ e completo – não bastando, portanto, a entrega da parte dispositiva da decisão ou apenas da sua ementa.

3.3 – PEDIDO DE ESCLARECIMENTO, SUPRIMENTO E CORREÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL (“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ARBITRAIS”)

O art. 30 da Lei n.º 9.307/1996 prevê que, no prazo de cinco dias a partir da data da intimação da sentença, a parte interessada pode solicitar aos árbitros a correção de erros materiais, o esclarecimento de obscuridade existente na sentença, a eliminação de contradição ou de dúvida que dela decorra⁴² ou, ainda, o pronunciamento sobre ponto omitido a respeito do qual deveria ter havido manifestação.

A esse mecanismo contemplado na Lei de Arbitragem, ao qual já foram feitas diversas referências nos itens anteriores, convencionou-se chamar, na doutrina, de “embargos de declaração arbitrais”, em virtude de sua clara semelhança em relação ao instrumento processual previsto no art. 535 do Código de Processo Civil.

⁴¹ Os arts. 10 e 11 da Lei n.º 9.307 não fazem referência ao idioma em que será processada a arbitragem. Mas isso não significa que não se trate de aspecto relevante para o processo arbitral. Ao contrário, é importante que as partes definam, na convenção, qual será o idioma que será utilizado – podendo, inclusive, haver a utilização de mais de um. Os atos processuais deverão ser levados ao conhecimento das partes em idioma que houver sido escolhido na convenção – sob pena de a intimação ser *ineficaz*.

A comunicação será feita no idioma escolhido pelos árbitros, nos casos em que as partes tiverem deixado a seu cargo defini-lo ou não chegarem a um consenso a esse respeito. Sobre o modo de definição do idioma pelos árbitros e os fatores que estes devem levar em conta ao realizarem a escolha, vide: CARMONA, op. cit., p. 219.

⁴² Que deveria ter sido omitida, pois a dúvida não passa de mera decorrência da contradição, obscuridade, lacuna da decisão ou de erro material nela contido (conforme: CARMONA, op. cit., p. 387). Também reprovando a referência ao termo “dúvida” no art. 30: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estrutura da sentença arbitral. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 353.

3.3.1 – Possibilidade de as partes definirem o procedimento dos “embargos de declaração”

O prazo para oposição dos “embargos de declaração” pode ser perfeitamente alterado pelas partes – tanto para ampliá-lo, quanto para reduzi-lo. Afinal, trata-se de aspecto relativo ao procedimento arbitral, sobre o qual as partes podem – ainda que dentro de certos limites – dispor. Deve-se, contudo, tomar cuidado para não se estipular prazo que inviabilize ou dificulte a oposição dos “embargos de declaração”⁴³.

Os “embargos de declaração” consistem em mecanismo que a Lei n.º 9.307 consagra justamente pelo seu importante papel para que se tenha um devido processo arbitral, apto a produzir respostas completas, coerentes e inteligíveis acerca das pretensões das partes. Bem por isso, aliás, as partes não podem – em arbitragens a que se aplique a Lei brasileira – afastar o cabimento dos “embargos” nas situações referidas no art. 30. Indevidas restrições, omissões ou obscuridades na disciplina convencional dos “embargos de declaração” devem ser oportunamente remediadas pelos árbitros, com fundamento em seu poder normativo, consagrado no art. 22, § 1º, da Lei de Arbitragem⁴⁴. Com isso, podem ser evitadas, inclusive, futuras impugnações ao processo arbitral e seu resultado.

O art. 30, *caput*, não é muito claro sobre a forma de contagem do prazo para “embargar”. Limita-se a dizer que os cinco dias contam-se da intimação da sentença. Ao que se infere, o termo *a quo* é – na linha das regras gerais sobre contagem de prazos – o dia seguinte ao da intimação. Mas e se o dia seguinte for não-útil? E se a própria intimação se

⁴³ “Podemos também pensar em formato especial de julgamento da impugnação dos embargos arbitrais, alterando o prazo de cinco dias, que, a rigor, é preclusivo, de acordo pelas partes. Ou mesmo, por exemplo, os árbitros as convocarem para a discussão pessoal dos aspectos alegados nos embargos, decidindo na hora, apesar de não ser usual. Não vemos restrições a alterações no mecanismo, desde que não haja prejuízo ao pleno exercício do contraditório” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 301).

⁴⁴ Aplica-se, nesse ponto, a seguinte lição de CARMONA: “Seja qual for a escolha das partes quanto ao procedimento, é certo que haverá sempre espaço para o árbitro adaptar ao caso efetivo as regras escolhidas, até porque não se imagina um procedimento pré-concebido que seja tão completo que possa prever todas as situações e vicissitudes de uma arbitragem *in concreto*. Não há como negar, portanto, a existência de um verdadeiro poder normativo do árbitro: esse poder será pleno quando ficar por conta do julgador o estabelecimento das regras da arbitragem, ou então será supletivo quando as partes tiverem escolhido um regramento pré-existente (mas que nunca será completo ou exaustivo). Num caso ou noutro, deverá o árbitro agir com cuidado, de modo a evitar que o procedimento possa ser utilizado por algum dos contendores como forma de procrastinar o feito ou de abrir espaço para eventuais nulidades.”

Enfim: “O processo arbitral – cujos princípios foram realçados pela Lei (art. 21, § 2º) – deve servir como garantia para a obtenção de uma decisão justa, não sendo um fim em si mesmo” (CARMONA, op. cit., p. 292).

der em dia não-útil? O termo *ad quem* se inclui ou não na contagem do prazo? A Lei não dá uma resposta para essas perguntas. E não há nada de errado nisso.

Todos esses aspectos devem ser definidos na convenção de arbitragem ou em “adendo” a ela firmado. As partes possuem grande liberdade na definição dos critérios de contagem. Por exemplo, a convenção pode perfeitamente estabelecer que o termo de vencimento do prazo dos “embargos” não se inclui em sua contagem; que o termo *a quo* é o próprio dia da intimação; que nem o dia da intimação nem o termo de vencimento são computados; e assim por diante. Reitere-se: as partes podem criar as regras do procedimento arbitral – tendo limites apenas nas normas fundamentais do devido processo legal.

Na ausência de prévia e plena definição dos critérios de contagem do prazo pelas partes, deverão os árbitros buscar fixá-los (art. 21, § 1º, da Lei n.º 9.307). Trata-se de questão a ser resolvida pelos árbitros o quanto antes no processo *e com a participação das partes*. Não se obtendo um consenso entre as partes sobre os critérios a serem adotados ou se os critérios por elas escolhidos se mostrarem inviáveis, deverão os árbitros (sempre motivadamente) defini-los. Em qualquer caso, é fundamental que os critérios fixados sejam previamente levados ao conhecimento das partes, sob pena de ofensa ao contraditório.

As regras a serem aplicadas não precisarão ser, necessariamente, as do Código de Processo Civil. Conforme CARMONA, “...a advertência é importante, pois é comum a invocação no procedimento arbitral de preceitos típicos do procedimento comum, reportando-se por vezes alguma das partes a determinadas regras da lei processual. A Lei de Arbitragem não contém norma que determine o emprego subsidiário da lei processual para suprir omissões no procedimento utilizado pelas partes. Assim, não há razão para impor ao árbitro, no eventual preenchimento de lacunas procedimentais, regras do Código. Aplicam-se sempre, isso sim, os princípios gerais do processo, com os temperamentos naturais que o processo deve sofrer quando passa para o âmbito extrajudicial.”⁴⁵

Por fim, observe-se que, se acontecer de a convenção silenciar sobre a forma de contagem do prazo dos “embargos” e as partes e/ou árbitros nada dispuserem a esse respeito antes da intimação da sentença arbitral, deverão ser observadas as regras gerais sobre contagem de prazos – que são as mesmas previstas no Código de Processo Civil. Logo, o termo *a quo* do prazo será o primeiro dia útil após a intimação da sentença;

⁴⁵ CARMONA, op. cit., p. 292-293.

o prazo não se suspenderá em dias não úteis; se o termo *ad quem* coincidir com dia não útil, o prazo fica prorrogado para o primeiro dia útil seguinte; *etc.*

3.3.2 – Necessidade de comunicar a “parte embargada” da oposição dos “embargos de declaração”

O art. 30, *caput*, da Lei n.º 9.307 estabelece a necessidade de a “parte embargada”⁴⁶ (e quem mais deva receber as intimações no processo – advogado ou representante da parte, conforme exposto nos itens 3.2.1 e 3.2.2) ser comunicada da oposição dos “embargos de declaração”. A exigência se põe com o fim de cientificá-la de que o processo arbitral prosseguirá e de que o prazo para eventual “demanda de decretação de nulidade” terá sido interrompido.

Cabe ao próprio embargante realizar essa comunicação, de acordo com o que consta do *caput* do art. 30. Porém, na sua inércia, devem os árbitros providenciá-la. Com efeito, uma vez que compete aos árbitros comandar o processo arbitral e controlar o seu regular desenvolvimento, devem garantir que a comunicação da parte contrária ocorra regularmente, se for o caso, tomando as medidas necessárias para realizá-la.

A forma de realizar a comunicação a que se refere o *caput* do art. 30 será definida na convenção ou, no seu silêncio, pelos próprios árbitros (conforme o art. 21, § 1º). Aplicam-se, aqui, as mesmas considerações feitas logo acima sobre o modo de definição dos critérios para a contagem do prazo dos “embargos”: ou seja, o ideal é que a questão seja definida no início do processo e com a participação das partes *etc.*

3.3.3 – Possibilidade de instaurar contraditório em relação aos “embargos de declaração”

A Lei n.º 9.307/1996 não prevê a necessidade de instauração de contraditório em relação aos “embargos de declaração”. Apesar disso, existe a possibilidade de os árbitros, ao receberem a petição, determinarem a manifestação da parte contrária. Isso poderá, inclusive, garantir a higidez da sentença arbitral, evitando que futuramente se venha a alegar sua nulidade diante do Poder Judiciário, com fundamento no art. 32, inciso VIII.

⁴⁶ Expressão utilizada no texto apenas por motivo de conveniência – pois se sabe que, na verdade, “embargada” é a decisão, não a parte.

Imagine-se, por exemplo, hipótese em que o fundamento dos “embargos de declaração arbitrais” consista em omissão cujo suprimento possa ocasionar a modificação do resultado do julgamento (trata-se da modalidade do remédio com “efeitos infringentes”⁴⁷): o aditamento da sentença sem o prévio contraditório poderia muito bem dar causa ao manejo de ação anulatória pela parte dele preterida.

Com efeito, em casos como esse, em que os “embargos” tiverem em tese o condão de alterar o resultado do julgamento, a instauração do contraditório será absolutamente indispensável. Assim, se a convenção de arbitragem não previr ou mesmo afastar a possibilidade de manifestação da “parte embargada”, os árbitros deverão, com fundamento no art. 21, § 1º, da Lei n.º 9.307/1996, adaptar o procedimento arbitral para viabilizá-la. A cláusula do devido processo legal, que inclui os direitos de contraditório e ampla defesa, é indisponível, conforme o § 2º do art. 21. Será inválida qualquer tentativa de afastá-la.

Havendo a necessidade de instaurar o contraditório, competirá aos árbitros notificar a “parte embargada”, facultando-lhe pronunciar-se sobre os “embargos de declaração” opostos antes de seu julgamento e em determinado prazo – é razoável que se conceda o mesmo prazo previsto para a oposição dos “embargos” (obedecendo-se regras de contagem análogas). O prazo fixado deverá ter início na data dessa notificação feita pelos árbitros, não da data em que a parte houver recebido cópia dos “embargos de declaração” da parte embargante (art. 30, *caput*).

3.3.4 – Prazo para a decisão dos “embargos de declaração”

O parágrafo único do art. 30 da Lei n.º 9.307/1996 estabelece um prazo de dez dias para que os árbitros profiram a decisão dos “embargos de declaração”, “aditando” a sentença quando for o caso. Esse prazo pode perfeitamente ser alterado pelas partes (ampliado ou mesmo reduzido) na convenção.

Se os “embargos de declaração” não forem decididos no prazo legal ou convencionado, razoável que se aplique, por analogia, a regra do art. 12, inciso III, da Lei

⁴⁷ Pela admissibilidade dos embargos de declaração com efeitos infringentes, confira-se, entre outros: LEMES, Selma Maria Ferreira. Os embargos arbitrais e a revitalização da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 37-39, jul./set. 2005; JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 261; CARMONA, op. cit., p. 388; SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 195-196; CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 366. Em sentido contrário, veja-se: FIGUEIRA JÚNIOR, *Arbitragem, jurisdição e execução...*, p. 269.

n.º 9.307/1996. De acordo com o dispositivo, a parte interessada deverá notificar os árbitros, cobrando-lhes a prolação da decisão em um prazo adicional de dez dias. Na ausência de tal notificação, presume-se que as partes toleram o atraso – ou seja, ocorre a prorrogação tácita do prazo para decidir, conforme o parágrafo único do art. 24.

Caso os árbitros, *apesar de notificados*, profiram a decisão dos “embargos de declaração” apenas após o encerramento do prazo adicional de dez dias a eles conferido, o que acontece?

(a) Se o prazo que havia sido previsto para a prolação da sentença arbitral se encerrar no curso do prazo que os árbitros tiverem para decidir os “embargos de declaração” opostos, não haverá contaminação do resultado da arbitragem. O fundamental é que a sentença arbitral tenha sido proferida dentro do prazo legal ou convencionado (ou, então, que nenhuma das partes tenha se manifestado na forma do art. 12, inciso III, diante de eventual atraso na prolação da sentença) e, opostos os “embargos de declaração”, seu julgamento seja igualmente tempestivo.

(b) Pode ser que o atraso dos árbitros na decisão dos “embargos” não faça com que o prazo que havia sido previsto para a prolação da sentença arbitral seja extrapolado. Trata-se de caso em que a sentença “embargada” veio a ser proferida antes do encerramento do prazo legal ou convencionado (art. 23) e os árbitros valeram-se do prazo remanescente (excedendo o prazo do art. 30, parágrafo único) para proferir a decisão dos “embargos”.

Nesse caso, razoável entender que a irregularidade havida não contaminará o resultado do processo – e, portanto, não dará margem a que seja ele impugnado judicialmente. Quando muito, os árbitros poderão ser responsabilizados pela demora verificada – a pedido da parte-notificante, mediante a demonstração dos prejuízos concretamente verificados em decorrência do atraso e da culpa grave ou dolo dos árbitros.

(c) A decisão dos “embargos de declaração” que tenha sido intempestivamente proferida ficará – *desde que tenha havido a oportuna notificação de uma ou ambas as partes na forma do art. 12, inciso III* – sujeita a impugnação judicial apenas se no momento da sua prolação o prazo para o proferimento da sentença arbitral (art. 23) já estiver esgotado (tenha tal esgotamento se dado em razão do próprio atraso na decisão dos “embargos” ou se

tiver ele se verificado antes mesmo do início ou no curso do prazo do parágrafo único do art. 30).

Não será possível relevar o defeito (na linha do que expôs no item “b”, acima) invocando-se a ausência de prejuízos ou o princípio da instrumentalidade das formas.

No caso do item (c), a parte interessada – que não precisará ser necessariamente a que se manifestou na forma do art. 12, inciso III – poderá pleitear a declaração judicial da *inexistência jurídica* da decisão dos “embargos de declaração”, com fundamento no inciso VII do art. 32 da Lei n.º 9.307/1996. Com efeito, a decisão dos “embargos” terá sido proferida quando os árbitros já não mais tinham os poderes que lhes haviam sido atribuídos pela convenção.

Os “embargos de declaração” prorrogam os poderes dos árbitros pelo prazo que lhes for dado para decidi-los (em regra, dez dias – art. 30, parágrafo único). Encerrado tal prazo e decorridos os dias adicionais que lhes forem conferidos em virtude da manifestação de qualquer das partes na forma do art. 12, inciso III, os poderes dos árbitros se extinguem. Extintos os poderes dos árbitros, as decisões que eles vierem a proferir serão juridicamente inexistentes (vide o item 4.4.2.1).

Em virtude da inexistência jurídica da decisão dos “embargos de declaração”, a solução da causa será dada pela sentença arbitral “embargada” – a qual estará, entretanto, sujeita a controle judicial, nos limites da Lei n.º 9.307/1996. A parte interessada terá a possibilidade de, ao impugnar a sentença “embargada”, alegar inclusive os mesmos defeitos apreciados pela decisão (inexistente) dos “embargos” (art. 32, incisos III e/ou V). O acolhimento da impugnação restabelecerá os poderes dos árbitros, os quais estarão, então, habilitados a decidir, dessa vez regularmente, os “embargos arbitrais”.

Pode parecer, em princípio, que a parte “embargante”, tendo se manifestado na forma do art. 12, inciso III, no processo arbitral, perde o interesse para, em sua impugnação contra a sentença “embargada”, alegar os mesmos vícios que haviam sido supridos pela decisão dos “embargos”. Contudo, o seu interesse de agir persistirá, pois o acolhimento da demanda formulada contra a sentença arbitral terá (conforme o art. 33, § 2º, inciso II) o efeito de *restabelecer os poderes dos árbitros para que uma nova, completa e, dessa vez regular, decisão seja por eles proferida*.

Não fosse assim, aliás, ao “embargante”, na arbitragem, a manifestação na

forma do art. 12, inciso III, funcionaria como um “jogo de azar”. O “embargante” que arriscasse cobrar uma decisão sobre os “embargos”, nos termos daquele dispositivo, ficaria de mãos atadas diante de eventual pronunciamento intempestivo dos árbitros: por um lado, a decisão dos “embargos” seria juridicamente inexistente – e, portanto, de nada lhe serviria (afinal, a inexistência consiste em vício insanável, passível de ser conhecido a qualquer tempo e até mesmo incidentalmente, de ofício, pelo Judiciário...); por outro, nada poderia ele fazer para obter um novo e regular pronunciamento dos árbitros sobre os seus “embargos”.

Não se pode descartar, outrossim, sem prejuízo da impugnação judicial da sentença “embargada” nos termos acima, a possibilidade de responsabilizar os árbitros pelos prejuízos verificados em decorrência do descumprimento do prazo adicional a eles dado para decidir os “embargos de declaração”. Será necessário, nesse caso, demonstrar os prejuízos ocorridos e o dolo ou culpa grave dos árbitros na inobservância do prazo que tinham para decidir.

3.3.5 – Desnecessidade de prévia oposição dos “embargos de declaração” para a impugnação judicial da sentença arbitral

O parágrafo único do art. 30 da Lei n.º 9.307/1996 estabelece que as partes devem ser intimadas da decisão dos “embargos de declaração arbitrais” na forma do art. 29.

A necessidade de intimação é uma imposição do contraditório e se põe até mesmo para que as partes tenham condições de saber que o curso do prazo para a propositura da “demanda de decretação de nulidade” da sentença arbitral terá se iniciado, conforme o § 1º, *in fine*, do art. 33 (a esse respeito, vide o exposto no item 7.1.6.4).

Isso não significa, porém, que a prévia oposição de “embargos de declaração” consista em condição para a alegação dos vícios verificados na sentença arbitral perante o Poder Judiciário (art. 32). As regras do parágrafo único do art. 30 e § 1º, parte final, do art. 33 se aplicam *apenas e tão-somente se* houver oposição de “embargos de declaração”.

A desnecessidade de prévia oposição dos “embargos”⁴⁸ é extraída da leitura conjunta do *caput* do art. 30 e do § 1º, parte inicial, do art. 33. O art. 30, *caput*, prevê que a

⁴⁸ Conforme, por exemplo: PARENTE, op. cit., p. 301.

oposição dos “embargos de declaração” é uma faculdade (e direito) das partes. É o que indica o termo “poderá”, empregado no dispositivo. Já o art. 33, § 1º, primeira parte, estabelece que o prazo para o ajuizamento da “demanda de decretação de nulidade” inicia-se na data da intimação da sentença *ou* – havendo a oposição de “embargos”, mera faculdade das partes conforme o *caput* do art. 30 – na data da intimação de seu “aditamento”.

Disso se conclui que, intimada da sentença, a parte interessada pode desde logo, antes mesmo do decurso do prazo para opor “embargos de declaração”, impugnar judicialmente a sentença arbitral na forma da Lei. Ou seja, não sendo obrigada a “embargar”, a parte interessada pode lançar mão de imediato dos meios de impugnação judicial admissíveis.

Com efeito:

(a) A Lei n.º 9.307/1996 poderia, sem dúvidas, ter estabelecido que o prazo para impugnar judicialmente a sentença arbitral se inicia apenas depois do decurso em branco do prazo para opor “embargos de declaração” contra a última decisão do processo.

Mas o fato é que a Lei permite que a parte interessada impugne judicialmente a sentença de imediato, assim que for dela intimada (§ 1º, primeira parte, do art. 33). Como se demonstra no item 7.1.8.1, abaixo, a parte interessada pode ir de imediato ao Judiciário mesmo que ainda exista a possibilidade de o seu adversário vir a opor “embargos de declaração” em face da sentença.

(b) A falta de oposição dos “embargos de declaração” não impede que os vícios que neles poderiam ter sido alegados venham a fundamentar posterior impugnação judicial da sentença arbitral. Do contrário, a Lei não teria deixado de impor (como se demonstrou acima) a anterior a oposição de “embargos arbitrais” como condição para a impugnação judicial da sentença.

E se a parte optar por opor “embargos de declaração” em face da sentença arbitral mas, na ocasião, deixar de alegar matéria que neles (conforme os limites do art. 30 da Lei n.º 9.307) poderia ser tratada: tal matéria omitida ainda poderá (se pertinente ao rol do art. 32) ser alegada em futura impugnação da sentença arbitral?

(i) De um modo geral, sim, ainda poderá ser alegada. Isso porque, na maioria dos casos, pela sua gravidade ou natureza, os vícios para cuja alegação os “embargos” se prestam (art. 30) não podem ficar superados pela simples falta de

sua alegação no curso do processo arbitral (v.g., falta de motivação, omissão quanto ao local ou a data de prolação *etc.*). Alguns daqueles vícios, inclusive, podem ser alegados e conhecidos perante o Judiciário a qualquer tempo, não havendo prazo (decadencial ou prescricional) para tanto. É o que se tem, por exemplo, no caso da sentença *citra petita*. A inexistência de sentença arbitral a respeito de determinado pedido jamais poderia ficar superada pela simples ausência de oposição dos “embargos”. Ou seja, a falta de oposição dos “embargos” não poderia fazer com que, “do nada”, passasse a existir sentença⁴⁹.

(ii) Mas ao menos em uma específica situação pode-se dizer que a omissão das partes nos “embargos” as impedirá de posteriormente alegar o vício em juízo: se a sentença arbitral indicar local diverso daquele em que foi efetivamente proferida ou nacionalidade distinta da que (mediante o afastamento do critério territorialista) *se definiu* na convenção e *as duas partes*, tendo oposto “embargos de declaração”, deixarem de na ocasião alegar o *defeito material*, este ficará superado. O silêncio das partes sobre o defeito verificado representará a sua aceitação sobre a nacionalidade indicada na sentença pelos árbitros (vide o item 2.5.2, acima).

Se apenas uma das partes “embargar”, deixando de alegar o pretenso defeito material na ocasião, considerar-se-á que ela aceitou a “nova nacionalidade”. Consequentemente, não poderá ela invocar futuramente o defeito se a parte contrária vier a requerer providências judiciais compatíveis com a nacionalidade indicada na sentença (por exemplo, a execução direta [*i.e.*, independentemente de

⁴⁹ Em sentido diverso, Flávio Luiz YARSHELL entende que, não opondo “embargos de declaração” em face da sentença *citra petita*, a parte interessada perde o direito de ajuizar “ação de anulação” (*rectius*, ação declaratória de inexistência). Diz o autor: “...na hipótese do inc. V do art. 32 da Lei de Arbitragem, só é dado à parte pedir a invalidade da decisão depois de, leal e objetivamente, ter esgotado todas as formas de obtenção da resposta às pretensões deduzidas.” E mais adiante conclui: “...a consequência da falta de observância do ônus de alegação, dado o caráter subsidiário do controle jurisdicional, há que se resolver em aceitação do que foi decidido pelo órgão arbitral. Se a parte, tendo a prerrogativa de impugnar tempestivamente a decisão, deixou de fazê-lo, só se pode entender que a aceitou; donde se constata a falta de interesse de agir para o pleito de desconstituição em juízo” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 207, maio de 1999. p. 18 e 19/20).

A esse entendimento contrapõem-se os argumentos que constam do texto, destacando-se, em especial, que a sentença *citra petita* não é simplesmente anulável, mas, na verdade, inexistente em relação ao pedido não julgado (vide o item 4.4.2, mais adiante). Logo, não havendo decisão, há como “aceitar o que foi decidido pelo órgão arbitral”. A inexistência de sentença sobre o pedido não julgado poderá ser declarada a qualquer tempo perante o Judiciário, mesmo que não tenha sido alegada em “embargos de declaração arbitrais”.

sua homologação] no Brasil de sentença que deveria ter indicado [mas por equívoco não indicou] nacionalidade estrangeira).

Por fim, observe-se que a negativa de conhecimento ou a rejeição dos “embargos de declaração” que tenham sido oportunamente opostos jamais será capaz de impedir a impugnação judicial da sentença arbitral – nos limites do art. 32. A última palavra sobre a adequação formal da arbitragem (*i.e.*, seu respeito aos fatores que a legitimam no ordenamento brasileiro, quais sejam: a realização de um devido processo legal e a origem consensual) sempre competirá ao Poder Judiciário, a pedido da parte interessada.

3.4 – RECURSOS INTERNOS AO PROCESSO ARBITRAL

Além dos “embargos de declaração”, a Lei n.º 9.307/1996 não prevê o cabimento de outras medidas internas ao processo arbitral contra a sentença. Mas ela também não veda – nem poderia fazê-lo, sob pena de tolher indevidamente a autonomia da vontade das partes – a possibilidade de se convencionarem mecanismos internos de impugnação.

Assim, as partes podem, perfeitamente, pactuar que a sentença arbitral estará sujeita a recurso semelhante ao de apelação do processo civil estatal – de modo a permitir uma revisão ampla da sentença em grau recursal. Podem, também, criar recursos nos moldes do especial e extraordinário (apenas para a solução de questões de direito) ou dos embargos infringentes do Código de Processo Civil. A rigor, as partes nem sequer precisam se espelhar nos modelos recursais no processo civil estatal, podendo criar mecanismos específicos, com requisitos próprios e inconfundíveis com os daqueles.

3.4.1 – Limites a serem observados na criação de recursos internos pelas partes

Mas existem limites a serem observados na pactuação de mecanismos internos de controle da sentença arbitral.

Primeiramente, jamais poderão ser pactuados mecanismos cuja disciplina esteja em desconformidade com os princípios e garantias fundamentais do processo⁵⁰.

⁵⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 57.

Trata-se de imposição da Constituição Federal (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV) e, não bastasse isso, da própria Lei de Arbitragem (art. 21, § 2º). Assim, as partes não poderão, v.g., estabelecer modalidade interna de recurso que dispense o contraditório prévio do recorrido nem prever que apenas uma delas terá o direito de recorrer no processo. Disposições como essas – aptas a gerar nulidade no processo arbitral – devem ser afastadas ou adaptadas (conforme o caso) pelos árbitros com base em seu “poder normativo”.

Depois, jamais as partes poderão pretender substituir o controle judicial da sentença arbitral pelo seu controle interno. Eventual acordo nesse sentido seria absolutamente ineficaz. Como se demonstrou no item 1.1, a arbitragem legitima-se na ordem constitucional brasileira em virtude da necessidade de se realizar segundo um devido processo legal (obedecendo aos direitos e garantias fundamentais do processo) e de se fundar na vontade regular e espontaneamente manifestada dos contendentes. São esses os aspectos que asseguram a sua idoneidade como mecanismo de resolução definitiva de conflitos. Portanto, a exclusão do controle judicial implicaria ofensa aos arts. 3º, inciso I, e 5º, *caput* e inciso XXXV, da Constituição Federal. Afinal, se não pudessem acessar o Poder Judiciário, aqueles a quem a decisão arbitral fosse dirigida estariam fadados a ter de com ela conviver mesmo quando verificada a sua desconformidade com as garantias fundamentais do devido processo legal e da liberdade (autonomia da vontade)⁵¹.

Além disso, as partes e/ou árbitros jamais poderão pretender envolver o Poder Judiciário no processamento e julgamento dos recursos ou meios de revisão que vierem a ser pactuados⁵². Trata-se de solução juridicamente impossível. O princípio da legalidade obsta que as partes criem um procedimento a ser seguido pelo Poder Judiciário. E mais: a escolha da arbitragem implica a exclusão da “jurisdição estatal”, a quem é vedado controlar o mérito do processo arbitral – só se lhe admitindo controlá-lo nos casos e limites expressamente previstos em lei. Por todas essas razões, absolutamente nula e ineficaz será a pactuação de “recurso” ou meio de revisão que se destine ao Poder Judiciário ou cujo processamento em alguma medida envolva a sua participação⁵³.

⁵¹ Tratando da impossibilidade de as partes convencionarem o descabimento do controle judicial da sentença arbitral, YARSHELL escreve: “...disposição dessa ordem feriria a garantia inscrita no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República e deveria ser tida como desprovida de qualquer eficácia” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 206).

⁵² No mesmo sentido, por exemplo: CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 285.

⁵³ Como observa CARMONA: “Seria nula de pleno direito a avença no sentido de submeter a revisão ao Poder Judiciário a decisão proferida pelos árbitros, até porque não haveria competência funcional

Por fim, não se poderá condicionar a alegação de eventual vício formal da sentença perante o Judiciário a anterior interposição do recurso interno. Valem, aqui, as mesmas considerações que foram feitas no item 3.3.5. A interposição de recurso interno será uma faculdade das partes. E uma faculdade cujo exercício não consiste em pressuposto para o ajuizamento de ação de anulação, ação declaratória *etc.* Intimada da sentença, a parte interessada pode desde logo impugná-la em juízo, caso verifique estar ela inquinada de algum dos vícios do art. 32 da Lei n.º 9.307/1996.

3.4.2 – Procedimento dos recursos internos convencionados

As partes é que definirão o procedimento a ser seguido em relação aos recursos internos que convencionarem – criando regras específicas para o seu caso ou então, se preferirem, reportando-se ao disposto em regulamento de determinada instituição arbitral.

Será fundamental que o procedimento convencionado preveja a necessidade de intimação da “parte recorrida”. A providência destina-se não apenas a possibilitar o seu direito de defesa, como ainda para que ela saiba que a arbitragem ainda prosseguirá – a exemplo do que se passa nos casos de “embargos de declaração” (art. 30, *caput*).

Julgado o recurso interno, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 29 da Lei n.º 9.307/1996. A intimação das partes sobre a decisão tomada marcará o início do prazo para opor-lhe “embargos de declaração” ou, se for o caso, para a parte interessada pleitear desde logo a sua anulação perante o Poder Judiciário (art. 33, § 1º).

3.4.3 – Interposição de recurso interno e preclusão

Se a parte interessada identificar algum vício formal na sentença que ainda possa ser corrigido na arbitragem por meio de recurso interno que tenha sido convencionado, poderá ela (ou seja, terá ela faculdade de) interpô-lo. Mas se preferir, como se indicou no item 3.3.5, poderá impugnar a sentença diretamente perante o Judiciário – claro, nos limites do art. 32 da Lei n.º 9.307.

(hierárquica) para julgar tal recurso. A vontade das partes, é sintomático, não pode vincular a competência – de natureza constitucional – dos órgãos judiciais estatais” (CARMONA, op. cit., p. 270).

Resta saber, porém, o que acontece se a parte interessada efetivamente interpuser recurso interno, mas nele deixar de alegar vício formal que afeta (direta ou indiretamente) a sentença. Nesse caso, será possível falar em preclusão a impedir a posterior impugnação judicial da sentença arbitral? Essa questão, para ser decidida, depende necessariamente da consideração dos seguintes fatores: (a) natureza do vício formal que afeta a sentença; (b) ciência ou não do vício pela parte no momento da interposição do recurso; e (c) características e limites da modalidade recursal pactuada.

Por exemplo, se deixa de alegar no recurso interposto nulidade relativa de que tomou conhecimento após a prolação da sentença, a parte perde o direito de alegar o vício em posterior medida judicial. Nessas circunstâncias, a matéria apenas não ficará preclusa se o vício processual não tiver sido alegado por conta das especificidades da modalidade recursal convencionada. Imagine-se que se tenha pactuado que o recurso interno apenas poderia versar sobre eventuais *errores in iudicando*. Não se poderá cogitar, em situação como essa, de preclusão a impedir futura impugnação judicial versando sobre *error in procedendo* de que a parte já tivesse conhecimento no momento da interposição do recurso interno.

É fundamental, como se vê, levar em conta as características e limites da modalidade recursal convencionada, para que se possa apurar a ocorrência ou não da preclusão. Esse aspecto, aliás, é que permite afirmar que a falta de alegação de nulidade relativa (v.g., suspeição de árbitro) em “embargos de declaração” contra a sentença arbitral não gera preclusão a impedir a sua futura impugnação judicial. É que, nos termos do art. 30 da Lei n.º 9.307/1996, os “embargos de declaração arbitrais” possuem finalidade bastante específica. Assim, não se podendo exigir que a nulidade relativa tivesse sido alegada nos “embargos”, a parte que os formulou não estará impedida de alegá-la (nos limites do art. 32) em posterior medida judicial contra a sentença.

Ainda sobre a questão da preclusão sobre matérias passíveis de alegação em medidas de controle judicial das sentenças arbitrais, vide o capítulo 5, abaixo.

3.5 – IMUTABILIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL (“COISA JULGADA ARBITRAL”)

Depois de encerrados todos os prazos de medidas internas ao processo arbitral que possam ser empregadas contra a sentença de mérito, esta (ou melhor, o

conteúdo do seu comando/dispositivo) se torna “imutável”⁵⁴. É o que se extrai dos arts. 18, 31, 32 e 33 da Lei n.º 9.307/1996. Costuma-se dizer que nesse momento se forma a “coisa julgada” na arbitragem (havendo, porém, a possibilidade de haver sentenças ou capítulos sentenciais “transitados em julgado” em momentos diversos da arbitragem⁵⁵).

É verdade que os arts. 32 e 33 preveem a possibilidade de impugnar judicialmente a sentença arbitral. Mas isso, longe de prejudicar a conclusão de que a sentença arbitral se torna imutável, confirma-a. Como se verá no capítulo 4, aqueles dispositivos mencionam justamente situações excepcionais em que caberá a desconstituição da sentença arbitral e, assim, o afastamento de “coisa julgada” que a acobertar⁵⁶. Fora daquelas situações e dos limites previstos no art. 33, a “coisa julgada arbitral” é intocável.

Chame-se ou não essa imutabilidade do conteúdo do comando da sentença arbitral de mérito de “coisa julgada”, é preciso compreender que ela *não* exerce exatamente o mesmo papel da coisa julgada (material) oriunda de processos judiciais.

⁵⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 260. Em semelhante sentido: ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 263; ARMELIN, Donald. Notas sobre ação rescisória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, jan./mar. 2004. p. 12. Nos termos deste último autor: “...consoante o sistema implantado pela Lei n.º 9.307/1996, a sentença arbitral torna-se imutável a partir da intimação da decisão sobre os embargos declaratórios interpostos ao abrigo do art. 30 da mesma Lei, ou a partir da exaustão do prazo para a sua interposição, contado este da ciência da decisão arbitral, quando ausentes tais embargos.”

A única ressalva que aqui se faz em relação a este trecho é a de que contra a decisão dos “embargos de declaração” cabem novos “embargos”. Logo, entende-se, neste trabalho, que é apenas com o decurso do prazo para opor “embargos” contra a última decisão proferida no processo que ocorre o “trânsito em julgado” da sentença arbitral.

Ademais disso, observe-se que existe a possibilidade de as partes pactuarem recursos internos ao processo arbitral. Tendo sido convencionado o cabimento de recurso interno – e sendo o prazo para a interposição do recurso contra a sentença superior ao prazo para embargar – será do decurso de seu prazo em branco que se verificará o “trânsito em julgado”.

Assim, conforme exposto no item 3.1, pode-se concluir que o “trânsito em julgado” da sentença arbitral de mérito se verifica com o decurso em branco do prazo para embargar ou recorrer (dependendo de qual seja a última medida cabível) contra a última decisão proferida no processo arbitral.

⁵⁵ Vide, por exemplo, os itens 7.1.6.2, 7.1.8 e 9.3.3.1.

⁵⁶ E como se demonstra no capítulo 4, em alguns dos casos do art. 32 a sentença nem sequer chega a fazer “coisa julgada”.

3.5.1 – Função da coisa julgada (material) nos processos judiciais

Para garantir a convivência harmônica entre os “Poderes” estatais e viabilizar o Estado de Direito, é *essencial* observar o princípio da “reserva de sentença”, consistente na garantia de que os atos (jurisdicionais) do Judiciário (marcados pela “substitutividade” que qualifica substancialmente a jurisdição) apenas podem ser revistos pelo próprio Judiciário. Ao mesmo tempo em que se garante a inafastabilidade da jurisdição, estando os atos administrativos, legislativos e também os privados sempre sujeitos ao controle jurisdicional, impossibilita-se a ingerência dos demais “Poderes” estatais e dos particulares sobre o resultado da atividade jurisdicional⁵⁷.

Para a plena realização do Estado de Direito mostra-se, ainda, *importante* conferir estabilidade ao resultado da atuação jurisdicional, de modo que esse resultado não possa ser afastado (salvo em situações excepcionais, predeterminadas em lei) nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o Judiciário pudesse ou fosse obrigado a rever os seus atos sempre que isso lhe fosse requisitado, não haveria segurança jurídica e, assim, paz social. A própria convivência harmônica entre os “Poderes” estatais seria posta em xeque, concretamente, se o Legislativo e o Executivo (além dos particulares) pudessem rediscutir eternamente perante o Judiciário o resultado de sua atuação. Os “Poderes” estatais viveriam em constante tensão.

O instituto da coisa julgada foi criado, portanto, com o escopo de conferir segurança jurídica a soluções jurisdicionais – precisamente àquelas obtidas em regime de contraditório e mediante cognição exauriente. E, em conjunto com o princípio da “reserva de sentença”, a coisa julgada contribui para que a convivência harmônica entre os “Poderes” estatais seja plena e efetiva – retirando do Legislativo e do Executivo a opção de rediscutir livremente (mesmo judicialmente) a solução jurisdicional.

3.5.2 – Função da imutabilidade do conteúdo do comando da sentença arbitral (“coisa julgada arbitral”)

A imutabilidade da sentença arbitral tem por escopo conferir estabilidade e efetividade ao resultado final da arbitragem, enquanto atividade privada, de origem convencional, desenvolvida de forma legítima, segundo um devido processo legal –

⁵⁷ Lição de: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 47-50.

conduzido e julgado por um terceiro (imparcial) ao conflito. Nesse sentido, confere segurança jurídica – e, por isso, tanto quanto a coisa julgada (material) dos processos judiciais, apresenta inquestionável importância para o Estado de Direito.

Todavia, a imutabilidade da sentença arbitral – resultante que é de uma atividade privada – em nada contribui para garantir a convivência harmônica entre os “Poderes” do Estado. Quando muito, pode-se dizer que ela assegura a convivência harmônica entre o instituto da arbitragem e o Estado – impedindo que o Judiciário ou qualquer dos outros “Poderes” estatais se imiscua no mérito da sentença “transitada em julgado”.

Mas nada impede que se denomine a imutabilidade da sentença arbitral também de “coisa julgada”, desde que sejam compreendidas as diferenças de sua função comparativamente com a do instituto da coisa julgada “judicial”. Aliás, em vista dessas diferenças é que, neste trabalho, optou-se por chamar a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença arbitral de “coisa julgada *arbitral*” – e não pura e simplesmente de “coisa julgada”.

3.5.3 – Conceito e efeitos da “coisa julgada arbitral”

Fala-se em “coisa julgada arbitral”, portanto, para designar a qualidade de imutabilidade do conteúdo do dispositivo da sentença arbitral de mérito⁵⁸. Diz-se sentença “de mérito”, pois é perfeitamente possível (embora não seja comum) que o processo arbitral se encerre sem o julgamento de mérito, caso em que – a exemplo do que se passa nos processos judiciais – não haverá a formação de “coisa julgada”⁵⁹ e, assim, a mesma demanda poderá tornar a ser livremente proposta pela parte interessada (perante o Poder Judiciário ou perante os mesmos ou outros árbitros, conforme o caso).

⁵⁸ A doutrina é praticamente uníssona em afirmar que a sentença arbitral faz coisa julgada ou algo a ela semelhante. Vide, por exemplo: CARMONA, op. cit., p. 393; PARENTE, op. cit., p. 303-305; CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 283-286; FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 259; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: ____; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 404; BARBOSA MOREIRA, Estrutura da sentença..., p. 346.

⁵⁹ Ao menos não no sentido do texto, equivalente ao da “coisa julgada material” do processo judicial. Fará, isso sim, algo como a “coisa julgada formal”, que impedirá que os árbitros revejam, por iniciativa própria, a sentença extintiva.

A “coisa julgada arbitral” impede que as partes (ainda que de comum acordo) submetam ao Judiciário o mérito da causa julgada pelos árbitros; o controle judicial que se admite sobre a arbitragem no ordenamento brasileiro encontra-se restrito a aspectos de forma do processo e da sentença arbitral (arts. 32 e 33 da Lei n.º 9.307). Também os árbitros estarão impedidos de rever o que eles próprios decidiram sobre o mérito depois do “trânsito em julgado” – a não ser que as partes os autorizem a tanto, possivelmente com a reabertura de arbitragem já encerrada (vide o item 3.5.5) ou em nova arbitragem. Isso tudo é decorrência do que se pode chamar de “eficácia negativa da coisa julgada arbitral” (conforme os arts. 267, inciso V e § 3º, e 301, inciso VI e § 4º, do Código de Processo Civil).

O resultado do processo arbitral abrangido pela “coisa julgada”, por outro lado, deverá ser observado em futuro processo *judicial* cuja solução dele dependa para ser obtida. Imagine-se, por exemplo, que em uma arbitragem é proferida sentença declarando a existência de determinada obrigação contratual. Em futuro processo judicial envolvendo as mesmas partes e o mesmo contrato e cujo objeto consista em aplicar sanção pelo descumprimento da obrigação declarada existente na arbitragem realizada, o Poder Judiciário não poderá deixar de observar a “coisa julgada” já formada. Eis o que se pode chamar de “eficácia positiva da coisa julgada arbitral”⁶⁰.

3.5.4 – Impossibilidade de o Judiciário se imiscuir no mérito da arbitragem também antes da formação da “coisa julgada arbitral”

Observe-se, porém, que não será apenas depois de formada a “coisa julgada arbitral” que o Judiciário estará impedido de adentrar no mérito da arbitragem.

3.5.4.1 – Efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem

Antes mesmo de iniciada a arbitragem, a convenção (cláusula ou compromisso) produz o efeito de afastar a jurisdição estatal em relação aos casos por ela

⁶⁰ A “coisa julgada” formada na arbitragem apenas deverá ser observada *em futura arbitragem* entre as partes quando, referindo-se a questão que seja prejudicial ao julgamento de seu mérito, as partes tiverem expressamente convencionado essa necessidade. No silêncio das partes, os árbitros, na nova arbitragem, não ficarão vinculados, ao decidirem as questões pertinentes ao mérito da causa a eles submetida, ao resultado da arbitragem anterior (ver o item 3.5.6, abaixo).

abrangidos, remetendo as partes a um processo arbitral⁶¹. Trata-se dos efeitos negativo e positivo da convenção.

Mas sempre existe a possibilidade de as partes abdicarem (tácita ou expressamente) da utilização da arbitragem que pactuaram. Ou seja, a existência da convenção de arbitragem não impede as partes de submeter conflito que surja entre elas ao Judiciário. Basta que estejam de acordo com essa solução ou que, recorrendo uma delas ao Judiciário, a outra não se oponha a isso na primeira oportunidade que tiver para se manifestar nos autos. Ao Judiciário não é dado conhecer de ofício da convenção, ainda que se trate de cláusula compromissória – devendo a expressão “compromisso arbitral” constante do art. 301, § 4º, do Código de Processo Civil ser lida como “convenção de arbitragem”.

Havendo a oportuna oposição pelo demandado, o processo judicial iniciado por uma das partes da convenção arbitral deve ser extinto sem julgamento de mérito (art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil)⁶². A parte interessada ficará, então, livre para iniciar a arbitragem. Vide, ainda, a esse respeito, o item 4.1.1.2.3, abaixo.

3.5.4.2 – Litispendência

Depois de aceita a nomeação pelos árbitros, a pretensão de qualquer das partes de discutir em juízo o que já esteja abrangido pela arbitragem em curso esbarrará no pressuposto processual negativo da litispendência, cognoscível de ofício pelo juiz (conforme os arts. 267, inciso V, e 301, inciso V, §§ 1º, 2º e 4º, do Código de Processo Civil).

Mas note-se que as partes podem perfeitamente acordar em desistir da arbitragem mesmo depois que ela estiver instaurada, levando em seguida (depois de devidamente extinto sem julgamento de mérito o processo arbitral) o conflito ao Poder Judiciário. Extinta a arbitragem, não haverá litispendência a impedir a instauração do processo judicial. Ainda a esse respeito, confira-se o que se expõe no item 4.1.1.2.3.

⁶¹ Sobre a possibilidade de o Judiciário decidir sobre medidas urgentes relacionadas ao conflito submetido aos árbitros, vide a nota 91.

⁶² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1. p. 213-214.

3.5.5 – A “coisa julgada arbitral” não impede a reabertura da arbitragem por acordo entre árbitros e partes

Como se viu no item 3.1, o decurso em branco de todos os prazos internos iniciados com a intimação da última decisão do processo marca o fim da arbitragem – exceto se, por expressa previsão na convenção, couber aos árbitros a realização de providências para a realização prática da decisão tomada (por exemplo, multas).

Encerrado o processo, os árbitros não poderão mais realizar qualquer alteração em relação ao que tiverem decidido⁶³. Nem mesmo a eliminação de meros erros materiais, obscuridades, omissões ou contradições da sentença poderá ser por eles realizada. Esse impedimento não decorre direta e necessariamente da formação da “coisa julgada arbitral” – afinal, o conteúdo do dispositivo, no mais das vezes, nem sequer será afetado pela simples retificação material da sentença. Põe-se, isso sim, porque, distintamente do que se passa no âmbito do processo civil estatal, na esfera arbitral, findo o processo, ocorre a dissolução do órgão julgador. Extinguem-se os poderes dos árbitros.

Mas sempre será possível a reabertura da arbitragem para a realização das alterações que se julgarem necessárias na sentença, *a pedido conjunto das partes e, ademais, com o consentimento dos árbitros* – sem este consenso, não haverá outra alternativa para a parte interessada senão recorrer ao Poder Judiciário com base no art. 33 da Lei n.º 9.307/1996, para alegar as matérias (e nenhuma outra além daquelas) previstas no art. 32.

Rigorosamente, nas referidas condições, será permitido até mesmo descartar a sentença anterior, para que outra seja proferida em seu lugar – se for o caso, refazendo-se etapas processuais, com a observância das garantias fundamentais do processo. Não existe o que impeça isso. Está-se no campo da autonomia da vontade, onde as escolhas das partes definem as regras do jogo – encontrando limites apenas na ordem pública, em nada afetada pela solução consensual de reativar a arbitragem. A nova sentença é que definirá a causa e ficará acobertada – se de mérito for – acobertada pela “coisa julgada”. Ela, portanto, é que ficará sujeita a impugnação judicial, na forma e nos limites legais.

⁶³ Antes de encerrada a arbitragem, as alterações serão possíveis a pedido das partes, segundo o que houver sido convencionado – ressalvada, ainda, a possibilidade de correção de erros materiais de ofício pelos árbitros.

3.5.6 – Possibilidade de as partes disporem a respeito da solução arbitral mesmo após a formação da “coisa julgada”

A possibilidade⁶⁴ que se põe de as partes chegarem a consenso em sentido diverso da sentença arbitral “transitada em julgado” (por exemplo, uma parte decide abrir mão daquilo que recebeu por força da sentença arbitral, reconhecendo que jamais teve o direito declarado pelos árbitros) não representa renúncia ou desfazimento *da “coisa julgada arbitral”*, mas disposição *sobre a solução* dada pelos árbitros. E as partes são, de fato, livres para realizar atos de disposição em relação ao que houver sido decidido na arbitragem – até porque a arbitragem, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas pode versar sobre direitos patrimoniais e de natureza disponível⁶⁵.

A legalidade desses eventuais atos de disposição sobre a solução arbitral sujeita-se a controle do Judiciário. Mas atenção: o “controle de legalidade” a que se faz referência diz respeito apenas aos requisitos e eventuais vícios de vontade do pretenso consenso das partes. Jamais o Judiciário poderá confrontar a sentença arbitral “transitada em julgado” com o pretenso consenso a fim de verificar qual é a melhor solução para a defesa dos interesses de uma ou outra parte, qual é mais adequada ao ordenamento jurídico *etc.* Se assim procedesse, não apenas estaria se imiscuindo indevidamente na atividade dos árbitros, como adentrando na legítima esfera de autonomia de vontade das partes. Caso seja posto diante de eventual controvérsia entre as partes sobre qual solução deve prevalecer, se a veiculada na sentença arbitral ou se a consensual posteriormente obtida, o Judiciário *deve mandar observar a última* – a não ser que inquinada de vícios de vontade

⁶⁴ Trata-se de possibilidade que se verifica, também, em relação a sentenças judiciais transitadas em julgado. Conforme escreve TALAMINI, “...as partes podem consensualmente reconhecer a existência (pretérita) do direito ou relação jurídica de caráter disponível já declarada inexistente pela sentença, assim como podem ter por inexistente (desde a origem) o direito ou relação disponível declarado existente pelo juiz. Não poderão, todavia, pretender do juiz declaração ou qualquer outra providência no sentido oposto à declaração que ele já emitiu” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 40).

É o que leciona, outrossim, CARREIRA ALVIM: “Mesmo na esfera judicial, nada impede que as partes se componham de forma diversa do decidido pela sentença, ainda que transitada em julgado, podendo, na execução, transigir sobre o direito reconhecido judicialmente, sem que isso afete de qualquer modo a coisa julgada; basta que esse direito seja disponível ou que a seu respeito a lei permita a transação” (CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 284). Vide, ainda: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III. p. 308-309; CARMONA, *op. cit.*, p. 427.

⁶⁵ Mas a coisa julgada formada pode ser oposta em face das partes a ela vinculadas por terceiro que tenha legitimidade e interesse para, por meio de um processo, voltar-se contra a solução consensual pretendida.

ou em desconformidade com os requisitos legais. O juízo a ser realizado, nesse caso, não passará pelo mérito da arbitragem, mas apenas e tão-somente sobre aspectos relacionados à validade do suposto acordo de vontades firmado a respeito da solução arbitral.

Da mesma forma que as partes podem transigir em sentido diverso do que houver sido decidido na arbitragem por sentença “transitada em julgado”, podem perfeitamente, *desde que de comum acordo*, submeter a mesma causa já julgada a nova arbitragem – afinal, a arbitragem tem cabimento quando a matéria admitir transação (e for de cunho patrimonial)⁶⁶. A “coisa julgada” que resultar da nova arbitragem deverá prevalecer sobre a primeira – a qual, porém, não terá deixado de existir⁶⁷. E isso porque

⁶⁶ Entendimento semelhante é defendido por: RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 174. Este autor, porém, vai além, para admitir (em sentido diverso do que se expôs no item 3.5.3, acima) também a possibilidade de se propor a mesma demanda julgada no mérito pelos árbitros perante o Judiciário – na falta de tempestiva “exceção de decisão arbitral”, o Judiciário ficaria obrigado a julgar a causa.

Em sentido oposto ao do texto: CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 285. O autor entende que: “Se a sentença arbitral pode ser oposta à pretensão de se obter, sobre o mesmo litígio, uma sentença judicial, deve também poder sê-lo quando se pretenda obter uma nova sentença arbitral sobre ele... A coisa julgada arbitral impede semelhante procedimento, dado que, na arbitragem convencional, o Estado chancela com o selo da sua autoridade a sentença arbitral (*ne bis in idem*). Quem afirma o caráter jurisdicional da arbitragem não pode admitir que, tendo o Estado por meio de um órgão-pessoa (o árbitro ou tribunal) resolvido o conflito, venha a resolvê-lo, de novo, por meio de outro órgão-pessoa, fazendo *tabula rasa* da coisa julgada arbitral.” Em termos análogos: RICCI, Edoardo Flavio. A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional. In: _____. *Lei de arbitragem brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 85-87.

Data venia, não se concorda, aqui, com esses autores. Não se vê maiores problemas em dizer que a arbitragem é “jurisdição”. Mas se é para usar essa fórmula, deve-se ter em conta que a chamada “jurisdição arbitral” não tem o mesmo fundamento da estatal. Com efeito, a arbitragem *não consiste em atividade do Estado*. É atividade que tem fundamento direto na vontade das partes que a pactuam. Por isso mesmo, se não se nega (e mesmo CARREIRA ALVIM reconhece) que as partes podem transigir em sentido diverso ao da solução arbitral, não se pode impedir que pactuem nova arbitragem sobre a mesma causa já decidida em arbitragem anterior.

⁶⁷ E aqui se tem verdadeiro conflito entre “coisas julgadas”, ao contrário do que se passa nos casos (amplamente discutidos na doutrina) de pluralidade de legitimados para a impugnação de ato único.

Cite-se o clássico exemplo da pluralidade de sócios legitimados para impugnar ato assemblear. Imagine-se que em um primeiro processo profere-se sentença de procedência, anulando-se o ato assemblear. Em seguida, instaura-se um segundo processo, por iniciativa de sócio que não foi parte no primeiro processo – e que, portanto, não está vinculado à coisa julgada lá formada. Suponha-se que, nesse segundo processo, o pedido é acolhido para declarar a validade do ato assemblear. Haverá, com isso, duas soluções em sentidos opostos: uma anulando o ato da assembleia, outro declarando a sua validade. Por razões similares às do texto, prevalecerá a última sentença, cujos efeitos se estenderão aos demais sócios – tanto àqueles que já estejam vinculados a coisa julgada anterior quanto aos que não o estejam (TALAMINI, *Coisa julgada*..., p. 98-104). A coisa julgada já formada não consistirá em óbice a que os efeitos da segunda sentença atinjam o sócio autor no primeiro processo. Apenas impedirá que este ajuíze uma nova ação contra o anterior demandado, para formular o mesmo pedido, com base na mesma causa de pedir, da ação antes ajuizada.

não faria sentido admitir a realização da nova arbitragem se o seu resultado estivesse fadado a de nada servir. Ademais, pode-se aplicar, por analogia, o critério geral de resolução de antinomias, segundo o qual a norma posterior prevalece sobre a anterior. Assim, o comando sentencial posterior deve prevalecer sobre o anterior.

Nessa mesma linha, se a “coisa julgada arbitral” anteriormente formada disser respeito a questão que seja prejudicial em futura arbitragem, os árbitros nomeados para esta *não serão obrigados a observá-la ao decidirem a causa a eles submetida* – a não ser que as partes tenham convencionado expressamente o contrário, caso em que a inobservância da “coisa julgada”, na medida em que venha a impactar no resultado do processo, permitirá impugná-lo com fundamento no inciso IV do art. 32 (a partir de sua interpretação razoavelmente aberta, conforme exposto no item 4.1.2.1.2).

Aliás, sendo também possível as partes disporem sobre a solução dada por sentença *judicial* transitada em julgado, não há o que impeça a pactuação de arbitragem versando sobre causa acerca da qual já exista coisa julgada – observados, em qualquer caso, os limites do art. 1º da Lei n.º 9.307/1996⁶⁸. Os árbitros também não estão obrigados, em princípio, a observar coisa julgada eventualmente existente a respeito de questão (de direito disponível) que seja prejudicial ao objeto a eles submetido. Ou seja, poderão decidir todas as questões pertinentes ao objeto da arbitragem livremente, não sendo em regra

Não cabe, no exemplo acima, falar em conflito de coisas julgadas, pois as coisas julgadas existentes serão diversas, cada qual com seus limites subjetivos (altera-se o autor) e objetivos (o pedido e a causa de pedir serão diversos). O conflito que se porá será um conflito entre soluções práticas, entre comandos sentenciais. O mesmo se passaria se a primeira ação fosse julgada improcedente e um segundo sócio (terceiro em relação ao processo anterior) ajuizasse uma nova ação com os mesmos elementos objetivos daquela mas que viesse a vingar, ocorrendo o trânsito em julgado da sentença. Nessa hipótese, a coisa julgada oriunda do primeiro processo persistiria – e não conflitaria com a segunda, por ter limites subjetivos diversos (os limites objetivos seriam os mesmos). Todavia, haveria um conflito entre soluções: uma não negando a validade do ato assemblear, outra o invalidando. Os efeitos da última decisão haverão de prevalecer.

⁶⁸ Como leciona TALAMINI, se as partes concordarem, podem submeter a arbitragem objeto já julgado *pelo Judiciário* e em relação ao qual tenha se formado coisa julgada material. Nos termos do autor: “...nos casos em que as partes podem transigir, nada impede que celebrem um compromisso arbitral para o exame do mesmo objeto atingido pela anterior coisa julgada. O que não lhes é dado – repita-se – é pretender novo exame pelo Judiciário” (TALAMINI, *Coisa julgada*..., p. 43). A “coisa julgada arbitral” prevalecerá, nessa hipótese, sobre a judicial, conforme exposto no texto, logo acima. Logo, não caberá impugnar a sentença arbitral sob o fundamento de ofensa a coisa julgada anterior.

Em sentido contrário, entendendo não ser possível, em hipótese alguma, realizar arbitragem versando causa já julgada por sentença judicial de mérito transitada em julgado: NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle da sentença arbitral*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 273; RICCI, A impugnação da sentença arbitral..., p. 85-87. Esses autores defendem que a sentença arbitral proferida nas referidas circunstâncias estará sujeita a impugnação judicial.

obrigados a observar eventuais coisas julgadas que existam acerca dessas questões. Os árbitros apenas estarão vinculados a coisas julgadas “judiciais” já existentes *se as partes assim tiverem convencionado* ou se disserem elas respeito a questões de *direito indisponível* – nesse último caso, surgida a questão prejudicial, não será necessário, inclusive, aplicar o disposto no art. 25 da Lei de Arbitragem.

4 – LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DA ARBITRAGEM E DA SENTENÇA ARBITRAL

Como se viu no item 3.5, a sentença arbitral de mérito tem o condão de fazer “coisa julgada material” para as partes em face das quais é dada. Isso impede que essas mesmas partes, depois do “trânsito em julgado”, submetam a mesma demanda da arbitragem ao Poder Judiciário a fim de que lhe seja dada uma nova decisão.

Mas as sentenças arbitrais não estão imunes ao controle judicial. A Lei n.º 9.307/1996 prevê expressamente a possibilidade de se as impugnar judicialmente em determinados casos. As sentenças *nacionais*, que são as que interessam ao presente estudo, estão sujeitas a impugnação nos casos do art. 32 da Lei e (sendo condenatórias) também nos casos dos arts. 475-L e 741 do Código de Processo Civil⁶⁹ (conforme o art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem). Trata-se de casos em que a sentença se encontra inquinada de vícios *formais* que o legislador entendeu graves o suficiente para justificar o seu controle pelo Poder Judiciário.

4.1 – MOMENTO E CONTEÚDO DO CONTROLE JUDICIAL DA ARBITRAGEM

Quando se fala em limites ao controle judicial da arbitragem, pensa-se em *limites de duas ordens*: temporal (*quando* tem cabimento o controle judicial) e de conteúdo (em *quais situações* o controle é admitido). Fora dos limites previstos na Lei n.º 9.307/1996, a atividade arbitral encontra-se imune ao controle do Poder Judiciário⁷⁰.

4.1.1 – Momento adequado para o controle judicial da regularidade do processo e sentença arbitrais

Os arts. 20, *caput*, e 8º, parágrafo único, da Lei n.º 9.307/1996 preceituam que as questões relativas a impedimento, suspeição ou competência dos árbitros ou, ainda,

⁶⁹ Para uma análise das situações dos arts. 475-L e 741 do Código que podem servir de causas para a verdadeira e própria impugnação da sentença arbitral condenatória, vide o exposto no item 7.4.6.

⁷⁰ Havendo, porém, exceções a essa regra, como se vê mais adiante no texto.

sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem devem ser primeiramente decididas pelos próprios árbitros, depois de instituída a arbitragem⁷¹.

Mas não são apenas essas as questões que compete aos árbitros decidir depois de instituída a arbitragem. Além, evidentemente, do mérito da causa e questões a ele referentes, devem os árbitros zelar pela regularidade da arbitragem até o seu encerramento, competindo-lhes tomar todas as providências necessárias para garantir a plena observância do devido processo legal e seus corolários (contraditório, ampla defesa, igualdade *etc.*).

Assim é porque os árbitros são, conforme o art. 18 da Lei n.º 9.307, os “juízes de fato e de direito” na arbitragem, o que significa que têm eles o poder de decidir sobre a causa que lhes é submetida em toda a sua dimensão, incluindo as questões de fato e as de direito, de mérito e processuais – apenas não podendo, de modo algum, decidir questões acerca de direitos indisponíveis e/ou não-patrimoniais relevantes ao julgamento da causa (*ex vi* dos arts. 1º e 25 da Lei) nem praticar atos de coação material (força física) contra as partes e/ou terceiros e sobre bens (neste caso, por não deterem “poder” de *imperium*, monopolizado pelo Estado)⁷².

A Lei n.º 9.307/1996 estabelece, por outro lado, como regra geral, que o controle judicial da arbitragem terá lugar *apenas depois de realizado o julgamento pelos árbitros, podendo versar somente sobre irregularidades de forma (prévia e taxativamente definidas pelo legislador) que direta ou indiretamente afetem a sentença arbitral*. É o que se extrai, *v.g.*, dos arts. 8º, parágrafo único, 15, *caput*, 18, 20, *caput* e § 2º, 32 e 33 da Lei.

Entre esses dispositivos, merece destaque o art. 20, § 2º, segundo o qual, não sendo acolhida pelos árbitros a alegação de *vício de constituição ou desenvolvimento da arbitragem*⁷³, esta deve prosseguir normalmente até a prolação da sentença, sem prejuízo de o pretense vício vir a ser alegado perante o Poder Judiciário, quando da eventual propositura das demandas de que trata o art. 33 da Lei n.º 9.307/1996 (com fundamento, por exemplo, nos incisos I, II, VI ou VIII do art. 32). Quanto aos vícios que se encontrem *na própria sentença arbitral*, como por exemplo aqueles dos incisos III, IV e V

⁷¹ Com a aceitação da nomeação pelos árbitros, conforme o art. 19, *caput*.

⁷² Sobre a execução da sentença arbitral, vide o capítulo 6.

⁷³ A leitura que se deve fazer em relação ao § 2º do art. 20 deve ser ampla, para abranger todo e qualquer caso em que ocorra a rejeição de vício de forma que tenha sido oportunamente alegado no curso da arbitragem e seja apto a contaminar a sentença arbitral. Vícios sujeitos a preclusão que não tenham sido oportunamente alegados na arbitragem não poderão ser invocados no Judiciário (vide o capítulo 5, abaixo).

do art. 32 da Lei, é lógico e inevitável que apenas possam ser alegados perante o Poder Judiciário depois de proferida e formalizada a decisão.

4.1.1.1 – Motivo para a Lei ter deixado o controle judicial da arbitragem para depois da prolação da sentença

A escolha do legislador brasileiro de deixar, como regra, o controle da regularidade formal da arbitragem para apenas depois de proferida a sentença arbitral se justifica, acima de tudo, por razões de ordem prática: garante-se que a arbitragem possa se desenvolver tranquilamente, sem reiteradas e indesejadas intervenções judiciais em seu curso. Com isso, preserva-se a efetividade do processo arbitral e assegura-se a possibilidade de rápida obtenção de solução para a causa – que é justamente uma das principais vantagens que a arbitragem apresenta em relação ao processo judicial e que leva muitos sujeitos a escolherem para decidir seus conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Essa opção legal se legitima constitucionalmente pelo fato de que a arbitragem deve estar fundada na vontade consciente e espontânea das partes – que sabem (ou não existe razão para que não saibam) de antemão como a Lei n.º 9.307 disciplinou o controle judicial da arbitragem; e, ainda, pelo fato de os mecanismos legais de controle previstos serem aptos, do modo como foram disciplinados, a afastar soluções advindas de arbitragens desenvolvidas em descompasso com os corolários do devido processo legal ou que não estejam fundadas em regular manifestação da autonomia da vontade das partes.

4.1.1.2 – Situações em que cabe o controle judicial da arbitragem antes da prolação da sentença

A regra segundo a qual o controle do Poder Judiciário sobre a arbitragem tem cabimento apenas depois de proferida a sentença arbitral não é, entretanto, absoluta.

4.1.1.2.1 – Terceiros perante a arbitragem

Primeiramente, é importante observar que a referida regra não se aplica em relação a quem não tenha assinado a convenção e, a despeito disso, venha a ser juridicamente prejudicado por ato praticado na arbitragem.

Os atos praticados na arbitragem evidentemente não são vinculantes para aqueles que não a tiverem pactuado. As regras procedimentais da arbitragem valem apenas para os sujeitos que a convencionam. Portanto, ao terceiro atingido em sua esfera de direitos por ato praticado no processo arbitral é dado, na medida em que tenha interesse e legitimidade para tanto, questioná-lo em juízo em qualquer momento, não precisando evidentemente aguardar a prolação da sentença arbitral ou o encerramento da arbitragem. Não se poderia exigir, *v.g.*, que, juridicamente prejudicado por medida conservativa ou antecipatória dos árbitros, um terceiro ao pacto arbitral tivesse de se submeter ao decidido, sem poder lançar mão de eventual medida judicial destinada a afastar os danos concretos a ele causados. Isso ofenderia o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Já o signatário da convenção, sendo juridicamente prejudicado por ato (por exemplo, uma medida liminar) praticado na arbitragem quando a ela ainda não integrado, deverá em princípio se manifestar no próprio processo arbitral em curso. Porém, se o seu ingresso na arbitragem vier a ser indevidamente recusado pelos árbitros, será cabível o imediato recurso ao Poder Judiciário para afastar os danos concretos demonstrados – havendo, ainda, a possibilidade de (a) uma nova arbitragem vir a ser realizada no lugar (e depois da extinção) da anterior, com base na mesma convenção ou (se estiver ela prejudicada) por meio de outra, a ser firmada de comum acordo entre os contendentes; ou (b) os árbitros reverem sua decisão de indeferimento do ingresso do terceiro, integrando-o ao processo arbitral já instaurado⁷⁴. O signatário da convenção será verdadeiro terceiro em relação ao processo arbitral instaurado, se a ele não for devidamente integrado. Nesse caso, as regras da arbitragem a ele não se aplicarão.

Por derradeiro, observe-se que não-signatários da convenção que vierem a subsequentemente integrar a arbitragem, dela participando em regime de contraditório,

⁷⁴ O Judiciário não poderá compelir os árbitros a aceitarem a participação do terceiro na arbitragem. Mas a falta de aceitação (espontânea) por parte dos árbitros os impedirá de tomar decisões contra o terceiro – além de sujeitá-los a responsabilização, evidentemente. Nesse caso, não restará aos interessados na arbitragem outra alternativa a não ser destituir os árbitros, nomeando outros em seu lugar, ou iniciar um novo processo, com novos árbitros.

perdem a condição de terceiros em relação ao processo. Ou seja, tornam-se partes do processo arbitral e passam, portanto, a se sujeitar às respectivas regras – o caso é de *aceitação tácita da convenção*, conforme exposto no item 4.4.2, abaixo. Na condição de partes da arbitragem, aqueles que a tiverem integrado mesmo sem ter assinado a convenção deverão dirigir seus pleitos – na medida em que pertinentes ao objeto do processo – aos árbitros.

4.1.1.2.2 – Controle no âmbito do procedimento de execução específica da cláusula vazia

Existe um limite expressamente previsto na Lei n.º 9.307/1996, consistente na possibilidade de o Poder Judiciário, no âmbito de procedimento de execução específica da cláusula compromissória *vazia*^{75 e 76}, impedir o início da arbitragem.

⁷⁵ O compromisso arbitral (art. 9º da Lei n.º 9.307) consiste no mecanismo adequado para os casos em que a opção pela arbitragem é posterior ao surgimento do conflito. Verificado o conflito e inexistindo cláusula compromissória anterior, as partes, querendo e podendo valer-se da arbitragem, devem firmar um compromisso arbitral (observando as exigências do art. 10). É o que também estabelecem os arts. 851 e 852 do Código Civil brasileiro.

A cláusula compromissória, por sua vez, conceitua-se como a convenção por meio da qual os interessados comprometem-se a submeter a arbitragem conflitos que possam vir a surgir entre eles. Ou seja, a cláusula precede o litígio, estabelecendo que, caso surja, será ele dirimido por arbitragem. O art. 853 do Código Civil repete essa mesma regra.

O art. 5º da Lei n.º 9.307 descreve o que a doutrina e a jurisprudência chamam de cláusula compromissória *cheia*, *completa* ou *em preto*. É do tipo cheia a cláusula que descreve, suficientemente, o modo de instituir a arbitragem, *i.e.*, a forma de nomear os árbitros (pois a arbitragem institui-se com a aceitação da nomeação, conforme o art. 19). Em outras palavras, considera-se cheia a cláusula que estabelece os elementos mínimos necessários para a instituição da arbitragem, prevendo, inclusive, solução para eventuais impasses que possam surgir entre as partes no momento de nomeação dos árbitros.

As partes podem, na própria cláusula, criar um procedimento para a nomeação dos árbitros. Podem, outrossim, nela reportar-se a algum outro documento em que tal procedimento já tenha sido estabelecido ou, então, a regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, caso em que a instauração da arbitragem se dará segundo tais regras (art. 13, § 3º).

De outro lado, considera-se *vazia*, *incompleta* ou *em branco* a cláusula que se omite totalmente sobre o modo de nomeação dos árbitros ou, então, que estabelece ou se reporta a procedimento insuficiente para garantir eventual instituição da arbitragem por iniciativa isolada de uma das partes – especificamente nos casos em que entre as partes se verificar impasse a respeito da nomeação. Por exemplo: é vazia ou incompleta a cláusula que descreve procedimento de nomeação que não contempla solução para a hipótese de as partes não chegarem a um acordo (quando um acordo é, *a priori*, exigido) sobre a escolha de árbitro único.

A necessidade de celebrar um compromisso arbitral para a instituição da arbitragem verifica-se, segundo o que está expressamente previsto na Lei n.º 9.307, nas seguintes situações:

(a) quando não existe cláusula compromissória firmada entre as partes. Nesse caso, surgido

o conflito, os litigantes, querendo – e podendo – submetê-lo a uma arbitragem, precisam firmar um compromisso arbitral;

(b) quando existe cláusula compromissória entre as partes, mas nela nada se diz sobre o modo de instituir a arbitragem. Nessa situação, surgido o conflito, a parte interessada deve manifestar à outra a sua intenção de iniciar a arbitragem, por via postal ou qualquer outro meio de comunicação, mas sempre mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral (art. 6º, *caput*).

Porém, a rigor, mesmo nessa situação descrita em “b”, de cláusula vazia, pode ser perfeitamente dispensada a celebração do compromisso arbitral. Surgido o conflito e havendo entendimento entre as partes sobre a nomeação dos árbitros, estes, depois de aceitarem seu encargo, deverão, em conjunto com aquelas, definir as questões sobre as quais a cláusula houver se omitido ou se mostrado insuficiente ou, ainda, obscura ou contraditória. E isso será feito por meio do “adendo” a que se refere o parágrafo único do art. 19 da Lei n.º 9.307, não por compromisso arbitral.

No caso de cláusula vazia referido em “b”, acima, espera-se que as partes cheguem a um consenso quanto aos termos do compromisso arbitral ou então, pelo menos, sobre o modo de nomeação dos árbitros. Mas pode acontecer de: (i) uma das partes, convocada pela outra na forma do *caput* do art. 6º da Lei n.º 9.307, recusar-se (expressa ou tacitamente) a participar da reunião nele referida; (ii) realizada a dita reunião, restar frustrada a celebração do compromisso nem serem em seu bojo definidas providências que bastem para a instituição da arbitragem; ou (iii) as partes não chegarem a um consenso quanto aos termos do compromisso ou modo de instituição da arbitragem nem mesmo fora do âmbito da reunião do art. 6º (observe-se que é perfeitamente possível que as tratativas sobre os termos do compromisso ou sobre o modo de instituir a arbitragem sejam feitas e concluídas, por exemplo, via *e-mail* ou videoconferência, com a dispensa do procedimento previsto no art. 6º; é fundamental, porém, que tudo seja documentado, para viabilizar o eventual ajuizamento da ação do art. 7º).

Em qualquer dessas situações, a parte interessada, mediante prova de que não se chegou a um consenso nem mesmo sobre a forma de nomeação dos árbitros, terá de se valer do processo de *execução específica da cláusula compromissória*, a que se referem os arts. 6º, parágrafo único, 7º e 13, § 2º, segunda parte, da Lei de Arbitragem. Trata-se de processo judicial destinado a constituir um compromisso arbitral, de modo a fazer valer, de modo específico, a obrigação assumida pelas partes no momento em que firmaram a cláusula, qual seja, a de resolver os conflitos que entre elas surgissem pela via da arbitragem.

O processo de execução específica terá lugar, também, quando a cláusula arbitral estabelecer o modo de instituir a arbitragem, mas surgir impasse entre as partes acerca da nomeação e *nenhuma solução tiver sido prevista para resolvê-lo* – v.g., a cláusula diz que as partes escolherão, em conjunto, árbitro único, mas não prevê como se dará a nomeação na falta de um acordo de vontades (caso que, como se mencionou acima, também pode ser considerado como de cláusula “vazia”, “incompleta” ou “em aberto”). Nessa hipótese, caberá ao Poder Judiciário – mediante pedido da parte interessada, a quem caberá demonstrar a existência do impasse sobre a nomeação – definir a questão, constituindo compromisso arbitral por sentença.

A instauração do processo de execução específica, naturalmente, não impede que as partes cheguem a um acordo sobre os termos do compromisso ou sobre a nomeação do(s) árbitro(s). Na verdade, o procedimento legal contempla expressamente uma etapa de conciliação/mediação para esse fim – vide o art. 7º, § 2º. Na falta de solução consensual, sendo procedente a demanda, a sentença “valerá como compromisso” (art. 7º, § 7º).

As dificuldades acima expostas *jamaiz* ocorrerão quando a cláusula compromissória for *cheia*. Será irrelevante, nessa hipótese, a eventual desídia de uma das partes na etapa de nomeação ou sua

Como se sabe, no ordenamento brasileiro, a cláusula vazia é suficiente para excluir a jurisdição estatal em relação aos conflitos por ela abrangidos. Mas se as partes não se entendem sobre a forma de nomear os árbitros e a cláusula não estabelece uma forma de resolver o impasse, torna-se necessário instaurar o procedimento dos arts. 6º, parágrafo único, e 7º da Lei n.º 9.307. No bojo desse procedimento, caberá ao Judiciário decidir sobre *a regularidade e limites da convenção arbitral*⁷⁷.

A petição inicial da chamada “ação de execução específica da cláusula compromissória” deve descrever com precisão o objeto da arbitragem cuja instituição se

discordância/resistência em face da própria instituição do processo arbitral. Para a instauração da arbitragem, bastará ao interessado prosseguir segundo o procedimento convencionado na cláusula compromissória. A cláusula já trará elementos suficientes para que a arbitragem seja iniciada até mesmo, quando necessário, por iniciativa isolada de uma das partes.

Inclusive, a *absoluta* desnecessidade de formalização de um compromisso arbitral quando o contrato previr cláusula compromissória *cheia* consiste, ao lado da possibilidade de execução *específica* da cláusula vazia ou em aberto, em uma das principais inovações introduzidas pela Lei n.º 9.307 no direito arbitral brasileiro. Antes de tal Lei entrar em vigor, a cláusula arbitral (fosse cheia ou vazia) era concebida como uma simples promessa de firmar futuro e indispensável compromisso arbitral. Uma promessa cujo descumprimento era apto a gerar, quando muito, direito a indenização. O compromisso era, enfim, o único instrumento apto a efetivamente garantir a instauração da arbitragem, mesmo que a cláusula fosse dotada de elementos suficientes para nomear os árbitros e/ou que não houvesse qualquer divergência entre as partes acerca da instituição do processo arbitral.

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro, o compromisso arbitral *não consiste em pressuposto necessário para a instauração válida de um processo arbitral*. É perfeitamente possível que a arbitragem se funde apenas e tão-somente em cláusula compromissória. *Mesmo se a cláusula for vazia a celebração de compromisso poderá ser dispensada*. Basta que as partes cheguem a um acordo (ou então não entrem em divergência) sobre a nomeação dos árbitros, para que a arbitragem possa ser instaurada.

Parte dessas considerações consta, de forma mais sucinta, de texto que escrevemos em co-autoria: WLADECK, Felipe Scripes; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no Brasil. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, n. 74, abr./jun. 2011. p. 131-136. Trata-se de texto introdutório ao estudo da arbitragem no Brasil, previamente publicado em obra voltada ao público estrangeiro: WLADECK, Felipe Scripes; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitration in Brazil. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; JUSTEN FILHO, Marçal. *Infrastructure Law of Brazil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v. 1. p. 221-235.

⁷⁶ Uma situação, que não é propriamente de execução específica de cláusula compromissória, mas na qual a intervenção judicial se fará necessária para a realização da arbitragem, põe-se no caso de as partes nomearem árbitros em número par e estes não chegarem a um consenso sobre qual será o outro árbitro que comporá o painel – que deve ter número ímpar. Nesse caso, diz o § 2º do art. 13 que a parte interessada deve recorrer ao Judiciário, para pedir-lhe a nomeação do árbitro – aplicando-se, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º.

O art. 16, § 2º, refere-se, ainda, a mais uma situação em que poderá ser aplicado o procedimento do art. 7º. Vide a nota 84, abaixo.

⁷⁷ CARMONA, op. cit., p. 159-160 e 176.

pretende e, ainda, ser acompanhada de cópia do documento que contiver a cláusula arbitral (§ 1º do art. 7º da Lei n.º 9.307). Esses elementos são fundamentais para que o juiz da causa possa verificar se a convenção é regular e se o conflito que se pretende submeter a árbitros nela se enquadra – e, portanto, se a arbitragem pretendida tem ou não cabimento.

(a) Se a convenção for regular (não estiver contaminada por vícios de vontade *etc.*) e o objeto pretendido para a arbitragem nela se encaixar, o juiz proferirá sentença que valerá como compromisso arbitral (art. 7º, § 7º). Ao definir o conteúdo do compromisso, o juiz deverá respeitar todos os pontos de consenso entre as partes, eliminando as divergências entre elas existentes (se, por exemplo, as partes estiverem de acordo quanto ao procedimento a ser observado, reportando-se a regulamento de determinada instituição arbitral, deve-se respeitar essa sua vontade).

(b) Porém, detectando que a arbitragem não pode de forma alguma ser instaurada, deverá o juiz da causa rejeitar o pedido de execução específica da cláusula arbitral. E faz todo sentido que seja assim: não seria lógico se o juiz, constatando desde logo a impossibilidade de realização da arbitragem, tivesse de sentenciar o feito para o fim de constituir do compromisso – permitindo, por conseguinte, a instauração de um procedimento indevido.

No processo de execução específica da cláusula compromissória será admitida ampla instrução probatória a respeito dos aspectos relevantes para a decisão da causa. Assim, nada impedirá, por exemplo, que se produzam provas orais destinadas a apurar a existência de vício de vontade na celebração da convenção arbitral⁷⁸. Não existem restrições específicas (em relação aos processos sujeitos ao procedimento comum, em geral) quanto aos meios de prova admitidos no processo de execução específica.

A decisão de procedência ou improcedência da ação de execução específica da cláusula arbitral fará coisa julgada material – o que impedirá as partes de rediscutir judicialmente o mérito por ela julgado, *i.e.*, o pedido de constituição judicial de um compromisso arbitral. Mas as questões decididas incidentalmente no processo (*entre elas, os limites e regularidade da convenção de arbitragem*) não farão coisa julgada, de modo que a solução a elas dada não vinculará as partes em outras causas com pedidos diversos. Por exemplo, a sentença arbitral pode, em tese, ser impugnada sob o fundamento de que existe defeito na cláusula compromissória sobre o qual as partes já tenham debatido,

⁷⁸ CARMONA, op. cit., p. 160-161.

incidentalmente, em anterior processo de execução específica – ainda que em tal processo aquele mesmo pretendo defeito tenha sido considerado inexistente.

Enfim, apesar de a cláusula vazia ter o condão de afastar a jurisdição estatal e dar poderes para que árbitros decidam os conflitos por ela abrangidos, admite-se que antes mesmo da definição dos aspectos mínimos e essenciais para a instauração da arbitragem (não eleitos consensualmente entre as partes) o Poder Judiciário a controle, verificando seus limites e validade⁷⁹.

4.1.1.2.3 – Ajuizamento de ação judicial versando sobre causa que, em tese, é de competência dos árbitros

Outra situação que merece destaque é a que se verifica quando, a despeito da existência de convenção de arbitragem, uma de suas partes vai direto ao Poder Judiciário, propondo-lhe demanda sobre a causa que seria, em tese, de competência dos árbitros.

Nesse caso, a menos que a parte contrária invoque a existência da convenção arbitral na primeira oportunidade que tiver de se manifestar nos autos, o processo judicial prosseguirá normalmente. Terá havido a renúncia tácita ao pacto arbitral com relação ao conflito posto em juízo (a esse respeito, vide o exposto no item 3.5.4.1, acima).

Se o demandado invocar tempestivamente a existência da convenção arbitral, caberá ao juiz, depois de ouvir o demandante, decidir se a causa a ele submetida efetivamente se enquadra ou não nos seus termos. Concluindo que se enquadra, deve extinguir o processo sem julgamento de mérito. Do contrário, deve dar-lhe seguimento – e, então, a arbitragem não poderá ser realizada por motivo de litispendência.

Mas pode acontecer, ainda, de o autor da ação judicial, intimado sobre a preliminar levantada, alegar a irregularidade da convenção. Nessa situação, o juiz deverá verificar, em primeiro lugar, se o conflito está ou não realmente abrangido pela convenção: se concluir que não está, a questão da (ir)regularidade da convenção será irrelevante, pois, em qualquer caso, o processo judicial poderá prosseguir; se concluir que está abrangido,

⁷⁹ Se a convenção consistir em cláusula compromissória cheia ou compromisso e, nada obstante, uma das partes ingressar no Judiciário com demanda que tenha por objeto a obtenção do reconhecimento de sua irregularidade, pretendendo com isso inviabilizar a instauração da arbitragem, aplica-se o exposto no item 4.1.1.2.4, (ii), a seguir no texto.

deverá decidir a questão da (ir)regularidade da convenção incidentalmente no processo em curso – e, para tanto, poderá determinar a produção das provas que entender necessárias.

Entendendo que a convenção arbitral é irregular e, assim, que é competente para a causa, o juiz dará prosseguimento ao processo judicial, o que inviabilizará a realização da arbitragem (*ex vi* do art. 301, inciso V, §§ 1º, 2º e 4º do Código de Processo Civil). Por outro lado, entendendo que a convenção é regular, o juiz porá fim ao processo judicial – deixando livre o caminho da parte interessada para a arbitragem.

A sentença judicial que reconhecer a competência arbitral extinguirá o processo (judicial) sem julgamento de mérito. A questão sobre a regularidade e limites da convenção arbitral será decidida na fundamentação da sentença terminativa, de modo que não haverá a formação de coisa julgada a seu respeito. Consequência disso é que as alegações sobre as referidas matérias (regularidade e limites da convenção) poderão tornar a ser alegadas em eventual impugnação contra a futura sentença arbitral⁸⁰.

Note-se que, quando decide sobre os limites e regularidade da convenção, o Judiciário decide sobre sua competência⁸¹. Afinal, não tendo a convenção o condão de excluir a jurisdição estatal, a causa será de competência (jurisdição) do Poder Judiciário⁸².

Trata-se, como se vê, de hipótese em que o controle judicial da regularidade da arbitragem pode ser dar antes mesmo da prolação da sentença arbitral. Até que o Poder Judiciário decida sobre os limites e/ou validade da convenção arbitral, é importante *que a arbitragem não seja iniciada ou que, tendo sido instaurada, os árbitros a suspendam* – uma vez que, mais cedo ou mais tarde, o Poder Judiciário é quem provavelmente viria a decidir (dando a última palavra sobre) essas questões em sede de controle da sentença arbitral⁸³.

⁸⁰ Nesse sentido, Caio Cesar Vieira ROCHA, que ressalva, porém, que haverá a formação de coisa julgada sobre as questões dos limites e regularidade da convenção (a impedir, nos limites da coisa julgada formada, sua rediscussão em futura impugnação contra a sentença arbitral) na hipótese de ajuizamento de ação declaratória incidental que as tenha por objeto (ROCHA, op. cit., p. 98).

⁸¹ Conforme ensina TALAMINI, a “...noção de competência-competência aplica-se não apenas ao árbitro. Estende-se ao juiz estatal e – mais ainda – a qualquer autoridade pública. Toda e qualquer autoridade é o juiz primeiro de sua própria competência” (TALAMINI, *Direito processual...*, p. 343).

⁸² As mesmas soluções do item (a), do texto, deverão ser aplicadas se a parte demandada no Judiciário tiver iniciado a arbitragem entre o ajuizamento da ação e sua citação no processo judicial. Se o Judiciário julgar-se competente para a causa, a arbitragem iniciada ficará prejudicada – vide o item (c), abaixo no texto.

⁸³ CARMONA, op. cit., p.176. Em sentido oposto, entendendo que caberá ao Judiciário suspender ou extinguir o seu processo na hipótese de a arbitragem ser instaurada: ALVES, Rafael Francisco. A

Se, todavia, a arbitragem prosseguir e tanto nela quanto no processo judicial vier a ser realizado julgamento de mérito, prevalecerá a decisão judicial. Nesse caso, terá havido na verdade um arremedo de arbitragem, uma vez que o Judiciário já terá se declarado competente para a causa – excluindo a competência arbitral. Ou seja, a decisão dos pretensos árbitros será juridicamente inexistente (vide o item 4.4.2)⁸⁴.

Se a arbitragem já estiver instaurada no momento do ajuizamento da ação, haverá litispendência a determinar, de regra, a extinção do processo judicial *sem julgamento de mérito*. Trata-se de matéria que poderá ser conhecida até mesmo de ofício pelo Judiciário. Mas parece razoável que o Judiciário, antes de decidir, suspenda o processo e tome as seguintes (uma delas ou ambas, dependendo do caso) providências:

(i) Ouvir as partes previamente sobre a litispendência identificada, indagando-lhes se existe um consenso entre ambas em desistir da arbitragem. O

inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 207 e seguintes.

⁸⁴ No exemplo do texto, tanto o Judiciário quanto o árbitro se julgam competentes para a causa. Mas e se o Judiciário e árbitro se julgarem incompetentes para causa? Isso é possível? Como resolver o impasse?

Primeiramente, observe-se que ninguém pode ser obrigado a ser árbitro ou forçado a continuar exercendo a função de árbitro. Trata-se de função personalíssima, que depende de convicção pessoal para ser desempenhada. Portanto, se o árbitro recusa sua função, as partes poderão, quando muito, responsabilizá-lo por isso. Mas não lhes será dado pedir ordem judicial para que o árbitro seja compelido a prosseguir no exercício de sua função.

Havendo a recusa da nomeação pelo árbitro, assumirá em seu lugar o substituto indicado na convenção. Se a convenção não definir previamente um substituto, observar-se-ão as regras nela previstas para a escolha do novo árbitro. No silêncio da convenção sobre a forma de escolha do novo árbitro e não havendo um acordo entre as partes a esse respeito, a interessada deverá proceder na forma do art. 7º da Lei n.º 9.307/1996. Ou seja, a definição do novo árbitro se dará perante o Poder Judiciário. São os termos do art. 16 da Lei.

Mas é possível que as partes tenham pactuado expressamente que não aceitariam substituto para o árbitro – nem revejam tal pacto posteriormente. Nesse caso, com a não aceitação da nomeação, a arbitragem estará frustrada. A parte interessada ficará livre, então, para ingressar no Judiciário. Essa mesma solução se aplicará se o árbitro vier a renunciar aos seus poderes depois de ter aceitado a nomeação ou nas demais situações referidas no *caput* do art. 16.

Pelo exposto, conclui-se que o Judiciário não pode se recusar a processar/julgar a causa nos casos em que, verificada alguma das situações previstas no *caput* do art. 16, não for possível (segundo previsão expressa da convenção) a substituição do árbitro. A arguição da existência da convenção, nessa hipótese, não permitirá ao juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito. Por outro lado, havendo a possibilidade de substituição do árbitro, o Judiciário poderá-deverá deixar de dar prosseguimento ao processo perante ele instaurado – claro, desde que a parte interessada venha oportunamente a arguir a existência da convenção de arbitragem (*i.e.*, aplicam-se as soluções de “a” e “b” do item 4.1.1.2.3).

ideal é que o juiz fixe um prazo para que as partes se manifestem sobre a questão. Bastará a recusa de uma das partes em desistir da arbitragem e o processo judicial deverá ser extinto sem julgamento de mérito. Se, todavia, as partes estiverem de acordo em encerrar a arbitragem, deverão comprovar a desistência ao juiz, com o que a litispendência cairá por terra e, assim, ficará afastado o impedimento até então existente ao prosseguimento do processo judicial.

(ii) Aguardar os árbitros decidirem sobre sua competência para a causa. Se os árbitros se julgarem incompetentes e a arbitragem vier a ser definitivamente extinta sem julgamento de mérito, o curso do processo judicial poderá ser retomado. Nesse caso, a providência referida no item “i”, acima, ficará, inclusive, dispensada. Afinal, não haverá mais litispendência (*i.e.*, pendência de processo arbitral) a impedir o normal prosseguimento do processo judicial.

Não verificado o encerramento da arbitragem por nenhuma dessas causas, o Judiciário apenas poderá-deverá deixar de extinguir (vale dizer, sem julgamento de mérito) o processo judicial se o autor da ação demonstrar cabalmente e de plano que a arbitragem pactuada é completamente inviável e que sua realização geraria graves prejuízos – essa situação será absolutamente excepcional, conforme se expõe no item 4.1.1.2.4, (i), abaixo.

4.1.1.2.4 – Medidas anti-arbitrais

É possível, ainda, pensar em situações, não expressamente previstas na Lei n.º 9.307/1996 ou no Código de Processo Civil, em que será dado ao Poder Judiciário acolher medida que tenha *por objeto* (pedido, em caráter principal) a obtenção do reconhecimento da irregularidade da convenção ou “incompetência dos árbitros” para impedir o início ou o prosseguimento da arbitragem.

(i) Se a arbitragem estiver instaurada, deve o juiz, em princípio, extinguir o processo judicial de plano, sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir – na medida em que (*ex vi* dos arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei n.º 9.307) compete exclusivamente aos árbitros, *depois de nomeados e no exercício de sua função*, decidir sobre a sua própria competência. Inclusive, presentes os devidos requisitos, o autor da medida anti-arbitral deverá ser

sancionado por abuso do direito de demandar (v.g., arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil)⁸⁵.

Contudo, nos casos em que a irregularidade da convenção ou a “incompetência arbitral” for passível de ser detectada *in status assertionis* (i.e., de plano, mediante o simples exame dos elementos da inicial) e, além disso, for capaz de inviabilizar de modo absoluto a arbitragem, o juiz deve (na medida do possível não sem antes ouvir a parte contrária⁸⁶) acolher a medida anti-arbitral formulada, para declarar a impossibilidade do prosseguimento do processo em curso.

Imagine-se, v.g., caso em que a cláusula figura em contrato de adesão entre consumidor e instituição financeira e elege instituição arbitral fraudulenta, cuja inidoneidade já tenha sido reconhecida pelo Judiciário em ocasiões anteriores. Imagine-se, ainda, que a arbitragem foi instaurada com a oposição expressa do oblato. Em hipóteses como essa, é razoável que a medida anti-arbitral seja acolhida – ainda que, de acordo com a Lei, o controle devesse ser realizado apenas depois de proferida a sentença, segundo se extrai dos arts. 8º, parágrafo único, 20, 32 e 33⁸⁷.

(ii) Se a arbitragem ainda não estiver em curso, é razoável admitir que o Judiciário possa decidir sobre a regularidade e limites da convenção arbitral⁸⁸.

⁸⁵ Sobre o tema, vide o seguinte ensaio de nossa autoria: WLADECK, Felipe Sripes. Abuso quanto ao direito de demandar no direito processual civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 96, p. 34-64, mar. 2011.

⁸⁶ Mas é evidente que, presentes os requisitos legais do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, o juiz poderá-deverá, a pedido da parte, conceder medida urgente *liminarmente* (i.e., sem a ouvida do demandado) com a finalidade de impedir o prosseguimento do processo arbitral, até que se julgue a *anti-suit injunction*.

⁸⁷ ALVES, op. cit., p. 205-226. Em sua obra, o autor defende entendimento que se assemelha, em parte, com o que aqui se adota. A seu ver, existe a possibilidade de, *antes da instauração da arbitragem*, o Judiciário examinar, “*mediante cognição sumária*”, a regularidade da convenção. Assim, ajuizada demanda judicial versando sobre o conflito abrangido pela convenção, esta poderia ter a sua regularidade examinada pelo Judiciário. Vislumbrando vício na convenção, caberia ao Judiciário dar continuidade ao processo judicial instaurado. Mas, *iniciada a arbitragem*, o processo *judicial* haveria de ser suspenso ou extinto. Ao Judiciário não seria dado impedir o início da arbitragem, mesmo que constatada, *prima facie*, a irregularidade da convenção. Essa regra poderia ser excepcionada apenas e tão-somente em casos de “práticas ilegais na arbitragem”, ou seja, casos em que ficasse demonstrado (por meio de provas concretas) que a arbitragem instaurada é uma fraude, configura estelionato *etc.*

⁸⁸ Esse é o tratamento esperado do Judiciário também nos casos em que a cláusula arbitral é vazia e a parte que nela vislumbra alguma irregularidade se antecipa, para alegá-la em juízo antes de eventual propositura da demanda de execução específica do art. 7º.

Com efeito, uma coisa é subtrair do árbitro sua competência para decidir sobre a regularidade e limites da convenção quando a arbitragem já estiver instaurada – isso não pode ser tolerado, salvo em casos excepcionais (item “i”, acima). Outra é o Poder Judiciário, sabendo de antemão que o árbitro não poderá ser legitimamente investido de poderes para a causa, mesmo assim autorizar a instauração da arbitragem para assim propiciar que o árbitro se manifeste sobre a questão. Essa última solução é desaconselhada pelos princípios da razoabilidade e da economicidade⁸⁹.

Mas atenção: no momento em que a arbitragem for instaurada⁹⁰, a competência para decidir a questão *será transferida aos árbitros*. Não se justificará mais a solução referida no parágrafo anterior. O procedimento judicial em curso deverá, então, ser imediatamente encerrado. Isso se impõe pelo disposto no art. 8º, parágrafo único, e no art. 20 da Lei n.º 9.307/1996.

Note-se que o simples ajuizamento da ação judicial não impedirá a instauração da arbitragem. Esta apenas será juridicamente inviável se, no processo judicial, já houver sentença de mérito de procedência transitada em julgado *ou se tiver sido concedida medida urgente para esse fim*.

A interpretação que aqui se dá aos arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei n.º 9.307/1996 é, enfim, no sentido de que a competência dos árbitros para decidir sobre a sua própria “competência” *se aperfeiçoa* com a instauração da arbitragem⁹¹: instaurada a arbitragem, a parte interessada deve alegar as matérias

⁸⁹ Inclusive, presentes os requisitos legais, deve o Poder Judiciário, no bojo da medida anti-arbitral, conceder medida urgente para obstar a instauração da arbitragem – sob pena de os inconvenientes que com a medida se pretendia evitar se consumarem.

⁹⁰ O que será possível desde que se trate de compromisso arbitral ou cláusula cheia. Já se a cláusula for vazia, a oposição de uma das partes ao início da arbitragem bastará para impedi-lo. E somente o Judiciário poderá compeli-la a observar a convenção, quando entender que ela é válida e eficaz (art. 7º da Lei).

⁹¹ O que não quer dizer que, antes da instauração da arbitragem, o Judiciário esteja livre para julgar sobre o mérito ou questões de mérito da arbitragem. Afora a possibilidade de as partes abdicarem (tácita ou expressamente) da opção arbitral ou de o Judiciário julgar-se competente para a causa a ele (antes do que aos árbitros) submetida, a ingerência judicial na matéria abrangida pela convenção apenas será possível excepcionalmente, na hipótese de uma das partes necessitar de medida urgente (conservativa ou antecipatória) e não houver tempo suficiente para a nomeação dos árbitros e a sua aceitação do encargo – ressalve-se, porém, que sempre existe a possibilidade de as partes pactuarem que medidas urgentes devem ser requeridas ao Judiciário, excluindo a competência dos árbitros a esse respeito. Nesse sentido: CARMONA, op. cit., p. 326; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais*,

referidas naqueles artigos legais perante os próprios árbitros. Antes disso, porém, é possível alegá-las perante o Judiciário – transferindo-se o poder de julgá-las aos árbitros, com a subsequente instauração da arbitragem.

A diferença entre a situação tratada no presente item e a do item 4.1.1.2.3, (a), reside no fato de que naquela haverá litispendência a impedir o início da arbitragem – e, por conseguinte, o aperfeiçoamento da competência dos árbitros para decidir sobre sua competência para a causa. Já na situação do presente item, não haverá litispendência. Logo, a arbitragem poderá, em princípio, ser instaurada – com o que os árbitros passarão a ter poderes para decidir as questões dos arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei n.º 9.307/1996.

A transferência do poder de decidir sobre a regularidade da convenção aos árbitros apenas não deverá ocorrer se o Judiciário for posto diante de situação de patente irregularidade da convenção (nos moldes do item “i”, acima) ou se, cumulada com a medida anti-arbitral, a parte houver formulado a mesma

medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 91 e seguintes. TALAMINI, *Direito processual...*, p. 334-335, com a citação de diversos outros autores.

Instituída a arbitragem, o procedimento judicial será imediatamente extinto. Mas a medida urgente eventualmente concedida pelo Judiciário será mantida, *até ser revista pelos árbitros*. Ou seja, extingue-se o procedimento judicial, sem julgamento do mérito da causa, ressaltando-se que a medida urgente concedida permanecerá vigente – até deliberação em sentido diverso da parte dos árbitros (a quem deverá ser entregue pela parte interessada uma cópia dos autos do processo judicial – ou suas principais peças).

Caberá aos árbitros, então, depois de investidos de seus poderes, avaliar se é o caso de manter, cassar ou modificar a medida urgente advinda do Judiciário. Isso não apenas por ser sua, originariamente, a competência para conhecer e julgar medidas urgentes relacionadas ao objeto da convenção, como ainda pela própria provisoriedade e revogabilidade típicas destas. CARMONA, nesse ponto, escreve: “...concedida a liminar, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar ou modificar a medida concedida” (CARMONA, op. cit., p. 327). Eis, outrossim, o entendimento de Pedro Antonio BATISTA MARTINS: “Instituída a arbitragem, nasce a jurisdição arbitral, em toda a sua plenitude, cabendo aos árbitros manter, alterar ou cassar a liminar concedida pela justiça comum, agora incompetente (melhor, sem jurisdição!) para apreciar e julgar as questões envolvendo o objeto da demanda e aquilo eu lhe é acessório” (BATISTA MARTINS, Pedro Antonio. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 247). Existe, também, jurisprudência sobre o tema. Vide, por todos, o seguinte precedente: Tribunal de Justiça de São Paulo, 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão n.º 431.916-4/3-00, Relator Desembargador Silverio RIBEIRO, julgamento em 11.06.2008.

Por outro lado, eventual decisão de indeferimento da medida urgente “antecedente” proferida pelo Poder Judiciário não vincula os árbitros. Iniciada a arbitragem, podem estes, segundo seu livre convencimento, conceder a providência antes indeferida. E isso não depende de fatos novos nem mesmo se condiciona a prévia interposição de recurso contra a anterior decisão judicial: o poder “cautelar” dos árbitros não é afetado por eventual preclusão que, no âmbito da medida judicial preparatória excepcional e provisoriamente instaurada, tenha se verificado. A última palavra em matéria de medidas de urgência quem dará serão sempre os árbitros.

demanda subsequentemente levada aos árbitros (situação parecida com a do item 4.1.1.2.3, “a”⁹²). Nesse último caso, o que autorizará o Judiciário a não extinguir o procedimento perante ele instaurado de imediato será o fato de lhe caber decidir sobre a sua própria competência acerca do conflito a ele (antes do que aos árbitros) submetido. Os árbitros deverão, então, suspender a arbitragem, até que o Judiciário *defina* a questão da regularidade e limites da convenção.

Se, nos casos (i) e (ii), acima, houver decisão judicial proibindo o início ou o prosseguimento da arbitragem, eventual sentença que vier a ser proferida pelos árbitros será destituída de valor e eficácia no Brasil – *observe-se que, como os árbitros não terão participado do processo de anti-suit injunction, não poderão ser forçados/compelidos pelo Judiciário (por atos coercitivos, como, v.g., multas) a obedecer (o que não significa que não devam, em respeito à autoridade judicial, cumprir) o que nele se tiver decidido*. Mesmo que a parte que obteve a tutela judicial venha posteriormente a participar da arbitragem fundada na convenção tida como irregular, a sentença arbitral será inaceitável como tal. Quando muito a solução obtida na pretensa arbitragem poderá ser concebida e tratada como um acordo ou transação entre as partes.

Exceção a essa “regra” se porá nos casos em que a proibição judicial estiver fundada em vício que possa restar superado pela própria postura do autor da medida anti-arbitral no âmbito da arbitragem. Imagine-se, por exemplo, que o Judiciário concede medida urgente obstando o início da arbitragem por estar ela supostamente fundada em cláusula inserida em contrato de adesão. Imagine-se, porém, que em seguida o próprio aderente toma a iniciativa de instaurar o processo arbitral. Nesse caso, não haverá o que impeça a arbitragem. O próprio beneficiado pela decisão judicial terá renunciado (validamente) à solução nela veiculada (o processo judicial, se ainda em curso, deverá ser extinto sem julgamento de mérito, por perda superveniente do interesse de agir).

A sentença (transitada em julgado) da medida anti-arbitral que reconhecer que a resistência em face da arbitragem não se justifica terá de ser observada em futura e eventual impugnação da sentença arbitral. Conforme escreve TALAMINI: “É a função positiva da coisa julgada. Os fundamentos de uma sentença não fazem coisa julgada, e

⁹² A diferença para o caso do item 4.1.1.2.3, (a), está na circunstância de que, lá, a questão da regularidade da convenção será, em princípio, decidida apenas incidentalmente no processo – e não *principaliter*.

poderão ser decididos de modo diferente por ocasião do julgamento de outra demanda. No entanto, o *decisum* acobertado pela coisa julgada terá de ser necessariamente observado, numa sentença seguinte entre as mesmas partes, se a questão nele decidida for prejudicial à questão principal do novo processo.”⁹³

O reconhecimento da suposta inviabilidade da arbitragem constitui o objeto (mérito) da medida anti-arbitral. A sentença que julga improcedente tal pretensão, declarando que a arbitragem não é inviável pelo fundamento invocado na medida anti-arbitral, faz coisa julgada material. Assim, se a medida anti-arbitral julgada improcedente teve como causa de pedir, por exemplo, um determinado defeito da convenção, futura impugnação da sentença arbitral fundada na alegação daquele mesmo defeito (já julgado inexistente pelo Judiciário, por sentença transitada em julgado) na convenção estará fadada ao insucesso.

Mas pode acontecer de os árbitros indicados, discordando da sentença de improcedência da medida anti-arbitral, recusarem a sua nomeação ou, já tendo-a aceitado, renunciarem aos seus poderes, deixando as partes livres para escolher novos árbitros. Como se disse na nota 84, os árbitros não podem (nem mesmo judicialmente) ser compelidos a atuar ou prosseguir em arbitragem com a qual, por qualquer razão que seja, não concordem, haja vista o caráter personalíssimo da função arbitral – a qual exige convicção pessoal para ser exercida, sob pena, até mesmo, de se colocar em xeque a qualidade e higidez formal da atividade arbitral. Quando muito, o árbitro renitente poderá ser responsabilizado por eventuais prejuízos gerados em razão da renúncia.

A escolha dos árbitros substitutos deverá ser feita de acordo com o que estiver previsto na convenção. No silêncio desta, as partes deverão chegar a um acordo sobre o substituto. Na falta de um acordo e de uma resposta para o impasse na convenção, a parte interessada deverá proceder na forma do art. 7º da Lei n.º 9.307, *ex vi* do art. 16: ou seja, será necessária a intervenção judicial para a nomeação do substituto⁹⁴.

⁹³ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 71.

⁹⁴ Lembrando, ainda, que, conforme exposto na nota 84, as partes podem convencionar que não aceitarão substitutos para os árbitros – caso em que a renúncia de algum deles inviabilizará (na falta de um novo acordo entre as partes, para rever os termos da convenção) o prosseguimento da arbitragem.

4.1.1.2.5 – Medidas de apoio solicitadas pelos árbitros ao Judiciário

Conforme o art. 22, §§ 2º e 4º, da Lei n.º 9.307, quando precisar, o árbitro poderá solicitar apoio ao Judiciário para conduzir-lhe testemunhas renitentes ou para a realização de atos de força destinados a realizar praticamente medidas antecipatórias ou conservativas que tenha concedido.

Recebendo o pedido de apoio, caberá ao juiz cooperar com o árbitro, dando cumprimento ao que lhe houver sido solicitado. Não deverá se imiscuir no mérito da decisão arbitral nem se abster de cooperar com o árbitro simplesmente por discordar do seu entendimento.

Mas será dado ao juiz, na hipótese, verificar a regularidade e limites da convenção arbitral – a qual deverá instruir o pedido de apoio⁹⁵. Entendendo que existe impedimento formal ao apoio pedido pelos árbitros, o juiz se absterá de realizá-lo, apresentando-lhes as razões de sua recusa. Ou seja, o juiz apenas explicará a sua conduta (*i.e.*, a recusa ao pedido de apoio) aos árbitros.

Com efeito, a verificação que o juiz poderá (e deverá) fazer terá apenas o propósito de avaliar se a medida de apoio a ele solicitada pelos árbitros tem respaldo em convenção regularmente firmada. Não será dado ao juiz, nesse momento, julgar sobre a regularidade e limites da convenção com o objetivo de definir se a arbitragem pode ou não prosseguir. Enquanto a arbitragem estiver em curso, tal decisão competirá (conforme os arts. 8º, parágrafo único, e 20, *caput*, da Lei n.º 9.307) aos próprios árbitros – ressalvada, porém, a possibilidade de medida anti-arbitral da parte interessada, nos termos do item 4.1.1.2.4, (i), acima.

4.1.1.2.6 – Excepcional controle judicial de atos praticados no curso da arbitragem

Por fim, cabe destacar que, em situações excepcionais, poderá o Judiciário (a pedido de uma das partes) controlar *a regularidade de atos específicos praticados no curso da arbitragem*.

Como regra, os atos praticados no curso da arbitragem devem ser impugnados perante os próprios árbitros, segundo o procedimento escolhido na convenção. Apenas poderão ser questionados perante o Judiciário após a prolação da sentença *e na*

⁹⁵ CARMONA, op. cit., p. 325-326.

medida em que a contaminem, incidindo em algumas das situações do art. 32 da Lei n.º 9.307.

Imagine-se, porém, que, em uma arbitragem em que as partes excluam expressamente na convenção o poder dos árbitros de conceder medidas de urgência, vem a ser ordenada, em caráter antecipatório, uma determinada providência, a qual se mostra ainda absolutamente alheia ao objeto definido para o processo. Parece claro que em situação como essa será dado à parte interessada, atingida em sua esfera de direitos pela pretensa providência arbitral urgente, recorrer ao Poder Judiciário com o objetivo de obter o afastamento de suas consequências práticas – já verificadas ou potenciais.

Situações excepcionalíssimas (a serem apuradas sempre mediante a consideração das particularidades de cada caso concreto, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade) podem, pois, justificar o controle judicial de atos praticados no curso da arbitragem mesmo antes do seu encerramento, para afastar prejuízos comprovados, indevidos e graves a uma de suas partes. No mais das vezes, essas situações excepcionais se verificarão em caso de *vício formal* do ato por desrespeito aos limites objetivos da convenção arbitral.

Configurada a abusividade da demanda destinada ao controle de atos praticados no curso da arbitragem, seu autor deverá ser sancionado por litigância de má-fé, cabendo ainda a sua responsabilização por eventuais prejuízos que possam ter decorrido de sua conduta⁹⁶. Assim, por exemplo, o sujeito que dolosamente recorre ao Judiciário para conturbar o curso da arbitragem, questionando atos dos árbitros por mero capricho, em descompasso com a disciplina específica da Lei n.º 9.307, incide em litigância de má-fé.

4.1.2 – A relação de irregularidades do art. 32 da Lei n.º 9.307 e sua taxatividade

Conforme já mencionado, o controle judicial da sentença arbitral nacional tem lugar apenas em casos em que esteja ela contaminada por vício de forma. Esses casos estão arrolados no art. 32 da Lei de Arbitragem⁹⁷. Segundo tal dispositivo, a sentença arbitral é “nula” nos seguintes casos: (a) “nulidade” da convenção de arbitragem; (b) a sentença tiver emanado de quem não podia ser árbitro; (c) a sentença não contiver os

⁹⁶ Vide o trabalho de nossa autoria referido na nota 85, acima.

⁹⁷ Sobre a impugnação da sentença com base nos arts. 475-N e 741 do Código de Processo Civil, ver o item 7.4.6.

requisitos do art. 26 da Lei; (d) a sentença for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (e) a sentença não decidir todo o litígio definido para a arbitragem; (f) quando ficar comprovado que a sentença arbitral foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (g) quando a sentença arbitral for proferida fora do prazo estabelecido para a arbitragem, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, da Lei; (h) quando forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, da Lei.

Essa relação do art. 32 é *taxativa*. Nesse sentido, por exemplo, José Eduardo CARREIRA ALVIM⁹⁸, Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR⁹⁹, Arnoldo WALD¹⁰⁰, CARMONA¹⁰¹, Selma Maria Ferreira LEMES¹⁰² e YARSHELL¹⁰³. Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR partilha desse mesmo entendimento, observando, todavia, que, a seu ver¹⁰⁴, toda e qualquer interpretação extensiva do referido dispositivo “...colide com o intuito da lei de restringir as hipóteses de cabimento da ação anulatória”¹⁰⁵.

O objetivo do legislador, ao especificar em *numerus clausus* os casos em que tem cabimento o controle judicial da sentença, foi preservar a arbitragem de intervenções estatais que não as estritamente necessárias para garantir a regularidade da tutela prestada (*i.e.*, sua conformidade com a cláusula do devido processo legal e o princípio de que a arbitragem deve ser uma escolha válida, consciente e voluntária das partes, *ex vi* dos art. 3º, inciso I, e 5º, *caput* e incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal) e, assim, dar-lhe efetividade e segurança jurídica aos contendentes.

Como se disse anteriormente, a sentença arbitral, independentemente de homologação judicial, produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário e, apresentando eficácia condenatória, constitui título executivo “judicial” (arts. 18 e 31). Além de decidir o conflito, a sentença arbitral de mérito faz “coisa julgada” para

⁹⁸ CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 403.

⁹⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 260.

¹⁰⁰ WALD, op. cit., p. 52.

¹⁰¹ CARMONA, op. cit., p. 399.

¹⁰² LEMES, Selma Maria Ferreira. A sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 4, jan./mar. 2005. p. 30.

¹⁰³ YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 5, abr./jun. 2005. p. 98.

¹⁰⁴ Ressalva com a qual aqui não se concorda, conforme exposto no item 4.1.2.1.2, abaixo.

¹⁰⁵ AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Execução e impugnação da sentença arbitral. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 696.

as partes. Consistindo a “coisa julgada” na imutabilidade do conteúdo do comando da sentença, com o fim de gerar segurança jurídica aos contendentes, tem-se que o seu afastamento deve ser admitido apenas excepcionalmente, nos casos prefixados pelo legislador.

Razões semelhantes levam, no âmbito do processo civil estatal, a afirmar a taxatividade dos casos arrolados no art. 485 do Código de Processo Civil, para o ajuizamento da ação rescisória. Considerando-se “...que a ação anulatória prevista na Lei n.º 9.307/1996 tem praticamente a mesma finalidade da rescisória”¹⁰⁶, o mesmo entendimento adotado em relação ao art. 485 do Código de Processo Civil deve prevalecer em relação ao art. 32.

Além disso, as partes não podem “...ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo.”¹⁰⁷ Qualquer previsão voltada a esses fins – pouco importa se constante na própria convenção ou em regulamento nela referido – será absolutamente nula e ineficaz (inclusive porque desautorizada pelo princípio fundamental da legalidade).

4.1.2.1 – Ressalvas sobre a conclusão de que o rol do art. 32 é taxativo

Cabem, porém, algumas ressalvas sobre a afirmada “taxatividade” do rol de matérias do art. 32.

4.1.2.1.1 – As matérias dos arts. 475-L ou 741 do Código de Processo Civil

A primeira delas é a de que, tendo a sentença arbitral eficácia condenatória, é possível impugná-la, quando levada a execução, também com fundamento nos arts. 475-L ou 741 do Código de Processo Civil, conforme o caso. Isso está, aliás, previsto expressamente no art. 33, § 3º, da Lei n.º 9.307. A esse respeito, confira-se o item 7.4.6, abaixo.

¹⁰⁶ ARMELIN, op. cit., p. 16-17.

¹⁰⁷ CARMONA, op. cit., p. 399.

4.1.2.1.2 – Necessidade de interpretar o art. 32 de modo razoavelmente aberto

A segunda ressalva é a de que o art. 32 merece interpretação *razoavelmente aberta*.

Não se pode pretender restringir demasiadamente o emprego dos mecanismos de controle das sentenças arbitrais, sob pena de se desamparar contendentes prejudicados por pronunciamentos inquinados de irregularidades *significantes* que, *prima facie*, não se coadunam aos estritos termos legais. Deve-se entender que os oito incisos do art. 32 correspondem, na verdade, a “categorias” ou “grupos” de *errores in procedendo* que podem ser suscitados para fins de controle da sentença arbitral nacional. Trata-se de categorias nas quais podem ser enquadradas todas e quaisquer situações de afronta aos direitos e garantias constitucionais do processo (essenciais ao *due process of law*) e ao princípio da autonomia da vontade (segundo o qual a arbitragem deve ser uma escolha válida, consciente e voluntária das partes) que repercutam sobre a sentença arbitral¹⁰⁸.

Alguns exemplos permitem visualizar melhor o que se quer dizer. Note-se, v.g., que em nenhum momento o art. 32 diz que a sentença arbitral pode ser impugnada se o conflito submetido aos árbitros versar sobre direito indisponível. É verdade que, se o objeto estiver previsto na convenção, pode-se invocar como fundamento para impugnar a sentença arbitral o inciso I do art. 32: a convenção será nula, por versar sobre matéria não passível de arbitragem. Mas imagine-se que o objeto não esteja previsto na convenção formalizada e que, apesar disso, tenha sido submetido ao julgamento dos árbitros com base nos atos postulatórios das partes na arbitragem. Nesse caso, o inciso I do art. 32, se tomado em seus termos literais, não serviria de fundamento para a impugnação da sentença. Trata-se, a rigor, de situação que não se enquadra perfeitamente em nenhum dos incisos do art. 32. Deve-se, assim, realizar uma interpretação razoavelmente aberta do dispositivo, para inseri-la em algum de seus incisos. O inciso I poderá, então, ser invocado como fundamento para a impugnação da sentença, que terá versado sobre matéria que não poderia ter sido submetida aos árbitros. Os atos postulatórios praticados no curso do processo arbitral terão ampliado indevida ou invalidamente o seu objeto – e, ainda que de maneira indireta, o objeto da própria convenção de arbitragem.

¹⁰⁸ Em semelhante sentido: CARMONA, op. cit., p. 402 e 412. RICCI chega a conclusões que em parte se aproximam com as do texto, defendendo a necessidade de uma “interpretação integrativa” do art. 32 por aplicação da Constituição Federal. Confira-se: RICCI, A impugnação da sentença arbitral..., p. 69-91.

Outros exemplos podem ser mencionados: o inciso I do art. 32 abrange não apenas o caso de nulidade do compromisso, mas também de nulidade da cláusula compromissória (na realidade, o dispositivo contém, nesse ponto, erro material, pois no lugar de “compromisso” queria ter se referido a “convenção”); o inciso I abrange, ainda, não apenas casos de nulidade da convenção, mas também casos de inexistência (que não tenha sido de alguma forma suprida) ou ineficácia da convenção; o inciso II pode ser invocado quando a independência ou imparcialidade dos árbitros está de qualquer modo comprometido, não apenas nos casos de suspeição e impedimento do Código de Processo Civil; não se pode descartar, também, a invocação do inciso II em caso de descoberta de que o árbitro nomeado, ao contrário do inicialmente revelado, não reúne determinada(s) característica(s) querida(s) pelas partes e relevante(s) para a arbitragem ou, então, no caso em que o árbitro deixa de reunir aquela(s) característica(s) no curso da arbitragem – lembrando-se, porém, que as partes podem aceitar a(s) nova(s) ou verdadeira(s) características do árbitro conhecida(s) após a sua nomeação (vide o item 5.2); o inciso III compreende a hipótese em que a sentença arbitral contém formalmente todos os elementos do art. 26, mas seu dispositivo apresenta contradição interna que o torna incoerente ou impossibilita a sua compreensão¹⁰⁹; enquadra-se na categoria do inciso III, outrossim, o caso de contradição entre a motivação e o dispositivo da sentença arbitral que torne ininteligível a *ratio decidendi* – trata-se de situação em que o que se verifica é a verdadeira e própria *falta de motivação*, que acarreta a nulidade da sentença¹¹⁰; ainda no inciso III incluem-se os casos de erros materiais na indicação da data e nacionalidade da sentença (vide os itens 2.5 e 4.4.4); o inciso IV compreende caso em que a sentença decide conflito que, embora estivesse abrangido pela convenção, não tenha sido objeto dos atos postulatorios praticados, nem tenha sido normalmente discutido entre as partes^{111 e 112} no

¹⁰⁹ CARMONA, op. cit., p. 404; BARBOSA MOREIRA, Estrutura da sentença..., p. 352-353.

TALAMINI, tratando da “ilogicidade” do comando de sentenças judiciais, afirma que, se o vício afetar a própria compreensão do pretenso comando, a sentença rigorosamente não terá *decisum* (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 315). Neste trabalho, concorda-se com esse entendimento – e se entende que a sentença sem dispositivo é juridicamente inexistente (vide o item 4.4.2.1, abaixo).

¹¹⁰ CARMONA, op. cit., p. 404.

¹¹¹ Pode ser que, embora não esteja previsto na convenção, determinado objeto seja desde o princípio submetido aos árbitros e venha a ser normalmente discutido pelas partes no processo – *sem que qualquer delas ou os árbitros se oponham à ampliação do objeto inicial*. A decisão que vier a ser proferida será, nesse passo, existente, eficaz e válida. A ausência de previsão do objeto na convenção terá sido suprida pelos atos postulatorios e instrutórios do processo. O mesmo exemplo pode ser encontrado na obra: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 331.

curso da arbitragem; o inciso IV abrange também os casos em que são excedidos ou se deixam de observar os *limites de forma* definidos na convenção tanto para o procedimento quanto para o modo de nomeação de árbitros, afetando-se com isso a sentença – e não apenas aos casos em que a sentença extrapola os limites do objeto da arbitragem, julgando

Se uma das partes discordar da ampliação do objeto da arbitragem pretendida, deve a ela se opor. Se os árbitros não acolherem as razões da discordância, é recomendável que a parte se defenda no curso da arbitragem. Mas se tiver a pretensão de impugnar a conduta dos árbitros em juízo, depois de proferida a sentença, deve manter a ressalva de sua discordância. Como terá havido o exercício da ampla defesa, o fundamento para a impugnação da sentença será o inciso IV do art. 32, não o inciso VIII.

Ao lado da solução do parágrafo anterior, existe a possibilidade de a parte interessada lançar mão de medida judicial destinada a obstar o prosseguimento da arbitragem em relação ao objeto não abrangido pela convenção. A medida será, porém, *excepcional*, estando sua aceitação pelo Judiciário sujeita aos parâmetros expostos no item 4.1.1.2.4, (i), acima (a matéria que se pretenda inserir no objeto da arbitragem deve ser claramente alheia aos limites da convenção e/ou aos limites dentro dos quais a arbitragem é admissível *etc.*).

¹¹² Admitindo, igualmente, a possibilidade de ampliação do objeto da arbitragem mesmo quando a demanda acrescentada não estiver compreendida nos limites da convenção, Eduardo de Albuquerque PARENTE expõe padrões de conduta a serem adotados pelos árbitros a fim de se evitar futuras impugnações judiciais. Nos seus termos: “A questão parece adquirir outro sentido se o novo pedido, objeto de discussão, não estiver abrangido pela convenção. Assim, a pergunta que os árbitros devem se fazer é: *vamos exercer jurisdição sobre esse pedido?* O motivo é simples: quando aceitaram a nomeação, foi para atuar no que estava circunscrito àquela convenção. Este é um juízo preliminar que o árbitro faz antes de aceitar o encargo. E, no contexto apresentado, o que está em pauta é a mudança do objeto da convenção. É colocar para julgamento algo para o qual os árbitros não tinham competência inicialmente. E, como a competência é volitiva para o árbitro, ele aceita se quiser. Logo, para que possa alterar, tal qual posto no exemplo, ele precisa aceitar, pois na nova demanda haverá também alteração/aumento do objeto da convenção arbitral, com a prorrogação/alteração de sua competência para além ou para outro pedido ao que havia sido antes traçado.”

E prossegue o autor: “O ideal é que, aceitando, a pergunta que os árbitros devem fazer para as partes é: *vocês estão discutindo sobre um aspecto fora da convenção de arbitragem, sobre isso nós não tínhamos competência, mas aceitamos a prorrogação, caso esta seja a intenção de ambos. Vocês estão de acordo em prosseguir com esta nova demanda?* Parece-nos que a afirmativa convalidará o procedimento, uma vez instaurado o contraditório pleno acerca do novo pedido, evitando futuras alegações de surpresa da parte sucumbente.”

Por fim, depois de destacar a importância de se formalizar a alteração ou aumento do objeto da arbitragem, a fim de se evitar dúvidas futuras sobre a regularidade da sentença, PARENTE ressalva: “Seja como for, também não nos parece impossível que este aumento do objeto do processo possa ocorrer sem a aceitação expressa, firmada pelo árbitro. Tudo dependerá do contexto em que se desenvolveu, naquele processo, o novo pedido. Claro, repetindo, há que se pautar sempre pelo contraditório e pela manifestação de vontade evidente de partes e árbitros. Se todos praticarem atos de clara concordância, havendo decisão quanto ao novo pedido, não há razão para imputar anulabilidade [segundo o que se sustenta neste trabalho, o vício sentencial seria de inexistência] da respectiva sentença arbitral. A não ser por espírito emulativo do sucumbente, que encontrará o óbice por ter praticado no curso do processo atos incompatíveis com a postura de tentar anular a decisão *a posteriori* sob esse pretexto” (PARENTE, op. cit., p. 176-177).

ultra ou *extra petita*¹¹³; o inciso VI do art. 32 compreende qualquer caso em que o árbitro tenha agido de modo fraudulento ao julgar a causa, não necessariamente praticando conduta que caracterize algum dos tipos penais referidos na regra; o inciso VIII pode ser invocado nos casos em que a sentença resultar de processo desenvolvido em descompasso com os princípios expressamente mencionados no art. 21, § 2º, e também com outros princípios inerentes ao devido processo legal, não referidos no dispositivo – como o da ampla defesa.

A imposição de que a interpretação “aberta” do art. 32 seja feita de modo *razoável* obsta, por outro lado, que nele sejam enquadradas irregularidades menores, que não sejam essenciais para garantir a conformidade da arbitragem com o ditame constitucional do devido processo legal. Pode-se pensar em diversos defeitos processuais incapazes de comprometer a realização do devido processo legal na arbitragem e que, portanto, não ensejam a impugnação judicial da sentença arbitral. Por exemplo: sentença arbitral entregue (desde que efetivamente entregue) por via postal, quando deveria (segundo o procedimento convencionado pelas partes) ser entregue, v.g., por meio eletrônico; falta de realização, por lapso dos árbitros, de audiência de conciliação prevista no art. 21, § 4º, da Lei n.º 9.307/1996; e assim por diante.

¹¹³ Vale, aqui, citar a seguinte lição de CARMONA: “Sob um outro ponto de vista, seria possível também sustentar que a sentença arbitral padeceria do vício de que trata o inciso IV do art. 32 quando ficar caracterizado que os árbitros desviaram-se do procedimento estipulado pelas partes. Com efeito, se na convenção de arbitragem escolherem as partes certo procedimento, deve ele ser respeitado sob pena de excederem os julgadores os poderes [...] concedidos pelas partes. Se no convênio arbitral determinarem as partes que o procedimento a ser adotado é aquele fixado pela UNCITRAL, não podem os árbitros, *sponte propria*, determinar que seguirão o regulamento da CCI, ainda que repute tais regras mais adequadas para a solução concreta do litígio. Seria igualmente inadmissível que os árbitros impusessem às partes a alteração do idioma expressamente escolhido para a prática dos atos processuais, ou modificassem, sem autorização, o lugar em que os atos seriam praticados ou ainda onde a sentença arbitral deveria ser proferida.”

Mas, como bem nota CARMONA, nem sempre o mero descumprimento do procedimento escolhido pelas partes ensejará “nulidade”. Nos seus termos: “Isso não significa, porém, que qualquer modificação de disposições procedimentais (adaptação das regras escolhidas pelas partes) durante o procedimento possa ensejar o manejo da demanda de que trata o art. 33 da Lei. Imaginar que irregularidades procedimentais (que não arranhem as garantias do devido processo legal) ou adaptações ao caso concreto de regras procedimentais possam configurar nulidade equivaleria a destruir por completo a flexibilidade que deve caracterizar o processo arbitral. Os árbitros têm – e não podem deixar de ter! – poderes não só para complementar regras procedimentais (normalmente lacunosas), como também para fazer as necessárias adaptações das normas escolhidas pelas partes para melhor decidir o caso concreto. O que não podem fazer, sob pena de incidirem no vício capitulado no dispositivo comentado, é abandonar as regras selecionadas pelos contendentes, substituindo-as ao seu talante por outras, de modo aleatório” (CARMONA, op. cit., p. 406).

4.1.2.1.3 – Excepcional possibilidade de controle judicial relacionado ao mérito da sentença arbitral

Outra ressalva que se impõe em face da conclusão de que o elenco do art. 32 é taxativo é a de que não se pode descartar de todo que o Poder Judiciário venha a exercer controle sobre decisões arbitrais que, em seu conteúdo, revelem-se desproporcionais ante os valores fundamentais envolvidos na causa – para o fim de desconstituí-las. Esse tipo de controle (que se equipara aos casos de “relativização da coisa julgada judicial”) será, contudo, *absolutamente excepcional*, não podendo ser admitido senão em casos extremos.

Com efeito, para que se possa cogitar de excepcional ingerência do Poder Judiciário no mérito da causa julgada pelos árbitros é preciso que se verifique na sentença por eles proferida violação a valores/direitos fundamentais que – segundo um juízo de ponderação no caso concreto, pautado nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – devam prevalecer em face do princípio da segurança jurídica e demais valores acobertados pela “coisa julgada arbitral”¹¹⁴. Em razão da própria patrimonialidade e disponibilidade a marcarem os direitos em relação aos quais a arbitragem é permitida no

¹¹⁴ Aplicam-se, por analogia, as lições de TALAMINI a propósito da relativização da coisa julgada, expostas na obra referida na nota 1, acima. Em síntese, o autor sustenta que, nos casos de “coisa julgada inconstitucional”, verificado conflito entre princípios constitucionais, é preciso realizar um juízo de ponderação *in concreto* dos valores fundamentais envolvidos. “Há parâmetros razoavelmente objetivos para tal tarefa. Deve-se considerar o princípio da proporcionalidade, com seus subprincípios: da adequação (a medida tem de ser suscetível a atingir o fim escolhido), da necessidade ou restrição menor possível (deve-se escolher o meio mais brando possível para a consecução do fim eleito e que não exceda aos limites indispensáveis para tanto) e da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação propriamente dita (o ônus imposto ao valor sacrificado deve ser menor do que os benefícios propiciados ao valor prevalecente). A ponderação, por sua vez, envolve: identificar exatamente os princípios em conflito; atribuir a cada um deles a correspondente importância, em vista das peculiaridades do caso; decidir a respeito da prevalência de um ou alguns sobre os demais, e em quais limites.”

E prossegue TALAMINI: “Na aferição da possibilidade de quebra atípica da coisa julgada, a adoção desses parâmetros implica: (a) a constatação prévia, inequívoca e objetiva da possibilidade de produção de uma solução mais correta; (b) a identificação dos valores envolvidos (inclusive a boa-fé), com a consideração de seu correspondente peso no caso concreto; (c) a comparação dos benefícios e sacrifícios concretos aos valores constitucionais envolvidos, em caso de manutenção ou quebra da coisa julgada, considerando-se inclusive as possíveis soluções parciais. A consideração desses fatores conduz à absoluta excepcionalidade da quebra atípica da coisa julgada” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 613).

Em sentido semelhante, confira-se: DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, p. 314-316.

ordenamento brasileiro, muito dificilmente uma sentença arbitral poderá ser enquadrada nesses parâmetros¹¹⁵. Mas não se pode descartar de todo essa possibilidade¹¹⁶.

Por outro lado, destaque-se que jamais uma sentença arbitral poderá ser impugnada pelo simples fato de veicular solução tida como rigorosa para a causa¹¹⁷. Da mesma forma, a identificação de erros (seja na aplicação do direito, seja no exame dos fatos da causa) na sentença arbitral, por mais evidentes e graves que eles possam ser, não autoriza, por si só, a sua impugnação judicial. Conforme os arts. 18, 31, 32 e 33 da Lei n.º 9.307, foi essa a escolha do legislador, destinada a conferir eficiência ao resultado dos processos arbitrais e segurança a quem recorre ao instituto da arbitragem. Trata-se, enfim, de escolha pautada na consciência de que as decisões dos conflitos, ainda que possam veicular injustiças¹¹⁸, precisam em um determinado momento – sob certas condições definidas em lei e obedecidos os parâmetros constitucionais¹¹⁹ – estabilizar-se, em prol da ordem jurídica.

¹¹⁵ Essa mesma observação é feita por: RANZOLIN, op. cit., p. 194.

¹¹⁶ Embora em termos e/ou segundo limites diversos dos expostos no texto, diversos autores admitem a possibilidade de excepcional controle judicial relacionado ao mérito (*errores in iudicando*) da sentença arbitral. Por exemplo: CARMONA, op. cit., p. 416-417; BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006. p. 173 e seguintes; YARSHELL, Ação anulatória de julgamento arbitral..., p. 98, nota 9; RANZOLIN, op. cit., p. 192-194. FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, jul./set. 2005. p. 66; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 9, abr./jun. 2006. p. 269-273.

Inclusive, em outro texto de nossa autoria, já havíamos mencionado essa possibilidade (WLADECK, Felipe Sripes. Os meios de controle judicial da sentença arbitral nacional previstos na lei n.º 9.307/1996. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo [Coord.]. *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 241-299). Acrescenta-se, nesta oportunidade, que, em qualquer caso, o excepcional controle judicial relacionado ao mérito da sentença arbitral *apenas e tão-somente terá lugar se esta puder ser enquadrada nos supra referidos parâmetros da relativização da “coisa julgada arbitral”*.

¹¹⁷ BONICIO, op. cit., p. 177.

¹¹⁸ Nada diferente do que se passa no caso de coisa julgada material formada nos processos judiciais (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença* – e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução e anotação de: Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 176-177).

¹¹⁹ Tratando dos parâmetros fundamentais para a atribuição da coisa julgada no âmbito dos processos judiciais, TALAMINI tece considerações inteiramente aplicáveis a respeito da chamada “coisa julgada arbitral” (TALAMINI, *Coisa julgada*..., p. 52 e seguintes). Também a “coisa julgada arbitral” apenas pode se produzir em face de quem tenha sido parte do processo. Além disso, por imposição dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, apenas as decisões proferidas em sede de cognição exauriente na arbitragem podem se tornar imutáveis.

Inclusive, note-se que se o legislador tivesse feito escolha diversa, para admitir o controle do mérito das sentenças arbitrais pelo Poder Judiciário, a arbitragem certamente fracassaria. Teria ela pouca ou nenhuma utilidade. É que as partes, quando elegem a arbitragem como via para a resolução de seu conflito, querem justamente evitar o Judiciário. Ora, se, depois de proferida a sentença arbitral, a parte vencida pudesse rediscuti-la amplamente perante o Judiciário, a efetividade e celeridade proporcionadas pela arbitragem – e que motivam as pessoas a convencionarem-na – iriam por água abaixo. Iniciar-se-ia uma nova e indesejável etapa de discussões, que prolongaria ainda mais o estado de conflito que a arbitragem se destinava a eliminar.

A questão da possibilidade de se controlar judicialmente sentenças arbitrais quanto ao seu mérito, para retirá-las do mundo jurídico, é, como se vê, bastante delicada. E não há como exauri-la no plano da teoria, estabelecendo um rol objetivo ou uma escala abstrata de hierarquia de valores fundamentais¹²⁰, nem regras taxativas aplicáveis a toda e qualquer situação possível e imaginável. Na realidade, trata-se de questão a ser definida caso a caso, considerando-se as particularidades e valores envolvidos e mediante a aplicação dos parâmetros de controle acima mencionados.

O que se pode afirmar como regra geral é que o Judiciário deve se colocar com “um pé atrás” diante de impugnações que versem sobre o mérito da sentença arbitral, indeferindo de plano aquelas que não denotem claramente (inclusive, acompanhadas ou ao menos com a indicação objetiva de elementos instrutórios pertinentes¹²¹) situação que justifique a excepcional intervenção judicial e, além disso, punindo a parte sempre que configurado o abuso no exercício do direito de demandar – há abuso, por exemplo, quando se pretende simplesmente travestir de hipótese de “nulidade” caso de mero inconformismo com a solução arbitral¹²².

¹²⁰ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 585.

¹²¹ *Ibid.*, p. 612.

¹²² Como observa Ricardo de Carvalho APRIGLIANO: “...na casuística forense o que se observa é a tentativa de revisão das sentenças arbitrais pelo enquadramento da situação concreta em algumas das hipóteses já contempladas na lei. Como os incisos do art. 32 comportam preceitos com certo grau de generalidade, as tentativas de anulação têm se valido do direito positivo, sem recorrer à alegação de violação a preceitos de ordem pública que não tenham reflexo na própria lei.”

Mais adiante, prossegue o autor: “Mesmo nas situações em que nenhum vício de ordem formal ocorreu, e que o objetivo não declarado é a mera revisão da decisão em conteúdo, as alegações das partes quase sempre se vinculam à suposta violação dos princípios processuais, ou inexistência de compromisso arbitral capaz de subtrair o exame daquela questão ao Poder Judiciário.”

Como regra geral, fora das hipóteses do art. 32 (e, em sendo a sentença condenatória, não se enquadrando a situação afirmada em um dos incisos do art. 475-L ou 741 do Código de Processo Civil) não existe interesse legítimo na impugnação da sentença arbitral nacional: falta, precisamente, interesse-adequação. Pode-se, ainda, qualificar o pedido “de anulação”, nas referidas condições, como juridicamente impossível, pois a solução que se pretende será vedada pelo ordenamento jurídico: o controle judicial da sentença arbitral nacional é possível, juridicamente, apenas nos casos previstos em lei. Fora deles, o que há é a impossibilidade jurídica do controle judicial.

Ainda sobre a excepcional possibilidade de controle de sentenças arbitrais “desproporcionais” e também sobre os limites de ordem processual a serem observados quando do seu exercício, vide o item 8.7.

4.2 – IMPORTÂNCIA DA CORRETA QUALIFICAÇÃO DAS IRREGULARIDADES RELACIONADAS NO ART. 32

O *caput* do art. 32 da Lei de Arbitragem diz que será “nula” a sentença arbitral caso se verifique qualquer das situações relacionadas nos oito incisos do dispositivo.

A terminologia do dispositivo, todavia, não é exata. Nem todos os *errores in procedendo* nele enumerados acarretam a verdadeira e própria “nulidade” da sentença arbitral. Não geram todos eles, indistintamente, o mesmo grau de irregularidade da decisão – o que é notado e destacado por diversos autores, entre os quais Clávio de Melo VALENÇA FILHO¹²³, AMENDOEIRA JÚNIOR¹²⁴, Donaldo ARMELIN¹²⁵, José Carlos BARBOSA MOREIRA¹²⁶ e Fabrizio Matteucci VICENTE¹²⁷.

Mas, felizmente, “...a jurisprudência brasileira tem dado mostras de perfeita sintonia com o objetivo de preservação da sentença arbitral, do favorecimento e prestígio a este método de solução de conflitos, redundando em improcedência a maior parte dos pedidos anulatórios” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 50).

¹²³ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*: de acordo com a nova jurisprudência constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. p. 98 e seguintes.

¹²⁴ AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 704 e seguintes.

¹²⁵ ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 9, p. 108-119, abr./jun. 2006.

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, Estrutura da sentença..., p. 346.

Nas palavras de BARBOSA MOREIRA, essa ressalva acerca da terminologia do art. 32 não se faz “por puro amor à boa técnica”. Ela se relaciona “com um problema exegético de certa delicadeza”¹²⁸ e de inquestionável importância prática: repercute diretamente na escolha do meio e momento adequados para o ataque da sentença arbitral. Ou seja, a importância da correta qualificação das irregularidades relacionadas no art. 32 da Lei n.º 9.307 reside no fato de que dela depende diretamente a definição do regime jurídico que deverá ser observado na hipótese de impugnação da sentença arbitral.

4.3 – APLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS ARBITRAIS DOS CONCEITOS E PRINCÍPIOS QUE DOMINAM A DISCIPLINA JURÍDICA DOS VÍCIOS DAS SENTENÇAS JUDICIAIS

A equiparação dos árbitros aos funcionários públicos, quando estiverem no exercício de suas funções ou em razão delas, para os efeitos da legislação penal (art. 17); a dispensa de homologação da decisão final (denominada “sentença”) dos árbitros, que são considerados “juízes” de fato e de direito (art. 18); a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judicial (art. 31); e a imposição de limites ao controle judicial da sentença arbitral (arts. 32 e 33) são, entre outras, disposições da Lei n.º 9.307/1996 expressivamente voltadas a aproximar os processos judiciais e arbitrais.

Cândido Rangel DINAMARCO bem elucida a importância dessa aproximação: “Essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo [o processo arbitral] sob o manto do *direito processual constitucional*, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição da República aos institutos processuais. Isso implica também, conseqüentemente, incluir o processo arbitral no círculo da *teoria geral do processo*, entendida esta muito amplamente como legítima condensação metodológica dos princípios e normas regentes do exercício do poder” (grifos do autor)¹²⁹.

¹²⁷ VICENTE, Fabrizio Matteucci. *Arbitragem e nulidades*: uma proposta de sistematização. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Em sua tese, o autor se dedica a sistematizar as matérias elencadas no art. 32, diferenciando-as em casos de inexistência, nulidade e ineficácia da sentença arbitral.

¹²⁸ BARBOSA MOREIRA, Estrutura da sentença..., p. 346.

¹²⁹ DINAMARCO, Limites da sentença..., p. 327-328.

Nesse passo, RICCI afirma a necessidade de se aplicar às sentenças arbitrais os mesmos princípios e conceitos que dominam a disciplina dos vícios das sentenças judiciais. Nos seus termos: “Produzindo efeitos idênticos aos da sentença judicial, a sentença arbitral encontra, nos princípios que informam aquela, a mais adequada disciplina.”¹³⁰

Como observa AMENDOEIRA JÚNIOR, essa equiparação das sentenças arbitrais às estatais independe, inclusive, “...do fato de se considerar ou não a jurisdicionalidade da arbitragem, já que a própria lei, independentemente de considerar se a arbitragem constitui ou não exercício de jurisdição, afirma com todas as letras que esta produz sentença com efeitos semelhantes aos da sentença estatal”¹³¹ – ao que aqui se ressalva, porém, que a questão da natureza jurídica do instituto da arbitragem apresenta, em certa medida, relevância para a definição dos meios cabíveis para a impugnação das sentenças arbitrais, mais especificamente do mandado de segurança (como se demonstra adiante neste trabalho).

Aplicam-se, portanto, para a classificação dos vícios das sentenças arbitrais, os mesmos critérios de classificação dos vícios das sentenças judiciais. Deve-se, outrossim, conferir aos arts. 32 e 33 da Lei n.º 9.307 uma interpretação consentânea com os princípios regentes do sistema de “nulidades” dos processos judiciais, como o princípio da instrumentalidade das formas e o princípio segundo o qual os vícios de forma não devem ser decretados/declarados (ou seja, devem ser relevados) na ausência de prejuízos (v.g., arts. 244, 248, segunda parte, 249, §§ 1º e 2º, e 250 do Código de Processo Civil).

Enfim, a “...atração da arbitragem ao sistema de regras destinadas ao processo comum”, como consigna DINAMARCO, constitui “...valiosa premissa metodológica indispensável ao seu bom entendimento e à correta solução dos problemas que lhe são inerentes.”¹³² E de tal “valiosa premissa metodológica” – que tem como corolário a aplicabilidade da disciplina dos vícios dos processos judiciais aos processos arbitrais – é preciso se valer na tentativa de bem compreender os limites ao controle judicial da sentença arbitral nacional e responder adequadamente às questões que o enfrentamento do tema enseja.

¹³⁰ RICCI, Edoardo Flavio. Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 93, jan./mar. 1999. p. 48.

¹³¹ AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 699.

¹³² DINAMARCO, *Nova era...*, p. 39.

4.4 – CLASSIFICAÇÃO DOS VÍCIOS RELACIONADOS NO ART. 32 E A DISCIPLINA JURÍDICA DAS SENTENÇAS ARBITRAIS VICIADAS

Como se disse, as situações arroladas no art. 32 da Lei de Arbitragem não são todas da mesma gravidade. Logo, o tratamento jurídico que a elas deve ser dispensado não pode (*rectius*, não deve) ser o mesmo. Conforme escreve DINAMARCO: “É natural que a consequência da imperfeição do ato guarde correspondência com a natureza e gravidade do defeito e com a natureza do próprio ato.”¹³³

Entre os *errores in procedendo* do art. 32 há aqueles que acarretam a *nulidade* da sentença arbitral, aqueles que acarretam a sua *inexistência* e os que geram a sua *ineficácia jurídica*. Vislumbram-se, ainda, casos de *irregularidades ou defeitos materiais* incapazes de afetar a existência, validade e eficácia jurídica da sentença, mas cuja eliminação é importante para que se possa verificar a sua higidez formal e também para a definição do procedimento a ser adotado para a sua efetivação e controle judicial. Esse modo de classificação toma por base parâmetros comumente adotados em relação a sentenças judiciais formalmente imperfeitas, o que se justifica pela propalada proximidade existente entre os processos judiciais e arbitrais.

4.4.1 – Sentenças arbitrais nulas

A sentença arbitral será nula quando – apesar de reunir o mínimo de elementos apto a garantir o seu enquadramento na moldura da descrição normativa e, com isso, existir juridicamente – ela própria não preencher ou preencher de modo imperfeito os *requisitos* que a lei define para que seja ela válida¹³⁴. Será nula também, *por derivação*, quando houver vício no processo arbitral que sobre ela repercute de modo a retirar-lhe a validade jurídica – em virtude da comunicabilidade dos atos processuais e de seus vícios (a contaminação pode ocorrer entre atos processuais que estejam em relação de dependência)¹³⁵.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II. p. 599.

¹³⁴ Terminologia emprestada de: TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 29, ago. 2005. p. 40.

¹³⁵ “O processo desenvolve-se estruturalmente mediante um procedimento: um conjunto coordenado de atos destinados à emanação de um ato final. Tem-se o encadeamento de atos de modo tal que o resultado

Pode-se pensar em diversos exemplos de sentença arbitral nula. Entre eles, os seguintes: quando lhe faltar motivação (inciso III do art. 32 c/c art. 26, inciso II); quando proferida por árbitro suspeito ou impedido (inciso II do art. 32 c/c arts. 14 e 21, § 2º); quando, em descompasso com as regras convencionadas, uma determinada fase processual for desenvolvida sem que se permita a uma das partes dela participar e isso repercutir no resultado da arbitragem (incisos IV e VIII do art. 32 c/c art. 21, § 2º); quando o árbitro procede de modo fraudulento ao julgar a causa (inciso VI do art. 32).

Outro exemplo de sentença nula que se costuma dar na doutrina é o daquela em que falta relatório¹³⁶. Porém, razoável entender que a falta de relatório apenas gerará a nulidade da sentença na medida em que venha ela a impactar sobre a sua fundamentação/motivação. Com efeito: a simples falta de relatório não gera nulidade nem enseja impugnação, se a motivação indicar que os fatos e alegações das partes foram devidamente considerados pelos árbitros. Ou seja, a anulação judicial da sentença (com a consequente determinação de devolução da causa aos árbitros, na forma do art. 33, § 2º, inciso II) apenas será cabível se também a motivação denotar absoluta falta de consideração dos fatos da causa no momento do julgamento – quando a nulidade advirá, na verdade, da falta de motivação...

do cumprimento do ato antecedente funciona como pressuposto, como elemento autorizador, da prática do ato seguinte – e assim, sucessivamente, até o resultado final. Cada um destes atos, ainda que tenha existência autônoma, não tem uma finalidade autônoma: destina-se a, conjugadamente com os demais, produzir um resultado final único. Isso repercute no regime jurídico das invalidades processuais. O defeito contido em um ato poderá refletir nos seguintes, que tinham por pressuposto o ato viciado. Assim, um ato que em si mesmo preenche todos os seus específicos requisitos pode ser inválido por derivação, porque o ato que lhe era antecedente necessário é inválido.”

São as palavras de TALAMINI, que, porém, ressalva que “...essa contaminação restringe-se aos atos que se encontram nessa estrita relação de dependência. Outros atos do procedimento, ainda que cronologicamente posteriores ao inválido, mas sem essa vinculação lógica, não serão afetados pela invalidade do ato anterior.” Além disso, “...a invalidade de uma parte do ato não prejudica suas demais partes, desde que daquela sejam independentes” (TALAMINI, Notas sobre a teoria das nulidades..., p. 50).

¹³⁶ CARMONA, op. cit., p. 403.

4.4.1.1 – Princípios que regem a disciplina das sentenças arbitrais nulas

A disciplina das sentenças arbitrais nulas é dominada – como ensina RICCI – por dois grandes princípios, que regem igualmente a disciplina das sentenças judiciais nulas¹³⁷.

O primeiro princípio resume-se na capacidade de as sentenças arbitrais produzirem efeitos (embora em caráter precário) mesmo quando nulas. Ou seja, mesmo quando inquinadas de irregularidades que determinem sua nulidade, as sentenças arbitrais são eficazes. Nos termos de RICCI: “Lógico é pensar que, se os efeitos da sentença arbitral são idênticos aos efeitos da sentença judicial, a sentença arbitral viciada esteja apta a produzi-los pela mesma razão que produz efeitos a sentença judicial eivada de nulidade”¹³⁸.

O segundo princípio, decorrente do primeiro, traduz-se na ideia de que apenas depois de anulada judicialmente (por decisão transitada em julgado) a sentença arbitral deixa de produzir efeitos (daí a dita precariedade da eficácia das sentenças nulas). Ou seja, ainda que eivada de vício que determine a sua nulidade, a sentença arbitral, uma vez “transitada em julgado”, apresenta eficácia, perdendo-a apenas e tão-somente se regular e definitivamente rescindida/desconstituída.

4.4.1.2 – Descabimento da diferenciação das nulidades da sentença arbitral em absolutas e relativas

Existem nulidades que, se não suscitadas oportunamente (*i.e.*, no momento e forma previstos em lei) no curso do processo arbitral, convalidam-se e não mais podem ser alegadas, nem mesmo com o objetivo de impugnar a futura sentença: esses são os casos de nulidade relativa (por exemplo, suspeição de árbitro – vide o item 5.1.1.1).

Existem, por outro lado, invalidades que não são capazes de convalescer no curso do processo, *i.e.*, não estão sujeitas a preclusão. São vícios mais graves, que implicam violação a normas cogentes, destinadas a proteger interesses indisponíveis das partes e/ou interesses gerais – e, portanto, do próprio Estado. Podem ser alegados a qualquer tempo no processo e podem, inclusive, enquanto o processo ainda estiver em

¹³⁷ RICCI, Reflexões sobre o art. 33..., p. 49-50.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 51.

curso, ser conhecidos de ofício pelo órgão julgador. Trata-se dos casos de nulidade absoluta (por exemplo, nulidade da convenção de arbitragem – vide o item 5.1.1.3)¹³⁹.

As nulidades relativas devidamente arguidas na arbitragem (e não oportunamente eliminadas) poderão, *se contaminarem a sentença arbitral*, ser alegadas judicialmente com o objetivo de impugná-la – desde que se enquadrem no art. 32 da Lei n.º 9.307. Já as nulidades absolutas *que contaminarem a sentença arbitral* podem fundamentar demanda de impugnação ainda que não previamente arguidas nem apreciadas de ofício na arbitragem – se contempladas (e tendem a estar contempladas, conforme exposto no item 4.1.2.1.2) no art. 32.

Ou seja, tanto a nulidade relativa como a absoluta verificadas no âmbito da arbitragem podem gerar, por derivação, a nulidade (ou, como se expõe no item 4.4.5, mesmo a inexistência ou ineficácia, dependendo do grau de contaminação que se verificar) da sentença arbitral^{140 e 141}. E a nulidade da sentença não será absoluta nem relativa. Essa diferenciação apenas tem cabimento quando se pensa nos vícios internos ao processo. A sentença, não preenchendo ou preenchendo de modo imperfeito os *requisitos* que a lei define para que seja ela válida, será simplesmente nula, sem predicados. Em qualquer caso, produzirá efeitos normalmente até que definitivamente desconstituída por decisão judicial. Além disso, para poder ser conhecida pelo Judiciário, a nulidade sentencial precisará ser tempestivamente alegada pela parte interessada.

¹³⁹ As definições de nulidades relativas e absolutas do texto foram obtidas no texto: TALAMINI, Notas sobre a teoria das nulidades..., p. 47-48.

¹⁴⁰ É importante notar que as nulidades absolutas, apesar de não poderem ser convalidadas, podem eventualmente se tornar irrelevantes no curso do processo, por não gerarem prejuízos para as partes ou para o interesse geral. Atos absolutamente nulos podem, ainda, ser supridos, dependendo do momento processual e das particularidades do vício. E “suprimento” não se confunde com “convalidação”. Com a convalidação, o ato nulo se torna válido. Já o suprimento significa a prática de um ato no lugar do ato viciado. Este é substituído por outro, que produzirá efeitos do momento da substituição para frente no processo.

Mesmo atos processuais inexistentes podem, em determinados casos, ser supridos ou se tornar irrelevantes. Jamais, porém, podem ser convalidados – até porque o inexistente não pode ser válido nem inválido... ele é simplesmente inexistente. Essas lições são expostas em: Ibid., p. 45-47.

¹⁴¹ Atos relativamente nulos não apenas são convalidáveis (não arguido o vício, o ato se torna válido) como podem também se tornar irrelevantes ou ser supridos no processo. Assim, por exemplo, a alegação de suspeição oportunamente realizada e acolhida leva ao suprimento do vício. Por outro lado, a suspeição arguida mas rejeitada se tornará irrelevante se a sentença vier a ser favorável ao sujeito contra a qual se punha.

4.4.1.3 – Regime jurídico das sentenças nulas

Não se ignora que alguns autores preferem classificar os casos do art. 32 em: casos de “nulidade relativa” ou de “anulabilidade” da sentença – situações em que a desconstituição da sentença precisaria ser pleiteada dentro do prazo legal, sob pena de o vício sanar-se; e casos de “nulidade absoluta” ou apenas “nulidade” – situações mais graves, em que o vício da sentença poderia ser reconhecido a todo e qualquer tempo (mesmo depois de decorrido o prazo de noventa dias) e tornaria a sentença juridicamente ineficaz de pleno direito – ou seja, independentemente do prévio reconhecimento judicial do vício.

Mas neste trabalho, como já se indicou, optou-se por adotar outro modo de classificação – o qual se reputa ser mais adequado do ponto de vista da técnica processual: os casos que parte da doutrina entende serem de “nulidade relativa” ou “anulabilidade” da sentença são aqui considerados, pura e simplesmente, de “nulidade”¹⁴²; e os casos que seriam de “nulidade absoluta” ou apenas “nulidade” são ora qualificados como de “inexistência jurídica” ou de “ineficácia jurídica” da sentença, conforme o caso – ver os itens 4.4.2 e 4.4.3.

Seja como for, as diferenças de classificação passam a ser meramente terminológicas se compreendido que:

¹⁴² Confirma-se o que leciona DINAMARCO: “A concepção publicista dos atos do Poder Judiciário e da técnica que conduz à sua anulação quando defeituosos exclui os conceitos de anulabilidade do ato processual e de ato processual anulável (Liebman). Tais categorias são próprias do direito privado, que contempla duas espécies centrais de defeitos dos negócios jurídicos, a saber: a) os vícios radicais, que impedem desde logo a produção dos efeitos programados pelos agentes e caracterizam as nulidades de pleno direito, ou *pleno iure*; b) os vícios menos graves, que não impedem a produção dos efeitos mais deixam à parte inocente o direito de postular em juízo a subtração destes, pela técnica das anulabilidades e da anulação... Daí, na linguagem do direito privado é próprio falar em anulação do meramente anulável, i.é., do ato suscetível de ser anulado; e declaração de nulidade do ato que seja desprovido de efeitos desde o nascedouro (nulo). Em direito processual, onde os efeitos do ato não o impedem de produzir efeitos e é necessário que uma decisão judiciária os neutralize, é adequado falar em *anulação do ato viciado*. Muito diferentemente do que se dá em direito privado, o nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa.”

E o autor arremata: “Quem quisesse transpor a linguagem do direito privado à técnica das invalidades e da nulificação do ato processual, chegaria a concluir que todo ato processual viciado é anulável; e então não existiriam atos nulos em direito processual, porque sempre a subtração da eficácia do ato viciado só pode vir pela via judiciária. Mas isso seria uma indevida adoção de conceitos e métodos privatísticos, no campo de um ramo jurídico que é eminentemente público” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, p. 607-608).

(a) Nos casos que aqui se entende serem de “nulidade” (e que para outros autores são de “nulidade relativa” ou “anulabilidade”) o Poder Judiciário, devidamente provocado pelo interessado, deve reconhecer o vício para *desconstituir* a sentença arbitral – que até então (ou melhor, até o trânsito em julgado da decisão de que a desconstituir) terá existido e produzido efeitos jurídicos normalmente, ainda que em caráter precário.

Pode-se falar, também, em “decretação da nulidade” da sentença (terminologia empregada na Lei n.º 9.307) ou em rescisão, desfazimento ou, então, em *anulação da sentença nula*. Aliás, é corrente na doutrina a afirmação de que a sentença arbitral deve ser “anulada” nos casos de “nulidade” do art. 32. E não há nada de errado nisso. Conforme leciona DINAMARCO, *o ato processual nulo depende de anulação* para deixar de produzir efeitos – não se aplicando ao direito processual a diferenciação entre atos nulos e atos anuláveis (vide, a respeito, o exposto na nota 142, acima).

A sentença arbitral nula convalesce se ultrapassado o momento fixado em lei para sua impugnação judicial – mesmo que a irregularidade da sentença seja resultado de uma nulidade absoluta verificada no curso do processo. O fato de a nulidade absoluta não ficar sanada quando não alegada no curso do processo não permite concluir que necessariamente contaminará a sentença arbitral a ponto de inviabilizar sua convalidação para sempre. Isso apenas poderá acontecer se o vício endo-processual gerar a inexistência ou ineficácia jurídica da sentença, como se vê mais adiante. Já nos casos de nulidade da sentença, existe um momento para a impugnação judicial. O legislador estabelece esse momento, por motivo de segurança jurídica: o inválido torna-se válido com o passar do tempo, sob pena de se gerar uma situação de fragilidade e insegurança sobre a relação jurídica decidida, o que seria totalmente incompatível com a ideia de Estado de Direito.

(b) Nos casos que aqui se entende serem de “inexistência jurídica” e de “ineficácia jurídica” e que para parte da doutrina são de “nulidade absoluta” ou somente “nulidade”, o Poder Judiciário pode e deve reconhecer o vício sentencial a todo e qualquer tempo – até mesmo de ofício, incidentalmente, sempre que com ele se deparar no curso de processo em que a sentença (ou “falsa sentença”) arbitral seja invocada (conforme exposto nos itens 4.4.2 e 4.4.3, abaixo).

(c) Quanto aos casos de inexistência material da sentença arbitral: são (ou devem ser) os mesmos para qualquer classificação que se adote – até porque sua identificação não depende da aplicação de critérios jurídicos e mutáveis, mas de mera constatação fática (item 4.4.2.2).

4.4.2 – Sentenças arbitrais inexistentes

Aos dois grandes princípios descritos no item 4.4.1.1 não se sujeitam alguns casos de irregularidades especialmente graves, em que a sentença arbitral não possui aptidão para produzir qualquer efeito jurídico, porque inexistente.

Um ato processual é inexistente *para o direito* quando carece de elemento essencial, previsto em lei, para a sua constituição jurídica. A simples realização material de um ato no processo pode não garantir a sua existência para o direito. Assim, por exemplo, se o juiz ou árbitro emitir no processo documento em que se limita a fazer um desenho, chamá-lo de “sentença” não garantirá a sua existência jurídica como tal. Faltarão ao ato, internamente, elemento absolutamente indispensável para que se possa qualificá-lo juridicamente de sentença: o *decisum*, ou seja, um pronunciamento sobre a pretensão deduzida (seja apenas sobre o pedido imediato, seja também sobre o pedido mediato).

Uma sentença arbitral é considerada juridicamente inexistente, também, quando proferida por quem não tem o poder de julgar – por jamais tê-lo recebido ou então por tê-lo recebido invalidamente, sem que o vício tenha sido oportunamente ou pudesse ter sido sanado (por exemplo, aos árbitros não se pode atribuir poder para julgar conflitos acerca de direitos indisponíveis – art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 e 852 do Código Civil). Assim como sem jurisdição não pode haver, para o direito, sentença judicial¹⁴³, sem a devida atribuição do poder de julgar a um terceiro (o árbitro) não existe juridicamente sentença arbitral¹⁴⁴.

Para que o terceiro tenha poder de julgar (assumindo a condição de árbitro) não basta, porém, que exista convenção de arbitragem válida abrangendo o objeto a ele submetido. É preciso que o terceiro tenha recebido, *concretamente*, poderes para atuar como árbitro em relação ao caso a ele submetido. Esses poderes são (em regra) atribuídos a partir do *ato de nomeação*: aceita a nomeação, o nomeado assume a condição de árbitro.

¹⁴³ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 324.

¹⁴⁴ VALENÇA FILHO, *op. cit.*, p. 101.

Bem por isso, a arbitragem considera-se instituída com a aceitação da nomeação pelo árbitro (art. 19) – e não com a celebração da convenção arbitral.

A nomeação, para ser eficaz, deve ser validamente realizada, de acordo com o disposto na convenção (art. 13, § 3º). Assim, por exemplo, se a convenção consistir em cláusula omissa sobre a forma de nomeação dos árbitros, esta não poderá ser feita unilateralmente por uma das partes, sem a concordância da outra. Ou as partes chegam a um consenso sobre a forma de nomeação ou a parte interessada deverá se valer do procedimento de execução específica da cláusula compromissória, disciplinado nos arts. 6º, parágrafo único, e 7º da Lei n.º 9.307/1996 (vide a nota 75). A mesma situação se tem nos casos em que a cláusula prevê um procedimento insuficiente para garantir a instituição da arbitragem por iniciativa exclusiva de uma das partes – v.g., a cláusula não estabelece uma solução para a hipótese de as partes não chegarem a um acordo sobre (quando um acordo é exigido para) a nomeação do árbitro único. Verificada a resistência de uma das partes, a outra deverá se valer da medida judicial dos arts. 6º, parágrafo único, e 7º. Ser-lhe-á vedado realizar isoladamente a nomeação.

A respeito das considerações acima, cumpre fazer as seguintes observações:

(a) A sentença proferida em face de sujeito que, apesar de não ter participado da convenção de arbitragem, houver integrado voluntariamente o processo instaurado, exercendo seu direito de contraditório e ampla defesa, será existente e juridicamente eficaz em face desse mesmo sujeito. Ter-se-á nessa hipótese a *aceitação tácita da convenção arbitral*, mediante a válida integração de seu não-signatário ao processo arbitral. O Superior Tribunal de Justiça inclusive já proferiu decisão reconhecendo essa possibilidade¹⁴⁵.

¹⁴⁵ “Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida” (Sentença Estrangeira Contestada n.º 856, Corte Especial, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes DIREITO, publicado no Diário da Justiça da União de 27.06.2005).

Em seu voto, o Ministro José DELGADO também destacou a figura da convenção tácita: “Sr. Presidente, o eminente Ministro Relator afirmou, a meu ver, aquilo que a doutrina da arbitragem já vem determinando, a possibilidade da cláusula compromissória tácita, desde que a parte compareça ao processo de arbitragem e não impugne a sua existência.”

A rigor, mesmo na absoluta falta de documento intitulado “cláusula” ou “compromisso arbitral”, é perfeitamente possível instaurar uma arbitragem e realizá-la validamente. Se ficar demonstrado que as partes escolheram consensualmente terceiros, atribuindo-lhes formalmente conflito sobre direito patrimonial disponível entre elas existente para julgamento, mediante a observância de um devido processo legal, não haverá dúvidas: terá havido arbitragem regular. O fundamental é que todos esses aspectos possam ser suficientemente identificados nos atos formais constitutivos do processo arbitral.

Nem se diga que haveria impedimento a tanto em decorrência do disposto nos arts. 9º, § 2º, e 10 da Lei n.º 9.307. Em primeiro lugar, porque o compromisso arbitral não é essencial para a instauração da arbitragem – que, conforme exposto na nota 75, pode se fundar exclusivamente em cláusula compromissória. Depois, porque todos os aspectos essenciais para o desenvolvimento da arbitragem poderão perfeitamente ser definidos no curso do processo instaurado – caso em que valerão tanto como se tivessem sido previstos em anterior cláusula ou compromisso. De resto, é preciso ter em conta a necessidade de interpretar razoavelmente as regras dos arts. 9º, § 2º, e 10 da Lei n.º 9.307, evitando-se excesso de formalismo. Ora, nem sempre defeitos do compromisso no que diz respeito aos “elementos” mencionados naqueles dispositivos inviabilizarão a arbitragem: atingidas concretamente as finalidades a que aqueles elementos se destinam, não haverá nulidade alguma a ser decretada no pacto arbitral.

Por exemplo, para a identificação dos árbitros escolhidos pelas partes é perfeitamente dispensável a especificação de sua profissão ou domicílio. Da mesma forma, a indicação do estado civil das partes pode não ter relevância alguma para a resolução do conflito submetido aos árbitros¹⁴⁶. Outro exemplo que

¹⁴⁶ A esse respeito, vide: CARMONA, op. cit., p. 198. Como bem observa o autor, a interpretação dos incisos do art. 10 “...deverá ser feita tendo-se em conta que os árbitros, em caso de dúvida, devem valer-se do adendo de que trata o art. 19, parágrafo único, sendo de decretar-se a nulidade do pacto apenas em caso de total impossibilidade de depreender-se e delimitar-se razoavelmente a vontade dos compromitentes. Em outros termos: há de imperar, em caso de dúvida quanto ao preenchimento dos elementos do compromisso, o princípio da salvação do pacto.”

Mais adiante, CARMONA observa: “Se as partes resolverem desde logo indicar os árbitros, deverão tomar o cuidado de identificá-los de modo suficiente. A Lei determina que seja-lhes declinado o nome completo, a profissão e o domicílio, mas a falta de algum destes requisitos (como, por exemplo, o domicílio

merece destaque é o da falta de assinatura de testemunhas no compromisso arbitral extrajudicial (art. 9º, § 2º). O fundamental é que fique evidenciado que a arbitragem foi uma escolha livre e consciente das partes. Assim, se a arbitragem se realizar sem a resistência das partes ou se de alguma outra forma se puder confirmar que não foi imposta a uma delas, a eventual falta de assinatura de testemunhas no compromisso será absolutamente irrelevante. A exigência de assinatura de testemunhas não tem um fim em si mesmo – sendo, aliás, questionável a sua utilidade e eficiência para o fim a que se propõe (inclusive, quando se tem em conta que a Lei não faz exigência semelhante em relação a cláusulas arbitrais)¹⁴⁷.

(b) Eventual nomeação de árbitro em desacordo com as regras definidas na convenção será absolutamente irrelevante se as partes concordarem (ainda que apenas tacitamente) com o modo como foi feita. Com efeito, se as partes comparecem ao processo arbitral e nenhuma delas se opõe ao seu prosseguimento, invocando o vício no procedimento de nomeação, este fica superado – não repercutindo sobre higidez formal da sentença que vier a ser proferida.

Porém, de nada adiantará ter uma convenção válida e eficaz e uma nomeação regular se não houver a realização de um *processo* arbitral. A sentença arbitral será juridicamente inexistente também quando for proferida fora de um processo.

A atividade arbitral é *essencialmente processual*¹⁴⁸. Não pode ser exercida – tanto quanto a jurisdição estatal – fora de um processo. Inclusive, fora do processo arbitral os árbitros nem sequer possuem o poder que a eles tiver sido conferido, não são considerados “juízes de fato e de direito” (art. 18 da Lei n.º 9.307). Considerando-se que a ideia de processo pressupõe necessariamente a presença de partes (*ou ao menos uma parte*) em contraditório perante quem julga, tem-se que não existe sentença, juridicamente, se o ato assim intitulado não for praticado perante parte(s) – e, portanto, em processo.

ou a profissão) não pode causar a nulidade do compromisso, sob pena de levar-se às raias do absurdo as exigências do legislador, esquecendo o motivo que o levou a formulá-las, qual seja, apenas o de identificar de modo inconfundível o julgador (ou os julgadores) eleitos pelas partes” (CARMONA, op. cit., p. 199-200).

¹⁴⁷ Nesse sentido: Ibid., p. 191-192.

¹⁴⁸ O árbitro deve ser, necessariamente, um terceiro em relação ao conflito que julga. A *terzietà* é uma qualidade indispensável ao árbitro, tanto como é indispensável ao juiz. Vide a nota 1.

Assim, para que haja processo arbitral, é fundamental que, regularmente instaurada a arbitragem, ao menos uma das partes seja integrada ao contraditório¹⁴⁹. Já o chamamento da outra parte na arbitragem regularmente instaurada não é, segundo o entendimento aqui adotado, pressuposto de existência do processo e dos atos nele praticados. A ausência de uma das partes no processo apenas obsta que legitimamente se tomem decisões que lhe sejam desfavoráveis. A sentença proferida *contra* (em desfavor de) quem não foi parte do processo lhe é “juridicamente ineficaz” (item 4.4.3).

4.4.2.1 – Sentenças juridicamente inexistentes

Diversos casos de sentença arbitral juridicamente inexistente podem ser citados¹⁵⁰.

(a) Exemplo corrente na doutrina é o da sentença sem dispositivo, já acima referido. “O dispositivo é o cerne da sentença [tanto da judicial quanto da arbitral]. É o aspecto que confere identidade ao pronunciamento, que permite configurá-lo como sentença. Consiste no comando jurisdicional, a razão de ser da sentença. Apenas mediante a identificação e compreensão desse comando (*decisum*) é que se torna possível afirmar que o ato em questão é uma sentença e definir os efeitos principais dali extraíveis.”¹⁵¹

¹⁴⁹ O “árbitro” que realiza procedimento sozinho e, *sem integrar-lhe as partes ou ao menos uma delas*, julga, pratica, na realidade, ato que não passa de um arremedo de sentença arbitral. A falta de parte implica a falta de processo. E sem processo não pode haver sentença.

¹⁵⁰ Para um exame mais aprofundado dos casos de inexistência jurídica da sentença arbitral, vide: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 331; VALENÇA FILHO, op. cit., p. 99 e seguintes; ARMELIN, *A ação declaratória...*, p. 108 e seguintes; AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 704-707; VICENTE, op. cit., p. 118 e seguintes; NAGAO, op. cit., p. 251 e seguintes. Ressalve-se, porém, que existem divergências parciais entre esses autores e também com relação ao que neste trabalho se sustenta.

¹⁵¹ Termos de: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 309. No mesmo sentido: CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 406. Mas, como observa TALAMINI, para que se possa afirmar que falta dispositivo na sentença, é preciso que dela não se possa extrair, de qualquer de seus elementos, o *decisum*. “A boa técnica aconselha que se reserve a parte final, conclusiva, do texto da sentença para a expressão do *decisum* em todos os seus detalhes. No entanto, a desconsideração dessa diretriz não significará, por si só, que o ato carece de dispositivo. Há casos em que o dispositivo é perfeitamente extraível do texto da sentença como um todo, nomeadamente a motivação. É possível que a parte dispositiva do texto da sentença propriamente não exista, ou seja incompleta, mas mesmo assim fique claro qual o comando jurisdicional que ela está emitindo... Nessa hipótese, a sentença contém *decisum* e é juridicamente existente.”

Ou seja, pode-se falar em falta de dispositivo – e, por conseguinte, em inexistência jurídica da sentença – quando, “...além de não haver no ato uma conclusão decisória formal, for impossível extrair

(b) A sentença sem assinatura, segundo parte da doutrina, não existe juridicamente (art. 32, inciso III, c/c art. 26, parágrafo único). Nos termos de BARBOSA MOREIRA: “A assinatura do juiz é o selo de autenticidade do documento em que se corporifica a sentença. Sem ela, o escrito não tem significação alguma como ato decisório, porque não há como saber com certeza se emanou de quem tinha o poder de decidir.” Aquele autor ressalva que devem, entretanto, ser diferenciados os casos em que há um só árbitro daqueles em que há um colegiado de árbitros: “Nenhuma dúvida comporta o caso de árbitro único: faltando sua assinatura, a sentença não existe. Se há, no entanto, pluralidade de árbitros, incide a regra do art. 26, parágrafo único, segunda parte”. Segundo tal regra: “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.” Observado, portanto, o art. 26, parágrafo único, segunda parte, conclui BARBOSA MOREIRA, “...a sentença existirá e, na ausência de outro defeito, será válida.”¹⁵²

Concorda-se com esse posicionamento – mas com o seguinte temperamento formulado por TALAMINI em passagem que versa sobre sentenças *judiciais* apócrifas: “A assinatura presta-se a indicar a autoria do ato. É nesse sentido que a falta de assinatura pode vir a implicar a inexistência do pronunciamento jurisdicional. Na medida em que o ato não possa ser de modo algum atribuído a um juiz, na medida em que impossível definir-lhe a autoria, recai-se em hipótese equiparável à da sentença (aparente) dada por não-juiz. Portanto, a assinatura da sentença não é, em si mesmo, elemento constitutivo da sua existência, mas meio de comprovação da sua origem – origem, essa sim, relevante para a existência jurídica do ato. É dentro desses limites que se poderá falar em inexistência da sentença não-assinada.”¹⁵³

Portanto, ainda na esteira do que sustenta TALAMINI, podendo-se definir com precisão que o documento chamado de “sentença”, embora não

qualquer comando do texto dedicado à motivação. Isso ocorrerá quando, mais do que despida de parte formal dispositiva, a *sentença* contiver texto de *fundamentação* incerto, incoerente, desconexo – ou, mesmo, não tiver fundamentação nenhuma.” E arremata TALAMINI: “O mesmo se dará quando a própria parte dispositiva, embora formalmente presente, for inteiramente contraditória, genérica, despida de qualquer significado. Nesse caso, se o sentido do *decisum* não puder ser extraído do resto do texto, rigorosamente não já comando jurisdicional” (TALAMINI, *Coisa julgada*..., p. 310-311).

¹⁵² BARBOSA MOREIRA, *Estrutura da sentença*..., p. 351.

¹⁵³ TALAMINI, *Coisa julgada*..., p. 334-335.

assinado, foi emitido de árbitro, não cabe falar em inexistência. “A sentença não assinada apenas será tida por inexistente quando o próprio juiz [ou árbitro] recusar-se a reconhecê-la como sua ou quando, não havendo como obter a posterior confirmação de procedência junto ao seu suposto emitente, tampouco houver outro meio de comprovação de autoria. Enfim, inexistente não é a sentença sem assinatura, mas a sentença que, estando sem assinatura, não tem sua origem comprovada, de modo que não pode ser atribuída a juiz [ou árbitro] nenhum.”¹⁵⁴

(c) Uma sentença arbitral proferida por sujeito que não podia ser árbitro (por exemplo, alguém que se encontre em alguma das situações do art. 3º do Código Civil ou, então, por uma das partes em conflito, ou seja, um não-terceiro) é, igualmente, inexistente para o direito, pela ausência do poder de decidir (art. 32, incisos II e VIII). Claro que as partes poderão, de comum acordo, aceitar a solução dada pelo pretense árbitro, a qual não lhes será, porém, vinculante, como se tivesse sido imposta por sentença juridicamente existente. A aceitação da decisão pelas partes não passará de um simples acordo de vontades, o qual estará sujeito a amplo controle judicial.

(d) Nessa mesma linha, a sentença arbitral oriunda de processo fundado em convenção inválida (*e cuja invalidade não tenha sido oportunamente – ou então simplesmente não pudesse ter sido – sanada*) é juridicamente inexistente (art. 32, inciso I). É, v.g., o caso, já acima referido, da convenção que elege a arbitragem para resolver conflito sobre direito indisponível: nenhum poder poderão os árbitros receber com base numa tal convenção.

(e) Também é juridicamente inexistente a sentença proferida fora do prazo legal ou o que tenha sido convencionado pelas partes (art. 23). Mas nesse caso apenas haverá inexistência se tiver sido respeito o disposto no art. 12, inciso III. É o que se extrai do art. 32, inciso VII.

Tendo expirado o prazo para a prolação da sentença, as partes podem adotar duas posturas: concordar ou não com a prorrogação do prazo. Se, diante do esgotamento do prazo, as partes silenciarem, os poderes dos árbitros ficarão automaticamente prorrogados. Se, porém, qualquer das partes discordar da prorrogação, a que tiver interesse deverá notificar os árbitros na forma do art. 12, inciso III – com o que terão eles dez dias adicionais para a prolação da sentença.

¹⁵⁴ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 335-336.

A sentença que vier a ser proferida depois de encerrado o prazo adicional de dez dias será juridicamente inexistente¹⁵⁵. Isso porque, encerrado esse prazo, diz o art. 12, *caput* c/c inciso III, “extingue-se o compromisso arbitral”. E a inexistência se porá, logicamente, para as duas partes – inclusive aquela que não havia procedido segundo o inciso III do art. 12¹⁵⁶. Logo, qualquer das partes poderá impugnar a sentença.

Observe-se, ainda, que a sentença arbitral intempestiva será (observado o dever de notificação referido no inciso III do art. 12) juridicamente inexistente também se estiver fundada somente em cláusula arbitral. Uma interpretação sistemática e razoável da Lei conduz a essa conclusão. Mas, nesse caso, o desrespeito ao prazo convencionado ou legal pelos árbitros não causará a “extinção” da cláusula, que continuará valendo para *outras causas* que não aquela julgada pela sentença intempestiva. Em relação ao caso julgado pela sentença intempestiva, a cláusula deverá ser considerada “apenas” ineficaz¹⁵⁷.

(f) Outro exemplo que merece ser destacado é o da situação que se põe quando forem extrapolados os limites dos pedidos formulados na arbitragem, decidindo-se objeto que (ainda que abarcado na convenção) não tenha sido discutido pelas partes no curso do processo (art. 32, inciso IV). Trata-se do caso das sentenças *extra petita* e *ultra petita*. São sentenças juridicamente inexistentes, por decidirem sobre objeto em relação ao qual não houve processo. Na verdade, terá havido um processo, mas não sobre a parcela excedente ou alheia ao objeto

¹⁵⁵ Nesse mesmo sentido: ARMELIN, A ação declaratória..., p. 118; VALENÇA FILHO, op. cit., p. 115. Em sentido diverso, considerando a sentença arbitral nula na hipótese: NAGAO, op. cit., p. 181-182; VICENTE, op. cit., p. 193-194; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; LEPORACE, Guilherme. Cumprimento e impugnação da sentença arbitral no poder judiciário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 30, jul./set., 2011. p. 217.

Esses dois últimos autores defendem que se trata de caso de nulidade, muito embora repute que, nos demais casos em que falte aos árbitros poderes para decidir, seja a sua sentença inexistente. A particularidade da situação em exame residiria no fato de as partes poderem aceitar a intempestividade da sentença mesmo depois de uma delas (ou ambas) ter se portado segundo o art. 12, inciso III, da Lei n.º 9.307.

Não se nega, aqui, que as partes podem vir a aceitar o resultado final do processo realizado – haja vista o caráter disponível do direito envolvido. Mas o resultado final não terá o valor jurídico de sentença arbitral – pelo que não será vinculante para as partes.

¹⁵⁶ Entendendo que apenas parte-notificante terá o direito de pedir a “anulação” da sentença arbitral na hipótese, entre outros: CARMONA, op. cit., p. 409; JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 320-321.

¹⁵⁷ Não havendo, porém, problema em se afirmar que a cláusula será considerada “extinta” em relação ao caso julgado pela sentença intempestiva – e apenas em relação a ele.

submetido aos árbitros. Na hipótese da sentença *ultra petita*, a inexistência será, assim, apenas parcial, naquilo em que o objeto processual houver sido excedido. Já na hipótese da sentença *extra petita*, a inexistência da sentença será total – em relação ao que se tiver decidido, a inexistência será *jurídica*, por ausência de processo; em relação ao que deveria ter sido (mas não foi) decidido, não haverá, *nem mesmo materialmente*, sentença.

Sobre esse último exemplo, ressalve-se: se o objeto não estiver abrangido na convenção e/ou se não estiver compreendido nos pleitos inicialmente formulados aos árbitros, mas as partes debaterem normal e amplamente a seu respeito no curso da arbitragem, sem qualquer tipo de oposição, a sentença que vier a ser proferida será existente, válida e eficaz. O objeto da convenção e/ou dos pedidos formulados será ampliado a partir do contraditório desenvolvido – situação que se assemelha com aquela da aceitação tácita da convenção arbitral, referida mais acima. Vide a respeito o exposto no item 4.4.2 e na nota 145.

4.4.2.2 – Sentenças materialmente inexistentes

A inexistência da sentença arbitral pode ser *material*. O ato processual não existe materialmente quando simplesmente não é realizado – e, inexistindo materialmente, evidentemente não pode existir também para o direito. Trata-se, enfim, de um “não-ato”.

Mencionou-se, logo acima, que a sentença arbitral *extra petita* não existe juridicamente em relação ao que se houver decidido, por falta de processo; e que, em relação ao que se deveria ter decidido, só que não se decidiu, simplesmente não existe sentença alguma, inclusive materialmente. Situação semelhante se verifica nos casos de sentenças arbitrais *citra* ou *infra petita*: quanto ao pleito (ou parcela sua) omitido, não existe materialmente sentença.

Mas se é assim, não se deveria entender, então, que a sentença sem dispositivo é, na realidade, materialmente inexistente – e não, como se disse anteriormente, “apenas” juridicamente inexistente? Afinal, ela também deixa de julgar pedido, tal como as sentenças *citra* e *extra petita* (essa última deixa de julgar a pretensão correta...).

Do ponto de vista prático, a questão não apresenta relevância. Isso porque o regime jurídico a que se sujeitam as sentenças juridicamente inexistentes e as materialmente inexistentes é exatamente o mesmo – como se expõe a seguir, as sentenças

inexistentes podem ser assim declaradas a qualquer tempo, em qualquer sede *etc.* De todo modo, do ponto de vista teórico, vale a pergunta. E a resposta que a ela se dá neste trabalho é negativa. Explica-se: no caso da sentença sem dispositivo, existe um ato material chamado sentença, o qual, porém, não apresenta elemento indispensável para que possa ser considerado, juridicamente, como sentença. Já no caso da sentença *citra* ou *infra petita* e no da sentença *extra petita*, o ato material “sentença” existe, mas *apenas e tão-somente* em relação ao que foi decidido (não haverá juridicamente sentença em relação ao que se decidiu no julgamento *extra petita* – não por falta de dispositivo, mas por falta de processo; e existirá material e juridicamente sentença em relação ao que efetivamente se decidiu no julgamento *citra petita*).

É possível, todavia, que a sentença verse sobre todas as pretensões deduzidas mas *apenas no dispositivo* olvide uma delas ou então julgue outra diversa, não debatida entre as partes. Nessas situações, parece correto entender que o que faltará será apenas dispositivo sobre as pretensões que deveriam ter sido, mas não foram, decididas – de modo que a inexistência da sentença, em relação a essas pretensões não decididas, será jurídica, não material. Assim, a rigor, a inexistência material de sentença acerca das pretensões não decididas, em casos de julgamento *infra* ou *extra petita*, verificar-se-á quando a sentença, em relação a elas, não apenas não tiver dispositivo, mas absolutamente nada versar. Seja como for, reitere-se: *a questão, do ponto de vista prático, não apresenta relevância. Na prática, o que importa é reconhecer que nos casos em questão se aplica o regime jurídico da inexistência, que é um só – seja para a inexistência jurídica ou material.*

4.4.2.3 – O regime jurídico das sentenças inexistentes

A disciplina jurídica das sentenças inexistentes difere substancialmente da que incide sobre as sentenças nulas.

(a) Primeiramente, o ato inexistente (material ou juridicamente) não apresenta condições de produzir *efeitos jurídicos*. Mas é possível que da mera aparência de “sentença” resultem *repercussões jurídicas* relevantes e prejudiciais a direitos.

É o que ensina, *v.g.*, TALAMINI, que ainda observa que “...nesses casos não cabe propriamente falar em efeitos do ato inexistente. Os efeitos havidos

nessa hipótese serão, antes, de outros atos praticados por agentes jurídicos na incorreta pressuposição da existência do ato – o que poderia vir a ocorrer até mesmo em casos de pura e simples inexistência material, vale dizer, em casos em que não houvesse nem mesmo o simulacro do ato.”¹⁵⁸

Inclusive, é perfeitamente possível que os sujeitos atingidos pelas *repercussões jurídicas* da sentença inexistente as aceitem, tácita ou expressamente. Têm eles essa faculdade, na medida da disponibilidade de seus direitos. A solução dada pela pretensa sentença não lhes será, porém, vinculante – *não fará “coisa julgada”*.

Enfim, não existe, para os sujeitos atingidos, o dever de aceitar eventuais consequências danosas oriundas de sentenças inexistentes, nem se poderá legitimamente deles exigir tal aceitação. Eventual aceitação da solução deverá ser concebida como um ato de vontade, o qual estará sujeito a amplo controle do Poder Judiciário.

(b) A ação para a impugnação da sentença arbitral inexistente tem natureza meramente declaratória, não constitutiva negativa: o demandante pede ao Poder Judiciário apenas para que declare a inexistência (e incapacidade de produzir efeitos jurídicos) da decisão dos árbitros, não que elimine (desconstitua) sua aptidão de produzir efeitos (que jamais existiu). A sentença judicial que acolher tal pedido tem, da mesma forma e evidentemente, natureza declaratória.

(c) As sentenças arbitrais inexistentes, ao contrário das nulas, jamais podem convalidar pelo simples fluir do prazo fixado no § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996. O motivo disso é patente: não se pode convalidar o que simplesmente não existe.

Por conseguinte, o decurso *in albis* do prazo previsto no art. 33, § 1º, não inviabiliza o ajuizamento de ação autônoma – como medida de caráter geral e *imprescritível* – que tenha por objeto a constatação e a declaração da inaptidão da sentença arbitral para produzir efeitos jurídicos (ver o item 7.2).

(d) É possível, também, obter o reconhecimento da inexistência da sentença arbitral *incidenter tantum*, em processo judicial cognitivo no qual a parte interessada pretenda fazê-la valer. Ou seja, pode o demandado em subseqüente processo judicial de conhecimento (sucumbente na arbitragem) arguir a

¹⁵⁸ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 292.

inexistência da sentença arbitral para o fim de afastar o acolhimento da pretensão deduzida – sem que precise ter previamente ajuizado ação declaratória e mesmo depois de ter havido o decurso *in albis* do prazo do art. 33, § 1º, da Lei n.º 9.307. A inexistência pode, inclusive, ser conhecida de ofício pelo órgão competente do Poder Judiciário perante o qual tramitar o processo.

Imagine-se, por exemplo, caso em que a sentença arbitral declara a existência e exigibilidade de obrigação em favor de uma das partes. Suponha-se que, em seguida, a parte vitoriosa na arbitragem propõe demanda judicial apenas com o objetivo de obter o reconhecimento do inadimplemento da mesma obrigação (declarada existente e exigível na arbitragem) e a condenação do pretendo devedor a satisfazê-la – objeto este não abrangido pela convenção. Sendo a sentença arbitral inexistente, o demandado poderá alegar o vício em sua defesa. O acolhimento da alegação determinará a improcedência da demanda condenatória: a causa de pedir ativa deduzida, consistente na anterior declaração da existência e exigibilidade da obrigação em sede de arbitragem, será considerada infundada – o que determinará a rejeição do pedido condenatório¹⁵⁹.

Mas o reconhecimento da inexistência da sentença arbitral, nessa situação imaginada, não ficará abrangido pela coisa julgada material formada no processo. Isso porque a matéria da inexistência da sentença não terá passado de uma *questão prévia* ao julgamento do mérito processual, decidida apenas na fundamentação da decisão judicial (aplica-se a regra do art. 469, inciso I, do Código de Processo Civil). Ou seja, a matéria da inexistência da sentença arbitral

¹⁵⁹ Com isso, para que a mesma pretensão condenatória possa tornar a ser formulada, terá de ser adotada uma das seguintes soluções: (i) inicia-se nova arbitragem ou, se for o caso, reabre-se a anterior com o objetivo de obter a prolação de nova sentença sobre a existência e exigibilidade da obrigação – o que permitirá (claro, desde que a nova sentença arbitral declare a existência e exigibilidade da obrigação) o ajuizamento de nova demanda judicial condenatória; (ii) as partes iniciam nova arbitragem, ampliando o seu objeto para nele incluir também o pedido condenatório; (iii) sendo inviável a retomada da arbitragem anterior e não sendo pactuada uma nova, a parte interessada propõe demanda judicial para nela pedir o reconhecimento da existência e exigibilidade da obrigação, além do pedido de condenação. Simplesmente repropor a demanda anterior, com base na mesma causa de pedir já formulada, não será possível – por conta da coisa julgada material que se terá formado no processo judicial.

Atenção: a coisa julgada a que se faz referência *não abrangerá a declaração de inexistência da sentença arbitral, mas apenas a improcedência do pedido condenatório*. Assim, a rigor, não haverá impedimento algum a que a parte vencedora da arbitragem concluída torne a ajuizar demandas com pedidos diversos do condenatório já julgado mas igualmente fundados na (ou logicamente dependentes da) sentença arbitral pretensamente inexistente.

não integrará o objeto do processo, mas apenas e tão-somente o “objeto de conhecimento do juiz”¹⁶⁰.

Para que pudesse haver a formação de coisa julgada material especificamente sobre a declaração da inexistência da sentença arbitral, na hipótese acima imaginada, seria necessário que o reconhecimento do vício sentencial fosse pleiteado *principaliter*. Para tanto, poderia a parte interessada, por exemplo, ajuizar ação declaratória incidental com fundamento nos arts. 5º e 470 do Código de Processo Civil. O reconhecimento da inexistência da sentença arbitral, mera questão prejudicial na ação condenatória já em curso, comporia o próprio objeto (mérito) da ação declaratória incidental, no âmbito da qual seria decidido a partir de cognição exauriente.

BARBOSA MOREIRA também destaca a possibilidade de se reconhecer a inexistência da sentença arbitral *incidenter tantum*. Nas suas palavras: “...independentemente de qualquer providência, o defeito [a inexistência] será reconhecido onde quer que alguém pretenda porventura atribuir efeito ao ato.”¹⁶¹ O autor vai, porém, além, entendendo que, rigorosamente, jamais haverá interesse de agir para demandar em via autônoma a declaração da inexistência. Contraponha-se a esse ponto que, como se indicou acima, o *simulacro* de sentença pode gerar situação de incerteza objetiva, prejudicial ao sucumbente na arbitragem ou, eventualmente, a terceiro. De fato, a *aparência de sentença* pode conduzir, na

¹⁶⁰ Conforme leciona DINAMARCO, formam o “objeto de conhecimento do juiz” todas as questões (processuais e de mérito, de fato e de direito) que surgem no processo e que o juiz precisa resolver no curso do procedimento e nos momentos reservados pela lei para cada situação, a fim de definir o seu destino final – extinção sem ou com julgamento de mérito, julgamento de procedência ou improcedência.

Ainda conforme o autor, a solução dada pelo juiz às questões que integram o objeto de seu conhecimento não é vinculativa em relação a outras causas e a outros processos, inclusive entre as mesmas partes. “Todas as questões, enquanto tais, são decididas *incidenter tantum*: mesmo as de mérito são resolvidas, como já se disse, na trajetória lógica do juiz rumo à decisão do próprio mérito. Na lição precisa de Liebman, os fundamentos da sentença não passam de mero suporte lógico do decisum que mediante eles o juiz prepara. *Questões de mérito* não se confundem com o próprio mérito: são questões relativas a ele, da mesma forma como as dúvidas sobre a regularidade do processo se definem como *questões processuais* mas não se confundem com o processo em si mesmo. As questões que não hajam sido solucionadas antes sê-lo-ão na sentença, porém todas as soluções assim dadas terão sede nos *motivos* e constituirão os *fundamentos* da conclusão que virá a seguir. A lei é expressa e clara ao dizer que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (art. 469, inciso I)”(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I. p. 329).

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, *Estrutura da sentença...*, p. 351.

prática, a resultado análogo ao que uma sentença existente levaria. Logo, pode, sim, perfeitamente haver interesse jurídico para o ajuizamento de ação declaratória de inexistência da sentença arbitral – até mesmo para evitar a adoção de medidas concretas com base na pretensa sentença.

(e) De resto, existe a possibilidade de a parte interessada simplesmente propor demanda judicial ou, havendo novo acordo entre as partes, de se providenciar a instauração de outra arbitragem repetindo a mesma causa julgada pela sentença arbitral inexistente – antes mesmo ou independentemente da declaração judicial da inexistência em ação própria. Essa possibilidade não poderá ser afastada sob o fundamento de existência de anterior “coisa julgada arbitral”. Afinal, a sentença arbitral anterior, justamente por ser inexistente, não terá feito “coisa julgada”.

Com efeito, nos casos em que não for viável retomar o processo arbitral anterior na forma do § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996, será perfeitamente possível repetir a demanda anterior (decidida pelo arremedo de sentença arbitral) *diretamente*, nem sequer sendo necessário (mas apenas facultado, desde que esse novo processo seja judicial) formulá-la em cúmulo com pedido de declaração de inexistência da sentença anterior (vide o item 7.2.1)¹⁶².

Essa possibilidade se porá mesmo que a inexistência do processo arbitral realizado não decorra de vício da própria convenção. Não seria razoável exigir que *o mesmo conflito* decidido pela falsa sentença anterior, em processo inexistente, tivesse de ser novamente submetido a árbitros – a despeito da subsistência da convenção. Aplica-se a mesma interpretação que a doutrina confere ao § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307. Diz-se que, nos casos em que, “anulada” a sentença, não for viável a retomada do processo arbitral, a parte interessada fica livre para recorrer ao Judiciário ou pactuar nova arbitragem com seu adversário (vide o item 7.1.15). Logo, não sendo viável retomar a arbitragem anterior na forma

¹⁶² Trata-se de lição de TALAMINI, que, apesar de exarada a respeito das sentenças judiciais inexistentes, é inteiramente aplicável aos casos em exame, que envolvem as sentenças arbitrais: “Em síntese, quando a inexistência for integral (*i.e.*, todo o processo), a parte poderá propor a *actio nullitatis* cumulada com a demanda que deveria ter sido objeto do processo que não existiu. Poderá também apenas propor essa segunda demanda, deixando para discutir a questão da inexistência do processo incidentalmente, na medida em que se suscite a pretensa objeção da coisa julgada” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 370).

do § 2º do art. 33, a parte interessada ficará livre para iniciar diretamente novo processo sobre o mesmo objeto julgado pela sentença inexistente.

A direta repetição da demanda apenas *não* terá cabimento nos casos em que for viável a retomada da arbitragem na forma do § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996. Nessa hipótese, haverá um processo em aberto, a ser finalizado. Logo, será necessário (a não ser que as partes e os árbitros – de comum acordo, por uma questão de segurança jurídica¹⁶³ – retomem a arbitragem e se elimine o defeito verificado) obter a declaração judicial da inexistência da sentença arbitral por meio de ação própria e (conforme o art. 33, § 2º) a retomada da arbitragem, para que nela seja proferida uma nova decisão¹⁶⁴ – ressalvada, ainda, a possibilidade que sempre se põe de as partes distratarem a (desistirem da) arbitragem, com o que se abrirão as portas do Judiciário para que perante ele seja repetida a demanda anterior.

4.4.3 – Sentenças juridicamente ineficazes

Antes de se indicar quando a sentença *arbitral* será juridicamente ineficaz, é importante expor quando uma sentença *judicial* será assim considerada. O raciocínio desenvolvido ajudará a melhor compreender o vício com relação a sentenças arbitrais.

4.4.3.1 – Considerações gerais sobre a “ineficácia jurídica” das sentenças judiciais

A sentença *judicial* proferida em processo do qual não participou (*rectius*, não teve a oportunidade de participar) quem deveria nele ter figurado como parte é existente juridicamente. Para que o processo jurisdicional exista, basta que haja uma parte perante um juiz e uma pretensão posta para julgamento e/ou satisfação. E havendo processo, ainda que com uma configuração linear, bilateral, entre uma parte e o Estado-juiz, o ato que “encerrá-lo” (ou que encerrar fase de conhecimento ou de execução) será

¹⁶³ Com a ressalva feita na nota 462, abaixo.

¹⁶⁴ Nas palavras de TALAMINI: “...não é correta a ideia de que, diante da sentença inexistente, caberia sempre a direta repositura da demanda. De fato, a sentença inexistente não faz coisa julgada – de modo que não é esse o óbice à repositura. Mas ao se reconhecer em sede adequada que a sentença não existe, reconhece-se também que ela tampouco se prestava a pôr fim ao processo. Desse modo, e desde que o processo inteiro não tenha sido inexistente, a mera repositura da demanda esbarraria em uma condição lógica: se não há sentença, isso significa que há um processo inacabado aguardando finalização” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 370).

uma sentença juridicamente existente (a não ser, evidentemente, que haja outros fatores que determinem a sua inexistência). Por isso mesmo, aliás, é que a eventual falta de citação do demandado não compromete a existência do processo¹⁶⁵ e da sentença. Basta ver que a sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito antes da citação existe; que a sentença proferida segundo o art. 285-A do Código de Processo Civil existe; e assim por diante.

Embora não fiquem vinculados ao resultado do processo, *i.e.*, não se possa opor-lhes a coisa julgada nele eventualmente formada, os terceiros podem perfeitamente vir a ser atingidos pelos efeitos da sentença, na medida em que, enquanto ato estatal e, portanto, dotado de imperatividade, a sentença *judicial* existe para todos os sujeitos da ordem jurídica e produz efeitos para todos eles, em especial aos que integram relações jurídicas conexas com aquela levada a juízo¹⁶⁶. Mas nem sempre os efeitos da sentença repercutirão *de modo juridicamente legítimo e plenamente* sobre a esfera dos terceiros.

É importante, primeiramente, diferenciar a situação daqueles terceiros cuja participação no processo não era cogente da situação daqueles que deveriam ter nele necessariamente figurado como parte. Os terceiros em geral *podem* vir a ser *legitimamente* atingidos pelos efeitos da sentença, de modo “reflexo” ou “indireto”¹⁶⁷. Já os terceiros que deveriam *necessariamente* ter feito parte do processo *sempre* serão diretamente atingidos pelos efeitos da sentença – e *na medida em que sejam prejudiciais a estes terceiros*, esses efeitos serão ilegítimos. Eis que, como ensina TALAMINI, para os terceiros em geral “...a sentença reveste-se de plena imperatividade, embora não lhes faça coisa julgada: eles apenas conseguirão derrubá-la na medida em que se revistam de interesse jurídico específico e demonstrem ser procedente a sua pretensão incompatível com a sentença.” Já o terceiro que deveria necessariamente ter integrado o processo na condição de parte “...derrubará a sentença mediante a singela demonstração de que não foi validamente citado e por isso não tomou conhecimento nem pôde participar do processo.”¹⁶⁸

¹⁶⁵ DINAMARCO, Limites da sentença arbitral..., p. 333.

¹⁶⁶ LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença*..., p. 123.

¹⁶⁷ A repercussão da sentença sobre terceiros em geral, assim compreendidos aqueles cuja participação no processo não se fazia necessária, é legítima – ainda que possa incidir sobre sua esfera jurídica. É mera decorrência da imperatividade do ato estatal “sentença” e da complexidade das relações sociais, que não existem isoladamente, mas se conectam umas com as outras de diferentes modos e em diversos graus (TALAMINI, *Coisa julgada*..., p. 97).

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 340.

Depois, cumpre observar que quando uma demanda é julgada *improcedente* sem que o demandado (ou quem deveria ter sido demandado) tenha sido chamado para integrar o processo, este não terá interesse jurídico para questionar a sentença: os efeitos da sentença, que a ele naturalmente se estenderão, ser-lhe-ão vantajosos, benéficos – e, portanto, juridicamente legítimos; a ausência do exercício do contraditório e ampla defesa de sua parte terá se mostrado irrelevante no caso – a relação bilateral estabelecida entre o juiz e o demandante terá sido suficiente para garantir a emissão de pronunciamentos legítimos contra o demandado/terceiro^{169 e 170}. Já quando a demanda for julgada *procedente* sem que o demandado (ou quem deveria tê-lo sido) tenha sido devidamente integrado ao processo, haverá o interesse deste em questioná-la: a ausência do contraditório retirará a “eficácia jurídica” da sentença perante ele, demandado/terceiro. Ou seja, a sentença será existente, mas simplesmente não terá o condão de produzir efeitos legítimos perante o demandado/terceiro – e muito menos de vinculá-lo ao decidido. *Os efeitos que o atingirem não terão amparo no ordenamento jurídico, por falta de contraditório.*

Não se ignora que há, na doutrina, discussão sobre a natureza do vício da sentença na hipótese em exame: se ela é ineficaz, inexistente ou absolutamente nula. Porém, a disputa se torna meramente terminológica se reconhecido que o terceiro prejudicado pela sentença proferida em processo de que deveria ter sido parte não fica vinculado ao decidido e que ele pode obter o reconhecimento do vício sentencial, para afastar os efeitos ilegítimos que o atingem, a todo tempo, em qualquer sede e por qualquer via – inclusive incidentalmente em processo posterior no qual se pretenda fazer valer a sentença viciada.

Neste trabalho, optou-se por qualificar a sentença proferida contra terceiro que deveria ter sido parte do processo como *juridicamente ineficaz*. Qualificá-la de juridicamente inexistente poderia gerar a impressão de que não é possível haver sentença, juridicamente, sem que a relação processual esteja triangularizada – o que, como se expôs acima, não é verdade¹⁷¹. Por outro lado, qualificar a sentença como nula também não

¹⁶⁹ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 341.

¹⁷⁰ Note-se, inclusive, que o demandante, parte do processo, ficará vinculado à coisa julgada lá formada. O demandado/terceiro, por sua vez, embora não fique abrangido pela coisa julgada, aproveitar-se-á dos efeitos da sentença – e, ademais, poderá perfeitamente opor a coisa julgada formada ao demandante, sempre que este pretender obter contra ele, terceiro, resultado oposto ou conflitante com o já obtido.

¹⁷¹ Quando muito, pode-se dizer que não existe sentença enquanto ato oriundo de processo do qual aquele que deveria ter regularmente citado tenha sido parte. Essa é posição de TALAMINI. Diz ele que a sentença “...ingressa no mundo do direito como sentença de processo em que apenas o autor foi

parece adequado, seja porque o termo “nulidade” é “...tradicionalmente empregado para designar defeitos que ficam superados com a coisa julgada e (ou) o subsequente decurso de prazo rescisório”, seja porque essa qualificação poderia resultar na indevida aplicação do regime das nulidades a sentenças contaminadas por vícios bem mais graves do que os de simples validade¹⁷².

Esclareça-se que, quando se afirma que a sentença, na hipótese em exame, é “juridicamente ineficaz” não se quer dizer que ela não terá o condão de produzir efeitos sobre a esfera jurídica do terceiro que deveria ter participado do processo. Não é isso. A expressão “*sentença juridicamente ineficaz*” tem, aqui, o sentido de sentença cujos efeitos, por serem prejudiciais a terceiro que deveria ter sido parte do processo, são contra ele ilegítimos, por ofensa ao princípio jurídico do contraditório. Em outras palavras, sentença que não tem – por absoluta falta de contraditório – legitimidade.

É evidente que o terceiro que deveria ter participado do processo pode vir a portar-se, espontaneamente, segundo o decidido na sentença que lhe tenha pretendido ser contrária. Nessa hipótese, não terá havido a ratificação do processo realizado e, a rigor, nem mesmo a aceitação da sentença nele proferida. É o que escreve TALAMINI: “Tal hipótese é concebível, no âmbito das relações disponíveis, porque é sempre possível a uma parte curvar-se à pretensão da outra – independentemente da existência de processo. Consiste no cumprimento da pretensão da outra parte, e não propriamente da sentença.” E mais adiante o autor arremata dizendo que se terá, na verdade, “...um ato no âmbito do direito material, sujeito aos limites do direito material e inapto a retroativamente consertar a atividade jurisdicional imperfeita antes desenvolvida. Tanto não há ratificação da sentença e do processo nesse caso que não advirá coisa julgada material vinculando o réu que cumpriu – o que necessariamente ocorreria se verdadeiramente a sentença de mérito estivesse sendo ratificada. Vale dizer, o réu poderá posteriormente discutir em juízo a procedência da pretensão por ele cumprida e o próprio ato de cumprimento – sem que se lhe possa opor o óbice da coisa julgada.”¹⁷³

juridicamente parte. Perante o réu (*i.e.*, aquele que deveria ter sido validamente citado e não foi) ela tem o mesmo valor que teria qualquer sentença em um processo em que ele não consta sequer formalmente como parte” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 344-345).

¹⁷² Ibid., p. 344.

¹⁷³ Ibid., p. 343.

4.4.3.2 – Ineficácia jurídica da sentença arbitral

A eficácia da sentença arbitral não tem o mesmo fundamento daquela da sentença judicial. Enquanto a eficácia desta relaciona-se com a imperatividade inerente aos atos de manifestação do poder estatal, com legitimidade presumida, a da sentença arbitral é resultado de sua (legítima, vale dizer – pelas garantias e princípios que a arbitragem envolve) *equiparação legal* com a das sentenças judiciais, conforme o art. 31 da Lei n.º 9.307 – independentemente de homologação judicial, inclusive (art. 18).

Por conta dessa equiparação legal, as sentenças arbitrais possuem o condão de eficazmente declarar direitos e criar novas situações jurídicas para as partes. Consequentemente, todos os sujeitos (terceiros em relação ao processo arbitral) que fizerem parte de relações de direito material conexas com a que foi objeto da sentença serão, em maior ou menor grau, fática ou juridicamente, atingidos. Por exemplo, o credor de uma das partes da arbitragem será economicamente prejudicado se o seu devedor sucumbir e sofrer redução em seu patrimônio que o torne insolvente.

Mas, na linha do que foi exposto no item anterior, os efeitos da sentença arbitral nem sempre atingirão legitimamente os terceiros. Serão ilegítimos, contrários ao direito, os efeitos da sentença que prejudicarem sujeito que, sendo parte da convenção de arbitragem, deveria ter participado, mas não teve a chance de participar, do processo arbitral instaurado. Nessas circunstâncias, os efeitos da sentença arbitral diante do *sujeito preterido do processo* não poderão prevalecer, nem se tornarão legítimos com o passar do tempo. A sentença arbitral será *juridicamente ineficaz* diante do terceiro (compreendida a “ineficácia jurídica” nos termos referidos no item anterior).

Como destaca Ada Pellegrini GRINOVER, é “...inconcebível a prolação de sentença – judicial ou arbitral – contra quem não integrou o processo, sob pena de afronta às garantias constitucionais do devido processo legal e, particularmente, da ação, do contraditório e da ampla defesa”¹⁷⁴. Por isso, não será possível que o sujeito que fez parte do processo exija do terceiro, legitimamente, qualquer providência com fundamento na

¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer – arbitragem e litisconsórcio necessário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 10, abr./jun. 2006. p. 10.

sentença arbitral¹⁷⁵. Ou seja, a rigor, a sentença arbitral será totalmente inútil para o próprio sujeito que participou da arbitragem.

Note-se que diversa será a natureza do vício quando a “sentença” for proferida contra sujeito que não só não teve a chance de integrar o procedimento, como *não houver firmado a convenção nem (ou não) houver participado (quando deveria necessariamente, de acordo com o procedimento definido na convenção, ter participado) do ato de nomeação dos árbitros* (se a nomeação deve se dar por ato conjunto das partes, é vedado que uma delas a realize isoladamente; se houver divergências entre as partes no ato de nomeação, a parte interessada – na ausência de pactuação de outra forma de resolver o impasse – deve proceder segundo os arts. 6º, parágrafo único, e 7º da Lei n.º 9.307). Como se expôs no item 4.4.2, nessas hipóteses, a sentença será juridicamente inexistente. Não terá havido a regular e concreta atribuição de poderes aos pretensos árbitros para julgar conflito do qual o sujeito preterido da arbitragem seja parte. E eventual convenção *inter alios* pretendendo vincular o terceiro ao resultado da arbitragem será, nesse ponto, absolutamente nula e ineficaz¹⁷⁶ – e, por conseguinte, a sentença arbitral, no ponto em que versar sobre relação que tenha como parte o terceiro, será juridicamente inexistente.

4.4.3.3 – Situação em que a sentença arbitral é favorável ao terceiro que deveria ter sido parte do processo arbitral

E se a sentença arbitral for *favorável* ao terceiro que deveria ter sido parte no processo arbitral?

Se o terceiro em relação ao processo arbitral *for parte da convenção de arbitragem e os poderes dos árbitros lhes tiverem sido regularmente atribuídos*, a sentença existirá juridicamente e os efeitos que produzirá serão legítimos: o terceiro não terá interesse jurídico para questionar a arbitragem realizada; aquele que foi parte da arbitragem, por sua vez, na medida em que terá participado em contraditório do processo, ficará vinculado à “coisa julgada arbitral”.

¹⁷⁵ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 140. No mesmo sentido, LEMES: “A eficácia da sentença arbitral pode repercutir perante terceiros, mas para eles não se torna imutável; aliás, idênticas consequências são verificadas na sentença judicial” (LEMES, A sentença..., p. 31).

¹⁷⁶ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 138. Nos seus termos: “Como a arbitragem se circunscreve aos limites do contrato celebrado entre as partes e entre estas e o árbitro, sua extensão subjetiva e objetiva não pode manifestar-se senão entre os contratantes.”

Já se o terceiro em relação ao processo arbitral *não tiver sido parte da convenção de arbitragem ou, sendo parte da convenção, não tiver participado (quando sua participação era indispensável) da nomeação dos árbitros*, a sentença arbitral inexistirá juridicamente: embora repercussões da pretensa sentença sejam favoráveis ao terceiro, não decorrerão de ato de pessoas com poderes para realizá-lo. Ou seja, os pretensos árbitros não terão recebido validamente os poderes para julgar o conflito, de modo que a decisão que proferirem não passará de um arremedo de sentença. E nessa hipótese específica não se vê como simplesmente relevar o vício em face do resultado alcançado, atribuindo-se retroativamente os poderes aos árbitros: trata-se de vício de origem, que terá maculado todos os demais atos praticados em seguida – a inexistência jurídica da arbitragem será total e, por isso mesmo, insuperável¹⁷⁷.

4.4.3.4 – Sentença arbitral proferida em processo do qual não participou litisconsorte necessário

Cumpre identificar, ainda, a natureza do vício da sentença arbitral proferida em processo do qual não participou litisconsorte necessário¹⁷⁸.

Antes, porém, é importante lembrar que, no ordenamento jurídico nacional, não se admite a possibilidade de obrigar alguém a participar de arbitragem que não tenha pactuado. Assim, o litisconsorte necessário que não houver firmado a convenção (compromisso arbitral ou a cláusula) não poderá ser compelido por quem quer que seja a integrar o processo arbitral.

Por outro lado, sendo parte da convenção de arbitragem, o litisconsorte necessário, chamado para participar do processo arbitral em curso, não tem a opção de recusa – efeitos positivo e negativo da convenção. E deverá ser chamado a integrá-lo,

¹⁷⁷ Eventual aceitação da solução dos pretensos árbitros pelos envolvidos no conflito não pode ser descartada. Mas *não passará de um “acordo” sujeito a amplo controle judicial*.

¹⁷⁸ Os casos de litisconsórcio necessário na arbitragem são os mesmos do processo civil estatal. Parece a melhor solução, na falta de disposição em sentido diverso. Além disso, a escolha pela arbitragem não pode servir para excluir do contraditório sujeitos que no processo estatal teriam direito a ele, na medida em que juridicamente interessados no seu resultado.

Os casos de litisconsórcio unitário são, da mesma forma, os mesmos que se verificam no processo civil estatal. E isso por razões óbvias: a unitariedade resulta da natureza da relação de direito material trazida ao processo. São as qualidades da relação de direito material que determinam a impossibilidade de que haja resultados diversos para os litisconsortes.

ainda que isso possa conturbar o andamento processual – por exemplo, com discussões acerca da composição do painel de árbitros, quando este houver (indevidamente) sido definido sem a sua participação. A ausência do litisconsorte necessário inviabilizará o prosseguimento da arbitragem.

Mas suponha-se que o litisconsorte necessário não tenha participado da arbitragem e que esta tenha sido concluída, com a prolação de “sentença arbitral”. Qual o tratamento a ser dado para a questão?

Se for *favorável ao terceiro* que deveria ter figurado (mas não figurou) como litisconsorte necessário, trate-se de litisconsórcio unitário ou simples, a sentença será:

(a) Juridicamente existente e eficaz em face do terceiro e de quem integrou o processo como parte, desde que aquele (o terceiro) tenha firmado a convenção de arbitragem e os árbitros tenham sido regular e concretamente nomeados – caso em que os árbitros terão recebido os poderes para julgar e a ausência do litisconsorte poderá ser relevada em virtude do resultado obtido.

Os sujeitos que houverem integrado o processo ficarão vinculados ao seu resultado, que lhes fará “coisa julgada”. Para o terceiro não haverá a formação de “coisa julgada”, mas lhe faltará interesse jurídico para impugnar o resultado da arbitragem.

(b) Juridicamente inexistente, se o terceiro não houver firmado a convenção de arbitragem ou então se os árbitros não houverem sido regular e concretamente nomeados – caso em que os árbitros não terão recebido poderes para julgar o conflito. Entende-se que não será possível relevar o vício em vista do resultado final obtido.

Se (b.1) o terceiro não houver assinado a convenção, os árbitros não terão poderes para julgar conflito que o envolva. Automaticamente, não terão poderes para julgar em face do litisconsorte signatário da convenção e integrado ao processo. Isso porque a exigência legal de litisconsórcio determina a necessidade de a convenção ser firmada por todos os litisconsortes, sob pena de sua invalidade – e, portanto, da ineficácia da escolha da arbitragem¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Ou seja, a inexistência jurídica se porá também para o litisconsorte que integrou o processo e para a parte contrária.

Igualmente, se (b.2) o terceiro tiver assinado a convenção mas os árbitros não houverem sido nomeados na forma devida, a estes faltarão poderes para julgar em face de todos os envolvidos no conflito. Com efeito, na medida em que a nomeação dos árbitros dependa da participação do litisconsorte preterido, não será possível aceitá-la sem sua concordância. Eventual concordância dos sujeitos presentes no procedimento sobre a nomeação realizada será totalmente ineficaz.

Se a sentença arbitral for *desfavorável ao terceiro* que deveria ter figurado como litisconsorte necessário, põem-se as seguintes possibilidades:

(i) Se o litisconsórcio *era unitário*, a sentença será (i.1) juridicamente inexistente, se o litisconsorte preterido não tiver firmado a convenção – pelas mesmas razões expostas no item “b.1”, acima; (i.2) também juridicamente inexistente, se o litisconsorte preterido houver firmado a convenção, mas os poderes dos árbitros não lhes forem regularmente atribuídos – pelas mesmas razões do item “b.2”; (i.3) existente mas juridicamente ineficaz em face do litisconsorte preterido e de quem integrou o processo como parte, caso aquele (o litisconsorte preterido) tenha firmado a convenção de arbitragem e os poderes dos árbitros lhes tenham sido regularmente conferidos.

Nesse último caso, os árbitros terão recebido os poderes para julgar – de modo que, ao menos sob esse aspecto, não se pode falar em inexistência jurídica. Todavia, o lapso consistente na falta de inclusão de litisconsorte necessário unitário no processo não poderá ser relevado. Os efeitos da sentença que atingirem o litisconsorte não integrado ao processo serão ilegítimos na medida em que não lhe terá sido permitido exercer o contraditório. E, ademais, em vista da unitariedade da relação de direito material controvertida, a ineficácia jurídica se porá também para o litisconsorte integrado ao feito¹⁸⁰.

(ii) Se o litisconsórcio *era não-unitário, ou simples*, a sentença será (ii.1) juridicamente inexistente para o litisconsorte preterido e os sujeitos que integraram o processo, caso aquele não tenha firmado a convenção ou se os árbitros não tiverem sido regularmente nomeados; ou (ii.2) se o litisconsorte preterido

¹⁸⁰ TALAMINI, tratando da questão no âmbito do processo judicial, diz que, em caso de litisconsórcio *passivo* necessário unitário, a sentença de *procedência* será “absolutamente ineficaz” para o litisconsorte citado. Isso porque a situação de direito material *sub judice* é incindível, não havendo como se imaginar, em caso de sentença de procedência, dois resultados diferentes – um para o(s) litisconsorte(s) citado(s), outro para o(s) não citado(s). Vide: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 345-347.

houver firmado a convenção e os árbitros tiverem recebido regularmente os seus poderes, a sentença será existente, mas juridicamente ineficaz, para aquele (o litisconsorte não integrado ao processo) e juridicamente existente e eficaz, mas nula, para o litisconsorte integrado ao processo.

Aplica-se, para o último caso, *mutatis mutandis*, o seguinte entendimento de TALAMINI, exposto em vista do processo civil estatal: “Nessa hipótese [de litisconsórcio passivo necessário simples], o litisconsórcio é imposto por expressa disposição legal por razões outras que não a impossibilidade de cisão do objeto do processo: os litisconsortes não estão inseridos em uma situação jurídica única e não-cindível. Consequentemente, cabe considerar a situação de cada litisconsorte, de modo que a sentença não veiculará um único comando aplicável indistintamente a todos os litisconsortes, mas, sim, conterà um capítulo para cada litisconsorte: à situação específica de cada litisconsorte corresponderá um específico *decisum*. Assim, no litisconsórcio necessário simples, faltando a citação válida de um litisconsorte, estar-se-á diante de uma nulidade que deverá ser conhecida inclusive de ofício no curso do processo e dará ensejo a ação rescisória por ofensa ao art. 47 e das regras que especificamente impõem esse litisconsorte... Todavia, não sendo desconstituída por ação rescisória, a sentença será eficaz em face do litisconsorte que houver sido validamente citado. Uma vez que é cindível o objeto do processo e há um específico *decisum* para cada litisconsorte, a inoperância do comando dirigido ao não-citado não afetará a eficácia do comando atinente àquele que foi citado.”¹⁸¹

4.4.3.5 – Existência e eficácia jurídica da sentença arbitral em outros casos de ofensa aos direitos de contraditório e ampla defesa

Por derradeiro, observe-se que não caberá falar em inexistência jurídica nem em ineficácia jurídica da sentença nos casos em que uma das partes do processo (*i.e.*, um dos efetivos sujeitos da relação processual) for tolhida de seu direito de praticar ato(s) relevante(s) para o resultado da arbitragem (por exemplo, na fase de instrução probatória). Nesses casos, a ofensa aos direitos do contraditório e ampla defesa implicarão (conforme o

¹⁸¹ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 347. Em se tratando de sentença arbitral, a nulidade deve ser alegada na forma e prazo do art. 33 da Lei n.º 9.307, sob pena de o vício convaler.

art. 32, inciso VIII) a verdadeira e própria nulidade da sentença arbitral – a não ser que o resultado final do processo favoreça a parte que teve aqueles seus direitos ofendidos (quando o vício deverá ser relevado, de acordo com o princípio segundo o qual a nulidade não deve ser decretada na ausência de prejuízo).

A presença da parte sucumbente no processo garante a “eficácia jurídica” da sentença (nos termos em que ela é concebida neste trabalho) em face dela. Mas não é suficiente para garantir que a decisão seja válida¹⁸². A nulidade, conforme exposto no item 4.4.1, deverá ser arguida no prazo legal (ou, havendo execução de sentença condenatória, no momento do ajuizamento dos embargos do executado ou impugnação – ver o item 7.4) e pelas vias previstas no ordenamento para tanto, sob pena de convalescer.

4.4.3.6 – Regime jurídico da sentença juridicamente ineficaz

A ação de que o terceiro que deveria ter sido (mas não foi) parte na arbitragem pode se valer, quando prejudicado pelos efeitos da sentença arbitral, terá natureza declaratória: declaratória da ineficácia jurídica da sentença. Ou seja, o objetivo será obter a declaração da impossibilidade de pretender vincular o terceiro ao resultado do processo arbitral.

A rigor, como já se disse, nada se poderá exigir do sujeito preterido do processo arbitral com base na sentença nele proferida. A recusa em observar o resultado do processo será legítima. Mas, diante de situação de incerteza sobre a vinculação ao resultado da arbitragem que não se resolva extrajudicialmente ou sempre que alguém pretender impor-lhe tal resultado, poderá o terceiro ajuizar a ação declaratória – que é, vale dizer, imprescritível.

A ineficácia jurídica da sentença pode ser, ainda, reconhecida incidentalmente em processo judicial no qual se pretenda levá-la a efeito, até mesmo de ofício pelo juiz. Nessas situações, o reconhecimento do vício da sentença arbitral não ficará acobertado por coisa julgada material. Mas existe a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória incidental para esse fim, com o que a questão será decidida *principaliter*.

Além disso, o terceiro em relação ao processo arbitral, signatário da convenção, poderá iniciar nova arbitragem a fim de obter tutela sobre o mesmo objeto anteriormente julgado, mas em sentido diverso ao da sentença contra si proferida. E, a

¹⁸² TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 360-361.

rigor, não precisará, antes disso, lançar mão da ação declaratória da ineficácia jurídica da sentença arbitral – cujo reconhecimento poderá se dar *incidenter tantum* no novo processo arbitral instaurado, na medida em que a parte contrária pretenda invocar a pretensa “coisa julgada”.

Note-se: a nova arbitragem poderá ser instaurada com base *na mesma convenção de arbitragem* já existente entre os contendentes. Ou seja, a convenção já celebrada não ficará prejudicada pelo simples fato de se ter realizado anterior arbitragem sem que lhe tenha sido integrado sujeito que dela deveria ter participado. Não fosse assim, o contendente preterido do processo anterior seria novamente impedido de se valer da arbitragem que convencionou.

Inclusive, se a convenção consistir em cláusula arbitral vazia e houver resistência de seu adversário ao início de nova arbitragem, o contendente preterido da arbitragem anterior poderá ajuizar a ação de execução específica disciplinada nos arts. 6º, parágrafo único, e 7º da Lei n.º 9.307/1996 (vide a nota 75).

Trata-se, como se vê, de situação diversa da que se põe nos casos de inexistência e nulidade em que a retomada da arbitragem (na forma do art. 33, § 2º) não se mostra viável (itens 4.4.2.3, 7.1.15.1 e 7.2.10.1.2). Em tais casos, vincular as partes aos termos da convenção em relação ao mesmo objeto sobre o qual houve – com a participação de ambas – arbitragem infrutífera não seria razoável: apenas um novo pacto entre as partes, que confirme sua vontade de tentar nova arbitragem sobre o mesmo conflito, poderá “excluir a jurisdição estatal”.

Todas essas considerações se aplicam, igualmente, ao litisconsorte em face de quem a sentença desfavorável seja igualmente juridicamente ineficaz. Está-se a referir ao caso do item 4.4.3.4, (i.3), acima. Como se viu, a sentença desfavorável aos litisconsortes necessários unitários será juridicamente ineficaz para todos, quando um deles não houver sido devidamente integrado ao processo. Por isso, mesmo os litisconsortes que participaram da arbitragem poderão proceder na forma dos parágrafos anteriores.

Por fim, cumpre observar que também a parte vencedora, na medida em que o resultado da arbitragem anteriormente realizada lhe será absolutamente inútil, poderá (com base na mesma convenção) iniciar novo processo arbitral a fim de obter uma nova (e dessa vez regular) sentença. Para tanto, não precisará ajuizar previamente ação judicial

destinada a obter o reconhecimento da ineficácia jurídica da sentença arbitral anterior. Esse reconhecimento poderá ser feito, incidentalmente, na nova arbitragem instaurada.

Se o terceiro for um litisconsorte necessário preterido da arbitragem, a possibilidade e utilidade de a parte vencedora repetir a demanda contra os litisconsortes que participaram do processo se porá apenas se se tratar de litisconsórcio unitário. Se o litisconsórcio for necessário simples, a sentença será “apenas” nula para os litisconsortes que integraram o processo – e contra eles, até que tempestivamente desconstituída, produzirá efeitos normalmente.

4.4.4 – Sentenças arbitrais inquinadas de irregularidades ou defeitos materiais relevantes, mas que não afetam a sua existência, eficácia jurídica ou validade

Algumas das matérias do art. 32 consistem em irregularidades ou defeitos materiais que não geram nulidade, inexistência ou “ineficácia jurídica” da sentença, mas cuja eliminação é importante para que se possa verificar a sua higidez formal e também para a definição do procedimento a ser adotado para a sua efetivação e controle judicial.

(a) Por exemplo, a sentença arbitral que simplesmente omite a informação do local em que foi proferida não é, só por isso, nula, inexistente ou “juridicamente ineficaz” (compreendida a “ineficácia jurídica” nos termos do item anterior). Apenas precisa (conforme o art. 32, inciso III, da Lei n.º 9.307/1996) ser complementada com o elemento nela faltante – exigido pelo art. 26, inciso IV, para que se possa saber qual é a sua nacionalidade e, portanto, se existe ou não a necessidade de sua homologação judicial na forma do art. 35.

(b) Citem-se, também, os casos em que falta, na sentença arbitral, a indicação da data do seu proferimento ou então aqueles em que se verifica erro material nessa indicação (imagine-se, v.g., que se indica como data de proferimento o dia “13.010.2010”). A precisa identificação da data de prolação é, como se sabe, fundamental para que se possa saber se a sentença arbitral é ou não tempestiva, *i.e.*, se ela foi ou não proferida dentro do prazo legal ou convencionado pelas partes. Eis que a Lei n.º 9.307/1996, no art. 32, inciso III, autoriza o controle judicial da sentença arbitral que não indique a data de sua prolação (art. 26, inciso IV).

(c) Conforme se expôs no item 4.4.2.1, a sentença apócrifa não é, simplesmente por não estar assinada pelo árbitro, inexistente juridicamente. Se, a

despeito de não estar assinada, for possível confirmar que foi ela proferida pelo árbitro, a sentença conterà mera omissão material. E a necessidade do suprimento de tal omissão (para afastar incertezas sobre a origem/autoria e, portanto, sobre a existência jurídica da sentença arbitral) autoriza o ajuizamento de ação judicial com fundamento no art. 32, inciso III, c/c art. 26, parágrafo único.

Eventualmente, a eliminação de algumas dessas irregularidades evidenciará outros defeitos da sentença arbitral, estes sim causadores de sua nulidade ou inexistência.

(i) Assim, v.g., a declaração da nacionalidade da sentença poderá denotar sua nulidade, por ter sido ela proferida em local diverso do convencionado – possivelmente em prejuízo da parte sucumbente na arbitragem (art. 32, inciso VIII).

(ii) Se identificado, v.g., que foi proferida fora do prazo devido ou então que (sendo apócrifa) não é de autoria dos árbitros, a sentença arbitral terá a sua inexistência jurídica evidenciada (conforme o art. 32, inciso III ou VII).

Note-se: a simples omissão ou erro na indicação do *dia ou local de proferimento*, em si, não tem o condão de afetar a existência ou validade da sentença. O que acontece é que a eliminação dessas irregularidades permitirá verificar a (in)existência e (in)validade da sentença e/ou como proceder para efetivá-la (homologar ou não?) ou impugná-la judicialmente (arts. 32 e 33 ou arts. 37 e seguintes da Lei n.º 9.307).

Já a demanda voltada ao reconhecimento de que a *sentença apócrifa é de autoria dos árbitros* poderá eventualmente resultar em decisão declaratória de inexistência jurídica da sentença. Se a sentença não tiver a sua origem/autoria confirmada no processo judicial instaurado, será declarada a sua inexistência jurídica (vide o item 7.3.2, abaixo).

Falhas formais como as acima referidas, consistentes em simples lapsos ou erros materiais pertinentes a aspectos que a Lei define como essenciais para a sentença arbitral, poderão ser eliminadas *a qualquer tempo (mas nem sempre de ofício, como se expôs nos itens 2.5.1.1 e 2.5.2)* pelo Judiciário. Isso de forma alguma será obstado pela “coisa julgada arbitral” ou sua “eficácia preclusiva” nem afrontará o resultado da arbitragem e a segurança jurídica que ele deve propiciar para as partes. Com efeito, corrigir meros lapsos ou erros materiais objetivamente identificados no documento-sentença – seja

qual for o elemento sentencial atingido, *inclusive na parte dispositiva* – nada mais é do que adequá-lo, em sua forma, a precisamente aquilo que ele realmente consubstancia¹⁸³.

A rigor, em determinadas situações, nem sequer será necessário corrigir formalmente o erro ou lapso material verificado. Bastará, como bem observa TALAMINI, proceder a uma “interpretação corretória” da sentença¹⁸⁴. Eventualmente, outros elementos do processo arbitral permitirão identificar o erro material e (sendo ele corrigível de ofício) realizar a “interpretação corretória”. Imagine-se, por exemplo, que no ano de 2013 é instaurada execução de sentença arbitral datada do dia 05.04.2014 ou que simplesmente *omite a data de sua prolação*. Imagine-se, ainda, que os documentos do processo arbitral que instruem a inicial da ação executiva comprovam cabalmente que a deliberação arbitral foi tomada em audiência realizada em 05.04.2013. Nesse caso, bastará ao juízo da execução considerar a data correta da sentença, a partir dos elementos da arbitragem a ele disponíveis, para apurar a sua tempestividade (da qual depende a existência jurídica da sentença e, assim, a viabilidade de sua execução judicial).

Sobre a forma de controle de irregularidades como as ora referidas, vide ainda o item 7.3, abaixo.

4.4.5 – Síntese sobre a classificação dos vícios da sentença arbitral

O art. 32 da Lei n.º 9.307/1996 refere-se a (i) casos em que o vício se verifica na instauração ou no curso do processo arbitral e se transfere para a sentença, contaminando-a – por exemplo, incisos I, II, VIII; e (ii) casos em que o vício reside na própria sentença – por exemplo, incisos III, VII¹⁸⁵. Essas duas categorias de defeitos correspondem aos vícios extrínsecos e intrínsecos da sentença arbitral, respectivamente.

Entre os vícios que se enquadram na categoria “i”, há casos de nulidade absoluta (por exemplo, impedimento do árbitro), nulidade relativa (por exemplo, suspeição do árbitro), de inexistência (v.g., ausência de chamamento de parte para participar da fase de instrução probatória) e casos de ineficácia de ato processual (v.g., convenção ineficaz):

¹⁸³ Sobre a possibilidade de correção de erros materiais depois de formada a coisa julgada no âmbito dos processos judiciais, vide, por exemplo, os seguintes julgados: Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 87.631, Relator Ministro Djaci FALCÃO, 2ª Turma, em RTJ 89/599; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 12.700/SP, Relator Ministro Nilson NAVES, 3ª Turma, em RSTJ 34/378. Na doutrina: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 525 e seguintes.

¹⁸⁴ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 532.

¹⁸⁵ VICENTE, op. cit., p. 215.

esses vícios na instauração ou curso do processo podem contaminar a sentença arbitral, gerando a sua nulidade, inexistência (material ou jurídica) ou ineficácia jurídica.

Uma invalidade verificada no curso do processo arbitral pode, tanto quanto um vício de inexistência ou ineficácia, gerar a nulidade (que não será nem relativa nem absoluta, mas simplesmente nulidade) da sentença arbitral, sua inexistência ou a sua ineficácia jurídica. A natureza do vício processual e o grau de contaminação da sentença é que definirão, em conjunto, o tipo de “irregularidade” que inquinará esta última.

Por exemplo: a suspeição e o impedimento podem gerar a nulidade da sentença arbitral, a despeito de consistirem em casos de nulidade relativa e absoluta, respectivamente; a nomeação de sujeito absolutamente incapaz como árbitro consiste em invalidade que determina a inexistência jurídica da sentença arbitral; a falta de chamamento de uma das partes do conflito e signatária da convenção para integrar o processo arbitral faz com que a sentença a ela desfavorável seja-lhe juridicamente ineficaz; e assim por diante.

Entre os vícios que se enquadram na categoria “ii”, ou seja, os vícios intrínsecos da sentença, verificam-se casos de nulidade (por exemplo, ausência de motivação na sentença), inexistência material (v.g., sentença *citra petita*, em relação ao pedido não apreciado) ou jurídica (como a sentença proferida por quem não apresenta condições de ser árbitro), ineficácia jurídica (sentença proferida por sujeitos regularmente investidos em sua função mas contrária a quem não teve a oportunidade de integrar a arbitragem) e, ainda, casos de irregularidades ou defeitos materiais relevantes (em que o vício não afeta diretamente a existência, validade ou eficácia jurídica da sentença, mas cuja eliminação se põe como necessária para que se possa verificar a sua higidez formal e também para a definição do procedimento a ser adotado para a sua efetivação e controle judicial).

5 – SUPRIMENTO, CONVALIDAÇÃO E RELEVAÇÃO DE DEFEITOS DA SENTENÇA ARBITRAL

No capítulo anterior, apresentou-se um panorama geral sobre os vícios que podem contaminar a sentença arbitral nacional e autorizar a sua impugnação judicial.

No presente capítulo, objetiva-se demonstrar que determinados defeitos processuais, embora sejam em tese aptos a contaminar a sentença arbitral, podem se convalidar, ficar supridos ou então se tornar irrelevantes no curso da arbitragem ou em face de seu resultado (de acordo com o princípio segundo o qual, na ausência de prejuízo, o vício não deve ser declarado ou decretado). Outros defeitos jamais podem ficar superados no curso da arbitragem, pela sua natureza ou maior gravidade.

5.1 – A PRÉVIA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO *CAPUT* DO ART. 20 DA LEI DE ARBITRAGEM COMO CONDIÇÃO PARA O CONTROLE JUDICIAL DA SENTENÇA ARBITRAL

Como se expôs no item 4.1, o art. 20 da Lei n.º 9.307/1996 consagra o chamado princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência). Seu *caput* preceitua que a parte que pretender suscitar questões relativas a impedimento, suspeição ou competência de árbitro, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deve fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar no processo arbitral. O mesmo princípio vem consignado no parágrafo único do art. 8º.

Portanto, cabe aos árbitros decidir acerca de sua própria competência e demais questões arroladas naqueles artigos legais. Isso, todavia, não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário se pronunciar a seu respeito, em sede de controle da sentença arbitral – lembrando, porém, que, como se expôs no item 4.1, pode o pronunciamento judicial acerca daquelas questões dar-se, em alguns casos, em momento anterior (por exemplo, no bojo do procedimento de que trata o art. 7º da Lei n.º 9.307/1996 ou, ainda, em *anti-suit injunction*).

5.1.1 – Consequência da falta de manifestação da parte interessada na forma do art. 20 da Lei de Arbitragem

O art. 20 silencia a respeito das consequências da ausência de manifestação das partes na forma que prescreve: não especifica se, nessa hipótese, as irregularidades que elenca restam sanadas (impedindo-se que futuramente se as alegue em demanda judicial destinada ao ataque do laudo arbitral) ou não (sendo o preceito, portanto, meramente ordinatório).

É o que observa CARMONA, para quem as matérias referidas na norma merecem tratamento jurídico diferenciado¹⁸⁶. Algumas consistem em vícios insanáveis, por envolverem aspectos indisponíveis. Trata-se de irregularidades que podem ser levantadas em qualquer momento do procedimento arbitral – ou seja, não precisam ser arguidas necessariamente na primeira oportunidade que a parte interessada tiver de se manifestar nos autos (a despeito dos termos legais indicarem o contrário). Mais ainda, tenham ou não sido previamente suscitadas na arbitragem, poderão ser suscitadas posteriormente, em futura impugnação judicial da sentença arbitral (desde que, evidentemente, o vício não tenha se tornado irrelevante nem tenha sido suprido – ver o item 4.3, acima).

Outras daquelas matérias se encontram plenamente insertas na esfera de disponibilidade dos contendentes e, desse modo, as questões a elas atinentes devem ser arguidas rigorosamente na forma do art. 20, *sob pena de preclusão*. O momento adequado para a arguição reside na primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar nos autos *depois de ter conhecimento do fato que origina a irregularidade* – e não exatamente “após a instituição da arbitragem”, como consta do art. 20. Não poderia ser diferente, na medida em que a ciência ou suspeita do vício é antecedente necessário (condição) para sua alegação.

5.1.1.1 – Os casos de suspeição de árbitro

A suspeição do árbitro (verificada, v.g., nas situações do art. 135 do Código de Processo Civil, *ex vi* do art. 14, *caput*, da Lei n.º 9.307¹⁸⁷) deve ser levantada pelo

¹⁸⁶ CARMONA, op. cit., p. 284 e seguintes.

¹⁸⁷ Na verdade, como ensina CARMONA, “...o elenco dos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil, incorporados *per relationem* ao art. 14 da Lei de Arbitragem, não esgota toda a matéria. Há casos de

litigante interessado na primeira oportunidade que tiver para se manifestar no processo após tomar conhecimento do fato que a gera – sob pena de a irregularidade porventura existente ficar superada e, assim, não poder ser alegada em futuro pleito de anulação da sentença arbitral.

5.1.1.2 – Os casos de impedimento de árbitro

O mesmo entendimento é adotado pela doutrina quanto aos casos de impedimento de árbitro. Reputa-se que também as causas de impedimento têm de ser alegadas na forma do art. 20, sob pena de preclusão. As partes poderiam, inclusive, confiando no sujeito impedido, acordar em indicá-lo – o que as impediria de impugnar a sentença arbitral futuramente sob a alegação de impedimento ou parcialidade no julgamento ou condução do processo. Nesse sentido, podem ser citados, por exemplo, LEMES¹⁸⁸, CARMONA¹⁸⁹, CARREIRA ALVIM (o qual, todavia, excepciona a causa de

impedimento que não estão claramente capitulados e ainda assim devem levar ao afastamento do árbitro. Basta mencionar uma situação enfocada pelo Código de Ética para os Árbitros Internacionais (art. 3.4): ‘as relações de negócios havidas com anterioridade não constituirão obstáculos definitivos para a aceitação da nomeação, a menos que sejam de tal magnitude ou natureza que possam afetar a decisão do árbitro.’ Note-se que a situação descrita não está refletida no art. 135, inciso II, do Código de Processo Civil, eis que se trata de relação jurídica encerrada, não existindo créditos ou débitos a apurar; ainda assim, pode-se afastar o árbitro” (CARMONA, op. cit., p. 253).

Nessa mesma linha, BATISTA MARTINS: “Os fatos não se circunscrevem, em hipótese alguma, àqueles elencados nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil. Outros mais são passíveis de tornar parciais ou dependentes os árbitros. Entretanto, repita-se, os fatos devem ser de tal magnitude que agrida os princípios de conduta do árbitro e afete, linearmente, a confiança no árbitro. Por sinal, não incomum a arguição de suspeição formulada com caráter meramente protelatório” (BATISTA MARTINS, *Apontamentos...*, p. 205).

Aliás, o próprio art. 14, § 1º, da Lei n.º 9.307 permite concluir que os arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil não esgotam os casos em que a imparcialidade e independência dos árbitros podem ser comprometidas. Nos seus termos: “As pessoas indicadas para funcionar como árbitros têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato [e não apenas os fatos dos arts. 134 e 135] que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.”

¹⁸⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001. p. 143 e seguintes.

¹⁸⁹ “Os motivos que levam ao afastamento de árbitros, porém, não podem ser considerados absolutos. Em outros termos, mesmo nas hipóteses claras de impedimento e suspeição, podem perfeitamente as partes, conhecendo a circunstância, acordar na indicação do árbitro.” Ou seja, para o autor, que fundamenta seu entendimento nos estritos termos dos arts. 14, § 2º, e 20 da Lei n.º 9.307, mesmo “...algumas das causas que levariam ao impedimento do árbitro podem ser consensualmente afastadas pelas partes, sendo visível que a norma procura dar proteção à parte que, contra sua vontade, vê nomeado árbitro envolvido em

impedimento prevista no inciso I do art. 134)¹⁹⁰, BATISTA MARTINS¹⁹¹, Luiz Antonio SCAVONE JUNIOR¹⁹² e Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR¹⁹³.

Mas observe-se que o art. 21, § 2º, da Lei n.º 9.307 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”. Da mesma forma, o art. 13, § 6º, diz que: “No desempenho de sua função, o árbitro *deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição*” (sem grifos no original).

Ora, se assim é, como poderiam as partes concordar com a nomeação de árbitro suspeito ou impedido – em qualquer de tais casos, segundo o *caput* do art. 14, proibido de atuar? Será que é mesmo razoável, na esteira da generalidade dos doutrinadores, permitir que as partes acordem em nomear sujeito que *a própria Lei n.º 9.307/1996 qualifica como “impedido de funcionar” como árbitro*, assumindo o sério risco de receberem decisão inquinada de parcialidade e depois terem de a ela se sujeitar?

Talvez a Lei de Arbitragem devesse, a exemplo do Código de Processo Civil, ter diferenciado expressamente os casos de suspeição dos casos de impedimento: estes, porquanto fundados em circunstâncias de cunho objetivo e geradoras de *presunção absoluta de parcialidade*, não estariam sujeitos a convalidação; os casos de suspeição, por sua vez, por decorrerem de vínculo mais tênue e de caráter eminentemente subjetivo entre o julgador e a causa e/ou as partes, se não alegados oportunamente ou se afastados consensualmente por estas, deixariam de ter relevância para a validade do processo.

O fato de a Lei não ter sido expressa nesse sentido não impede, porém, que se faça essa diferenciação – inclusive entre as situações de parcialidade previstas em outros

alguma das circunstâncias capituladas na Lei. Em última análise – como afirmou Giovanni Verde – as partes podem nomear como árbitros pessoas que tenham alguma relação com a causa, o que pode comprometer sua imparcialidade; o que importa, porém, é que os contendentes saibam disso e aceitem conscientemente o risco” (CARMONA, op. cit., p. 252 e 253).

¹⁹⁰ CARREIRA ALVIM entende que nem mesmo com a concordância das partes se pode relevar a causa de impedimento prevista no inciso I do art. 134 do Código de Processo Civil (CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 265-266).

¹⁹¹ BATISTA MARTINS, *Apontamentos...*, p. 205.

¹⁹² SCAVONE JUNIOR, *Manual de arbitragem...*, p. 114.

¹⁹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sobre o dever de revelar na lei n.º 9.307/1996 *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 28, jan./mar. 2011. p. 75.

documentos além do Código de Processo Civil (ver nota 187, acima)¹⁹⁴. Uma interpretação sistemática da Lei de Arbitragem e consentânea com o princípio constitucional do devido processo legal (de que a imparcialidade é corolário) já permite realizá-la.

Com efeito, *embora não haja como concretamente impedir que as partes acordem em nomear árbitro que sabem estar impedido*, se ao final sucumbir aquela contra quem o impedimento se punha, ser-lhe-á dado impugnar a sentença na forma do art. 33, suscitando o art. 32, incisos II e VIII, da Lei n.º 9.307¹⁹⁵. Quer dizer, a nomeação de árbitro impedido (inevitável, se houver o consenso entre as partes) é acompanhada de um sério e inafastável risco: o de que se venha a alegar, futuramente, a nulidade da sentença arbitral – o que faz com que não seja ela (a nomeação de árbitro impedido) recomendada.

Já se o julgamento for contrário ao contendente a quem o impedimento em tese poderia “favorecer”, a sentença deverá ser preservada em observância ao princípio da instrumentalidade das formas e ao princípio segundo o qual não se deve decretar a nulidade na ausência de prejuízo. A rigor, a parte sucumbente nem sequer possuirá interesse jurídico na impugnação – ao menos sob o fundamento de que o fato causador do impedimento a teria prejudicado.

¹⁹⁴ Situações como as previstas, por exemplo, no Código de Ética para os Árbitros Internacionais da *International Bar Association* devem ser diferenciadas conforme a sua gravidade, levando-se em conta a intensidade e natureza do vínculo que revelem haver entre árbitro e as partes e/ou causa. Situações mais graves – em que o vínculo entre árbitro e parte/causa seja objetivo, intenso – se equiparam aos casos de impedimento do Código de Processo Civil brasileiro, devendo por isso receber o mesmo tratamento que a estes é dado (ver o corpo do texto).

¹⁹⁵ Quando o julgamento arbitral for colegiado, deverá ser apurada a influência do voto do árbitro impedido sobre os demais votos. Aplica-se, *mutatis mutandis*, a seguinte lição de TALAMINI: “...cabe indagar da necessidade de influência do voto do juiz... na formação do resultado. Mas o critério de aferição dessa interferência não pode ser meramente aritmético. Há casos em que, embora não sendo relevante o voto impedido para a composição numérica da maioria, sua participação no julgamento pode ser tal que influencie o posicionamento de seus pares. Para tanto, ele nem precisa ser relator ou revisor do processo. Nos tribunais que adotam a prática de literal transcrição, no acórdão, de todos os debates e manifestações dos magistrados durante os julgamentos colegiados, pode até ser mais fácil averiguar em que medida a participação de determinado julgador influenciou seus pares.” E arremata o autor: “Na impossibilidade de se aferir a exata interferência da participação do impedido na formação do resultado, parece razoável que se admita a ação rescisória [no caso da sentença arbitral, a ação do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307]” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 244).

Posição semelhante é sustentada por FERRAZ JUNIOR, para quem, “...na demonstração da ocorrência de hipótese de impedimento ou suspeição, há de se levar em conta o desempenho do árbitro impugnado em termos, por um lado, do modo como isso poderia afetar o resultado, de outro, como se comportam os demais árbitros em face do impugnado” (FERRAZ JUNIOR, *Sobre o dever de revelar...*, p. 80-81). Vide, ainda: SPACCAPELO, Chiara. *L'imparzialità dell'arbitro*. Milão: Giuffrè, 2009. p. 388-399.

Portanto, sustenta-se, aqui, que a falta de alegação do *impedimento* – e tal alegação pode se dar, a rigor, a qualquer tempo no curso do processo, *i.e.*, não tem de ocorrer necessariamente na forma do art. 20^{196 e 197} – não impedirá o ajuizamento da ação

¹⁹⁶ Além disso, não se aplicam os limites do art. 14, § 2º, da Lei n.º 9.307 quando se tratar de impedimento. Isso significa que a própria parte que indicou o árbitro que sabia estar impedido poderá, a qualquer tempo no processo arbitral, alegar a irregularidade e pedir o *afastamento do julgador* – ainda que o impedimento se ponha “em seu favor” (afinal, a sentença que vier a ser proferida poderá ser inválida, ficando sujeita a impugnação judicial). Mas acolhida a objeção, deverá a parte responder por perdas e danos e demais sanções imputáveis em face de sua conduta, que ora poderá ser meramente culposa, ora de má-fé.

Nem se diga que os limites do art. 14, § 2º, haveriam de ser observados em caso de nomeação de árbitro impedido por força da regra segundo a qual a nulidade não pode ser alegada por quem lhe houver dado causa (regra esta que aparece no art. 243 do Código de Processo Civil). É que tal regra não se aplica em relação aos vícios (endo-processuais) de nulidade absoluta. Como escreve DINAMARCO, em lição que se aplica igualmente aos processos arbitrais: “É claro que, devendo pronunciar as nulidades absolutas *ex officio*, com mais fortes razões há de fazê-lo também quando a parte o requerer – e mesmo que ela própria haja dado causa à nulidade” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, p. 612). E assim é porque as nulidades absolutas ofendem a ordem pública, não apenas possíveis interesses das partes.

No caso da suspeição, vício de nulidade relativa, é diferente. A parte que nomeia o árbitro que sabe ser suspeito *não pode posteriormente pedir o seu afastamento*. Isso não significa, porém, que não possa ela noticiar o fato que gera a suspeição do árbitro ao seu adversário. Ao contrário, realizar essa notícia faz parte do dever de lealdade que as partes devem ter entre si. Inclusive, poderá a notícia evitar a futura anulação da sentença arbitral com fundamento na alegação de suspeição. Mais ainda: se realizada antes do início do processo, a notícia poderá evitar que a parte que nomeou o árbitro seja responsabilizada pelos prejuízos advindos da suspeição (se a notícia da suspeição for feita apenas depois de iniciado o processo, havendo a recusa e afastamento do árbitro, a parte que o houver nomeado poderá ser responsabilizada pelos danos que até então tiverem se concretizado).

Por outro lado, o árbitro tem o dever de revelar às partes todos os fatores que possam comprometer a sua imparcialidade. Trata-se de dever que se põe não apenas antes da aceitação da função de árbitro (conforme o art. 14, § 1º, da Lei 9.307/1996) como também durante todo o curso do processo arbitral. Feita as revelações devidas, as partes poderão aceitar o árbitro ainda que configurada alguma das situações de impedimento ou de suspeição. Mas no caso de impedimento, como se defende no texto, a aceitação do árbitro não impedirá futura ação de anulação pela parte interessada (ou seja, a parte vencida e contra quem o impedimento se punha).

Se o árbitro (com dolo ou culpa grave) deixa para revelar fatos que possam comprometer a sua imparcialidade apenas após a sua nomeação, vindo a ser então rejeitado pelas partes, poderá ser responsabilizado pelos danos que até então houver causado (atos processuais poderão ter sido invalidamente praticados, despesas desnecessárias terão sido realizadas pelas partes, inclusive com a remuneração do árbitro *etc.*).

A responsabilidade pelas perdas e danos será tanto do árbitro quanto da parte que souber dos fatos que podem comprometer a imparcialidade daquele quando ambos deixarem de noticiar para a outra parte o impedimento ou suspeição no momento devido e o julgador vier a pedido desta a ser afastado do caso.

¹⁹⁷ O fato de a alegação de impedimento, por qualquer das partes, poder se dar a qualquer tempo no curso processo e até que proferida a sentença não significa, obviamente, que sempre se deva acolhê-la. O julgador deverá rejeitá-la quando infundada. Se fundada, deverá em princípio acolhê-la, sob pena de o julgamento que proferir vir a ser judicialmente anulado.

do art. 33 da Lei de Arbitragem pela parte sucumbente, exceto se o fato causador do impedimento for daqueles que apenas a ela poderia aproveitar (quando então lhe faltará interesse de agir).

Se as partes concordaram em indicar árbitro impedido, ou se qualquer delas deixou de alegar (voluntariamente ou não) no curso da arbitragem o impedimento, ainda assim restará aberto o caminho para o pleito de anulação fundado no art. 32, incisos II e VIII, da Lei n.º 9.307 – por quem detiver legítimo interesse jurídico para formulá-lo. *Data maxima venia* daqueles que entendem diferentemente, a suposta *confiança* das partes no árbitro ou a simples ausência (seja por que motivo for) da “exceção” a que se refere o art. 20 não tem o condão de legitimar decisão com elevada probabilidade de estar contaminada por parcialidade do julgador, *ex vi* dos arts. 14, *caput*, e 21, § 2º.

Mas note-se que, eventualmente, será possível responsabilizar civilmente os árbitros e/ou a parte vencida ou a vencedora (conforme o caso) se a sentença vier a ser anulada pelo Poder Judiciário por conta da situação de impedimento.

(a) Provado que a parte vencida tinha condições de alegar o impedimento antes de proferida a sentença arbitral, poderá vir ela a ser responsabilizada civilmente pelos danos decorrentes da anulação e dos atos processuais que poderiam ter sido evitados se o vício tivesse sido oportunamente alegado. Ou seja, a parte vencida terá o direito de obter a anulação da sentença arbitral, mas, em contrapartida, poderá ser responsabilizada civilmente por ter deixado de alegar o impedimento que conhecia.

Trata-se de situação de que ora se cogita para fins acadêmicos, pois é improvável, na prática, que a parte vencedora (“em favor” de quem a “parcialidade” se punha) também não soubesse do impedimento do árbitro e, assim, tivesse a oportunidade de rejeitá-lo – caso em que se aplicará o disposto no item (d), abaixo.

Mais plausível seria a situação de o sujeito “em favor” de quem o impedimento se põe formular objeção para afastar o árbitro, nomeado pelo seu adversário, a fim de evitar que venha a ser proferida sentença nula. Se o autor da nomeação não aceita substituir o árbitro e a objeção é por este rejeitada, aquele (a

O árbitro apenas poderá rejeitar a “exceção” (*rectius*, objeção) fundada se, já no momento em que deduzida, vir-se em condições de julgar o feito favoravelmente ao contendente contra quem o impedimento se põe. Tal solução, compatível com os princípios da instrumentalidade e da “ausência de nulidade sem prejuízo”.

parte que nomeou o árbitro) poderá impugnar a sentença se tiver interesse jurídico, alegando a sua nulidade com fundamento na alegação de impedimento. Mas, em contrapartida, poderá ser responsabilizado (juntamente com o árbitro – vide o item “c”, abaixo) pelos prejuízos gerados contra a parte vencedora em decorrência da anulação.

(b) Anulada a sentença arbitral por conta do impedimento do árbitro, a parte vencida (autora da ação de anulação) poderá pleitear a responsabilização da parte vencedora se demonstrar que esta conhecia o vício e que poderia tê-lo alegado no curso da arbitragem – de modo a evitar a nulidade e os prejuízos que vieram a se consumir.

Se vier a ser proferida em favor do sujeito que nomeou o árbitro, a sentença será, só por isso, nula. Ademais, a parte vencida poderá, com a anulação, pedir a responsabilização de seu adversário na arbitragem por danos emergentes e lucros cessantes – a não ser, como se expõe no item (d), que tenha tomado conhecimento do impedimento no curso da arbitragem e a ele não se oposto.

(c) O árbitro também poderá ser responsabilizado se ficar demonstrado que, dolosamente ou com culpa grave, deixou de revelar seu impedimento no momento devido.

Eventualmente a responsabilidade será do árbitro e uma das partes, conjuntamente. Por exemplo, a parte vencida poderá, com a anulação da sentença arbitral, ajuizar ação de responsabilização contra o árbitro e a parte vencedora, demonstrando que ambos, cientes do impedimento, deixaram de noticiá-lo na arbitragem, ensejando a nulidade decretada pelo Poder Judiciário.

O árbitro poderá ser responsabilizado, ainda, se a alegação de impedimento formulada pela parte no curso da arbitragem vier a ser rejeitada. Caso a sentença venha a ser anulada por conta do impedimento e se demonstrado que o árbitro agiu com culpa grave ou dolosamente ao rejeitar a objeção, poderá este vir a ser responsabilizado pelos danos concretamente verificados.

Como se expôs na nota 196, mesmo a parte que houver nomeado o árbitro impedido poderá formular a objeção, a fim de evitar a prolação de sentença com chances de vir a ser decretada nula pelo Judiciário. Isso, porém, não a isentará de ser (juntamente com o árbitro) responsabilizada pela parte contrária (até então desconhecadora do vício) pelos prejuízos verificados até o momento da objeção. Já

os prejuízos verificados após o momento da rejeição da objeção serão de responsabilidade exclusiva do árbitro. Isso tudo, claro, se a sentença proferida vier a ser anulada justamente por conta do impedimento.

A parte que tiver obtido a anulação da sentença apenas não poderá pretender responsabilizar seu adversário e/ou o árbitro nessas circunstâncias se *não* houver, no curso da arbitragem, manifestado discordância com a atuação do julgador depois de tomar conhecimento de seu impedimento.

(d) Com efeito, nenhuma das partes poderá ser responsabilizada se entre elas tiver havido consenso (expresso ou tácito) acerca da nomeação do árbitro impedido – ou seja, se ambas as partes sabiam do impedimento mas aceitaram a nomeação, assumindo o risco de receberem uma sentença nula. Ou seja, a anulação da sentença ainda será possível, entretanto nenhuma das partes poderá ser responsabilizada por conta disso.

O fato de ambas as partes nomearem árbitro que sabem estar impedido não obsta que qualquer delas peça o seu afastamento no curso da arbitragem, como se expôs na nota 196. O acolhimento da objeção não dará margem a qualquer responsabilização – pois ambas as partes terão concordado com a nomeação e, portanto, assumido o risco de afastamento do árbitro (provocado ou de ofício).

Já a rejeição da objeção por qualquer das partes formulada sujeitará o árbitro a responsabilização em caso de anulação da sentença com fundamento no impedimento. O árbitro impedido, sempre que impugnado por alguma das partes, deve se afastar do caso. Se deixa de se afastar e, ao final, profere sentença nula, o árbitro pode (se demonstrado seu dolo ou culpa grave) ser responsabilizado – pelos prejuízos gerados a partir da rejeição da objeção (pois antes disso, na situação ora imaginada, o árbitro impedido terá atuado com o consentimento das partes).

Rigorosamente, a responsabilização civil do árbitro e/ou da parte vencida ou vencedora (conforme o caso) também será possível se a sentença vier a ser anulada por ter sido proferida em situação de *suspeição*. A parte que pede a responsabilização terá de demonstrar que a suspeição não era por ela conhecida, mas sim pelo seu adversário e/ou árbitro; ou que a exceção que oportunamente formulou na arbitragem (art. 20) foi por este rejeitada, identificando nessa conduta culpa grave ou dolo.

A diferença que se põe entre as situações de suspeição e as de impedimento reside no fato de que este pode ser alegado para impugnar a sentença arbitral mesmo que a parte juridicamente interessada na anulação soubesse do vício quando ainda pendente a arbitragem mas não o tenha nela alegado; já aquela, se não oportunamente alegada na arbitragem, fica, para quem poderia tê-la arguido, preclusa – não podendo, por conseguinte, servir de causa para a anulação da sentença arbitral (vide o item 5.1.1, acima).

Em qualquer caso, porém, seja de impedimento ou de suspeição, os parâmetros a serem observados para a responsabilização civil da parte e/ou árbitro serão os mesmos. A responsabilização deverá ser pleiteada em ação própria ou, preenchidos os respectivos pressupostos, em reconvenção (vide os itens 7.1.11 e 7.2.8), mediante a demonstração dos fatos que denotem:

- (i) que a sentença arbitral foi anulada pelo Poder Judiciário justamente por conta do reconhecimento do impedimento ou suspeição do árbitro;
- (ii) que o demandante (quem pede a responsabilização):
 - (ii.1) não conhecia o fato gerador do impedimento ou suspeição, mas os demandados sim – tendo eles deixado de noticiá-lo na arbitragem (itens “a”, “b” e “c”, acima); *ou*
 - (ii.2) que a objeção de impedimento ou exceção de suspeição, apesar de devidamente formulada no curso da arbitragem, foi rejeitada pelo árbitro com dolo ou culpa grave (itens “a”, parte final, “c”, parte final, e “d”, acima); e
- (iii) necessariamente, os prejuízos concretamente verificados (no curso da arbitragem e/ou após a anulação da sentença pelo Poder Judiciário) em decorrência do vício verificado – danos emergentes e lucros cessantes.

5.1.1.2.1 – A confiança das partes nos árbitros não prevalece sobre o devido processo legal

Deixe-se claro que não se pretende, com as considerações acima, negar a importância da relação de confiança entre as partes e os árbitros. Não é isso. Se não confiarem no árbitro, ainda que independente e desimpedido, não devem nomeá-lo. Fundamental que acreditem na lisura e competência daqueles que julgarão seu conflito.

O que se está a sustentar é apenas que as partes não podem ficar de mãos atadas diante de sentença dada por sujeito parcial, alguém que a própria Lei proíbe de atuar como árbitro – *especialmente nos casos de impedimento, em que o vínculo do julgador*

com uma das partes e/ou com a causa é muito estreito, direto e seriamente capaz de comprometer a imparcialidade no julgamento (presunção absoluta de parcialidade).

O simples fato de as partes poderem escolher os árbitros em que confiam – diversamente do que se passa no âmbito do Judiciário – não permite dar aos casos de impedimento, na arbitragem, o mesmo tratamento conferido aos casos de suspeição. Ora, a impossibilidade de as partes escolherem em processo judicial os seus julgadores não retira necessariamente a sua confiança neles. Na realidade, pelas garantias e proteções que o sistema confere aos juízes togados, não existe (ou não deveria haver) razão para os jurisdicionados neles não confiarem. Seja como for, mesmo que as partes declarem expressamente em um processo judicial (envolvendo direito patrimonial disponível, por exemplo) sua confiança no juiz de sua causa, eventual impedimento do mesmo continuará podendo motivar a anulação da sentença que vier a ser proferida – a pedido do sujeito juridicamente interessado. Por que na arbitragem haveria de ser diferente?

Não se pode confundir o poder de escolher o julgador com o sentimento de confiança que as partes nele depositam: é verdade que escolher um árbitro no qual não se confia não faz o menor sentido. Pois também não faz sentido entender que o juiz, apenas por não poder ser escolhido pelas partes, não seja confiável. A rigor, a possibilidade de escolher o próprio julgador (ou definir um procedimento para a escolha do próprio julgador) nada mais é do que uma decorrência direta, natural e cogente da origem consensual da arbitragem. Mas, como já se expôs no item 1.1, ao lado da autonomia da vontade que fundamenta e permeia o processo arbitral há, ainda, outro fator sem qual a arbitragem não se legitimaria constitucionalmente no Brasil, qual seja: o respeito ao devido processo legal e seus corolários, entre os quais a observância ao princípio da imparcialidade (expressamente consagrado na Lei n.º 9.307).

A condição de terceiro em relação ao conflito a ser decidido é imposta pela Lei n.º 9.307 para a função de árbitro – são diversos os dispositivos da Lei que colocam partes e árbitros como sujeitos necessariamente diversos (por exemplo, arts. 3º, 10, incisos I e II, 13). Essa imposição se destina a assegurar, tanto quanto for possível, que se tenha, na arbitragem, um julgamento imparcial, isento de interesses escusos e que seja apto a vincular legitimamente as partes ao seu resultado. A imparcialidade é, desse modo, uma qualidade fundamental do árbitro. Se é assim, qualquer fato que possa objetiva e seriamente comprometê-la servirá de motivo para a anulação judicial da sentença arbitral a pedido de quem detiver o competente interesse jurídico, não podendo ser definitivamente

afastado por mero acordo de vontades dos contendentes ou de seu sentimento de confiança (que não passa de mera esperança, expectativa, ato de carga subjetiva) no árbitro, *ex vi* do art. 21, § 2º, da Lei n.º 9.307/1996.

O risco que podem as partes assumir, quando nomeiam árbitro que sabem estar impedido, é, enfim, o de que aquela que sucumbir (se dotada de interesse jurídico) venha a pleitear a anulação da sentença futuramente, não o de que tenham de se sujeitar a julgamento com forte probabilidade de estar contaminado pela parcialidade. *O devido processo legal (que, para realizar-se plenamente, depende necessariamente da condição de terceiro imparcial de quem julga) não pode ser renunciado ou disposto pelas partes – pois, reiterar-se, ao lado do caráter facultativo da arbitragem, é o que garante a sua legitimidade e constitucionalidade como meio alternativo de solução de conflitos.*

De mais a mais, se realmente existe confiança das partes nos árbitros, não haverá desconfiança quanto à imparcialidade no julgamento por aquela que sucumbir – e, assim, não deverá haver pleito de anulação. A eventual propositura de demanda anulatória consistirá na revelação de que, na verdade, confiança alguma havia anteriormente – e, embora possa ser vista como uma “quebra de acordo”, essa postura não poderá ser evitada em razão da prevalência do princípio da imparcialidade sobre o princípio do *pacta sunt servanda* (havendo, porém, a possibilidade de responsabilização civil daquele que requer a anulação, nas condições expostas no item 5.1.1.2, acima).

5.1.1.2.2 – Os casos de impedimento dos incisos I e III do art. 134 do Código de Processo Civil

Merecem tratamento em separado, pelas particularidades que envolvem, os casos de impedimento em que o que se verifica é um vínculo objetivo do árbitro *com a causa a ele submetida, não com alguma das partes do processo*. É o que se passa, v.g., nas hipóteses dos incisos I e III do art. 134 do Código de Processo Civil.

A situação de impedimento do inciso III do art. 134 não pode ser completamente descartada em processo arbitral. É perfeitamente possível as partes pactuem alguma modalidade de revisão interna da sentença arbitral cujo julgamento caiba a árbitro(s) distinto(s) daquele(s) que a houver(em) prolatado. Se essa regra procedimental não for observada, caberá, em tese, o pleito de anulação com base nos incisos II, VIII e

também IV do art. 32 (segundo sua interpretação razoavelmente “aberta”, tal como exposto no item 4.1.2.1.2, acima).

Difícilmente será possível aplicar os princípios da instrumentalidade das formas e do descabimento da anulação por ausência de prejuízo nessa hipótese. Ainda que o recurso interno interposto seja provido, persistirá o legítimo interesse da parte recorrida em alegar a nulidade da decisão proferida com fundamento no inciso IV do art. 32: o procedimento convencionado não terá sido observado; e a irregularidade procedimental havida repercutirá diretamente sobre o resultado do processo – que poderia ter sido diverso se o prolator da decisão recorrida não tivesse julgado o (ou participado do julgamento do) recurso. Aqueles princípios apenas serão aplicáveis se o julgamento do recurso houver sido colegiado e, além disso, a participação do árbitro impedido comprovadamente não tiver sido determinante ou relevante para a formação do convencimento obtido (conforme exposto na nota 195, acima).

A situação de impedimento do inciso I do art. 134, por sua vez, não gera a mera nulidade da sentença arbitral, mas a sua *inexistência jurídica* (art. 32, incisos II e VIII). Como já se expôs anteriormente neste trabalho, a condição de terceiro de quem julga é essencial na arbitragem. Nem sequer se pode pensar em processo arbitral (como também não se pode pensar em processo jurisdicional) sem que a atividade de julgar tenha sido atribuída a um terceiro em relação ao conflito. Nenhuma das partes pode receber validamente o poder de julgar seu próprio conflito em arbitragem. A nomeação de parte para atuar como pretense “árbitro” é absolutamente inválida. A solução que a parte vier a dar ao seu próprio conflito não passará de uma simples opinião, sugestão, que não terá o caráter vinculante e que, se acatada, terá o efeito de mera disposição/transação/acordo (sujeito a amplo controle do Poder Judiciário).

O impedimento do inciso I do art. 134 (mesmo que tenha sido alegado no curso da arbitragem) apenas não afetará a existência da sentença arbitral se houver a nomeação de mais de um árbitro e ficar claramente demonstrado que a participação de uma das partes no julgamento não teve o condão de afetar o resultado do processo. Trata-se de relevar o vício havido (por mais grave que ele seja) em vista do resultado obtido, segundo o princípio da instrumentalidade das formas. Basta pensar no caso (inusitado!) de os três ou cinco árbitros (incluindo o impedido, parte do processo) julgarem a causa em favor da outra parte, dando-lhe tudo o que houver pleiteado. Nessa hipótese, o vício na nomeação

não se transferirá para a sentença, porquanto irrelevante para a formação do convencimento nela consubstanciado (ver nota 195, acima).

Se o vício não puder ser superado, a declaração da inexistência jurídica da sentença poderá ser pleiteada por qualquer das partes. Mesmo a parte vitoriosa ou a que tiver atuado como “árbitro” poderá ter interesse jurídico: o vitorioso, sabendo não haver como extrair do ato os efeitos jurídicos de uma verdadeira sentença, pode precisar da declaração (nem que seja apenas incidentalmente) da inexistência a fim de viabilizar a propositura ou o prosseguimento de demanda judicial com o mesmo objeto da arbitragem, por exemplo; a parte que houver atuado como “árbitro”, não podendo se valer da sentença nem tê-la imposta contra si, também pode precisar da declaração de inexistência.

5.1.1.3 – As demais matérias do art. 20 da Lei n.º 9.307

Para as demais questões aventadas no art. 20 da Lei n.º 9.307/1996 (incompetência dos árbitros e invalidade, inexistência ou ineficácia da convenção de arbitragem) a regra é considerada, por alguns autores, como meramente ordinatória¹⁹⁸. Afirmar-se que se trata de irregularidades mais graves – e que, portanto, ainda que não arguidas na arbitragem, poderiam dar azo ao ulterior emprego de medida judicial de ataque à sentença.

Em outra ocasião, já concordamos com essa conclusão¹⁹⁹. Neste trabalho, ressalva-se, entretanto, que alguns daqueles “demais defeitos” a que se refere o art. 20 da Lei n.º 9.307 podem perfeitamente, em determinados casos, ser sanados, supridos ou, então, tornar-se totalmente irrelevantes em face do desenvolvimento ou resultado final do processo arbitral. Ou seja, existem casos em que o defeito na convenção e a incompetência dos árbitros podem ficar superados no curso da arbitragem.

Se duas pessoas acordarem em submeter a juízo ou tribunal arbitral controvérsia envolvendo direitos indisponíveis, em desrespeito ao disposto no art. 1º da Lei n.º 9.307/1996, o processo que se instaurar apresentará irregularidade insanável, pois terá excedido os limites objetivos dentro dos quais a arbitragem é admitida; o compromisso firmado será absolutamente nulo, pois terá versado sobre matéria para a qual os árbitros jamais terão “competência” (ou poder ou “jurisdição”, como se quiser). Por conseguinte,

¹⁹⁸ Por exemplo: CARMONA, op. cit., p. 285.

¹⁹⁹ WLADECK, Os meios de controle judicial da sentença arbitral nacional..., p. 254.

mesmo que em nenhum momento do procedimento arbitral se tenha alegado o mencionado defeito, a sentença que vier a ser proferida, porquanto *juridicamente inexistente*²⁰⁰, poderá ser assim reconhecida a qualquer tempo perante o Poder Judiciário. Tem-se nesse exemplo um caso de nulidade absoluta da convenção e de “incompetência” absoluta dos árbitros (decorrente da vedação legal a que se submeta a arbitragem conflito versando sobre direitos indisponíveis). Um caso, enfim, em que a falta de objeção na forma do art. 20 da Lei n.º 9.307 não impede que, futuramente, venha-se a alegar os vícios perante o Poder Judiciário.

Imagine-se, agora, caso em que as partes tenham firmado compromisso definindo que os árbitros decidirão sobre os pedidos “A” e “B”. Em princípio, os árbitros serão “competentes” (ou terão poder ou, para quem preferir, “jurisdição”) para decidir apenas esses pedidos. Eventual decisão sobre um pedido “C” será indevida (como se expôs no item 4.4.2, a sentença, nesse ponto, será juridicamente inexistente). Mas imagine-se que uma das partes traz ao processo arbitral, em seu curso, discussão sobre o pedido “C” e que a parte contrária e também os árbitros não se opõem a isso. Em vez disso, as partes discutem amplamente sobre tal novo pedido e os árbitros o decidem – a concordância (tácita ou expressa) destes últimos (eventualmente com o ajuste de sua remuneração) é fundamental, porque, afinal de contas, possuem um contrato com as partes, não sendo obrigados a aceitar decidir causa diversa ou mais ampla do que aquela para as quais foram inicialmente contratados. Nesse caso, terá havido uma ampliação dos limites da convenção arbitral no curso do processo. A falta da oportuna alegação da “incompetência” dos árbitros (ou de inexistência de convenção arbitral em relação ao pedido “C”) impedirá que a parte sucumbente manifeste a discordância com a ampliação dos limites objetivos do processo arbitral futuramente, em processo judicial de impugnação da sentença arbitral (vide, ainda, o item 4.4.2 e a nota 145).

Outro exemplo que pode ser dado nessa mesma linha é o do caso de arbitragem que se desenvolve normalmente, sem a oposição das partes, apesar de fundada em compromisso particular extrajudicial não assinado por duas testemunhas, na forma do art. 9º, § 2º, da Lei n.º 9.307. Conforme exposto no item 4.4.2, o normal desenvolvimento da arbitragem, na hipótese, atesta a vontade das partes em realizá-la – o que torna o

²⁰⁰ Ver o item 4.4.2, acima. Ainda nesse sentido, reputando juridicamente inexistente a sentença arbitral nas situações em que a convenção seja absolutamente nula, os seguintes autores, entre outros: VALENÇA FILHO, op. cit., p. 106-109; TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 331; ARMELIN, *A ação declaratória...*, p. 108-119.

descumprimento à formalidade prevista naquele dispositivo legal absolutamente irrelevante.

Em suma, os vícios de incompetência dos árbitros e de invalidade, inexistência ou ineficácia da convenção de arbitragem podem ser alegados em impugnação judicial da sentença (na medida em que a contaminem) mesmo se não previamente arguidos pelo sujeito interessado no curso do processo arbitral – *mas, como é evidente, desde que o vício não tenha sido de alguma forma superado durante a arbitragem*.

5.1.2 – Resultado da apreciação da exceção ou objeção pelos árbitros

A Lei n.º 9.307/1996 não prevê o cabimento de qualquer recurso em face da decisão (seja de rejeição ou de acolhimento) da exceção ou objeção (conforme o caso) que verse sobre as matérias do art. 20. A despeito disso, nada impede que a convenção de arbitragem consigne meio de reexame interno do provimento dos árbitros.

Em caso de acolhimento da exceção ou objeção ou, ainda, de conhecimento do vício de ofício pelos árbitros, quando isso é possível, aplica-se o § 1º do art. 20 da Lei n.º 9.307. A regra merece ser elucidada, pois sua redação não é muito clara.

Sendo reconhecida a suspeição ou o impedimento, impõe-se a substituição do julgador suspeito ou impedido (nos termos do art. 16) e o prosseguimento da arbitragem. O feito não deverá ser levado adiante (mas sim extinto) apenas se as partes houverem declarado expressamente na convenção que não aceitariam substitutos para os árbitros nomeados ou se acordarem, também expressamente, em não dar seguimento ao procedimento arbitral (afinal, os contendentes sempre podem distratar a arbitragem).

Por outro lado, em caso de reconhecimento de “incompetência” ou de falha (não convalidável/suprível ou, se convalidável/suprível, que não tenha sido nem possa mais ser devidamente convalidada/suprida) na convenção, impõe-se, segundo o que está previsto no § 1º do art. 20, a extinção do processo arbitral sem o julgamento do mérito, facultando-se ao litigante interessado a propositura da demanda cabível perante o Poder Judiciário.

Note-se, porém, que, no caso de “incompetência” ou falha na convenção *apenas “parcial”*, o processo arbitral não deve ser necessariamente extinto. Deve ele, tanto quanto possível, prosseguir na parte em que estiver fundado em convenção regular ou em relação ao objeto para o qual os árbitros tiverem “competência”. Por exemplo, constatado

que o compromisso não abrange determinada matéria trazida por uma das partes ao processo (ou seja, que não existe compromisso em relação a essa matéria nem, por conseguinte, poderes dos árbitros para julgá-la) e não havendo consenso em ampliar os limites objetivos da arbitragem, deve-se simplesmente excluí-la do feito – que terá normal prosseguimento quanto ao restante das matérias.

Finalmente, impende destacar que a rejeição, pelos árbitros, da arguição oportunamente realizada (qualquer que tenha sido o vício suscitado) não impede que, *proferida a sentença*, a parte interessada venha a impugná-la judicialmente. É o que se pode extrair do § 2º do art. 20 da Lei n.º 9.307/1996. Nem poderia ser diferente, uma vez que cabe ao Judiciário dar a última palavra sobre a regularidade da arbitragem.

5.2 – (IM)POSSIBILIDADE DE PRECLUSÃO EM RELAÇÃO A OUTROS DEFEITOS PROCESSUAIS, ALÉM DAQUELES REFERIDOS NO ART. 20

É importante observar que há, ainda, outras matérias, além daquelas do *caput* do art. 20, que, embora previstas no art. 32, não poderão ser alegadas em juízo se não prévia e oportunamente impugnadas no curso do processo arbitral – por motivo de preclusão e/ou por conta dos princípios da boa-fé e da vedação ao *venire contra factum proprium*.

Um exemplo se tem no caso em o que árbitro nomeado, ao contrário do inicialmente revelado, não reúne determinada(s) característica(s) pretendida(s) pelas partes e relevante(s) para a arbitragem ou, então, no caso do árbitro que deixa de reuni-la(s) no curso da arbitragem – situação que, como se expôs no item 4.1.2.1.2, enquadra-se no inciso II do art. 32. Discordando da nomeação, a parte interessada deverá manifestar a recusa do árbitro na primeira oportunidade que tiver após tomar conhecimento da circunstância, sob pena de o vício restar sanado²⁰¹.

²⁰¹ CARMONA faz referência a exemplo semelhante: “Outra hipótese de nulidade que se enquadra no inciso II comentado diz respeito à nomeação de árbitro de modo diferente daquele estipulado pelas partes na convenção de arbitragem. Se na cláusula ou no compromisso as partes tiverem estipulado que o árbitro, a ser indicado por um órgão arbitral institucional ou por terceiro previamente determinado, deve obrigatoriamente preencher certas características (conhecer perfeitamente o idioma holandês e ter experiência mínima de dez anos no mercado financeiro, por exemplo) e isto não for respeitado no ato de nomeação, poderá o interessado manejar a ação de que trata o art. 33 da Lei, desde que a matéria tenha sido oportunamente aduzida (art. 20)” (CARMONA, op. cit., p. 402).

Aplica-se, na hipótese, o disposto no § 2º do art. 14, no sentido de que a parte que tiver nomeado diretamente o árbitro apenas poderá recusá-lo por motivo ocorrido após a nomeação ou quando o motivo para a recusa for conhecido somente depois de havida a nomeação. Em caso de acolhimento da impugnação à nomeação, o procedimento a ser observado será, por analogia, o mesmo que se aplica nos casos de acolhimento da arguição de suspeição ou impedimento, ao qual se fez referência no item precedente (§ 1º, primeira parte, do art. 20).

Mas note-se: nada impede que as partes, de comum acordo, destituam o árbitro que nomearam. Assim como as partes podem dispor da escolha da arbitragem, podem dispor, de comum acordo, que não querem mais o árbitro que haviam nomeado, revogando os seus poderes. E eventual destituição do árbitro não ficará condicionada a anterior alegação, na arbitragem, de sua suposta desconformidade com as qualidades mínimas dele exigidas pelas partes. Na verdade, as partes nem sequer precisarão justificar a destituição, bastando que estejam de acordo com a sua realização – o que não significa, evidentemente, que o árbitro não possa ter direitos a serem reparados em caso de seu afastamento (por exemplo: remuneração por trabalhos prestados, reembolso de despesas que tenha realizado para prestar seus serviços *etc.*).

Outros exemplos de situações de preclusão foram dadas mais acima neste trabalho. Nos itens 3.3.5 e 3.4.3, *v.g.*, fez-se menção a casos em que a falta de alegação de determinados defeitos em “embargos de declaração” ou recurso interno que a parte tenha optado por apresentar na arbitragem implica a sua superação/saneamento. Na linha do se expôs no item 4.4.2, (b), a parte que deixa de se opor a nomeação unilateralmente realizada pelo seu adversário, quando deveria esta ter sido feita por ato conjunto das partes, fica impedida de levantar o defeito posteriormente – inclusive perante o Judiciário. O vício na nomeação fica convalidado.

Existem, por outro lado, defeitos processuais, além daqueles previstos no art. 20 da Lei n.º 9.307/1996, sobre os quais não pode haver preclusão. Trata-se de defeitos que – tal como o impedimento, nulidade absoluta da convenção... – não podem ficar superados pela simples ausência de sua alegação no curso do processo arbitral. Por exemplo:

- (i) A nomeação de sujeito destituído de capacidade jurídica para exercer a função de árbitro consiste em vício não passível de ficar sanado pela simples falta de sua arguição na arbitragem. Inclusive, como se expôs no item

4.4.2, nesse caso, a sentença que vier a ser proferida pelo pretense “árbitro” será juridicamente inexistente, pois proferida por quem está absolutamente impedido de atuar como árbitro – não havendo como as partes afastarem esse impedimento legal.

(ii) A parte que toma conhecimento de que o árbitro nomeado tem um “acerto” com a outra parte para julgar a causa em seu favor, não arguindo o vício no curso da arbitragem, não fica impedida de alegá-lo futuramente, ao impugnar a sentença arbitral. Trata-se de nulidade (endo-processual) absoluta. Com efeito, o defeito em questão afeta direta e absolutamente aspecto essencial para a conformação da arbitragem aos parâmetros constitucionais do devido processo legal: a independência e imparcialidade do árbitro.

6 – COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO E MEDIDAS JUDICIAIS DE CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL

Não se verifica no Código de Processo Civil regra específica sobre competência para processar as medidas de controle judicial da sentença arbitral nacional. A Lei de Arbitragem, por sua vez, tratou apenas genericamente da matéria. Tudo o que a Lei diz é que a “parte interessada” pode pleitear “...ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral” (*caput* do art. 33) e que a demanda “...para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil” (§ 1º do art. 33).

Mas qual é, afinal, o foro perante o qual deve tramitar a medida de controle da sentença arbitral nacional? A resposta a essa pergunta pode e deve ser buscada nas regras da Lei de Arbitragem que versam sobre a competência para processar “medidas judiciais de apoio” ao processo arbitral e nas regras do Código de Processo Civil sobre competência para a execução da sentença arbitral. É o que se expõe nos itens seguintes.

6.1 – MODO DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL

Antes de mais nada, cumpre, ainda que brevemente, tratar sobre o modo de execução da sentença arbitral condenatória. A disciplina da execução varia conforme a natureza da obrigação objeto da condenação. E a compreensão das possíveis disciplinas aplicáveis é fundamental para a definição da sede adequada e foro competente para o processamento das medidas voltadas a efetivar a sentença arbitral e daquelas que se destinem ao seu controle.

6.1.1 – Execução de sentenças arbitrais condenatórias ao pagamento de quantia

Em 23.06.2006 entrou em vigor a Lei n.º 11.232, que alterou o Código de Processo Civil para, entre outras providências, estabelecer que as sentenças condenatórias ao pagamento de quantia serão *executadas*, via de regra, internamente ao mesmo processo em que proferidas.

Identificam-se, desde então, os seguintes grandes grupos de hipóteses de execução de título executivo judicial para *pagamento de quantia*:

(a) Manteve-se praticamente intacto o regramento atinente a execuções de sentenças – judiciais ou arbitrais – *condenatórias da Fazenda Pública*. Essas execuções continuam se realizando em processo autônomo, na forma dos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil. Diz-se “praticamente intacto”, pois ocorreram breves alterações no rol das matérias que o Poder Público pode arguir pela via dos embargos do executado – confira-se a nova redação do art. 741.

(b) As sentenças judiciais condenatórias ao pagamento de quantia certa contrárias a particulares, por sua vez, passam a ser executadas no bojo do mesmo processo em que proferidas – ou seja, deixa de haver processo executivo autônomo nesses casos. A respectiva fase “de cumprimento” vem disciplinada nos arts. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil.

(c) Por fim, as execuções das sentenças mencionadas nos incisos II (sentença penal condenatória transitada em julgado), IV (sentença arbitral condenatória, desde que *contrária a particular*) e VI (sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça) do art. 475-N do Código de Processo Civil continuam ocorrendo por meio de processo autônomo – e não poderia ser diferente, uma vez que nesses casos não existe anterior processo civil estatal no qual se possa dar início a uma simples fase “de cumprimento”²⁰². Mas a

²⁰² Ainda que o tema da liquidação não seja objeto do presente estudo, faz-se oportuna a seguinte observação.

O parágrafo único do art. 475-N 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*” (sem grifo no original). A expressão “conforme o caso” é de suma importância para a interpretação do dispositivo. Pois não é em toda e qualquer situação que o mandado inicial deverá conter ordem de citação para liquidação.

No caso da *sentença arbitral*, que é o que aqui interessa, a citação deverá se dar apenas para execução, uma vez que, em princípio, a liquidação deverá ter lugar na própria instância arbitral, não perante o Poder Judiciário. Com efeito, a decisão de liquidação veicula verdadeira resolução de mérito, consistente na definição da extensão ou do valor de obrigação reputada existente pela sentença condenatória. Nesse passo, terá de ser proferida no âmbito da arbitragem, a via eleita pelas partes para a composição definitiva e integral da controvérsia.

É possível, porém, que as partes pactuem expressamente que aos árbitros caberá tão-somente decidir sobre a existência de uma determinada obrigação genérica, confiando ao Judiciário sua liquidação – hipótese, em que o mandado inicial deverá conter, também, a ordem de citação para liquidação. Em sentido semelhante: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Sentença arbitral e juízo de execuções. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, set. 2006. p. 41-45.

condução desse processo autônomo realiza-se segundo os mesmos preceitos que regem a fase de cumprimento das sentenças judiciais condenatórias ao pagamento de quantia – o que se extrai do *caput* do art. 475-I c/c o inciso IV do art. 475-N²⁰³.

Em se tratando de execução de sentença arbitral condenatória ao pagamento de quantia contrária *a particular*, poderão os árbitros ainda, sem prejuízo do desenvolvimento da atividade executiva estatal na forma dos arts. 475-I e seguintes e desde que expressamente autorizados pelas partes através da convenção de arbitragem, praticar atos de execução indireta, tendentes a forçar o cumprimento voluntário da obrigação pelo condenado (em caso de condenação da Fazenda Pública, na medida em que se aplica o regime de precatórios, não se pode cogitar dessa mesma solução).

Essas medidas de execução indireta (que deverão estar especificadas na convenção) apenas não poderão inviabilizar ou dificultar o adequado desenvolvimento da execução judicial da sentença arbitral, confundir-se com (ou seja, repetir) os atos e competência do Judiciário nem pôr em jogo direitos indisponíveis das partes ou de terceiros. Assim, não parece razoável, por exemplo, prever a aplicabilidade de multa em caso de não cumprimento espontâneo da obrigação em determinado prazo, sob pena de *bis in idem*. Afinal, o art. 475-J já prevê mecanismo como esse.

Ainda a respeito dessa questão, confira-se o exposto no item seguinte. Nele se explica a ressalva do parágrafo anterior e se indica que a prática de autorizar aos árbitros

Diversamente, defendendo (sem ressalvas) que a liquidação deve ser judicial: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. São Paulo: Forense, 2006. p. 152; NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 657; FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral. Apontamentos sobre os reflexos da lei n.º 11.232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, set. 2006. p. 85.

O tema da liquidação das sentenças arbitrais é detalhadamente tratado em artigos que escrevemos em conjunto com TALAMINI: TALAMINI, Eduardo; WLADECK, Felipe Sripes. Liquidação da sentença arbitral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7. p. 143-157; e TALAMINI, Eduardo; WLADECK, Felipe Sripes. Sentença arbitral e liquidez. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159-175.

²⁰³ São diversas as questões interessantes que decorrem da aplicabilidade, ao processo de execução da sentença arbitral, das regras do cumprimento de sentença. Uma delas diz respeito à possibilidade de se aplicar a multa do art. 475-J, em caso de não cumprimento da sentença arbitral no prazo de quinze dias.

Como se vê mais adiante, a doutrina vem entendendo que a multa se aplica na hipótese, havendo divergência, porém, quanto ao termo *a quo* do prazo de quinze dias.

a realização de atos de execução (indireta) adicionais aos disponíveis ao Poder Judiciário já vem sendo inclusive adotada por algumas instituições arbitrais nacionais.

6.1.2 – Execução de sentenças condenatórias em obrigação de fazer ou não fazer ou em obrigação de entregar coisa

Como se sabe, as sentenças judiciais condenatórias que tenham por objeto obrigações de fazer ou não fazer e obrigações de entrega de coisa não são efetivadas na forma do Livro II do Código de Processo Civil, por processo autônomo, mas por meio de medidas coercitivas e/ou sub-rogatórias impostas no mesmo processo em que realizado o julgamento e destinadas a possibilitar a consecução da “tutela específica” perseguida ou então de “resultado prático equivalente” (na forma dos arts. 461 e 461-A).

Cabe indagar se também as sentenças *arbitrais* condenatórias em obrigação de entrega de coisa ou de fazer ou não fazer devem ser executadas no mesmo processo em que proferidas – considerando que se trata, igualmente, de títulos “judiciais” (segundo o art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil) e, além disso, que os arts. 475-I e 644 estabelecem genericamente que as “sentenças” relativas a obrigações daquela natureza devem ser realizadas praticamente na forma dos arts. 461 e 461-A.

Em que pesem os termos desses artigos do Código, relativamente a sentenças arbitrais, o disposto nos arts. 461 e 461-A deve ser observado apenas e tão-somente se as partes assim houverem *expressamente pactuado*²⁰⁴. Com efeito, a aplicabilidade daqueles preceitos limita-se aos casos em que se tenha convencionado a adoção do “modelo” de processo (denominado pela doutrina de “sincrético”) neles previsto – quando, então, os atos voltados a executar a sentença serão praticados (ao menos na medida em que não demandem o exercício de força física e/ou restrição a possíveis direitos indisponíveis das partes ou terceiros – ver adiante) no bojo do mesmo processo arbitral em que realizado o julgamento.

²⁰⁴ Não é o que pensa Alexandre Freitas CÂMARA. Para o autor, devem ser observadas os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Ajuizada a ação de execução, o executado será citado para cumprir a sentença no prazo legal fixado pelos árbitros, sob pena de multa fixada igualmente pelos árbitros. No silêncio da sentença arbitral sobre o prazo e/ou multa, o Judiciário deve suprir a lacuna. Além disso, segundo CÂMARA, pode o Judiciário alterar o valor ou periodicidade de multa fixada pelos árbitros (CÂMARA, Alexandre Freiras. Cumprimento da sentença arbitral após a reforma do CPC. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de [Coord.]. *Dez anos da lei de arbitragem*: aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10-11).

No silêncio da convenção de arbitragem, imperioso entender pela necessidade da instauração de processo executivo judicial autônomo – nos moldes dos arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código de Processo Civil, conforme o caso – a fim de se concretizar o comando da sentença arbitral condenatória. Eis a *regra geral* no ordenamento brasileiro, extraível, por exemplo, do art. 33, § 3º, da Lei n.º 9.307/1996 – que denota, em sua parte final, a competência judicial para a execução da sentença arbitral condenatória, na medida em que admite a possibilidade de impugná-la por embargos do executado (o que pressupõe a instauração de “execução judicial”). E isso, diga-se, vale tanto para as sentenças contrárias ao Poder Público quanto para aquelas que sejam contrárias a particulares.

Por outro lado, se as partes convencionarem (repita-se, *expressamente*) o afastamento do “modelo executivo tradicional”, optando, em seu lugar, pela incidência do regramento do art. 461 ou art. 461-A, desenvolvendo-se processo com fulcro em algum desses dispositivos, a atuação concreta do provimento arbitral final deve se realizar a partir de medidas de execução indireta dos árbitros e, subsidiariamente, *na medida em que o emprego da força física e/ou eventual restrição a direitos indisponíveis se façam necessários*, do Poder Judiciário. Se não houver a colaboração (espontânea ou não) do executado no cumprimento da sentença, a partir das medidas de coerção indireta ou pressão psicológica de que o árbitro pode lançar mão, deve este requisitar diretamente ao juiz togado que tome as competentes medidas (a serem definidas *pelo próprio juiz*) voltadas a atuar a sanção executiva independentemente da vontade do executado, na forma do art. 22, § 4º, da Lei n.º 9.307/1996^{205 e 206}.

Escolhido o modelo executivo do art. 461 ou 461-A, os atos executivos que não demandem o emprego de força física nem envolvam direitos indisponíveis das partes e/ou terceiros, *independentemente de previsão expressa na convenção, ficarão a cargo dos*

²⁰⁵ Aqui, complementa-se e aprimora-se entendimento que expusemos em artigo anteriormente publicado, no qual nos limitamos a consignar que, escolhido o modelo executivo do art. 461 ou 461-A, caberia aos árbitros pedir ao juiz da causa “as competentes medidas coercitivas e subrogatórias” destinadas a efetivar a sentença arbitral (WLADECK, Felipe Sripes. Sobre o pleito de anulação da sentença arbitral nacional em sede de execução, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 16, jan./mar. 2008. p. 107).

²⁰⁶ Sobre o modo de colaboração entre árbitros e juízes, vide os seguintes textos: CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 87, p. 80-89, jul./set. 1997; CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 6, p. 18-28, abr./jun. 2005; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer* – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 460.

árbitros. E se excluem da competência judicial, em princípio, *todos* os atos executivos que se enquadrem naqueles limites – o que é razoável, pois se as competências judicial e arbitral fossem concorrentes em relação aos atos coercitivos (*i.e.*, de execução indireta) se teria um procedimento executivo tão ou mais complexo/burocrático do que o convencional (que é justamente o que as partes querem evitar quando decidem afastar as regras dos arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código de Processo Civil).

6.1.2.1 – Possível competência dos árbitros para atos coercitivos que não envolvam direitos indisponíveis

Tratando da questão, assevera TALAMINI que: “...nos processos arbitrais em que se apliquem as regras do art. 461 [ou aquelas do art. 461-A] não haverá propriamente sentença arbitral condenatória, formadora de título executivo [*a contrario sensu*, ver o texto mais adiante]. Cumprirá ao próprio árbitro, depois de proferir a sentença, requisitar diretamente ao juiz para que adote as providências necessárias à sua efetivação – a exemplo do que ocorreria com o provimento concessivo de tutela cautelar ou antecipada.”²⁰⁷ Ou seja, de acordo com TALAMINI, cabe sempre ao juiz estatal (a pedido dos árbitros) definir quais serão as providências a serem tomadas para realizar praticamente a sentença arbitral, estabelecendo, por exemplo, o valor das multas, determinando a busca e apreensão de bens ou a remoção de pessoas e coisas *etc.*

Aqui, porém, sustenta-se que a definição da competência para os atos executivos, nas arbitragens a que se aplique o art. 461 ou 461-A, deve se dar mediante a consideração de dois aspectos. Primeiramente, devem ser diferenciados os mecanismos de pressão psicológica sobre o executado (ou seja, mecanismos de “execução indireta”, destinados a *forçar a vontade do executado* – como, por exemplo, multas) dos mecanismos sub-rogatórios (ou seja, mecanismos de “execução direta”, destinados a fazer valer decisões contra *a vontade e sem a colaboração do executado* – como, *v.g.*, busca e apreensão). Ademais disso, deve-se verificar se o ato executivo pode implicar algum tipo de restrição a direito indisponível das partes e/ou terceiros.

A atividade de execução indireta, assim como a de julgamento/cognição, pode perfeitamente ter fundamento tanto no poder estatal (*imperium*) quanto na autonomia da vontade das partes – neste último caso, desde que não seja apta a gerar restrições a

²⁰⁷ TALAMINI, *Tutela...*, p. 461.

direitos indisponíveis das partes e/ou terceiros (pois, logicamente, não é possível dispor sobre o indisponível). Assim, por exemplo, se as partes podem estabelecer multas contratuais, por qual razão estariam impedidas de pactuar a possibilidade de árbitros aplicarem multas destinadas a forçar o cumprimento voluntário (embora não espontâneo) da sentença arbitral pela parte sucumbente? Não se vê razão alguma para esse impedimento²⁰⁸. E se a arbitragem ocorresse antes de o Brasil ratificar o Pacto de São José da Costa Rica e versasse sobre relação contratual, poderiam as partes autorizar o árbitro a decretar a prisão civil do devedor, deixando para o juiz a incumbência de executar essa medida? Nesse caso, não, apesar de a simples decretação da prisão civil consistir em ato de execução indireta. O impedimento nesse caso se deveria ao fato de se tratar de medida envolvendo direito indisponível (liberdade individual) e, portanto, não passível de transação – e de ser realizada em arbitragem.

As atividades subrogatórias, por sua vez, apenas podem ter fundamento no poder ou *imperium* estatal. Trata-se da mais pura forma de violência, consistente na

²⁰⁸ BATISTA MARTINS admite a possibilidade de os árbitros aplicarem multas. Diz que “...nada obsta ao árbitro a imposição de *astreintes*, e seu reforço posterior, como forma de sanção e pressão voltada ao cumprimento da obrigação, assemelhando-se, de certa forma, à concepção mandamental” (BATISTA MARTINS, *Apontamentos...*, p. 307).

Também admite essa possibilidade Fernanda de Gouvêa LEÃO – para quem aos árbitros jamais seria dado, porém, praticar atos de força destinados a efetivar (contra a vontade da parte) suas decisões (LEÃO, Fernanda de Gouvêa. *Arbitragem e execução*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 51).

No mesmo sentido: RANZOLIN, op. cit., p. 148-150. Nos seus termos: “O fato de carecer ao árbitro o poder de *imperium* não implica inferir que lhe escape por completo a prerrogativa de aplicação direta de medidas coercitivas, porquanto nem sempre a coerção está vinculada ao emprego direto de força física.” Ressalve-se, todavia, que neste trabalho se sustenta que os árbitros terão competência para praticar atos de coerção (execução indireta) destinados a efetivar a *sentença arbitral apenas se houver ajuste entre as partes nesse sentido*.

Cite-se, ainda: CÂMARA, Cumprimento da sentença..., p. 10-11 – vide a nota 204, acima; BERMUDEZ, Sergio. Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 279. Esse último autor assim se manifesta: “O § 4º do art. 22 da Lei de Arbitragem é claro ao estabelecer que, *havendo necessidade de medidas coercitivas*, os árbitros poderão solicitá-las ao Judiciário. Esse verbo junto com a frase *ressalvado o disposto no § 2º*, constantes ambos do § 4º do art. 22, mais a sistemática da lei e a finalidade da arbitragem apontam no sentido de que o tribunal arbitral, salvo quanto à condução da testemunha, tem competência para aplicar medidas coercitivas (v.g., multa...). A segunda parte do § 2º do art. 22 mostra que aos árbitros, ou árbitro, falta apenas a competência para efetivação dessa medida coercitiva, quando ela depender do uso da força. Nesse caso, só resta ao tribunal arbitral pedir ao juiz togado a providência que assegure o efeito prático da medida determinada. A lei, portanto, é peremptória ao proibir a execução de medidas coercitivas de força pelo próprio tribunal arbitral; não, porém, a decretação delas.”

atuação da sanção executiva *independentemente da vontade e colaboração do executado, mediante o emprego de força física*. Por isso, não pode ser exercida senão pelo Estado (mas sempre por procedimento em contraditório) sob pena de se voltar ao tempo da autotutela e instaurar-se o caos total na sociedade (confira-se a esse respeito o item 8.5, abaixo).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se pronunciou no sentido de que os árbitros não possuem “poder coercitivo direto”, não lhes sendo dado, por conseguinte, impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, nem a excussão forçada de seus bens²⁰⁹. Salvo melhor juízo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os árbitros possuem “poder coercitivo indireto”, ou seja, poder de praticar atos voltados a forçar o cumprimento voluntário de suas decisões – ao que aqui se acrescenta, apenas, a ressalva de que os atos coercitivos arbitrais não poderão, em qualquer caso, implicar restrições a direitos indisponíveis das partes e/ou de terceiros.

6.1.2.2 – Diferença entre as medidas coercitivas dos árbitros e cláusula penal

Antes de ir adiante, é importante que fique claro que as medidas coercitivas em referência não se confundem com o instituto da cláusula penal, disciplinado nos arts. 408 a 416 do Código Civil.

²⁰⁹ A referida decisão do Superior Tribunal de Justiça tratou da possibilidade de se prever cláusula arbitral em título executivo. Decidiu-se o seguinte: “Dessa forma, a inclusão de uma cláusula arbitral em documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas pode suscitar dúvidas sobre a permanência do caráter executivo do título. A solução não aponta, no entanto, para o caráter mutuamente excludente destes institutos. Ao contrário, deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Em primeiro lugar porque não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. O que equivale a admitir que algumas questões se sujeitem à arbitragem e outras não. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. A efetividade dos direitos, princípio que sustenta o Estado Democrático, exige a simplificação das formas, bastando realmente iniciar a execução forçada. *Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens*. Essa é a interpretação que se extrai dos arts. 22, § 4º, e 31, da Lei n.º 9.307/1996, bem como do art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil (correspondente ao antigo art. 584, inciso VI, do Código), que exigem procedimento judicial para a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral e para a efetivação de outras medidas semelhantes. O entendimento da doutrina também caminha nesse sentido” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 944.917/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 03.10.2008).

A cláusula penal é instituto puramente de direito obrigacional. Consiste em obrigação de natureza acessória de um contrato principal. Consubstancia-se em multa que as partes podem fazer constar de seu contrato e que se aplica em casos de inadimplemento, de mora ou ainda de inexecução de alguma cláusula especial. Pode ter finalidade de indenização prévia de perdas e danos (multa compensatória) ou penalização do devedor moroso (multa moratória). Além disso, funciona como mecanismo intimidador, que contribui para forçar o adimplemento da obrigação contratual²¹⁰.

Já as medidas coercitivas que os árbitros podem aplicar, embora tenham origem negocial, possuem um escopo puramente processual. As partes conferem aos árbitros poderes para determiná-las, a seu critério, com a finalidade de forçar o cumprimento de suas decisões pelas partes (caráter intimidativo). Sua utilização tem lugar, portanto, apenas dentro do processo arbitral, como instrumentos destinados a viabilizar a realização prática das decisões nele tomadas. Não se trata, enfim, de mecanismos dirigidos a assegurar diretamente a realização de direitos contratuais, mas a forçar a observância das decisões arbitrais que tenham disposto sobre aqueles direitos.

Eis que é perfeitamente possível que a sentença arbitral inclua na condenação a obrigação da parte vencida de arcar com o valor pactuado a título de cláusula penal, aplicando ainda (autorizado pela convenção de arbitragem) multa destinada a forçar o cumprimento dessa decisão. Não haverá *bis in idem* na hipótese, haja vista a diferença entre os fins das medidas coercitivas dos árbitros e da cláusula penal.

6.1.2.3 – Atribuição de poder aos árbitros para que pratiquem atos coercitivos sem o afastamento do modelo executivo do art. 621 ou do art. 632 do Código de Processo Civil

CARMONA entende que as sentenças arbitrais condenatórias em obrigações de fazer ou não fazer e em obrigações de entregar coisa devem ser executadas nos termos do art. 632 ou do art. 621, respectivamente. Além disso, mesmo sem chegar a afirmar expressamente a possibilidade de se adotar em arbitragem, por escolha das partes, o regramento do art. 461 ou do art. 461-A, o autor reconhece e aplaude a iniciativa de determinadas instituições arbitrais de estabelecerem nos respectivos regulamentos

²¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 165 e seguintes.

mecanismos de pressão a serem manejados pelos próprios árbitros para o fim de “forçar a boa vontade” da parte sucumbente e, assim, garantir o cumprimento da sentença arbitral.

Nos termos de CARMONA: “A sentença arbitral – em tema de execução – não tem mais vantagens que a sentença estatal: havendo resistência do vencido, impõe-se a execução civil, perante o juiz togado, como ocorreria (em princípio) com a sentença condenatória estatal. Mas há alguns mecanismos (de coerção) à disposição do árbitro com os quais não conta o juiz togado: alguns órgãos arbitrais têm estipulações especiais para a hipótese de descumprimento da sentença arbitral. Eis dois exemplos eloquentes: em São Paulo, um centro de arbitragem especializado em contratos de bolsa de mercadorias e futuros tem dispositivo expresso determinando que a parte que não cumprir decisão arbitral será proibida de continuar a operar no respectivo mercado (o centro de arbitragem está ligado à Bolsa de Mercadorias e Futuros); alguns centros arbitrais ligados a câmaras de comércio determinam que sejam comunicados os demais membros da câmara na eventualidade de um de seus associados deixar de cumprir sentença arbitral (a comunicação transmite aos pares a informação da verdadeira inidoneidade daquele que, concordando submeter-se ao julgamento arbitral, recusa-se a cumprir a respectiva sentença). Como se pode perceber, mecanismos de pressão como estes lembrados podem contribuir para evitar resistência infundada à sentença arbitral, funcionando como verdadeiros meios de execução indireta para forçar a boa vontade do vencido.”²¹¹

A passagem acima transcrita permite concluir que existe a possibilidade de as partes, *mesmo sem o afastamento do modelo executivo do art. 621 ou do art. 632 do Código de Processo Civil*, pactuarem a aplicabilidade de técnicas de execução indireta da sentença no âmbito do próprio processo arbitral. Ou seja, é perfeitamente possível que, *sem prejuízo da execução da sentença em processo judicial autônomo*, na forma daqueles dispositivos do Código, prevejam-se mecanismos extrajudiciais de pressão adicionais destinados a compelir o devedor a, voluntariamente, cumprir a sentença arbitral. Basta que haja a concordância das partes a esse respeito (v.g., mediante a remissão a regulamento de órgão arbitral em que se preveja a possibilidade de os árbitros empregarem esses mecanismos de pressão psicológica) e que as técnicas pactuadas não inviabilizem, dificultem, repitam nem conflitem com aquelas que competirão ao Judiciário (é preciso que se trate de técnicas *não disponíveis aos juízes*).

²¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, jan./abr. 2004. p. 31.

Nesse passo, por exemplo, a pactuação de “multa por descumprimento” na convenção arbitral não seria possível, sob pena de *bis in idem* e, ainda, invasão na esfera de competência do Judiciário. É dizer: nos processos arbitrais não sujeitos ao art. 461 ou 461-A, cabe exclusivamente ao Judiciário definir sobre a aplicabilidade de multa ao devedor, aplicando-a quando entender ser o caso. Poder-se-ia contrapor, nesse ponto, que a multa convencionada teria origem ou natureza negocial-arbitral e que, por conseguinte, poderia ser ela cumulada com eventual multa aplicada pelo Judiciário (fundada no poder jurisdicional estatal e de natureza processual-judicial). Todavia, a despeito da origem diversa da multa convencionada, seu objetivo será o mesmo da possível multa judicial: forçar o cumprimento da sentença pelo devedor. E não parece razoável sujeitar o devedor a duas ou mais multas voltadas a *exatamente o mesmo fim* – um fim que não deixa de ser processual também no caso da multa imposta pelos árbitros (pois destinada, tanto quanto eventual multa judicial, a garantir a efetividade do *processo arbitral* e de seu resultado)²¹².

Por outro lado, não há o que impeça que – mesmo sem o afastamento da disciplina dos arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código de Processo Civil – se convençionem mecanismos de pressão adicionais, como aqueles referidos na passagem da obra de CARMONA acima transcrita (v.g., a proibição de participar de bolsa de mercadorias e futuros a que se vincula o órgão arbitral...). Trata-se de mecanismos que não exigem o emprego de força, não envolvem restrições a direitos indisponíveis e que podem ser perfeitamente conciliados aos mecanismos judiciais-processuais de que o juiz pode lançar mão.

6.1.2.4 – Conciliação entre atos executivos arbitrais e judiciais

Em suma, defende-se, neste trabalho, o seguinte:

- (a) Em regra, a execução de sentenças condenatórias em obrigação de fazer ou não fazer ou em obrigação de entrega de coisa realiza-se em processo

²¹² Conforme Aldo ATTARDI, uma vez exercido um poder ou faculdade, este “...vem a perder seu objeto e não tem mais razão de ser; é, assim, uma exigência lógica, que induz a entender verdadeira e exata em linha geral, e não limitadamente ao campo processual, a afirmação de que o ato de exercício de um poder exaure o poder mesmo.” E prossegue o autor indicando que essa é uma “...exigência que é fielmente espelhada naquele princípio do *ne bis in idem* por força do qual deve excluir-se que passe a fazer parte do mundo jurídico um ato que tenha a mesma finalidade de um outro ato já posto em prática” (ATTARDI, Aldo. Preclusione [principio di]. *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1985, v. XXXIV. p. 900).

judicial autônomo, nos moldes dos arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código de Processo Civil, conforme o caso.

(b) Nos casos em que a execução da sentença arbitral condenatória realiza-se nos moldes dos referidos dispositivos do Código, toda e qualquer medida (subrogatória ou de execução indireta) voltada a realizar praticamente o comando sentencial deve ser realizada, em princípio, pelo Poder Judiciário.

“Em princípio”, pois as partes podem, se quiserem, sem prejuízo da disciplina dos arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código, pactuar a possibilidade de os árbitros lançarem mão, no âmbito do próprio processo arbitral, de mecanismos adicionais de pressão (*i.e.*, de execução indireta) destinados a forçar o cumprimento voluntário da sentença pelo devedor. Esses mecanismos poderão ser os mais variados e deverão ser especificados na convenção. Apenas não poderão inviabilizar ou dificultar o adequado desenvolvimento da execução judicial da sentença arbitral, confundir-se com (ou seja, repetir) os atos e competência do Judiciário nem pôr em jogo direitos indisponíveis das partes e/ou de terceiros²¹³.

(c) As partes podem, porém, pactuar que a execução da sentença se dará segundo o “modelo executivo” do art. 461 ou 461-A do Código de Processo Civil. Nesse caso:

(c.1) Eventuais multas e quaisquer outras medidas de execução indireta que não sejam aptas a comprometer direitos indisponíveis das partes ou de terceiros, destinadas a exercer pressão sobre o devedor a fim de obter a sua colaboração no cumprimento da obrigação imposta pela sentença, poderão-deverão ser fixadas *pelos próprios árbitros* – que tendem, inclusive, a ter melhores condições do que os juízes togados de apurar sua suficiência e adequação para a implementação da tutela concedida.

Pactuada a aplicabilidade do art. 461 ou 461-A do Código, não será necessário que as partes especifiquem quais as medidas de execução indireta de que os árbitros poderão lançar mão. A estes caberão, em regra, todas as medidas de execução indireta que não demandem ingerência na esfera de direitos indisponíveis das partes e/ou terceiros.

²¹³ A mesma solução pode ser aplicada nos casos de sentenças condenatórias ao pagamento de quantia contrárias a particulares, conforme se disse no item 6.1.1.

Mas é possível que as partes pactuem que a realização de determinadas medidas de execução indireta caberão ao Judiciário, ainda que não envolvam direitos indisponíveis – por exemplo, pactua-se que aos árbitros caberão apenas as multas, sendo as demais medidas de execução indireta de competência do Judiciário. No campo da autonomia da vontade, não há o que impeça isso. De todo modo, a solução não parece razoável. Optar pelo modelo executivo do art. 461 ou 461-A mas, em contrapartida, definir que os atos de execução indireta, ou parte deles, competirão ao Judiciário seria contraproducente. O resultado dessa escolha seria um procedimento executivo tão ou mais burocrático/complexo do que o dos arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código.

(c.2) A regra, portanto, é a de que ao juiz togado caberá apenas a prática dos *atos de força* (i.e., atos de *construção*, que demandem o emprego da técnica da subrogação) e daqueles que possam implicar restrições a direitos indisponíveis das partes e/ou terceiros, para garantir a tutela específica concedida pela sentença ou o resultado prático a ela equivalente. Competirá aos árbitros (de ofício ou por provocação da parte interessada) noticiar ao Judiciário a necessidade de seu apoio para a efetivação do comando sentencial, solicitando-o²¹⁴. Buscas e apreensões, remoções de pessoas e coisas, desfazimento de obras *etc.* são atividades que, por demandarem o emprego de força física, somente os juízes podem determinar – conforme o que julgarem mais adequado ao caso.

(c.3) A execução das multas aplicadas pelos árbitros deve ser feita perante o Judiciário, na medida em que envolvem a prática de atos de subrogação – e, portanto, atos que os árbitros estão impedidos de praticar. O pedido de execução do valor das multas compete ao credor. Afinal, trata-se de valor pertencente a ele próprio – sendo seus o interesse e legitimidade para pedir a respectiva execução judicial. Por se tratar de execução cujo objeto é o pagamento de quantia, deverão ser observadas as regras dos arts. 475-I e seguintes ou 730 e 731 do Código de Processo Civil, conforme o caso.

²¹⁴ Se o árbitro não requerer ao Judiciário o apoio necessário para a efetivação da sentença, nem mesmo após provocação da parte interessada, esta poderá realizar o requerimento diretamente ao Judiciário – justificando o motivo de sua atuação.

Entende-se que, em princípio, o requerimento deve ser feito pelo árbitro, porque é ele o “gerente” da execução. Não sendo capaz de, por atos de sua competência, efetivar o comando sentencial, o árbitro deve requisitar o auxílio do Judiciário. Apenas em situações anormais, em que o árbitro (faltando com seu dever de diligência) não pede esse auxílio, é que o interessado pode recorrer diretamente ao Judiciário.

(c.4) Na hipótese de a obrigação ser convertida em perdas e danos, por requerimento do vencedor na arbitragem ou diante da impossibilidade de obtenção da tutela específica ou do resultado prático correspondente, a execução da sentença será realizada judicialmente – por envolver a realização de medidas de força. Observar-se-á o procedimento devido para execução de sentenças condenatórias no pagamento de quantia (ver o item 6.1.1, acima).

(c.5) As medidas de execução indireta fixadas pelos árbitros, no regular exercício de sua competência, não estão sujeitas, de regra, a controle judicial. Requerimentos a elas relacionados (por exemplo, ampliação/redução de multa, alteração do meio de coerção indireta empregado *etc.*) devem, em princípio, ser dirigidos aos próprios árbitros.

O poder dos árbitros de praticar medidas de execução indireta tem, como se indicou acima, origem negocial. Mas a sua finalidade não deixa de ser, por isso, voltada ao resultado do processo arbitral: destina-se precisamente a efetivar o que houver sido decidido na arbitragem. Nesse sentido, trata-se de medidas processuais – desvinculadas ao instituto da cláusula penal. E a exemplo do que se passa em relação aos atos processuais da arbitragem em geral, seu controle e revisão judiciais não podem ser realizados de forma ampla e irrestrita.

A Lei de Arbitragem não tratou da questão, nem o Código de Processo Civil. Mas deve-se entender que o Judiciário não pode alterar livremente as medidas executivas fixadas pelos árbitros. Isso implicaria a indevida ingerência do Judiciário na esfera de competências dos árbitros, a quem terão sido dados poderes para resolver o conflito em caráter privativo, enquanto atos de força não se fizerem necessários a tanto – quando o auxílio judicial será bem-vindo e cogente.

Apenas se os árbitros (i) extrapolarem os limites definidos na convenção para os seus poderes coercitivos, (ii) lançarem mão de medidas invalidamente convencionadas, (iii) omitirem-se na aplicação de medidas de pressão ou (iv) se verificada flagrante inadequação, desproporcionalidade ou insuficiência no ato coercitivo realizado e, em qualquer desses casos, houver a injustificada recusa dos árbitros em realizar os ajustes necessários é que o Poder Judiciário poderá se imiscuir nessa sua competência. Assim, por exemplo, a pedido da parte interessada, a quem competirá demonstrar o “defeito” na atuação dos árbitros e a negativa destes em efetuar os ajustes necessários, o Judiciário poderá-

deverá determinar a medida coercitiva omitida ou adequar ao caso concreto a que tiver sido aplicada, de modo a viabilizar a realização da tutela arbitral ou afastar possíveis e graves prejuízos ao devedor. Trata-se, como se indicou, de ingerência excepcional do Judiciário na esfera de competência arbitral legitimamente definida pelas partes na convenção²¹⁵.

6.1.2.5 – A alteração da técnica de execução não altera a natureza da sentença arbitral

A adoção, na arbitragem, do regramento do art. 461 ou 461-A do Código de Processo Civil *não* é capaz de alterar a natureza da sentença arbitral. Não se concorda, neste trabalho, com a classificação quinária das sentenças. Entende-se que a classificação ternária é a mais adequada, não cabendo conceber a sentença mandamental e a executiva *lato sensu* como sentenças de outras espécies, diversas das condenatórias.

O que muda entre as sentenças que os adeptos da classificação quinária chamam de condenatórias, mandamentais e executivas é apenas a técnica de execução do comando sentencial. Mas em todos os casos o que se tem é, na realidade, sentença que (diante de uma crise de “inadimplemento”) determina uma conduta (pagar, entregar, fazer ou não fazer) a alguém, a qual precisa ser realizada praticamente, no mundo dos fatos – se não espontaneamente, então por meio de atividade subsequente, complementar e de natureza diversa da cognitiva (ou seja, por meio da atividade executiva)²¹⁶.

Seja como for, o fundamental, aqui, é compreender que existe a possibilidade de as partes pactuarem a aplicabilidade do regime do art. 461 ou 461-A ao processo arbitral, quando, então, a sentença poderá ser efetivada mediante a emissão de atos de execução indireta pelos próprios árbitros.

²¹⁵ *A contrario sensu*, LEÃO entende que multas fixadas pelos árbitros podem ter seu valor ser majorado ou reduzido pelo Judiciário, a quem compete executá-las (LEÃO, op. cit., p. 51).

²¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 179-197; BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 506-567.

6.1.2.6 – Nota sobre a competência para a concessão e efetivação de medidas urgentes

Por fim, cabe um esclarecimento acerca da possibilidade de os árbitros aplicarem medidas de pressão destinadas a implementar medidas de urgência que tenham determinado no curso da arbitragem.

Estando – e, em princípio, por expressa disposição legal, estarão²¹⁷ – autorizados a conceder medidas de urgência, para a antecipação de efeitos da tutela ou conservação de situações e/ou bens, os árbitros poderão praticar atos destinados a compelir as partes ao seu cumprimento. Ou seja, entende-se que a autorização legal para que os árbitros determinem medidas de urgência compreende – sob pena, inclusive, de se comprometer a própria efetividade das tutelas de urgência arbitrais – a autorização para que pratiquem, também, os atos voltados a compelir as partes ao seu cumprimento voluntário.

Essa é a leitura correta e mais razoável para o art. 22, § 4º, da Lei n.º 9.307. As medidas cautelares (ou meramente conservativas) competem, em regra, aos árbitros, assim como as antecipatórias (para alguns, igualmente de natureza cautelar²¹⁸). As medidas “coercitivas” referidas naquele dispositivo, e que segundo está nele previsto devem ser requeridas pelos árbitros ao Judiciário, são apenas aquelas que demandem o emprego de força física (subrogação, *i.e.*, coerção direta) ou envolvam direitos indisponíveis. As demais medidas executivas, de coerção indireta, competem, *ex lege*, aos próprios árbitros. Tivessem estes de recorrer ao auxílio judicial em todo e qualquer caso, para efetivar as medidas de urgência, a efetividade da tutela de urgência ficaria comprometida.

²¹⁷ Querendo excluir da esfera de competências dos árbitros os poderes de conceder medidas de urgência, devem as partes pactuar isso expressamente. Nesse sentido, mas se referindo especificamente a medidas conservativas, CARMONA escreve: “É conveniente ressaltar que as partes podem excluir, consensualmente, os poderes cautelares dos árbitros. De fato, tendo em vista a autonomia da vontade dos contratantes – prestigiada pela Lei de Arbitragem – nada impede que na convenção de arbitragem estipulem as partes que eventuais medidas cautelares, se necessárias, sejam diretamente pleiteadas ao juiz togado” (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 326).

²¹⁸ BEDAQUE entende que a tutela sumária pode ser cautelar ou não cautelar (*i.e.*, satisfativa). A tutela sumária *cautelar* se dividiria em conservativa (cautelar em sentido estrito) e antecipatória (a chamada “tutela antecipada”). Confira-se em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

6.2 – MOMENTO PARA A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL

A instauração de processo judicial de execução da sentença tem cabimento antes ou depois de ocorrido o “trânsito em julgado” na arbitragem, conforme o caso. Ou seja, é em tese possível executar provisoriamente a sentença arbitral. Não existe nenhum impedimento a isso.

6.2.1 – Possibilidade, em tese, de executar provisoriamente a sentença arbitral

O art. 475-N do Código de Processo Civil prevê que a sentença arbitral condenatória é título executivo “judicial” (inciso IV). O art. 475-O, por sua vez, estabelece a possibilidade de realizar a execução provisória “da sentença”, em nenhum momento excluindo do campo de incidência dessa regra a sentença arbitral. Nem haveria razão para essa exclusão, pois as sentenças arbitrais condenatórias, assim como as judiciais condenatórias, possuem, em regra, o condão de produzir efeitos a partir do momento em que são proferidas – decorrência direta da disposição segundo a qual as sentenças judiciais produzem os mesmos efeitos das judiciais (art. 31 da Lei n.º 9.307).

Nem se diga que a execução provisória da sentença arbitral não seria juridicamente possível sob o argumento de que, antes de seu “trânsito em julgado”, estaria ela sujeita a alterações dos árbitros – por conta de “embargos de declaração” ou recurso interno eventualmente pactuado entre as partes. Ora, as coisas não são diferentes quando se trata de executar provisoriamente as sentenças judiciais. A execução é “provisória” justamente por envolver o risco (a ser suportado pelo exequente, conforme o inciso I do art. 475-O do Código) de a sentença exequenda vir a ser alterada ou então cassada – o que a afetará total ou parcialmente, *ex vi* do § 1º do art. 475-O.

Não se ignora que, na prática, no mais das vezes, *nem sequer haverá tempo ou razão para iniciar a execução provisória da sentença arbitral*. Isso porque, em princípio, não cabem recursos internos (com ou sem efeito suspensivo) na arbitragem e, além disso, entre a oposição dos “embargos de declaração arbitrais” e o encerramento do prazo para opor novos “embargos” contra a sua decisão não decorre muito tempo. Sendo assim, acaba sendo muito mais seguro e adequado para a parte interessada iniciar a execução (que será, então, definitiva) da sentença arbitral apenas depois do seu “trânsito em julgado”.

Mas também não se pode ignorar que as partes podem vir a pactuar o cabimento de recursos internos na arbitragem ou ampliar o prazo legal para a oposição e julgamento dos “embargos de declaração arbitrais”. Se isso acontecer e o recurso convencionado não tiver efeito suspensivo ou as partes não estabelecerem que os “embargos de declaração” terão aquele efeito (de regra não o têm²¹⁹), a execução provisória não apenas será permitida como poderá apresentar alguma utilidade prática.

Note-se que a execução provisória da sentença arbitral não implica nenhum tipo de afronta ao princípio da competência-competência, efeitos da convenção de arbitragem ou autoridade dos árbitros. No processo de execução provisória, assim como no processo de execução definitiva, não haverá nenhum tipo de ingerência judicial na esfera de poderes dos árbitros. E todo e qualquer controle da sentença pelo Judiciário apenas continuará podendo ser feito pelas vias e nos limites legais.

De resto, há de se destacar que a “execução provisória” tem cabimento não apenas quando se tratar de sentença condenatória ao pagamento de quantia. Também nos casos em que se imponha obrigação de fazer ou não fazer ou de entregar coisa, o cumprimento da sentença poderá ser imediatamente exigido. Não estando sujeita a meio impugnativo interno dotado de efeito suspensivo, a sentença arbitral deverá ser imediatamente observada pela parte vencida – sob pena de multa e/ou outras medidas coercitivas. Quando couberem aos próprios árbitros, as medidas executivas indiretas poderão ser determinadas já no momento da prolação da sentença.

6.2.2 – Impossibilidade de executar a sentença antes de decorrido o prazo fixado pelos árbitros para o seu cumprimento

Conforme o art. 26, inciso III, da Lei n.º 9.307, os árbitros podem estabelecer um prazo para o cumprimento de sua decisão.

²¹⁹ Sobre os efeitos dos embargos de declaração nos processos judiciais, vide o seguinte trabalho: TALAMINI, Eduardo. Embargos de declaração: efeitos. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 651-663. Como demonstra o autor, os embargos não têm nem deixam de ter efeito suspensivo. Os efeitos da decisão embargada permanecerão suspensos ou não conforme contra ela caiba ou não recurso dotado de efeito suspensivo. As mesmas ideias se aplicam, por analogia, em relação aos “embargos de declaração arbitrais” – ressalvada a possibilidade de as partes convencionarem que os “embargos” terão efeito suspensivo “próprio”.

Assim, sem prejuízo do exposto no item anterior, tem-se que execução alguma pode ser iniciada antes de decorrido o prazo eventualmente fixado pelos árbitros. Apenas após o decurso do prazo é que o título executivo em que se consubstancia a sentença arbitral (*rectius*, a obrigação por ela imposta) se tornará exigível – e, assim, poderá ser levado a execução²²⁰. A execução instaurada antes desse momento deve, em princípio²²¹, ser extinta anormalmente, por falta de requisito para sua admissibilidade (art. 580 do Código de Processo Civil).

Em se tratando de sentença condenatória ao pagamento de quantia, o prazo eventualmente fixado pelos árbitros se somará ao prazo legal do art. 475-J, *caput*, do Código. Isso significa que a multa de 10% apenas poderá ser aplicada depois de decorrido o prazo fixado na sentença arbitral mais os quinze dias do art. 475-J. É que, como o pagamento apenas será exigível após o prazo fixado na sentença, até o decurso deste a inércia do devedor não pode ser tratada como descumprimento. E a previsão da multa de 10% destina-se a compelir o devedor ao pagamento quando este já for exigível²²².

²²⁰ JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 285.

²²¹ Não se podendo, porém, descartar a possibilidade de apenas suspender a execução, até que decorra o prazo fixado pelos árbitros – em homenagem aos princípios da instrumentalidade e economia processuais.

²²² JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 285-286. Aqui, diverge-se do autor apenas quanto ao modo de contagem do prazo de quinze dias do art. 475-J. JOSÉ CAHALI entende que o prazo se inicia na data da citação na execução, a ser instaurada após o decurso do prazo fixado na sentença.

Neste trabalho, sustenta-se que:

(a) Encerrado o prazo fixado com base no inciso III do art. 26 e transitada em julgado a sentença *líquida*, inicia-se a contagem do prazo do art. 475-J. Se o trânsito em julgado acontecer antes de encerrado o prazo fixado pelos árbitros, o prazo do art. 475-J se iniciará na data do termo *ad quem* do referido prazo.

(b) Se a sentença é “genérica” e sua liquidação vier a ser feita perante o Judiciário, então o prazo se contará da data do trânsito em julgado da decisão de liquidação. Note-se: *do trânsito em julgado*, não da intimação do trânsito em julgado. Aliás, observe-se que o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo dessa forma, conforme se vê, por exemplo, nos seguintes casos: Agravo de Instrumento n.º 953.570/RJ e Recursos Especiais n.ºs 1.039.232/RS e 954.859/RS – até mudar (indevidamente, a nosso ver – *data venia*) de orientação, ao julgar o Recurso Especial n.º 940.274/MS.

(c) A incidência da multa do art. 475-J ficará prejudicada se tiver havido a instauração de execução provisória e, antes de quinze dias da data do trânsito em julgado da sentença, tiver havido o pagamento ou o valor exequendo já tiver sido levantado pelo exequente.

6.3 – COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS

Bem compreendidos os regimes de execução das sentenças arbitrais, cabe verificar qual o foro judicial competente para a atividade executiva.

6.3.1 – Caso de sentença arbitral condenatória no pagamento de quantia ou em obrigação de fazer ou não fazer ou entrega de coisa, quando as partes não pactuaram a aplicação do “modelo executivo” dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil

Nos casos de execução de sentença arbitral condenatória no pagamento de quantia ou de execução de sentença condenatória em obrigação de fazer ou não fazer ou entrega de coisa a que se aplique o Livro II (arts. 621 a 631 ou 632 a 645) do Código de Processo Civil, a competência será do foro do local em que, não houvesse a convenção arbitral, haveria de tramitar o processo judicial. Mas esse entendimento não é pacífico.

6.3.1.1 – Tese da competência do local da sede da arbitragem

Existe entendimento na doutrina nacional no sentido de que o foro competente para a execução da sentença arbitral seria aquele do lugar em que se processou ou teve sede a arbitragem. É o que sustenta, por exemplo, AMENDOEIRA JÚNIOR: “Competente para o processamento da execução judicial é o órgão do Poder Judiciário do local em que se processou a arbitragem ou da sede do tribunal arbitral.”²²³ FIGUEIRA JÚNIOR adota esse mesmo posicionamento. Afirma que: “Em qualquer hipótese, será competente para a execução da sentença arbitral o órgão do Poder Judiciário do local em que se processou a arbitragem ou onde o tribunal ou instituição arbitral tem a sua sede.”²²⁴

DINAMARCO, embora entenda que as regras para a determinação de competência executiva são as ordinárias do Código de Processo Civil, afirma ser “razoável” a solução proposta por aqueles outros dois autores, a qual privilegiaria a vontade das partes manifestada na convenção de arbitragem. Nos seus termos: “Há prestigiosa voz doutrinária no sentido de ser prevento o foro em que se houver processado a arbitragem. Embora não seja explícita em disposição alguma de lei, essa regra é razoável

²²³ AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 708.

²²⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 276.

porque a escolha de um lugar para a realização do processo arbitral já constitui manifestação da vontade de ambas as partes, no sentido de ali obterem a solução acabada de seu litígio, inclusive mediante eventual execução forçada. Solução análoga foi dada pelo Superior Tribunal de Justiça, com esse fundamento, em relação à competência do foro em que o título de crédito houver sido protestado, para a execução que o tiver por fundamento (Theotônio Negrão).”²²⁵

6.3.1.2 – Descabimento da tese da competência do local da sede

Em que pesem os argumentos acima, neste trabalho defende-se (como já se adiantou acima) solução diversa da adotada por AMENDOEIRA JÚNIOR e FIGUEIRA JÚNIOR. *Data venia*, a solução defendida por aqueles autores não é razoável. E isso por mais de uma razão.

(a) O Código de Processo Civil prevê em seu art. 475-P, inciso III, que o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante “...o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.” A mesma regra constava (apenas sem a referência expressa a “sentença estrangeira”) do (tacitamente) revogado art. 575, inciso IV, do Código.

Por “juízo cível competente” deve-se entender *o juízo (ou um dos juízos, no caso de haver uma pluralidade deles) do foro no qual a ação teria de ser – segundo as regras do Código de Processo Civil – ajuizada caso não houvesse a convenção de arbitragem*. Não faria o menor sentido o Código ter mencionado que cabe ao “juízo cível competente” processar a execução se tivesse pretendido definir como foro competente (e não “juízo competente”, pois a chamada “competência de juízo” não pode ser alterada pela vontade das partes²²⁶) o local em que processada ou sediada a arbitragem. Tivesse mesmo sido essa a sua pretensão, teria dito desde logo e expressamente “juízo do foro do local escolhido como sede da arbitragem” ou então “juízo do foro do local no qual foram praticados os atos da arbitragem”.

²²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV. p. 117-118.

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I. p. 602; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Prorrogação legal da competência: aspectos teóricos e práticos, *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, nov. 2006. p. 141.

(b) Depois, a solução ora contestada cria dificuldades em identificar o foro competente para a execução nos casos em que a arbitragem tiver sido sediada fora do Brasil. Nesses casos, como se definiria o foro competente, se a sentença tivesse de ser executada no Brasil – conforme os arts. 88 a 90 do Código de Processo Civil? A tese em exame não dá uma resposta para a questão.

(c) Ademais e rigorosamente, a eleição de foro (e, em última análise, vincular as medidas pós-sentença arbitral ao local em que realizada ou escolhido para sediar a arbitragem é entender que as partes elegeram-no como foro para processá-las) consiste em possível *causa de prorrogação ou modificação de competência*, não cabendo tomá-la como *regra ordinária de determinação de competência*.

Ou seja, a determinação de competência deve estar fundada em critério legal – e não existe lei que diga que a competência para as medidas pós-sentença arbitral é do foro do local da sede da arbitragem. A vontade das partes quando muito poderá consistir em fator para a *modificação da competência legal*, nos casos em que as normas determinadoras de competência forem dispositivas, como são (de um modo geral) aquelas sobre competência territorial (“de um modo geral”, haja vista a regra do art. 95 do Código de Processo Civil). E a vontade das partes sempre deverá ser clara e expressa, indicando precisamente a(s) determinada(s) causa(s) abrangidas pela eleição de foro.

6.3.1.3 – A competência é do foro do lugar em que a causa haveria de tramitar se não houvesse convenção de arbitragem

Portanto, a expressão “juízo cível competente” constante do art. 475-P, inciso III, deve ser compreendida como juízo do foro *no qual, segundo as regras do Código de Processo Civil*, haveria de ser ajuizada a ação de conhecimento caso as partes não tivessem pactuado a arbitragem. É o que defendem, por exemplo, Humberto THEODORO JÚNIOR²²⁷, José Maria Rossani GARCEZ, Araken de ASSIS, CARMONA

²²⁷ “A execução caberá, outrossim, ao juízo civil que teria competência para julgar a causa, se originariamente tivesse sido submetida ao Poder Judiciário, em lugar do juízo arbitral (art. 475-P, inciso III). Prevaecem, portanto, as regras comuns traçadas pelo Código de Processo Civil, para disciplina da competência territorial (arts. 94 a 100)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. II. p. 88).

e, em obra conjunta Fredie DIDIER JÚNIOR, Leonardo José Carneiro da CUNHA, Paula Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA²²⁸.

Confirma o acerto desse entendimento (que é majoritário na doutrina) o disposto nos arts. 6º, parágrafo único, e 22, § 4º, da Lei de Arbitragem.

O primeiro dispositivo estabelece que a ação para a execução específica da cláusula arbitral vazia, disciplinada no art. 7º, deve ser ajuizada “...perante o órgão do Poder Judiciário *a que, originariamente, tocara o julgamento da causa*” (sem grifos no original). Quer dizer, a competência será (salvo pacto expresso em sentido contrário – ver adiante) de órgão, *i.e.*, do juízo de foro que, não fosse a existência da convenção arbitral, seria competente para processar e julgar a causa – logicamente, segundo as regras de competência definidas no Código de Processo Civil.

Já o art. 22, § 4º, estabelece que os atos de apoio (atos de força) que se fizerem necessários para a efetivação de medidas urgentes concedidas pelos árbitros serão requeridas por estes ao “...órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.” Apesar de receber interpretação diversa por parte da doutrina²²⁹, o que esse dispositivo prevê, textualmente, é que a competência para as medidas de apoio pertence ao juízo do foro perante o qual, não fosse a convenção de arbitragem, o processo judicial haveria de tramitar.

Não existe razão para realizar uma interpretação diversa do art. 475-P, inciso III, do Código de Processo Civil. Não haveria como justificar a adoção, pelo legislador, de critério distinto para definir a competência territorial para o processamento da execução de sentença arbitral. Muito mais razoável é entender, mediante uma interpretação sistemática da Lei n.º 9.307/1996 e do Código de Processo Civil, que o critério é, para as execuções das sentenças arbitrais, exatamente o mesmo constante do

²²⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 303; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 392-393; CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 116-117; DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 5. p. 228.

²²⁹ Conforme se vê no item seguinte, embora defina como competente para praticar as medidas de força necessárias para efetivar as medidas arbitrais urgentes o foro do local em que a ação seria ajuizada caso não existisse a convenção arbitral, o art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem recebe interpretação diversa por parte da doutrina: aos árbitros caberia recorrer sempre ao juízo mais conveniente para garantir a efetivação de sua decisão. Mas essa forma de interpretar o referido dispositivo (ainda que possa ser aceita, com ressalvas) não afeta a conclusão do texto. Isso porque existe, em relação ao caso do art. 22, § 4º, uma razão bastante e específica para pretender se afastar do critério legal de definição de competência.

parágrafo único do art. 6º e do § 4º do art. 22. Com isso, evitam-se inclusive eventuais dificuldades (de ordem prática e material) que a pendência de processos versando sobre aspectos da arbitragem em foros diversos poderia gerar para as partes^{230 e 231}.

²³⁰ A eleição de foro não prevalece sobre a conexidade enquanto fator de modificação de competência. Assim, estando em trâmite perante determinado foro uma causa, eventual nova causa que lhe seja conexa deverá ser processada e julgada perante esse mesmo foro (e, obviamente, perante o mesmo juízo da primeira causa, por prevenção) ainda que em relação a ela tenha havido a eleição de foro diverso pelas partes – a menos, claro, que a causa anterior não se encontre em estado que ainda justifique a reunião dos feitos. A competência resultante da conexidade é absoluta, não podendo por isso mesmo ceder diante de eventual eleição de foro (DINAMARCO, *Instituições...*, v. I, p. 606-607).

Sendo assim, a eventual existência de critérios diversos para definir a competência territorial para medidas relacionadas à arbitragem (por um lado, a competência do foro em que a ação seria ajuizada caso não houvesse convenção, para medidas pré-arbitrais e aquelas excepcionalmente surgidas no curso da arbitragem – arts. 6º, parágrafo único, 7º e 25 da Lei n.º 9.307; e, por outro, a competência do foro do local em que sediada a arbitragem, para medidas pós-sentença arbitral – art. 33 da mesma Lei) não teria o condão de afastar a necessidade de reunião de processos em um mesmo juízo caso verificada a sua prevenção por motivo de conexão. Havendo conexão entre a medida pós-sentença arbitral e medida pré-arbitral, por exemplo, o juízo perante o qual esta estiver em curso estará prevento para processar e julgar aquela, mesmo se a arbitragem tiver sido sediada em outra localidade e, portanto, o foro supostamente “eleito” pelas partes para o seu processamento for outro.

O que se quer dizer com tais considerações é que a adoção de um critério único para definir a competência para medidas relacionadas à arbitragem (salvo nos casos dos §§ 2º e 4º do art. 22, pelas razões expostas nas notas anteriores) não se impõe propriamente para garantir a possibilidade de reunião de feitos conexos (a eventual conexidade das medidas determinaria a sua reunião ainda que os critérios legais de definição de competência territorial fossem distintos). As razões que determinam a adoção de um critério único (ao menos para os casos dos arts. 6º, parágrafo único, 7º, 25 e 33 da Lei de Arbitragem) decorrem, simplesmente, de uma *interpretação sistemática da legislação e da necessidade de evitar dificuldades materiais que as próprias partes inevitavelmente teriam de enfrentar se tivessem de conviver com diversas medidas judiciais tramitando em localidades diversas*. E existe, ainda, outra forte e suficiente razão, indicada a seguir no texto, para que se adote a posição que se defende no trabalho (de que o foro competente não é necessariamente o do local em que sediada ou processada a arbitragem).

²³¹ Sem prejuízo da conclusão exposta na nota anterior, importante destacar que, na prática, será muito difícil (para não se dizer impossível) verificar-se a necessidade de reunião, por motivo de conexão, de uma medida pós-sentença arbitral com uma medida pré-arbitral em um mesmo juízo. E isso por duas razões.

A primeira delas é a de que é improvável que, ao tempo do ajuizamento da ação de controle ou da execução da sentença arbitral, alguma medida pré-arbitral ainda esteja em curso perante o juízo de primeiro grau – o que, por si só, basta para afastar a necessidade da reunião dos feitos, independentemente do motivo que pudesse em princípio justificá-la (conforme a Súmula n.º 235 do Superior Tribunal de Justiça).

A outra razão é a de que não se consegue imaginar, concretamente, a possibilidade de haver verdadeira e própria conexão (nos termos do art. 103 do Código de Processo Civil) entre medidas pós-sentença arbitral e pré-arbitrais. Quando muito poderá haver uma relação de prejudicialidade entre estas e aquelas – o que em tese, se não fosse o óbice a que se refere a Súmula n.º 235 do Superior Tribunal de Justiça, poderia até justificar a reunião dos feitos. Imagine-se, por exemplo, que a ação de execução específica da cláusula compromissória é julgada procedente. Contra a sentença, o réu interpõe apelação, a fim de fazer prevalecer a tese de que a cláusula compromissória (em branco) firmada é absolutamente nula

Acrescente-se, ainda, que a escolha das partes por determinado local como sede ou base de processamento da arbitragem estará eventualmente ligada a razões que jamais poderiam ser invocadas como reveladoras de sua vontade de eleger aquele mesmo local como foro competente para a execução da sentença arbitral. Imagine-se, por exemplo, que a sede da arbitragem foi fixada em São Paulo (SP) simplesmente porque os árbitros escolhidos moram todos em tal cidade – e as partes querem facilitar seu trabalho, tornando-o mais ágil e o processo arbitral mais breve. Seria um absurdo concluir que, ao elegerem São Paulo como sede da arbitragem, teriam as partes também querido eleger o foro da Comarca ou Subseção Judiciária daquele Município como competente para a futura e eventual execução. É evidente, nesse suposto caso, que as razões pelas quais as partes escolheram São Paulo como sede da arbitragem não revelam sua vontade de ter futura e eventual execução da sentença arbitral processada também em São Paulo.

6.3.1.4 – Possibilidade de eleger foro diverso para a execução

Não se está a negar que a competência territorial é, ao menos de um modo geral, relativa. Não existe, *a priori*, impedimento a que as partes pactuem (na convenção ou em documento apartado) que a execução da sentença arbitral deverá ser processada no foro de um determinado local (*ex vi* dos arts. 102 e 111 do Código de Processo Civil). Apenas não se concorda com a conclusão de que o local da sede ou processamento da arbitragem determina *automaticamente* o foro competente para as medidas judiciais relacionadas à arbitragem, como a execução da sentença arbitral. A eleição do foro

por vício de vontade e que, por isso, a arbitragem não pode ser instaurada. Como a apelação não terá efeito suspensivo (art. 520, inciso VI, do Código de Processo Civil), a arbitragem poderá ser iniciada de imediato. Imagine-se, ainda, que a arbitragem se inicia e termina antes mesmo de julgada a referida apelação e que a parte sucumbente, a mesma contra a qual havia sido ajuizada a ação de execução específica da cláusula compromissória, propõe a demanda anulatória alegando novamente o vício na convenção. Nesse caso, existe uma relação de prejudicialidade entre ambas as ações, a anulatória e a de execução específica da cláusula compromissória. No âmbito desta última, poderá o tribunal reformar o julgamento de primeiro grau, reconhecendo a nulidade da convenção e decidindo pelo descabimento da arbitragem, com o que a sentença arbitral proferida ficará prejudicada. Já se a sentença de primeiro grau da ação de execução específica da cláusula for mantida, nada impedirá que a ação anulatória venha a ser acolhida, pois a fundamentação daquela (onde terá sido afirmada a validade da convenção) não será abrangida pela coisa julgada (art. 469 do Código de Processo Civil). Mas, seja como for, reitere-se que, a despeito de existir a dita relação de prejudicialidade, a reunião dos feitos em um mesmo juízo não seria viável também nesse caso imaginado pela primeira razão exposta na presente nota...

competente para eventuais ações pré-arbitrais ou pós-sentença arbitral deve ser expressa, não podendo ser pura e simplesmente presumida²³².

Nesse mesmo sentido, ASSIS²³³ e CARMONA. Diz este último: “A escolha do foro deve ser clara e expressa. Não se pode afirmar, por isso mesmo, que a simples escolha do lugar em que serão praticados os atos relativos à arbitragem importem em escolha do foro. Irrelevante, portanto, para aferição do juiz competente para a prática de atos correlatos à arbitragem, para a ação de anulação da sentença arbitral ou para a sua execução o local em que se encontre a sede de eventual órgão arbitral institucional ou o local escolhido pelas partes para a prática dos atos arbitrais. Tais razões têm relação exclusivamente com o processo arbitral e não podem extravasar seus limites. Quem escolhe um órgão arbitral especializado em certo tipo de contendas ou quem escolhe um centro arbitral renomado – que, por acaso, tenha sede neste ou naquele município – dificilmente estará preocupado com eventual vinculação a órgãos judiciários do mesmo local. Aliás, é muito provável que as partes, ao formularem a escolha de um órgão arbitral, efetivamente não tenham intenção alguma de vincularem-se a órgãos judiciários da mesma localidade, de modo que, na falta de eleição de foro, prevalecem as regras gerais de competência, não sendo elemento relevante para detectar eventual escolha tácita o simples fato de optarem as partes por fazer resolver seu litígio perante um órgão arbitral institucional situado nesta ou naquela comarca.”²³⁴

Extrai-se o mesmo entendimento aqui defendido da obra de Paulo Henrique dos Santos LUCON. Referindo-se à execução da sentença arbitral, sustenta o autor que “...o processo estatal deverá ser distribuído livremente ou em consonância com as particularidades do caso concreto (por exemplo: cláusula de eleição de foro, local de

²³² Importante notar que não existe incompatibilidade nenhuma entre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro. Conforme leciona CARMONA: “A primeira (cláusula compromissória) retira do juiz togado a competência para julgar controvérsias futuras que venham a surgir entre as partes relativamente ao contrato em que a avença vem inserida; a segunda (cláusula de eleição de foro) atribui a juízo de determinada localidade a competência para providências judiciais ligadas à arbitragem (instituição forçada da arbitragem, execução da sentença arbitral, propositura de ação de anulação da sentença arbitral)” (MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.627 – comentários de Carlos Alberto CARMONA ao art. 475-P). Ainda a esse respeito, confira-se: CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; _____. BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33-46.

²³³ ASSIS, op. cit., p. 392-393.

²³⁴ CARMONA, *Arbitragem e processo*..., p. 120-121.

cumprimento da obrigação, local em que se processou a arbitragem ou onde o tribunal ou a instituição arbitral tem a sua sede).”²³⁵ A partir dos exemplos dados entre parênteses por LUCON, conclui-se que, a seu ver, a regra é a distribuição da execução ao juízo estatal que seria competente para julgar a causa caso não houvesse convenção de arbitragem (é o que se extrai da menção ao “local de cumprimento da obrigação”, em clara referência ao art. 100, inciso IV, aliena *d*, do Código de Processo Civil). A menção a “cláusula de eleição de foro” e a “local em que se processou a arbitragem ou onde o tribunal ou a instituição arbitral tem a sua sede” indica que o autor vê a possibilidade, que é inegável, que as partes têm de escolher o foro da execução – inclusive, se assim quiserem, escolhendo como foro o local em que teve sede a arbitragem ou no qual o processo foi desenvolvido (neste caso, destaque-se, sempre mediante a indicação expressa no sentido de que o foro eleito para a execução corresponde ao local em que teve sede a arbitragem ou foi o processo arbitral desenvolvido²³⁶).

6.3.1.5 – Conexão entre a execução e a ação destinada ao controle da sentença arbitral

Importante observar, ainda, que a distribuição do processo de execução deve de se dar, por dependência, ao mesmo juízo *em que estiver tramitando* eventual ação de controle da sentença arbitral (art. 253, inciso I, do Código de Processo Civil)²³⁷. O contrário também é válido: o juízo processante da execução da sentença arbitral (ou de medida cautelar que lhe seja preparatória²³⁸) anteriormente instaurada será o competente, *por prevenção*, para o julgamento da ação de controle.

²³⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Títulos executivos e multa de 10%. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR; Nelson; ALVIM WAMBIER; Teresa Arruda (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 999.

²³⁶ Ou seja, como se disse anteriormente no texto, da escolha da sede da arbitragem ou do local em que o processo arbitral deve se desenvolver não decorre, automaticamente, que a futura e eventual execução da sentença arbitral deva se dar no foro daquele mesmo local. Deve haver uma indicação expressa nesse sentido. Não havendo, as regras de competência a serem observadas são, em princípio, aquelas do Código de Processo Civil: o processo de execução deve ser atribuído a juízo do foro no qual, não houvesse a convenção arbitral, a ação de conhecimento seria processada.

²³⁷ Acerca dos efeitos da demanda de controle da sentença arbitral sobre o processo de execução, vide os itens 7.1.15.5, 7.2.10.1.5 e 7.4.6.3.

²³⁸ O juízo processante da medida cautelar preparatória da execução será competente para a própria execução, conforme o art. 800 do Código de Processo Civil. A prevenção do juízo se expandirá para as

Note-se: não se trata de reconhecer a competência funcional do juízo da ação de controle da sentença para processar a execução ou vice-versa. Tal não seria possível por não existir na legislação regra específica de competência funcional nesses termos. *De lege ferenda*, poderia até haver disposição expressa no sentido de que – por se tratar de causas inseridas em um mesmo contexto litigioso – devem as ações impugnativas da sentença e a execução ser processadas perante um mesmo juízo. Todavia, repita-se, não há.

Mas o fato de não existir regra de determinação de competência nesses termos – nem é indispensável que efetivamente haja – não obsta a que se reconheça a prevenção do juízo da ação de controle da sentença para processar a execução. É perfeitamente possível, mais do que isso, é *absolutamente necessário* reconhecer uma relação de conexão entre a ação de controle e a execução, tendo-se em vista inclusive os futuros e eventuais embargos ou impugnação ao cumprimento de sentença e, outrossim, a existência de cognição rarefeita na execução (dado o cabimento de objeções)²³⁹.

Com efeito, não se pode admitir uma concepção formalista dos requisitos da conexão. Esta deve ser reconhecida para reunir processos em um mesmo juízo, flexibilizando-se, se necessário, os critérios legais *de prorrogação de competência*, toda vez que for apta a viabilizar a eliminação de possíveis contradições e de despropósitos práticos.

Como se sabe, são diversos os motivos que desmoralizam e desacreditam o processo e o Poder Judiciário. Deve-se, então, fazer o possível para que tal elenco não seja ampliado. A própria construção doutrinária da chamada “conexão por prejudicialidade” – figura que, apesar de extrapolar os limites previstos literalmente na lei para a configuração de conexão, é uma imposição lógica e de bom senso – é uma decorrência positiva dessa preocupação.

Nesse sentido, destacando a necessidade de se reunir em um mesmo juízo a execução e o processo que tem por objeto a anulação (ou, se for o caso, declaração da inexistência ou ineficácia jurídica) do título executivo, em vista da inequívoca relação de prejudicialidade e, portanto, de conexão que existe entre ambos, Bruno Silveira de

causas interligadas funcionalmente à medida cautelar, como evidentemente a própria medida principal – que, no caso imaginado, é a execução.

²³⁹ BEDAQUE, Prorrogação legal..., p. 134. Diz o autor: “*Embora exista entendimento contrário à existência de conexão entre demandas cognitiva e executiva, ninguém nega o fenômeno se opostos embargos*” (com grifo no original).

OLIVEIRA²⁴⁰, ASSIS²⁴¹, Luiz Rodrigues WAMBIER e TALAMINI²⁴² e BEDAQUE. Segundo este último: “Embora exista divergência a respeito, tenho entendido haver conexão entre ações executivas e anulatória, se ambas têm fundamento na mesma relação material: *embora dos autos não conste cópia da inicial da demanda constitutiva, dúvida não há de que os agravados pretendem, naqueles autos, alterar a relação jurídica de direito material com fundamento em que o agravante formulou o pedido de tutela satisfativa. Além disso, tudo indica haver identidade entre os fatos constitutivos do direito deduzido naquele processo e nos embargos à execução. Na demanda cognitiva, portanto, os agravados pretendem a revisão do contrato, apontando irregularidades na constituição do crédito exequendo. Com idêntico fundamento, visam à desconstituição do título em sede de embargos à execução. A tutela executiva pleiteada pelo agravante está fundada nesse mesmo título, de cuja existência depende a adequação do provimento jurisdicional... Existe entre as ações, portanto, nítida relação de prejudicialidade, que não deixa de ser forma de conexão... Reconhecida a ineficácia dos contratos no processo cognitivo, inadmissível a tutela satisfativa*” (com grifo no original). Mais adiante, após mencionar outros autores que confirmam tal posicionamento (como, v.g., Giuseppe CHIOVENDA, DINAMARCO e LIEBMAN) e precedentes judiciais na mesma linha, BEDAQUE arremata dizendo que: “A simples identidade de relação jurídica material já é suficiente para configurar conexão” (com grifo no original)²⁴³.

À conclusão diversa não se poderia chegar, partindo-se da seguinte lição de DINAMARCO: “O que importa, nos institutos regidos pela conexidade, é a utilidade desta como critério suficiente para impor certas consequências (prorrogação de competência, reunião de processos) ou autorizar outras (litisconsórcio). Essa utilidade está presente sempre que as providências a tomar sejam aptas a proporcionar a harmonia de julgados

²⁴⁰ O autor defende uma “visão ampliativa” do instituto da conexão, admitindo a possibilidade de sua ocorrência não apenas nas situações do art. 103 do Código de Processo Civil. Fala na “conexidade por relações de oposição entre elementos concretos das demandas”. A reunião entre execução e ação de anulação do título executivo, praticada pela jurisprudência, seria, por exemplo, uma decorrência da aceitação da conexidade em tais termos, o que se imporia pelo “...bom senso e a necessidade de se alcançarem os resultados jurídico, político e social, para cuja consecução converge todo o sistema processual” (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 110-111).

²⁴¹ ASSIS, op. cit., p. 398-399.

²⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2. p. 494-495.

²⁴³ BEDAQUE, Prorrogação legal..., p. 133.

ou a convicção única do julgador em relação a duas ou mais demandas (Redenti). Ainda que ocorra a mera identidade parcial de títulos, será útil a prorrogação da competência, com reunião das causas sob um juiz só... sempre que a convicção para julgar haja de ser a mesma e não deva haver discrepâncias entre julgamentos. Conquanto vaga, essa orientação tem as vantagens da flexibilização de critérios, permitindo ao juiz alguma margem de poder para a inteligente avaliação dos casos concretos e da utilidade da medida a ser determinada” (sem grifos no original)²⁴⁴.

Some-se a isso que boa parte da doutrina sustenta que a ação do devedor (voltada a anular ou obter a declaração de inexistência ou ineficácia jurídica do título) ajuizada antes ou na pendência da execução deve ser aproveitada como embargos de executado ou impugnação ao cumprimento de sentença, evitando-se assim a duplicidade de medidas com o mesmo fim (vide o item 7.1.8.3, abaixo). Correta ou não, essa providência apenas evidencia a razoabilidade de reconhecer a conexão e reunir os processos.

De mais a mais, a conexão ora sustentada (“por prejudicialidade”) é aceita de modo tranquilo pela jurisprudência²⁴⁵.

²⁴⁴ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, p. 156.

²⁴⁵ Vide, por exemplo, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “3. A Primeira Seção deste Tribunal consolidou entendimento no sentido de admitir a conexão entre a execução e a ação de conhecimento que ataca o título executivo que fundamenta a primeira, independentemente da oposição de embargos do devedor, sugerindo a reunião dos processos para evitar decisões conflitantes. A natureza cognitiva da ação anulatória do débito fiscal equipara-se àquela vislumbrada nos embargos à execução, tendo, inclusive, a força de suspender a execução em curso, desde que garantido o juízo. 4. Irreparável o entendimento do Tribunal de origem que reconheceu a relação de conexidade entre a execução fiscal e a ação anulatória que a precede, reunindo os processos no juízo em que se processa a ação de conhecimento, para o julgamento simultâneo. Entretanto, impende ressaltar que a conexão por si só não suspende o executivo fiscal, pois a suspensão da exigibilidade do crédito tributário depende da garantia do juízo ou do depósito do montante integral do débito conforme preconizado pelo art. 151 do CTN” (Recurso Especial n.º 787.408/RS, 1ª Turma, Relator Ministro José DELGADO, publicado no Diário de Justiça de 22.05.2006, p. 167).

É o que também exara a ementa a seguir, também de julgado do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONEXÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. REUNIÃO DOS PROCESSOS PARA JULGAMENTO SIMULTÂNEO. 1. Constatada a conexão entre a ação de execução fiscal e a ação anulatória de débito fiscal, é conveniente a reunião dos processos para julgamento simultâneo, evitando-se, assim, decisões conflitantes. 2. *O instituto da conexão provém da necessidade de segurança jurídica, bem como da aplicação do princípio da economia processual. A sua adoção tem a vantagem de impedir decisões conflitantes entre ações que contenham algum(ns) elemento(s) similar(es). Isso sem contar na economia processual que gera, pois evita que vários juízes julguem concomitantemente causas semelhantes. Existindo – ainda que remotamente – a possibilidade de serem proferidas decisões conflitantes, ou havendo alguma semelhança entre duas demandas, é conveniente que as ações sejam reunidas para fins de prolação de apenas uma sentença* (Recurso Especial n.º 100.435/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de

6.3.1.6 – Síntese do item

Em suma, a competência para processar a execução de sentença arbitral condenatória no pagamento de quantia ou a execução de sentença condenatória em obrigação de fazer ou não fazer ou entrega de coisa a que se aplique o Livro II do Código de Processo Civil pertence ao foro do local em que, segundo as regras do próprio Código, a ação de conhecimento teria de ser ajuizada caso não houvesse entre as partes convenção de arbitragem. Nada impede, porém, que as partes optem por outro foro, na medida em que a competência territorial é (ao menos em regra) relativa – nesse caso, é fundamental que a eleição de outro foro seja feita de modo expresse, na convenção de arbitragem ou em algum outro documento. Por outro lado, é necessário atentar para possível existência de juízo preventivo no momento de ajuizar a execução. O juízo perante o qual estiver em trâmite anterior ação de controle da sentença arbitral ou, então, medida cautelar preparatória (da execução ou da ação de impugnação) fica preventivo, por conexão, em relação ao processo de execução.

6.3.2 – Caso de sentença arbitral condenatória em obrigação de fazer ou não fazer ou em obrigação de entregar coisa, quando as partes pactuaram a aplicação do “modelo processual” dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil

Se as partes pactuaram o “modelo processual” do art. 461 ou do art. 461-A do Código de Processo Civil, caberá (em princípio) aos árbitros a realização das medidas de execução indireta que não impliquem restrições a direitos indisponíveis das partes ou terceiros. Já as medidas de força e aquelas que ponham em jogo direitos indisponíveis competirão, a requerimento dos árbitros, ao Judiciário. Mas qual será o foro judicial competente para as medidas judiciais de execução eventualmente necessárias para efetivar a sentença arbitral?

O art. 22, § 4º, da Lei n.º 9.307/1996 consigna que, havendo a necessidade de medidas judiciais para implementar suas decisões *cautelares ou antecipatórias de efeitos da tutela*, os árbitros poderão-deverão solicitá-las “...ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.” É nessa regra que se deve

01.12.1997). 3. Agravo regimental improvido” (Agravo no Recurso Especial n.º 121.438/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Francisco FALCÃO, publicado no Diário de Justiça de 25.11.2002 – com grifo no original).

buscar a resposta para a indagação acima posta. Caberá, então, verificar qual o foro em que a demanda cognitiva seria proposta, caso não houvesse convenção de arbitragem. Perante esse foro é que terão de ser requeridas, pelos árbitros, as medidas judiciais eventualmente necessárias para a efetivação da tutela específica ou resultado prático equivalente.

6.3.2.1 – Inaplicabilidade do entendimento segundo o qual o árbitro pode recorrer ao foro mais conveniente para a realização prática de sentenças arbitrais

Poder-se-ia pretender invocar entendimento no sentido de que os árbitros, necessitando do apoio judicial para efetivar as suas decisões, não devem recorrer a juízo do foro que, não houvesse a convenção, seria competente para a causa, mas a “...magistrado do local onde o ato deva ser praticado, de modo a tornar mais fácil, mais célere (e, portanto, mais efetivo) o concurso do Poder Judiciário.”

CARMONA adota esse entendimento especificamente quando trata da competência para atos judiciais que se façam cogentes *no curso do processo arbitral*. O autor assim justifica a sua conclusão: “...considerando que os árbitros são responsáveis – em face do dever de diligência – por fazer cumprir suas decisões, é também razoável supor que devam eles, árbitros, recorrer ao juiz mais próximo ou mais habilitado para a execução das providências necessárias.”²⁴⁶

Concorda-se com o referido posicionamento. Aceita-se a sua adoção inclusive para o caso da segunda parte do § 2º do art. 22 – não apenas para os casos do § 4º deste artigo: é dado aos árbitros recorrer a juízo do foro do local em que reside a testemunha renitente. Não seria nada prático requerer a condução forçada da testemunha a juízo de foro diverso daquele em que ela reside. Afinal, nesse caso o juízo instado pelo(s) árbitro(s) acabaria necessariamente tendo de recorrer a juízo de outro foro para que a providência destinada a conduzir a testemunha ao órgão arbitral fosse tomada.

Porém, entende-se necessário fazer uma ressalva ao posicionamento em questão: não se deve entender que, na hipótese de os árbitros recorrerem “ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”, conforme prevê o § 4º do art. 22, tal “órgão” não possa executar as providências necessárias para a efetivação de atos arbitrais. Ao contrário, nessa hipótese, ele *pode e deve* executá-las. Tem-

²⁴⁶ CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 118-119.

se, enfim, uma espécie de *competência concorrente* entre o foro originalmente competente e aquele competente por razões de conveniência e praticidade.

Por outro lado, discorda-se de quem pretenda aplicar o entendimento de CARMONA para o fim de definir a competência para medidas judiciais destinadas a realizar a tutela específica ou resultado prático equivalente imposto pelas *sentenças arbitrais*. O posicionamento em questão se aplica apenas e tão-somente em relação aos atos de apoio destinados a efetivar atos praticados *no curso do processo arbitral* (inclusive decisões interlocutórias). Razões de praticidade e o fato de a responsabilidade pelo requerimento do apoio judicial caber aos próprios árbitros recomendam que se aceite que estes recorram ao juízo do foro “mais próximo ou mais habilitado para a execução das providências necessárias” (termos de CARMONA). Além disso, na medida em que se trate do juízo do foro mais próximo ou habilitado, *nem sequer caberá falar em prejuízos para as partes da arbitragem ou quem quer que seja*²⁴⁷.

Já se se tratar de medidas judiciais executivas, destinadas a efetivar *sentença arbitral*, os árbitros não terão a faculdade de as requerer ao foro “mais próximo ou mais habilitado” para a execução das providências que se mostrem necessárias. Deverão recorrer ao auxílio do foro do local em que a demanda de conhecimento teria sido proposta caso não houvesse convenção. Isso porque o foro ao qual aos árbitros recorrerem *ficará prevento para eventuais demandas voltadas a controlar a sentença arbitral*. E não seria

²⁴⁷ O foro ao qual os árbitros recorrerem nem mesmo se tornará prevento para medidas pós-sentenças arbitrais. Primeiro, porque será praticamente impossível a medida de apoio ainda estar em trâmite (em primeiro grau) quando do ajuizamento da medida pós-sentença arbitral – o que faz incidir a Súmula n.º 235 do Superior Tribunal de Justiça. Segundo, não haveria conexão nem qualquer nexo de prejudicialidade entre tais medidas de apoio e as pós-sentenças arbitrais que pudesse justificar o processamento dos feitos pelo mesmo juízo. Em terceiro e último lugar, nos casos dos §§ 2º e 4º do art. 22, a competência pode se definir segundo critério de conveniência e praticidade, cabendo aos árbitros buscar a melhor e mais efetiva forma de efetivar suas decisões. Pois essas mesmas razões de praticidade e conveniência aptas a justificar a escolha dos árbitros de recorrer ao apoio de um determinado juízo não necessariamente justificariam que a execução da sentença arbitral se desse perante este mesmo juízo – e isso se já não fossem os dois primeiros óbices invocados nesta nota.

Também entendendo que não existe prevenção na hipótese em questão: CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 118. Nos seus termos: “O juízo que vier a prestar o auxílio solicitado pelo árbitro não estará prevento para qualquer demanda que, posteriormente, venha a ser proposta com relação à arbitragem (anulação de sentença arbitral, execução do laudo arbitral); da mesma forma, sendo necessária nova providência (emergencial ou instrutória) não haverá prevenção, até porque poderá ser necessário o concurso de órgão judicial de outra localidade.” Em sentido contrário, DINAMARCO. A seu ver, estará prevento sim para a execução da sentença o juízo “...que houver sido chamado a realizar medidas de coação para a efetivação de decisões antecipatórias ou cautelares, ou para a condução de testemunhas (art. 22, §§ 2º e 4º)” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. IV, p. 117-118).

razoável deixar aos árbitros o encargo e o poder de definir o foro competente para o julgamento de impugnações da sentença arbitral, mediante o afastamento da regra geral do art. 22, § 4º. O afastamento da regra geral nesse caso se daria em prejuízo direto da(s) parte(s) sucumbente(s) na arbitragem – e, por conseguinte, possivelmente interessada(s) em impugnar a sentença arbitral.

A prevenção acima afirmada é inequívoca. Como se sabe e se verá mais detalhadamente adiante, o executado pode impugnar a sentença arbitral por via de oposição à execução. Ora, as regras de competência funcional determinam que a prevenção para a atividade executiva se expanda aos meios de oposição à execução. Não bastasse isso, verifica-se entre as vias de oposição à execução e a atividade executiva propriamente dita nítida relação de prejudicialidade, como a que se põe também entre a execução e qualquer outra medida de impugnação da sentença arbitral exequenda.

6.3.2.2 – Possibilidade de as partes elegerem foro diverso

Não se descarta a possibilidade de as partes elegerem foro de local diverso daquele originalmente competente para a prática de atos executivos judiciais cogentes para a efetivação da sentença arbitral, nem a possibilidade de os árbitros recorrerem a foro distinto do pactuado ou originalmente competente e as partes não manifestarem sua discordância oportunamente – caso em que haverá a prorrogação da competência.

Em qualquer dessas hipóteses, o juízo a que forem pleiteadas as medidas executivas ficará prevento para os pleitos de impugnação da sentença arbitral e para todos os atos de força ou que envolvam direitos indisponíveis que se mostrem necessários.

6.3.2.3 – Competência para executar multas aplicadas por árbitros ou indenização em que a obrigação específica houver sido convertida

A competência para executar multas aplicadas pelos árbitros ou a indenização em que a obrigação específica houver sido convertida segue, basicamente, a mesma disciplina acima. Será de juízo do foro do local que seria competente para a demanda de conhecimento caso não houvesse convenção de arbitragem – a não ser que as partes tenham definido foro diverso na convenção arbitral.

É possível, ainda, que a parte interessada na execução da quantia recorra a foro diverso do originalmente competente. Nesse caso, não havendo a oportuna oposição da parte contrária, ocorre a prorrogação de competência – e o juízo do foro ao qual o pleito houver sido formulado ficará prevento para eventuais novas medidas executivas judiciais e, também, para o processamento e julgamento de pleitos de impugnação da sentença arbitral.

6.4 – A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL DETERMINA A COMPETÊNCIA PARA A VIA DE OPOSIÇÃO DO EXECUTADO

A verificação do foro em que se deve processar a execução (seja toda a atividade executiva ou apenas os atos que não possam ser praticados pelos árbitros, conforme o caso) permite identificar a quem compete julgar a impugnação contra a sentença arbitral quando formulada por via de oposição à execução (conforme o art. 33, § 3º, da Lei n.º 9.307).

No processo de execução (i) da sentença arbitral condenatória da Fazenda Pública ao pagamento de quantia e (ii) no processo de execução de sentença arbitral condenatória em obrigação de fazer ou não fazer ou em obrigação de entrega de coisa, quando as partes não pactuaram a aplicação do “modelo executivo” dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, a via de oposição de que o executado pode se valer é a dos embargos à execução (vide o item 7.4.1, abaixo). Nesses casos, a prevenção do juízo em relação ao processo de execução *expande-se*, em virtude das regras de competência funcional, aos embargos do executado.

No processo de execução (iii) de sentença arbitral condenatória de particular ao pagamento de quantia, a via de oposição de que o executado pode se valer é a da impugnação ao cumprimento de sentença (ver o item 7.4.2, abaixo). A prevenção para processar e julgar a impugnação *é originária – e não expansiva*. Isso porque a impugnação *não* dá origem a um novo processo. Trata-se de ação de tutela cognitiva incidental ao procedimento executivo, mas incapaz de instaurar um novo processo (ainda o item 7.4.2, abaixo). Logo, a prevenção do juízo para a execução (ou, caso se prefira, para o

cumprimento da sentença) abrange todo o respectivo processo, em todas as suas fases e atos (inclusive o de impugnação)²⁴⁸.

No processo de execução (iv) de sentença arbitral condenatória em obrigação de fazer ou não fazer ou em obrigação de entrega de coisa, quando as partes pactuaram a aplicação do regramento dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, o executado não tem à sua disposição embargos à execução nem impugnação ao cumprimento de sentença. Terá, porém, acesso a uma “via análoga” a essas medidas (ver o item 8.1). Essa via análoga consistirá em ação autônoma, que dará início a um novo processo de conhecimento (tal como os embargos do executado). A competência para esse novo processo será do juízo a que as medidas de apoio (*a priori*, apenas os atos de força e/ou que envolverem direitos indisponíveis) forem (conforme o item 6.3.2, acima) requeridas (na linha do que foi exposto no item 6.3.1.5).

Conforme se demonstrará no item 8.3, determinados vícios da sentença arbitral podem ser alegados, ainda, por via de objeção na execução (“exceção de pré-executividade”). A objeção cabe em procedimento executivo de qualquer das sentenças arbitrais condenatórias acima referidas (itens “i” a “iv”). E a competência para apreciá-la será sempre do próprio juízo a quem couber a atividade executiva. Trata-se de decorrência da prevenção que a atribuição da execução gera para o juízo. É dizer: o juízo competente para a execução é competente para todo o processo de execução, ou seja, todos os atos que em seu bojo sejam praticados (prevenção originária).

6.5 – COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO ANULATÓRIA DO § 1º DO ART. 33 DA LEI N.º 9.307 E OUTRAS MEDIDAS DE CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL

A competência para o processamento e julgamento da ação anulatória de que trata o § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996 é, também, de juízo do foro que seria competente para a causa se não tivesse havido a celebração de convenção de arbitragem²⁴⁹.

Isso não se encontra previsto, expressamente, em lugar algum. Mas não existe razão alguma para entender que a competência para processar a ação de anulação da

²⁴⁸ Sobre a diferença entre prevenção originária e expansiva e a interligação funcional entre processos, vide: DINAMARCO, *Instituições...*, v. I, p. 439-441, 454, 637 e 646-647.

²⁴⁹ No mesmo sentido, por exemplo: JOSÉ CAHALI, *op. cit.*, p. 322.

sentença arbitral deva ser diversa daquela definida em lei para a execução das sentenças arbitrais condenatórias. Aplicam-se por analogia, também para a definição da competência para a ação anulatória, as regras do art. 6º, parágrafo único, e art. 22, § 4º, da Lei n.º 9.307/1996.

A ação que tenha por fim obter a declaração da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença (item 7.2) e a ação que se volte a eliminar falhas irregularidades ou defeitos materiais que geram incertezas sobre a sua identidade e higidez (item 7.3) seguem essas mesmas regras. Não se verifica aspecto algum no regime jurídico desses outros vícios a impedir essa conclusão. E o legislador não dispôs diversamente, para diferenciar as regras de competência de acordo com a natureza do vício da sentença. Portanto, serão, em qualquer caso, obedecidas as regras gerais de competência do Código de Processo Civil para a causa decidida pela sentença (ou pretensa sentença) arbitral.

É evidente que as partes podem eleger foro diverso do originalmente competente para processar e julgar as ações de controle da sentença arbitral. Caso sejam eleitos foros diversos para essas ações e a execução da sentença arbitral, o juízo do foro perante o qual for instaurado o primeiro processo com citação válida ficará prevento para o segundo processo (art. 219 do Código de Processo Civil). Conforme se expôs na nota 230, a conexão prevalece sobre a cláusula de eleição de foro enquanto fator de modificação de competência.

Da mesma forma, o juízo competente para ação de impugnação ajuizada por uma das partes contra a sentença arbitral será competente, por prevenção, para processar e julgar eventual ação de impugnação da outra parte. Seja por conta da identidade de partes e pedido/causa de pedir, seja ainda por conta de possível relação de prejudicialidade existente entre as ações, sua reunião perante o mesmo juízo, para julgamento conjunto, será imperiosa a fim de se evitar a prolação de decisões conflitantes.

Por fim, observe-se desde logo que os Juizados Especiais não possuem competência para a anulação e execução de sentenças arbitrais. Mesmo que a sentença tenha sido proferida em arbitragem pactuada incidentalmente em processo de Juizado Especial, a competência para anulá-la ou executá-la será de órgão da Justiça Comum, devendo ser apurada segundo as regras do Código de Processo Civil. Logo, as regras de competência em razão do valor ou da matéria previstas nas Leis dos Juizados Especiais deverão ser consideradas “transparentes”, *i.e.*, não se aplicarão. Dever-se-á verificar qual órgão da Justiça Comum teria, segundo as regras “gerais” do Código, competência para a

causa se não houvesse a convenção. Perante esse órgão é que deverão tramitar as medidas impugnativas ou executivas da sentença arbitral. Vide a esse respeito o item 7.1.9.3, abaixo.

Sobre o (des)cabimento de outras vias de impugnação das sentenças arbitrais nacionais, além das que são contempladas pela Lei n.º 9.307/1996 e a competência para julgá-las, vide o item 8.

7 – CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL SEGUNDO A LEI N.º 9.307/1996

Enquanto não encerrada a arbitragem, os árbitros terão competência para – de ofício ou a requerimento das partes, dependendo da natureza da matéria, mas sempre com a observância dos limites do procedimento convencionado – conhecer de eventuais irregularidades que se verifiquem na sentença, se for o caso até mesmo para cassá-la ou reformá-la. Trata-se de imposição da cláusula do devido processo legal (art. 21, § 2º, da Lei n.º 9.307).

Assim, v.g., indicada omissão sobre um determinado pedido por meio de “embargos de declaração”, os árbitros devem realizar o suprimento da sentença. Da mesma forma, havendo a interposição de recurso interno que tenha sido convencionado pelas partes, os árbitros conhecerão de eventuais nulidades nele alegadas – aliás, todas as matérias processuais não preclusas relacionadas aos capítulos de mérito devolvidos pelo recurso poderão ser apreciadas na instância recursal arbitral, ainda que não tenham sido abordadas pelo recorrente (efeito devolutivo do recurso em sua dimensão vertical).

Depois de encerrada a arbitragem, o órgão arbitral se desfaz e os árbitros perdem os poderes que haviam recebido das partes. Torna-se, então, necessário, para eliminar eventuais vícios identificados na sentença, recorrer ao Poder Judiciário por meio de algum dos mecanismos de controle disponíveis no ordenamento – ressalvada, porém, a possibilidade (já mencionada no item 3.5.5) de reabertura da arbitragem *por acordo entre as partes e os árbitros* a fim de eliminar os vícios processuais.

No presente capítulo, serão analisados os mecanismos de controle judicial da sentença arbitral nacional abrangidos pela Lei n.º 9.307/1996. O art. 33 da Lei faz referência expressa a apenas dois mecanismos: *ação anulatória* (§ 1º); e *embargos do executado*. Entende-se, ainda, desde que foi editada a Lei n.º 11.232/2005, que também a *impugnação ao cumprimento de sentença* (art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil) é contemplada pelo art. 33, conforme se demonstra no item 7.4.2.

Embora não nominalmente referidas na Lei n.º 9.307, devem ainda ser consideradas por ela contemplados (e, por isso, também serão tratadas no presente capítulo) a *ação declaratória* – que consiste no mecanismo adequado para a alegação das matérias do art. 32 que geram a inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral

(vide o item 7.2); e as *ações destinadas a eliminar irregularidades ou defeitos materiais* que a Lei considera relevantes para a perfeita identificação da sentença (item 7.3).

7.1 – AÇÃO ANULATÓRIA

Dentre os mecanismos de impugnação da sentença arbitral nacional previstos na Lei n.º 9.307/1996, a demanda de “decretação de nulidade” (ou ação anulatória) é, sem dúvida, o mais comumente utilizado (§ 1º do art. 33). Isso se deve ao fato de ser ela cabível contra sentenças arbitrais de todas as naturezas (*i.e.*, declaratórias, constitutivas e condenatórias) e, além disso, aos termos do *caput* do art. 32 da Lei. Quando afirma que todas as situações nele enumeradas seriam de “nulidade”, o art. 32 dá a entender que a ação anulatória seria o instrumento adequado para alegar qualquer delas, o que contribui para que seu uso seja feito (inadequadamente) em situações que não são verdadeiramente de “nulidade”.

7.1.1 – Objeto e natureza da ação anulatória

Como se expôs no item 4.4.1, a sentença nula existe e produz seus efeitos normalmente, enquanto não definitivamente desconstituída pelo Poder Judiciário. A ação anulatória se presta justamente ao pleito de desconstituição da sentença arbitral quando ela estiver inquinada de alguma das *nulidades* previstas no art. 32 da Lei n.º 9.307²⁵⁰, de modo a retirar a sua capacidade de produzir efeitos jurídicos. Sua natureza é, portanto, constitutiva negativa²⁵¹.

Tecnicamente, é impróprio pedir a “anulação” de uma sentença *inexistente* – pois o que não existe, logicamente, não pode ser válido ou inválido (item 4.4.2). Da mesma forma, pretendendo (e tendo interesse jurídico em) obter o reconhecimento de que a “coisa julgada arbitral” não se lhe estende, o terceiro que deveria ter feito (mas não teve oportunidade de fazer) parte da arbitragem não deve pedir a “anulação” da sentença, mas

²⁵⁰ Como se expôs no item 4.4.1, muitos preferem dizer sentenças arbitrais “anuláveis”, em vez de “nulas”. A questão se torna meramente terminológica se compreendido que a sentença inválida tem o condão de produzir efeitos até que definitivamente desconstituída por decisão judicial.

²⁵¹ RICCI, Reflexões sobre o art. 33..., p. 194 e seguintes; CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 423; VALENÇA FILHO, *Poder judiciário...*, p. 147; JOSÉ CAHALI, *Curso de arbitragem...*, p. 307 e seguintes; RANZOLIN, *op. cit.*, p. 180 e seguintes; FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 77; entre muitos outros.

apenas a declaração de que ela lhe é “juridicamente ineficaz” (item 4.4.3). Ademais, a anulação também não será a providência a ser tomada se o vício consistir em mero erro ou omissão material quanto a elemento relevante para a identificação da sentença – sua origem/autoria ou local/data de prolação (item 4.4.4).

Mas note-se que a alegação desses outros vícios como se de “nulidade” fossem, por meio de “ação de anulação”, *não* deve ser tida por inadmissível pelo Poder Judiciário. Não se poderá, de forma alguma, cogitar de inépcia da petição inicial ou de ausência de interesse de agir. A providência a ser adotada pelo juiz será simplesmente tomar o pedido de “anulação” como sendo de declaração de inexistência ou ineficácia jurídica ou, ainda, de mera correção da “irregularidade” material verificada, conforme o caso.

Ora, se própria Lei de Arbitragem tratou (equivocadamente) todos os vícios do art. 32 como se fossem causas de “nulidade” da sentença, intitular de “anulatória” ação que verse sobre matéria que configure vício de outra natureza não pode ser considerado “erro grosseiro”. De mais a mais, os princípios da instrumentalidade das formas, segurança jurídica, razoabilidade e economia processual não permitiriam outra solução a não ser a de relevar a impropriedade na qualificação jurídica do vício alegado e, conseqüentemente, na especificação da providência jurisdicional pretendida.

Essa solução nem sequer seria capaz de gerar dificuldades operacionais. O procedimento a ser seguido não se alterará por isso. Nem mesmo a competência para julgar a demanda variará de acordo com a natureza do vício nela alegado – diversamente do que se passa, por exemplo, entre ações de declaração de inexistência ou ineficácia jurídica de sentença judicial e ações rescisórias (estas últimas de competência de órgão superior ao que proferiu a sentença rescindenda, enquanto aquelas competem a juízo de primeiro grau).

7.1.2 – Possibilidade de cumular (em caráter sucessivo eventual) pedido de novo julgamento da causa (pelo Judiciário) ao pedido de anulação

O § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996 diz que o Judiciário, ao acolher ação anulatória, desconstituirá a sentença (inciso I) ou, quando a arbitragem ainda puder ser retomada, “determinará que o árbitro ou tribunal arbitral” profira nova decisão (inciso II). Sua leitura gera, portanto, a impressão de que jamais será dado ao juiz, no mesmo processo

em que anulada a sentença, realizar novo julgamento sobre o mérito da causa submetida aos árbitros²⁵².

Mas, a rigor, não existe impedimento a que, ao pedido de desconstituição da sentença arbitral nula, cumule-se (em caráter sucessivo eventual) pedido para que haja o novo julgamento da causa *pelo Poder Judiciário*.

7.1.2.1 – Os efeitos da decisão do “pedido rescisório” se produzem apenas depois de transitada em julgado a decisão do “pedido rescindendo”

Como se verá mais adiante, no item 7.1.10, a decisão de desconstituição da sentença arbitral apenas produz os seus efeitos depois de transitada em julgado. Até que isso ocorra, a sentença arbitral continuará existindo no mundo jurídico, produzindo os seus efeitos normalmente.

Diante disso, poder-se-ia pensar que a própria subsistência da sentença arbitral na pendência do processo de anulação impediria o Poder Judiciário de, a pedido do autor, no bojo daquele mesmo processo, realizar o novo julgamento do mérito da causa antes submetida aos árbitros (art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil).

Mas note-se que também a sentença de procedência da ação rescisória (art. 485 e seguintes) possui natureza constitutiva negativa – o que significa que também os seus efeitos se produzem apenas após seu trânsito em julgado. Nada obstante isso, o Código de Processo Civil impõe que o autor formule, quando for o caso, pedido rescisório em cumulação (sucessiva eventual²⁵³) com o pedido rescindendo (conforme o art. 488, inciso I).

Essa determinação legal não desmente nem é incompatível com a conclusão de que as sentenças constitutivas apenas produzem efeitos depois de transitadas em

²⁵² Sobre a correta leitura do art. 33, § 2º, incisos I e II, vide o item 7.1.15.

²⁵³ Dá-se *cumulação sucessiva eventual*, nos termos de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, “...quando o pedido formulado em segundo lugar só puder ser apreciado no caso de ser procedente primeiro. Aqui ocorre o contrário daquilo que se observa na cumulação alternativa eventual: enquanto esta supõe a rejeição do pedido principal, como requisito para que o juiz possa conhecer do pedido posterior, a cumulação sucessiva eventual exige justamente o contrário, ou seja, que o pedido anterior seja julgado procedente para que se torne possível o conhecimento do pedido subsequente” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1. p. 228). É, enfim, o que alguns autores preferem chamar, simplesmente, de “cumulação sucessiva” (por exemplo: CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 119, jan. 2005. p. 28).

julgado. Basta compreender que os efeitos da decisão do pedido rescisório (admitido, *rectius*, imposto no âmbito das ações rescisórias por uma questão de efetividade e economia processuais) apenas se produzirão depois de transitada em julgado a decisão do pedido rescindendo. Antes disso, a sentença rescindenda continuará produzindo os seus efeitos – ressalvada, evidentemente, a possibilidade de suspendê-los por medida de urgência (art. 489).

Portanto, a pretensa impossibilidade de se cumular pedido de novo julgamento da causa pelo Poder Judiciário ao pedido de anulação não pode ser alegada sob o fundamento de que a decisão de desconstituição da sentença arbitral apenas produz seus efeitos (retirando a sentença arbitral do mundo jurídico) depois de transitada em julgado.

7.1.2.2 – Pedido de novo julgamento nos casos em que a retomada da arbitragem é inviável

Nos casos em que, após a anulação da sentença, é em tese viável a retomada da arbitragem na forma do art. 33, § 2º, da Lei n.º 9.307/1996, faz sentido que não exista – ao menos *a priori* – a possibilidade de o Judiciário, no mesmo processo, passar ao julgamento do mérito da causa submetida aos árbitros. Isso porque as partes escolheram a arbitragem para a resolução de seu conflito. E se o processo arbitral ainda pode ser aproveitado, pensou o legislador, é natural que nele seja proferida a nova sentença para a causa²⁵⁴.

Mas o que supostamente estaria a impedir o Poder Judiciário de, no mesmo processo em que anulada a sentença, passar a um novo julgamento do mérito da causa submetida aos árbitros quando *simplesmente não fosse viável a retomada da arbitragem*?

Segundo parte da doutrina, o inciso I do § 2º do art. 33 da Lei de Arbitragem menciona as situações em que, “anulada”²⁵⁵ a sentença, a devolução da causa aos árbitros por determinação do Poder Judiciário seria teoricamente inviável. Em algumas delas, o vício verificado afetará a própria convenção de arbitragem. Em outras, o vício residirá na estrutura do juízo arbitral instaurado, não diretamente na convenção²⁵⁶. Em

²⁵⁴ Nesse sentido: YARSHELL, *Ação rescisória*..., p. 209-210.

²⁵⁵ Na verdade, nem todos aqueles casos são de verdadeira “nulidade”. Vide os itens 4.4.2, 4.4.3 e 7.2.10.1.

²⁵⁶ CARMONA, *Arbitragem e processo*..., p. 424.

qualquer caso, afirma-se, com a “anulação” da sentença, a parte interessada ficará livre para recorrer ao Poder Judiciário ou então para pactuar *nova* arbitragem para o conflito²⁵⁷.

De fato, em determinados casos referidos naquele dispositivo²⁵⁸ a determinação de devolução da causa aos árbitros poderia: contrariar escolhas validamente feitas pelas partes na convenção – o que configuraria indevida ingerência estatal na sua esfera de disponibilidade/autonomia; ou extrapolar os limites dentro dos quais a arbitragem é admitida no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de casos em que, anulada a sentença, a retomada da arbitragem anterior é absolutamente inviável ou apenas pode ser realizada se as partes acordarem em realizar ajustes necessários no procedimento desenvolvido. Mais ainda: são casos em que a causa julgada pela sentença tida por irregular pelo Poder Judiciário deixa inclusive – ao menos em princípio – de se sujeitar aos efeitos (positivo e negativo) da convenção arbitral²⁵⁹.

Se assim é, não se pode excluir a possibilidade de cumular, *em caráter sucessivo eventual*, o pedido de novo julgamento da causa (agora pelo Judiciário) ao pedido de anulação da sentença arbitral, *nos casos em que a retomada da arbitragem se mostrar em tese inviável*. Trata-se de imposição dos princípios da razoabilidade e da economia e eficiência processuais. Ora, se a anulação da sentença autoriza que a parte interessada ingresse no Poder Judiciário com demanda de novo julgamento da causa, natural que o autor da ação anulatória, interessado nesse novo julgamento, possa pedi-lo desde logo, de forma cumulada, em caráter sucessivo eventual, com o pedido de anulação.

²⁵⁷ Vide, por exemplo: CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 423-424; RANZOLIN, *op. cit.*, p. 180; FERNANDES, *op. cit.*, p. 83.

²⁵⁸ Mas não em todos. Como se verá nos itens 7.1.15.1 e 7.2.10.1.2, mesmo em algumas situações dos incisos I, II, VI, VII e VIII do art. 32 será perfeitamente possível a devolução da causa aos árbitros.

²⁵⁹ E se a sentença vier a ser declarada inexistente em razão de vício que contamine *cláusula arbitral*: a convenção continuará vinculando as partes em relação a conflitos *diversos* daquele decidido pela sentença declarada inexistente? A rigor, sim. É que a decisão sobre a regularidade da cláusula terá sido dada em caráter incidental no processo judicial realizado. Logo, não haverá a formação de coisa julgada a seu respeito, que possa ser oposta diante da pretensão de uma das partes de iniciar arbitragem sobre outro conflito (vide, ainda, o item 7.2.2).

Além disso, apenas para argumentar, note-se que em determinados casos o defeito da cláusula arbitral pode ser suprido pelas partes, viabilizando a instauração de novas arbitragens sobre “novos” conflitos. Imagine-se que o defeito da cláusula esteja no fato de ter ela sido imposta a um dos contendentes, que veio a participar da arbitragem com a ressalva expressa de que com ela não concordava. Nesse caso, a sentença arbitral que for proferida será inexistente. Mas nada impede que, com base na mesma cláusula, a parte contra quem a arbitragem anterior havia sido imposta tome a iniciativa de instaurar nova arbitragem, sobre conflito diverso do já julgado pela pretensa sentença arbitral. A nova arbitragem realizada com a participação das partes será, então, regular.

7.1.2.3 – Pedido de novo julgamento nos casos em que a retomada da arbitragem é em tese viável

Não se pode descartar a possibilidade de admitir a cumulação *mesmo nos casos em que a retomada da arbitragem for em tese viável* (art. 33, § 2º, inciso II e em alguns casos do inciso I, da Lei n.º 9.307).

Imagine-se que a demanda de novo julgamento da causa venha a ser proposta em cumulação sucessiva eventual (compreendida nos termos da nota 253) com a demanda de anulação e que o demandado – em vez de afirmar seu descabimento, alegando que a causa haverá de ser devolvida aos árbitros em caso de anulação da sentença – concorde com a sua formulação no processo instaurado, manifestando-se sobre o seu mérito. Nessa hipótese, restaria configurado, não há dúvidas, o afastamento consensual da convenção de arbitragem em relação ao conflito julgado pela sentença impugnada.

Lembre-se que a opção pela arbitragem é sempre disponível para as partes. As partes podem a qualquer tempo, de comum acordo, renunciar ao pacto arbitral, tácita ou expressamente. Bem por isso, aliás, a falta de oportuna alegação da existência de convenção de arbitragem em processo judicial que verse sobre conflito por ela abrangido gera a “prorrogação” da competência/jurisdição estatal (art. 301, § 4º, do Código de Processo Civil).

Mas destaque-se: para que a cumulação possa ser admitida na hipótese em exame deverá ficar clara, inequívoca, a concordância do demandado com sua realização. Na ausência de evidente distrato da arbitragem pelas partes, ficará obstado o conhecimento do pedido sucessivo pelo Judiciário. Haverá uma arbitragem em aberto, pendente de julgamento por nova e válida sentença, a ser proferida no lugar da anulada.

Não deve, enfim, o Judiciário indeferir liminarmente o pedido sucessivo, *i.e.*, antes de ouvir o demandado. A postura deste em face da cumulação é fundamental para que o juiz possa decidir a respeito de sua admissibilidade no processo.

7.1.2.4 – Necessidade de realização de contraditório sobre o pedido de novo julgamento da causa

Deverá haver pleno contraditório a respeito do pedido de novo julgamento da causa – inclusive, quando for o caso, com a realização de ampla instrução probatória.

Ou seja, um novo procedimento (dessa vez judicial) deverá ser desenvolvido em todas as suas etapas, do início ao fim, a respeito da demanda cumulada.

As provas validamente produzidas na arbitragem (com a participação das partes da ação de anulação, inclusive) poderão ser usadas no âmbito do processo judicial instaurado. Mas nele serão admitidas como provas meramente documentais e estarão sujeitas a ampla impugnação das partes. Ademais, as decisões a seu respeito tomadas pelos árbitros serão absolutamente irrelevantes para o juiz. Em suma, o processo judicial terá uma fase de instrução própria, autônoma e independente da que tenha eventualmente sido realizada na esfera arbitral.

Não se ignora que as discussões sobre o pedido de novo julgamento da causa podem complicar o processo, gerando discussões que não seriam realizadas se o objeto fosse a mera anulação da sentença arbitral. A fase de instrução poderá eventualmente se alongar no tempo, com o que a demanda de anulação demorará para ser julgada²⁶⁰. Mas isso só não consiste em óbice a que seja feita a cumulação em referência.

²⁶⁰ Afastada, no nosso entendimento, a possibilidade de prolação de sentenças parciais no processo.

Tem-se discutido muito sobre o conceito de sentença, desde que foi editada a Lei n.º 11.232/2005.

Para parte da doutrina, sentença, na disciplina vigente, é simplesmente o ato que apresenta como conteúdo uma das “situações” dos arts. 267 ou 269 do Código de Processo Civil – *ex vi* do § 1º do art. 162. Para quem pensa assim, o ato que exclui um dos litisconsortes do processo consiste em sentença, pois apresenta como conteúdo a “situação” do inciso VI do art. 267. Nesse sentido, por exemplo: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a lei n.º 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 187-209; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Um novo conceito de sentença? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 149, p. 120-138, jul. 2007; VARGAS, Jorge de Oliveira. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 148, p. 111-118, jun. 2007; OLIVEIRA, Guilherme Paes de. Novo conceito de sentença: análise da jurisprudência acerca do recurso cabível nas situações duvidosas e aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, p. 296-308, out. 2008.

Mas alguns autores entendem que não basta o ato apresentar como conteúdo uma das situações do art. 267 para configurar sentença. Diferentemente do que se passa nos casos do art. 269, o ato que apresenta como conteúdo uma das situações do art. 267, para caracterizar sentença, haveria ainda de “extinguir o processo” – conforme a literalidade do *caput* do art. 267 c/c o art. 162, § 1º. Ou seja, o ato com o conteúdo de alguma das situações do art. 269 seria qualificado como “sentença” mesmo quando incapaz de encerrar o procedimento ou alguma de suas fases. Já o ato com o conteúdo de alguma das situações do art. 267, para caracterizar-se como “sentença”, precisaria necessariamente “extinguir o processo”. Esse é o entendimento, por exemplo, de: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17.

Ademais, há quem entenda que o pronunciamento judicial, para que possa ser qualificado como “sentença”, deve *sempre* encerrar o procedimento (nos casos em que o processo não for “sincrético” – *v.g.*, a

sentença de procedência da ação condenatória contra a Fazenda Pública é executada em processo autônomo, e não no mesmo processo em que proferida) ou então uma de suas fases (de conhecimento, de liquidação ou de execução) em primeiro grau de jurisdição (nos casos de processo sincrético) – não bastando, portanto, que tenha como conteúdo uma das situações dos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil. A esse respeito, confira-se o que escrevem, por exemplo, os seguintes autores: BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma* (leis n.ºs 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06). São Paulo: Saraiva, 2006; GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei n.º 11.232/2005. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 36, p. 70-86, mar. 2006; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil: comentários às leis n.ºs 11.187 e 11.232, de 2005; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2006; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. O conceito de sentença. In: Susana Henriques da Costa. (Org.). *A nova execução civil: lei n.º 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 69-94; YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

A corrente referida no parágrafo anterior afasta-se dos estritos termos do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil. Seus adeptos negam que o legislador tenha pretendido dizer o que consta da literalidade do dispositivo. Entendem que, ao excluir a menção a “extinção do processo” no *caput* do art. 269, o legislador nada mais teria pretendido do que compatibilizar a regra com a nova sistemática de execução dos títulos judiciais. Se a sentença é agora, em regra, executada no bojo do mesmo processo em que proferida, então não se pode mais afirmar que é ato que põe fim ao processo: após a sua prolação, o processo continua...

O legislador jamais teria pretendido permitir, porém, que pudesse haver diversas sentenças no curso de uma mesma fase ou procedimento em primeira instância. O fato de a sentença não mais pôr, em regra, “fim ao processo” (e não vem ao caso, aqui, adentrar na discussão sobre se antes da reforma ela punha ou não efetivamente fim ao processo...) não poderia significar que seria ela identificada doravante pelo seu conteúdo, pura e simplesmente. A sentença, agora, deve ser considerada o pronunciamento que, apresentando como conteúdo uma das situações dos arts. 267 e 269 do Código, encerra o procedimento ou fase *cognitiva* em primeira instância ou, então, o pronunciamento que encerra o procedimento ou fase *executiva* em primeira instância (art. 794).

Os autores que seguem essa linha de raciocínio não deixam de criticar o fato de o legislador ter mantido no *caput* do art. 267 a menção a “extinção do processo”. Notam que mesmo as sentenças terminativas conterão, em regra, um capítulo condenatório referente a verbas de sucumbência que dará azo a uma fase executiva subsequente. Assim, a sentença terminativa teria de ser conceituada como o ato que apresenta o conteúdo de uma das situações do art. 267 e, além disso, põe fim ao procedimento ou fase de conhecimento em primeira instância – e não propriamente ao “processo”.

Por fim, destaque-se que os adeptos da corrente em referência não negam que sentença é aquilo que a lei diz que é sentença. Pelo contrário, têm essa afirmação como correta. Mas eles entendem que se deve realizar uma interpretação sistemática e teleológica da lei. É preciso investigar quais são as razões que levaram o legislador a alterar o art. 162, § 1º, e cotejá-lo com outros dispositivos, a fim de encontrar o seu verdadeiro significado. E, procedendo-se dessa forma, não há como não concluir que ainda hoje a sentença é ato que encerra a instância. Como se disse, a Lei n.º 11.232 não teve a pretensão de admitir a prolação de diversas sentenças no curso do procedimento em primeiro grau. Esse raciocínio é muito bem desenvolvido por Luiz Guilherme Aidar BONDIOLI no texto acima referido.

Concorda-se, neste trabalho, com o entendimento de que *não houve uma alteração substancial no conceito de sentença com a edição da Lei n.º 11.232*. De fato, uma interpretação sistemática e teleológica da

Lei não permite chegar a outra conclusão. Para saber o que se deve entender por “sentença”, é preciso investigar o que, afinal, levou o legislador a alterar a sua definição legal. Será que o legislador, ao alterar o conceito de sentença, quis mesmo abandonar – e efetivamente abandonou – o critério topológico? A resposta a esta pergunta pode ser buscada na Exposição de Motivos da Lei n.º 11.232/2005.

Em nenhum momento a Exposição de Motivos sugere que se tenha pretendido dar margem para a existência de mais de uma sentença no curso de uma mesma “fase” processual – v.g., “sentenças parciais”. O que se pretendeu, com a edição da Lei, foi, entre outras providências, unificar as atividades cognitivas e executivas em um mesmo processo. Em regra, tais atividades não se dão mais em processos distintos, mas em um só: o processo sincrético. Se assim é, pensou o legislador, a sentença simplesmente não pode mais ser o ato que encerra o processo de conhecimento. Afinal, a sentença que julga o mérito (contendo um capítulo condenatório) passa a ser executada no mesmo processo em que proferida.

Diz a Exposição de Motivos, na parte que ora interessa, que, em razão das modificações introduzidas pela Lei n.º 11.232 no Código de Processo Civil, “...a efetivação forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um *tempus iudicati*, sem necessidade de um processo autônomo de execução (afastam-se princípios teóricos em homenagem à eficiência e brevidade); processo sincrético, no dizer de autorizado processualista. Assim, no plano doutrinário, são alteradas as cargas de eficácia da sentença condenatória, cuja executividade passa a um primeiro plano; em decorrência, sentença passa a ser o ato de julgamento da causa, com ou sem apreciação do mérito.” Em virtude dessa “alteração sistemática”, conclui a Exposição de Motivos, impõe-se “...a alteração dos arts. 162, 269 e 463, uma vez que a sentença não mais põe fim ao processo.”

De acordo com a Exposição de Motivos da Lei n.º 11.232, portanto, a sentença passaria a ser considerada o “ato de julgamento da causa, com ou sem apreciação do mérito”. Apresentando como conteúdo uma das situações do art. 269, imaginou o legislador, a sentença julga o mérito e *encerra a etapa de cognição* – ao que seguirá a fase de execução, se a sentença contiver (e no mais das vezes conterá) capítulo condenatório. Por outro lado, apresentando como conteúdo uma das situações do art. 267, *a sentença extingue o processo (na verdade, como já se disse, o procedimento ou a fase de conhecimento)* sem julgamento de mérito. Daí o conceito do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil.

O raciocínio do legislador nitidamente tomou por base a hipótese de o pedido formulado na inicial ser simples, haver uma só causa de pedir e não haver litisconsórcio ativo e/ou passivo. Considerando-se essa “estrutura básica ou mínima” da demanda, realmente, o ato que apresentar como conteúdo uma das situações do art. 269 extingue a fase ou procedimento de conhecimento. Mas o encerramento não acontece se o pronunciamento judicial se referir a apenas um dos pedidos, quando, v.g., mais de um houver sido formulado em cumulação simples; ou quando o ato se referir a apenas uma das causas de pedir apresentadas (exceto em caso de acolhimento do pedido, quando o seu exame com base na outra causa de pedir fica dispensado...) ou a apenas um dos litisconsortes ativos ou passivos presentes no processo (especialmente em caso de litisconsórcio não unitário, quando haverá um pedido pertinente a cada litisconsorte...). Nesses casos, a fase ou procedimento de conhecimento prossegue (ou pode prosseguir, conforme observações entre parênteses acima) em relação aos demais pedidos, causas de pedir ou litisconsortes. Daí surge o problema das *pretensas “sentenças de mérito parciais”* – com o qual o legislador não se preocupou.

Da mesma forma, o raciocínio do legislador no sentido de que o ato que apresenta como conteúdo uma das situações do art. 267 sempre encerra o “processo” (*rectius*, a fase ou procedimento de conhecimento) é irretocável quando se tratar de demanda sem pedidos cumulados, com apenas uma só causa de pedir e sem litisconsortes ativos e/ou passivos (especialmente em caso de litisconsórcio simples, conforme já ressaltado acima). Havendo pedidos cumulados (especialmente, se a cumulação for simples ou alternativa eventual), diversas causas de pedir e/ou litisconsórcio ativo e/ou passivo, para que encerre o “processo”, a situação do art. 267 deve se referir a todos os pedidos, causas de pedir e/ou litisconsortes ativos e/ou

passivos. Referindo-se a apenas um ou alguns deles, não porá fim ao “processo”. Daí surge o problema das pretensas “*sentenças terminativas parciais*” – no qual o legislador também não pensou.

É preciso, enfim, ter em mente que o legislador, ao alterar a redação dos arts. 162, § 1º, 269 e 463 do Código de Processo Civil não levou em conta as chamadas “ações objetiva e/ou subjetivamente complexas”. Pensou na estrutura mínima da demanda, em que há um pedido, uma causa de pedir, um demandante e um demandado. Estrutura esta para a qual o conceito de sentença do art. 162, § 1º, pode até ser suficiente – mas suficiente não é para todo e qualquer caso de demanda subjetiva e/ou objetivamente complexa.

Em que pese o lapso do legislador, não há dúvidas de que a *mens legis* não foi afastar o critério topológico. Como diz Clarisse Frechiani Lara LEITE no texto referido mais acima, o critério topológico não foi substituído pelo critério substancial, mas simplesmente adequado à nova estrutura do processo sincrético. A confirmar isso, não bastassem os termos da Exposição de Motivos, note-se que a Lei não alterou a disciplina recursal, para adaptá-la às pretensas profundas alterações que muitos visualizam no conceito de sentença. O critério do conteúdo é, porém, ainda útil para diferenciar as sentenças de mérito das terminativas.

A conclusão que neste trabalho se adota, portanto, é a de que ainda hoje o critério topológico tem relevância para identificar o que seja a sentença. Considerados os objetivos da Lei n.º 11.232/2005 e compreendido que o legislador desenvolveu seu raciocínio em torno da estrutura mínima da demanda (um demandante, um demandado, uma causa de pedir e um pedido) ao alterar os arts. 162, § 1º, 269 e 463 do Código de Processo Civil, inevitável concluir que não se pode qualificar como sentença o ato que pura e simplesmente apresenta como conteúdo uma das situações dos arts. 267 e 269. *Sentença é, na verdade, o ato que tem o condão de encerrar a instância, pondo fim ao procedimento (nos casos em que o processo não é sincrético) ou então a uma de suas fases (de conhecimento, de liquidação ou de execução) em primeiro grau de jurisdição (nos casos de processo sincrético), com ou sem julgamento de mérito.*

Para que ponha fim ao *procedimento ou fase de cognição (inclusive a de liquidação e a que se abre com eventual impugnação ao cumprimento de sentença) com julgamento de mérito*, a sentença deve necessariamente apresentar como conteúdo uma das situações do art. 269 – simplesmente porque são essas as únicas soluções “de mérito” possíveis em nosso ordenamento (aliás, *em regra, apenas a sentença é que poderá decidir questões de mérito e o próprio mérito, por força do princípio da reserva do julgamento de mérito para a sentença*). Porém, conforme exposto acima, isso não significa que sempre que apresentar como conteúdo uma daquelas situações o ato porá fim ao procedimento ou fase, constituindo sentença.

Para que ponha fim ao *procedimento ou fase de cognição (inclusive a de liquidação e a fase que se abre com eventual impugnação ao cumprimento de sentença) sem julgamento de mérito*, a sentença deve necessariamente apresentar como conteúdo uma das situações do art. 267. Isso não quer dizer que sempre que apresentar como conteúdo uma daquelas situações o ato porá fim ao procedimento ou fase, constituindo sentença (ver observações acima).

E o ato que encerrar o *procedimento ou fase de execução*, para ser sentença, não apresentará necessariamente o conteúdo dos arts. 267 e 269 (aliás, algumas das situações desses artigos, sobretudo as do art. 269, não tem pertinência nenhuma em relação a execuções). De um modo geral, tal ato terá lugar nos casos referidos no art. 794. E, pondo fim num desses casos à fase ou procedimento de execução, será sentença.

É verdade que poderá haver mais de uma sentença no mesmo processo – por exemplo, uma encerrando a fase de cognição, outra encerrando a fase de liquidação (observação: caso de sentença agravável) e outra encerrando a fase de execução. Mas nem por isso se pode dizer que o critério topológico foi abandonado ou que o ordenamento admite a possibilidade de haver “sentenças parciais” no processo.

Caso contrário, também não se poderia admitir a cumulação do pedido de novo julgamento ao pedido rescindendo na ação rescisória – onde existe o mesmo “problema”.

7.1.2.5 – Necessidade de cumprimento dos requisitos do art. 292 do Código de Processo Civil para a cumulação

Todos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 292 do Código de Processo Civil podem perfeitamente ser atendidos para viabilizar a cumulação do pedido de novo julgamento da causa pelo Judiciário ao pedido de anulação da sentença arbitral.

Os pedidos serão totalmente compatíveis entre si (inciso I do § 1º do art. 292). O pedido de anulação precederá ao de novo julgamento – o qual apenas poderá ser conhecido se o primeiro for acolhido (cumulação sucessiva eventual de pedidos).

A competência para julgar as duas demandas será a mesma (inciso II do § 1º). Como se demonstrou no item 6.5, a competência para julgar a demanda de anulação é do mesmo órgão do Judiciário perante o qual a causa submetida aos árbitros seria processada se não houvesse convenção de arbitragem. Ou seja, a demanda de novo julgamento da causa será de competência do mesmo juízo da demanda anulatória.

As duas demandas serão realizadas segundo o procedimento comum (inciso III do § 1º). Na eventualidade de as demandas estarem sujeitas a ritos diversos (sumário ou ordinário) será aplicável a regra do § 2º do art. 292: querendo, o autor poderá “empregar” o procedimento ordinário para todas as demandas que tiver formulado.

7.1.2.6 – Ausência de vedação legal a que seja feita a cumulação

Em nenhum momento a Lei de Arbitragem veda a cumulação de pedidos ora cogitada.

O § 2º do art. 33 diz que, quando não for o caso de devolver a causa aos árbitros, o Judiciário anulará a sentença (inciso I). Mas não veda que proceda ao novo julgamento da causa quando isso for devidamente demandado – e, nos casos em que indispensável, houver a concordância (tácita ou expressa) do demandado com a formulação do “pedido rescisório” (item 7.1.2.4). Com efeito, o que o Judiciário jamais

Nesses casos, de processo sincrético, sentença (final, e não parcial) será cada um desses atos aptos a encerrar determinada fase do processo.

poderá fazer será passar ao novo julgamento da causa sem que tenha havido a competente demanda.

Nesse ponto, aliás, verifica-se diferença relevante em relação ao pedido de novo julgamento das ações rescisórias. De acordo com o art. 488, *caput* e inciso I, do Código de Processo Civil, o pedido rescisório, sempre que cabível, deve necessariamente ser formulado juntamente com o pedido rescindendo – sob pena de indeferimento da inicial (art. 284, parágrafo único)²⁶¹. Já no caso da ação de anulação, o pedido de novo julgamento é, na ausência de disposição legal em sentido contrário, uma mera faculdade da parte autora. Não formulado, o Judiciário não deverá extinguir o processo sem julgamento de mérito, mas também *não poderá ir além do pedido de anulação e, no caso de seu acolhimento, do disposto no § 2º, inciso I ou II, do art. 33* – sob pena de ofensa ao princípio da adstrição ou congruência (arts. 128, 462 e 460 do Código).

Nem se diga que a “coisa julgada arbitral” impediria a cumulação. Afinal, a apreciação do pedido de novo julgamento está condicionada ao anterior acolhimento do pedido de anulação e, além disso, os efeitos da sentença arbitral se produzirão (via de regra) enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão que a desconstituir. Logo, não cabe falar em inviabilidade de cumulação por conta da “coisa julgada arbitral”. A situação não é diversa da que se tem no caso da ação rescisória: ninguém ousa afirmar que a coisa julgada a ser rescindida seja um impeditivo ao pedido rescisório.

Também não se verifica, concretamente, incompatibilidade entre a cumulação e eventual litispendência, nos casos em que o ajuizamento da ação vier a ser realizado quando a sentença arbitral ainda não tiver “transitado em julgado” – o que é perfeitamente possível, como se demonstra no item 7.1.8.1, abaixo. É que, *na medida em que possa ser direta ou indiretamente afetado por decisão de “embargos arbitrais” ou de recurso interposto na arbitragem*, o processo judicial instaurado deverá ser suspenso (ainda o item 7.1.8.1). Ou seja, nenhuma decisão será tomada pelo Poder Judiciário sobre o pedido de anulação e/ou o pedido de novo julgamento da causa até que se tenha o resultado final da medida apresentada contra a sentença internamente ao processo arbitral. A depender desse resultado, o processo judicial nem prosseguirá...

²⁶¹ MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.688-1.689 – comentários de Cassio Scarpinella Bueno ao art. 488; BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, p. 179; DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 3. p. 447.

Note-se, a propósito, que, nos casos em que for indispensável, a concordância (tácita ou expressa) da parte demandada com a formulação (em cumulação com o pedido de anulação da sentença arbitral) do pedido de julgamento da causa pelo Judiciário *não pode ser interpretada como renúncia a “embargos de declaração” ou recurso interno que ela própria tenha interposto (contra os capítulos sentenciais a ela desfavoráveis) e ainda estejam pendentes de apreciação na arbitragem*. Aquela concordância será relevante apenas para o processo judicial – se ele prosseguir independentemente da formulação daquelas medidas internas ou, se for o caso, depois de seu julgamento pelos árbitros.

7.1.2.7 – Admitir a cumulação não equivale a admitir o controle do mérito da sentença arbitral

Em suma, por todas as razões acima expostas, é perfeitamente possível a cumulação do pedido de julgamento da causa pelo Judiciário ao pedido de anulação. Não se trata de aplicar por analogia ao caso a regra do inciso I do art. 488 do Código de Processo Civil, mas de decorrência da interpretação conjunta do art. 292 do Código e do § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307 e, além disso, do reconhecimento da disponibilidade da opção arbitral pelas partes.

Aceitar a possibilidade de cumulação *não equivale a admitir o controle do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário*. A situação, aqui, é completamente diversa. O que se admite é que o Judiciário, a pedido da parte interessada, proceda ao julgamento do mérito da causa submetida aos árbitros *depois de desconstituir (com fundamento no art. 32 da Lei de Arbitragem) a sentença por eles proferida* – e não que o Poder Judiciário controle a sentença arbitral a partir de seu mérito, afastando-a quando reputar a solução nela veiculada incorreta (item 4.1.2.1.3).

7.1.3 – Possibilidade de formular pedido de novo julgamento da causa autonomamente, por ação própria, antes do trânsito em julgado da decisão de anulação da sentença arbitral

Aceita a conclusão do item anterior, há de se admitir a possibilidade de ajuizar demanda pedindo o novo julgamento da causa autonomamente, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão de anulação da sentença arbitral. Ora, se o pedido de novo

juízo da causa pode ser feito cumulado com o pedido de anulação da sentença arbitral, não há o que impeça que seja formulado em separado, em ação própria, depois de ajuizada a ação anulatória. Mas alguns limites devem ser observados:

(a) Primeiramente, o pedido de novo julgamento da causa pelo Judiciário não pode ser realizado sem que antes tenha sido proposta demanda de anulação (arts. 267, inciso V e § 3º, e 301, inciso VI e § 4º, do Código de Processo Civil). Isso porque a anulação da sentença arbitral (que depende de pedido expresso da parte interessada) é condição *sine qua non* para a própria apreciação do pedido de novo julgamento da causa.

Mas se a ação de anulação vier a ser ajuizada antes da extinção do feito sem julgamento de mérito, ficará suprida a condição faltante para o processamento do pedido de novo julgamento da causa.

(b) Depois, a demanda de novo julgamento da causa será de competência do mesmo juízo perante o qual estiver tramitando a demanda de anulação. Haverá conexão entre os feitos (sobre a necessidade de flexibilizar a noção de conexidade, vide o item 6.3.1.5).

(c) Reunidas as demandas perante o mesmo juízo, a de anulação da sentença arbitral deve ser julgada previamente. Afinal, insista-se, seu acolhimento consiste em condição indispensável para a apreciação do pedido de novo julgamento da causa.

(d) A demanda autônoma de novo julgamento da causa será admissível, em princípio, apenas se o possível acolhimento da demanda de anulação ajuizada for capaz de inviabilizar a retomada da arbitragem (art. 33, § 2º, inciso I, da Lei n.º 9.307).

Ressalve-se, porém, que, nos casos em que a retomada da arbitragem for em tese viável, existe a possibilidade de a parte demandada aceitar (expressa ou tacitamente) a formulação do pedido de novo julgamento perante o Judiciário, abrindo mão da eventual futura devolução da causa aos árbitros – em caso de eventual anulação da sentença arbitral (ver o item 7.1.2.3).

(e) Tal como se expõe no item 7.1.10, os efeitos da decisão judicial sobre a causa antes submetida aos árbitros apenas se produzirão depois de transitada em julgado a decisão da demanda de anulação. Antes disso, a sentença arbitral continuará produzindo os seus efeitos normalmente (ressalvada a

possibilidade de concessão de medidas urgentes dispondo diversamente, como se vê mais adiante).

(f) Por fim, note-se que a possibilidade de formular o pedido de novo julgamento autonomamente, segundo os limites acima, não se põe no caso de ação rescisória contra sentenças judiciais apenas porque a cumulação do pedido rescisório ao pedido rescindendo é cogente, segundo o art. 488, inciso I, do Código de Processo Civil. Já no caso da ação de anulação do art. 33, § 1º, da Lei n.º 9.307 a cumulação é uma mera faculdade da parte interessada (ver o item 7.1.2.6).

7.1.4 – Limites objetivos da demanda de anulação

A sentença arbitral poderá ser nula por mais de uma razão – por exemplo, por ausência de fundamentação e, além disso, por ter sido proferida por árbitro impedido ou suspeito. O pedido de anulação da sentença arbitral poderá, por conseguinte, fundar-se em uma ou mais causas de nulidade arroladas no art. 32 da Lei.

Caberá ao autor da ação de anulação descrever suficientemente na petição inicial a situação (ou as situações) que, segundo o art. 32 da Lei n.º 9.307, determina(m) a nulidade cuja “decretação” pretende obter do Poder Judiciário. Trata-se de delimitar a causa de pedir da demanda anulatória, sob pena de indeferimento da inicial – conforme os arts. 267, inciso I, 284 e 295, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil.

O Judiciário não poderá ir além dos limites objetivos da demanda definidos pelo autor na inicial – ou em atos posteriores, na forma dos arts. 264 e 294 do Código. Assim, não lhe será dado anular a sentença arbitral por conta de nulidade diversa daquela(s) que tenha(m) sido alegada(s) na inicial. Da mesma forma, não poderá declarar *principaliter* a inexistência da sentença arbitral quando o autor houver se limitado a pedir a sua anulação, alegando vício que – fosse a sentença existente – seria em tese apto a determinar a sua verdadeira e própria nulidade²⁶² e ²⁶³. É o que impõe o princípio da adstrição ou congruência, referido em diversas regras do Código (arts. 128, 459 e 460)²⁶⁴.

²⁶² Essa situação não se confunde com a que foi mencionada no item 7.1.1, acima, na qual o autor pede a “anulação” da sentença arbitral alegando vício que rigorosamente gera a sua inexistência ou ineficácia jurídica – quando bastará tomar a ação de “anulação” como declaratória, em respeito aos princípios da instrumentalidade das formas, segurança jurídica, razoabilidade e economia processual.

²⁶³ Nessa hipótese, o juiz poderá conhecer de ofício o fato que gera a inexistência da sentença. Mas não para declarar a inexistência em caráter principal, como se isso houvesse sido pedido pelo autor. A

O princípio da adstrição obsta a que o Poder Judiciário conheça de nulidades não oportunamente alegadas pelo autor mesmo quando elas puderem ser enquadradas no mesmo inciso do art. 32 em que prevista a nulidade invocada na demanda. Explique-se: como se disse no item 4.1.2.1.2, cada um dos incisos do art. 32 comporta mais de uma situação capaz de afetar a regularidade formal da sentença arbitral. Isso não significa, porém, que, invocada nulidade prevista em determinado inciso daquele artigo, todas as outras nulidades que naquele mesmo inciso se enquadrem possam ser conhecidas pelo juiz. Com efeito, a causa de pedir ativa – cujos limites haverão de ser respeitados pelo juiz – se consubstanciará na específica situação causadora de nulidade invocada, não no inciso em que ela possa ser enquadrada.

Por outro lado, a sentença de improcedência da ação anulatória formará coisa julgada nos limites do pedido e da causa de pedir formulados – são os limites objetivos da coisa julgada. Portanto, nada poderá impedir – a não ser eventual decurso do prazo do art. 33, § 1º²⁶⁵ – que nova ação de anulação venha a ser ajuizada com fundamento em outra causa de nulidade, esteja ela prevista no mesmo inciso do art. 32 invocado na demanda anterior ou em outro.

declaração poderá-deverá ser feita apenas incidentalmente, na fundamentação da decisão judicial. E a consequência da declaração da inexistência será a extinção do processo sem julgamento de mérito: falta de interesse de agir, por inadequação e inutilidade da providência pleiteada (anulação do que não existe).

Ao contrário do que pode parecer, o resultado prático não será desfavorável ao autor da ação “anulatória”. Sendo inexistente, a sentença arbitral será incapaz de produzir efeitos jurídicos. Isso impossibilitará a outra parte de lhe exigir qualquer providência com base nela. Qualquer demanda judicial da outra parte fundada na sentença arbitral poderá ser contraposta com a alegação, em sede de defesa, da inexistência. De resto, havendo interesse processual, será ainda perfeitamente possível ajuizar ação declaratória de inexistência da sentença arbitral.

²⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; ____ (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24-25. Vide, outrossim, o seguinte texto de nossa autoria: WLADECK, Felipe Sripes. O conteúdo da causa de pedir no processual civil brasileiro e o projeto de novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 131-148, out./dez. 2010.

²⁶⁵ Ressalvada, ainda, a possibilidade de alegar a nulidade em embargos do executado ou impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, se esta for condenatória e vier a ser executada (ver o item 7.4).

7.1.5 – Sobre eventuais falhas na intitulação da ação e na especificação da providência jurisdicional pretendida

O art. 33, § 1º, da Lei n.º 9.307 fala em “demanda para a decretação da nulidade” da sentença arbitral. Mas é perfeitamente possível intitular a ação de “anulatória”, de ação de “anulação”, de “desconstituição” ou de “rescisão” – entre outros nomes. Tecnicamente, todas essas denominações são adequadas, pois denotam a natureza constitutiva negativa da ação.

De todo modo e rigorosamente, o nome dado para a ação consiste em aspecto *absolutamente secundário e irrelevante* para o processamento do feito, incapaz de impedi-lo ou prejudicá-lo.

Imagine-se, por exemplo, ação na qual se alegue vício *de nulidade* da sentença arbitral previsto no art. 32 da Lei n.º 9.307. Imagine-se, ainda, que nessa ação se tenha pedido a “desconstituição” da sentença nula. Se essa ação tiver sido intitulada como “declaratória de nulidade”, a inicial deverá ser considerada inepta e, portanto, indeferida (por exemplo, com fundamento no inciso II do parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil)? *A resposta é negativa.* O nome dado pelo autor para a ação não consiste em requisito de admissibilidade de julgamento de mérito. Eventuais equívocos na sua atribuição também não estão entre as causas que determinam a extinção do processo sem julgamento de mérito (arts. 267 e 295). Nem sequer será preciso mandar “emendar” a inicial, para corrigir a impropriedade havida (art. 284). Essa providência não passaria de uma “perda de tempo”, contrária aos princípios da instrumentalidade, efetividade e economia processuais. O fundamental é o conteúdo da petição inicial elaborada, *i.e.*, que nela estejam suficientemente descritos os fatos com base nos quais o autor pede (causa de pedir) e aquilo que ele pretende obter a partir da tutela judicial (pedidos direto e indireto). Preenchidos tais requisitos, bastará ao juiz tomar a ação equivocadamente intitulada de “declaratória de nulidade” como “ação anulatória” ou “desconstituição de sentença arbitral”.

Suponha-se, agora, que, além de nomear a ação de “declaratória”, o autor tenha pedido na inicial a “declaração” da nulidade da sentença – em vez de sua desconstituição, como (de acordo com o que se sustenta neste trabalho) seria o mais apropriado. Verificando que existe a nulidade alegada pelo autor, o juiz poderá *desconstituir* a sentença arbitral? *A resposta é positiva.* Da mesma forma como, em virtude

da máxima segundo a qual *iura novit curia*, erros das partes na qualificação jurídica dos fatos da causa ou na invocação das normas jurídicas aplicáveis não são capazes de macular o processo, meras impropriedades na especificação da providência jurídica pretendida pelo autor (“declaração” em vez de “desconstituição”) *deverão ser relevadas pelo juiz, na medida em que, tal como no caso imaginado, não afetem a sua própria compreensão sobre o que está sendo efetivamente pleiteado nem possam causar surpresa para (ou pegar desprevenida) a parte contrária.*

Com efeito, nessa última situação, não seria razoável cogitar que a parte autora não estivesse pretendendo retirar a sentença arbitral do mundo jurídico e, conseqüentemente, impedir que ela continuasse produzindo efeitos. Terá havido, isso sim, uma mera falha na indicação da providência judicial requerida – falha que, de resto, será perfeitamente compreensível inclusive por conta das sérias divergências que existem no plano doutrinário sobre a classificação dos vícios sentenciais e as providências necessárias para eliminá-los (autores renomados entendem que a “demanda de decretação de nulidade” da Lei de Arbitragem tem eficácia meramente declaratória²⁶⁶).

7.1.6 – Prazo para ajuizamento

A ação de anulação deve ser ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento, de acordo com o disposto no § 1º do art. 33. Após esse prazo, a nulidade da sentença não poderá mais ser alegada perante o Judiciário – ressalvada a possibilidade de formulação de embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença arbitral condenatória, na forma do § 3º do art. 33, como se verá mais adiante.

7.1.6.1 – Natureza do prazo

A doutrina encontra-se praticamente assentada no sentido de que o prazo do § 1º do art. 33 da Lei de Arbitragem tem natureza decadencial²⁶⁷.

²⁶⁶ Por exemplo: CÂMARA, *Arbitragem...*, p. 147.

²⁶⁷ CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 426; FIGUEIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 270; CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 126; CÂMARA, *Arbitragem...*, p. 149-151; BATISTA MARTINS, *Anotações sobre a sentença...*, p. 415-416; JOSÉ CAHALI,

Quando se pensa nas sentenças arbitrais estritamente declaratórias e nas constitutivas inquinadas de nulidade, fica mais fácil concluir que a natureza do prazo do § 1º do art. 33 é, mesmo, decadencial: a falta de ação tempestiva da parte interessada acarreta o perecimento de direito que lhe foi assegurado. Vale dizer, o direito (potestativo) de obter a desconstituição da sentença arbitral nula se extingue em função da ausência de seu exercício (*pela via necessária da ação anulatória*) no prazo legal.

Por outro lado, quando se pensa nas sentenças arbitrais condenatórias nulas, a identificação da natureza do prazo do § 1º do art. 33 não se revela assim tão simples. Há inclusive quem repute que tal prazo, relativamente a elas, não possui natureza decadencial. Isso porque o seu decurso em branco não extinguiria o direito da parte interessada de obter a desconstituição por meio de embargos do executado – ou impugnação ao cumprimento de sentença. É o que leciona, por exemplo, ARMELIN²⁶⁸.

Embora aqui se concorde (pelas razões que serão expostas no item 7.4.4.4, mais adiante no texto) com a premissa (bastante controvertida na doutrina) de que as “nulidades” arroladas no art. 32 da Lei de Arbitragem podem ser alegadas por meio de embargos ou impugnação do executado mesmo depois do encerramento do prazo de noventa dias do § 1º do art. 33, discorda-se da conclusão de que esse prazo não seria, por conta daquela premissa, decadencial quando condenatória fosse a sentença arbitral.

Não caberia falar em prescrição (*data venia* de VALENÇA FILHO²⁶⁹). Com efeito, a prescrição pressupõe direito subjetivo (*i.e.*, direito a uma prestação) já nascido e efetivo. Não satisfeita a prestação oportunamente, surge a possibilidade de o titular do direito exigi-la, dentro ou fora de juízo. A pretensão (compreendida, em termos amplos, como a exigibilidade material do direito) tem de ser exercida em um determinado prazo, sob pena de restar prescrita (art. 189 do Código Civil). Já a decadência pressupõe um direito potestativo, o qual, para ser efetivo, incorporado ao patrimônio do seu titular, precisa ser por ele oportunamente exercido. Se não exercido, o direito extingue-se (decai). Em suma, a prescrição libera o sujeito passivo de uma *prestação*, enquanto a decadência o libera da possibilidade de se ver em um estado de *sujeição*²⁷⁰.

op. cit., p. 321; APRIGLIANO, *Ordem pública...*, p. 48; FERNANDES, op. cit., p. 81; NAGAO, op. cit., p. 249; CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 139.

²⁶⁸ ARMELIN, Notas sobre ação rescisória..., p. 15.

²⁶⁹ VALENÇA FILHO, Poder Judiciário..., p. 144-145.

²⁷⁰ Acerca da distinção entre prescrição e decadência, confira-se, por exemplo: AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações

Ora, o pleito de anulação (mesmo quando formulado em face de sentenças arbitrais condenatórias) não tem por escopo tutelar direito subjetivo que tenha sido violado. A exclusão da sentença do mundo jurídico (e, portanto, a eliminação de sua capacidade de produzir efeitos) é o que a parte interessada visa obter ao pleitear em juízo a sua rescisão. A desconstituição do julgado consiste no direito potestativo a ser efetivado mediante o exercício da ação – indispensável para aquele fim.

Mas o fato é que, com o decurso em branco do prazo de noventa dias, somente deixa de ser possível obter a desconstituição da sentença condenatória mediante a ação anulatória: a parte interessada fica impedida de obter a rescisão da sentença arbitral precisamente na forma do § 1º do art. 33, restando-lhe, todavia, a possibilidade de arguir as matérias do art. 32 por via de oposição à execução que porventura seja instaurada. *É o que consta expressamente da Lei*, conforme se demonstra no item 7.4.4.4.

Diante disso, é possível dizer que o que acontece ao expirar o prazo legal de noventa dias é a extinção do direito de anulação da sentença *segundo o regime/procedimento da ação do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996*. O direito (previsto no § 3º do art. 33) de obter a anulação da sentença *segundo o regime/procedimento dos embargos ou impugnação*, especificamente, permanece pleno a despeito do decurso *in albis* do prazo do § 1º, não sendo atingido pela decadência.

Com efeito, os embargos do executado e também a impugnação ao cumprimento de sentença consistem em vias de exercício do direito de anulação diversas da ação do § 1º do art. 33. O regime jurídico a que se submetem apresenta diferenças importantes em relação ao da ação anulatória (v.g., aplica-se apenas quanto aos capítulos condenatórios da sentença arbitral, pressupondo a pendência de execução contra o devedor; no caso da impugnação ao cumprimento da sentença, sua apresentação está condicionada a prévia garantia do juízo – *ex vi* do art. 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil; existe um prazo específico, definido pelo Código, para o ajuizamento dos embargos e da impugnação *etc.*). Daí ser possível afirmar que o decurso do prazo do § 1º do art. 33 extingue apenas o direito a um dos regimes de invalidação da sentença arbitral admitidos pela Lei n.º 9.307/1996 – o da ação anulatória.

Essa interpretação apresenta-se em conformidade – *mutatis mutandis* – com a que parte da doutrina adota para explicar a natureza jurídica dos prazos que a legislação

imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 744, p. 725-750, out. 1997; AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 561 e seguintes.

estabelece para o ajuizamento de ação rescisória e para a impetração de mandado de segurança²⁷¹. Trata-se de entendimento que se impõe em face do modo como o legislador disciplinou o mecanismo dos embargos à execução fundada em sentença arbitral, admitindo clara e expressamente o seu emprego para a arguição de qualquer das matérias do art. 32 *ainda que encerrado o prazo do § 1º do art. 33* (disciplina essa igualmente aplicável no caso da impugnação ao cumprimento de sentença arbitral).

7.1.6.2 – Inalterabilidade e possibilidade de interrupção do prazo

Sendo decadencial, o prazo da ação de anulação da sentença arbitral se sujeita ao disposto nos arts. 207 a 211 do Código Civil.

Portanto, as partes não podem alterar o referido prazo legal (que é peremptório) nem dele renunciar, conforme o art. 209 do Código Civil. Inclusive, deve o

²⁷¹ O mandado de segurança, por exemplo, deve ser impetrado no prazo de cento e vinte dias, o qual tem início com a ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Decorrido em branco tal prazo, ocorre o perecimento do direito de valer-se da via mandamental: verifica-se a “decadência” quanto ao regime especial do mandado de segurança. Nada obstante, o mesmo resultado a que o *writ* permitiria chegar, se oportunamente manejado, permanece podendo ser obtido através de vias judiciais diversas. Ou seja, posteriormente ao encerramento do prazo de cento e vinte dias para a propositura do *mandamus*, persiste a viabilidade de se pleitear a tutela jurisdicional pelas vias ordinárias. A despeito disso, não se renega a natureza decadencial do referido prazo legal.

Nesse sentido é a lição de DIDIER JÚNIOR. Referindo-se ao prazo decadencial do mandado de segurança, diz o autor: “Este prazo decadencial não diz respeito ao direito potestativo, eventualmente objeto do mandado de segurança. A decadência é do direito potestativo de escolha do procedimento: apenas a opção de valer-se do procedimento magnânimo do mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (art. 23 da lei federal n.º 12.016/2009), aliás, é muito clara neste sentido: ‘O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á...’ O magistrado apenas constata a inexistência (extinção) do direito do autor de optar pela via procedimental do mandado de segurança, sem resolver o mérito da causa, que fica intocado. Tanto que o autor poderá voltar a juízo, afirmando o mesmo direito, valendo-se de procedimento comum... A decadência do direito de escolha do procedimento, além de tratar-se de pressuposto processual..., está sempre prevista em lei, autorizando, também por isso, o reconhecimento *ex officio* da sua ocorrência. Relativiza-se, assim, a afirmação peremptória de que a decadência implica extinção do processo com resolução do mérito – o que só ocorre se se tratar da decadência do direito potestativo objeto do litígio, e não do direito potestativo de escolha do procedimento, que tem natureza pré-processual. É preciso separar, claramente, o direito potestativo de escolha do procedimento especial do direito que se afirma neste procedimento especial. O direito afirmado compõe o mérito do procedimento. Somente a decadência deste direito potestativo objeto do processo leva a uma decisão de mérito” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Decadência do direito ao mandado de segurança. Decisão que não examina o mérito. Precedente recente do STJ. Crítica. Disponível no *site*: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-142/>).

Acerca da natureza decadencial do prazo da ação rescisória, consulte-se: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 191-192.

juiz conhecer de ofício da decadência, *ex vi* do art. 210. Mas é evidente que a parte interessada pode deixar de alegar a nulidade sentencial em juízo. Isso não equivale a renunciar da decadência em si. Trata-se apenas de renunciar ao direito/faculdade de alegar a invalidade da sentença (no prazo decadencial do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307) perante o Judiciário.

Merece destaque, ainda, o art. 207, que prescreve o seguinte: “Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.” Ou seja, é equivocada a afirmação, corrente na doutrina²⁷², de que os prazos decadenciais jamais poderiam ser suspensos ou interrompidos. O art. 207 do Código Civil deixa bem claro que a lei pode excepcionar essa regra.

E existe regra prevendo a possibilidade de interrupção do prazo para ajuizamento da ação de anulação. Trata-se do próprio § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307, que estabelece que aquele prazo conta-se da data em que a parte for intimada da sentença arbitral *ou* de seu aditamento. Ou seja, a oposição de “embargos de declaração” interrompe, em regra, o prazo para o ajuizamento da ação de anulação contra a sentença arbitral²⁷³.

Da mesma forma, por analogia, entende-se que a interposição de recursos internos na arbitragem gera a interrupção do prazo do § 1º do art. 33. E é lógico que seja assim. Pois existe a possibilidade de a decisão do recurso eliminar eventuais irregularidades que em princípio dariam ensejo ao ajuizamento da ação de anulação. Além disso, se o recurso vier a ser conhecido/admitido, sua decisão cassará a sentença recorrida. Nesse caso, eventual impugnação judicial deverá ser dirigida contra a decisão arbitral que vier a definir a causa (com ou sem julgamento do mérito).

A formulação dos “embargos de declaração arbitrais” gerará a interrupção do prazo para eventuais recursos internos e também para o ajuizamento da ação de anulação *contra todos os possíveis capítulos da sentença embargada* – a exemplo do que se passa nos processos judiciais (art. 538 do Código de Processo Civil). Assim é porque os

²⁷² Por exemplo: CRETELLA NETO, op. cit., p. 126. O autor afirma que os “embargos de declaração arbitrais” não teriam o condão de interromper o prazo da ação de anulação, uma vez que seria ele decadencial.

²⁷³ Eventuais correções de erros materiais de ofício pelos árbitros não implicam a interrupção do prazo de ação de anulação. Quando muito, sua realização poderá retirar o interesse da(s) parte(s) em pedi-las ao Judiciário.

“embargos” marcam o fim da “primeira” ou única instância arbitral – fazendo todo sentido que os prazos para acesso a outras “instâncias arbitrais” ou ao Poder Judiciário se inicie (*rectius*, reinicie) apenas depois de encerrada a instância anterior.

Já a interposição de recursos internos gerará a interrupção do prazo para ajuizar ação de anulação *apenas e tão-somente em relação aos capítulos sentenciais que estejam por eles (direta ou, por força do chamado “efeito devolutivo externo” dos recursos²⁷⁴, indiretamente) abrangidos*. Aqueles não devolvidos pelo recurso “transitarão em julgado” e, assim, não mais poderão ser afetados pelo resultado do novo julgamento que vier a ser realizado na possível instância recursal arbitral.

Sobre a ausência de interrupção do prazo do § 1º do art. 33 em caso de não-conhecimento/inadmissão dos “embargos” ou recurso interno por motivo de intempestividade, vide o item 7.1.6.5, abaixo.

7.1.6.3 – Prazos autônomos para as partes

As partes possuem prazos autônomos para o ajuizamento da ação de anulação²⁷⁵. Ou seja, poderá haver termos *a quo* e *ad quem* diversos para o prazo de cada uma delas – tudo a depender do momento em que sejam elas intimadas da sentença arbitral ou então da decisão dos “embargos de declaração” ou recurso interno, na forma do art. 29 da Lei n.º 9.307/1996.

Em tese, portanto, é possível acontecer de uma parte ter seu prazo para ajuizar ação de anulação encerrado antes mesmo do prazo da outra ter início. Imagine-se, por exemplo, que o documento de notificação de uma das partes se perde no caminho ou é dirigido a pessoa diversa daquela que o deveria receber. Em casos como esses, se o defeito não for identificado ou de alguma forma suprido antes de noventa dias da intimação da outra parte, o prazo desta se encerrará antes do início do prazo de seu adversário.

²⁷⁴ Terminologia que parte da doutrina utiliza para designar o efeito que os recursos têm de transferir, a quem tem competência para julgá-los, capítulos não diretamente impugnados, mas que possuem relação de prejudicialidade com capítulos que tenham sido diretamente impugnados. O efeito devolutivo externo implica a transferência de capítulos não diretamente impugnados quando estes forem dependentes de capítulos expressamente impugnados: em caso de reforma ou cassação do capítulo “dominante”, o capítulo dele “dependente” cai por terra – haja vista a relação de prejudicialidade existente entre eles. Para um exame mais aprofundado da questão, vide, por todos: BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RSC Editora, 2006. p. 113 e seguintes.

²⁷⁵ Por exemplo: JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 322; CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 426.

7.1.6.4 – Momento em que o prazo do § 1º do art. 33 começa a correr

O ato que marca o início do prazo decadencial para o ajuizamento da ação de anulação *não é* o “trânsito em julgado” da sentença arbitral – que, conforme se expôs no item 3.1, ocorre com o decurso em branco do prazo para opor “embargos de declaração” ou, tendo sido convencionado recurso interno, do prazo para recorrer (dependendo da última medida que couber na arbitragem) contra a última decisão proferida no processo (que pode eventualmente ser a decisão de anteriores “embargos” ou recurso formulado contra a sentença arbitral). O prazo começa a correr, isso sim, *com a intimação* da parte acerca da sentença arbitral – ou, se for o caso, da decisão dos “embargos de declaração” ou recurso interno.

(a) Se com o julgamento do recurso ou “embargos de declaração” houver a cassação da sentença “embargada” ou recorrida e o prosseguimento da arbitragem para que seja proferida uma nova decisão para a causa, na data da intimação desta última (*i.e.*, da nova sentença da causa) é que começará a correr o prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307 para pedir a sua anulação.

(b) O prazo para ajuizar a ação de anulação começará a correr na data da intimação da parte acerca da decisão dos “embargos de declaração” ou recurso interno mesmo que tal decisão tenha sido proferida fora do prazo que os árbitros tinham para decidir (ver o item 3.3.4). Assim será ainda que, por conta da intempestividade, a decisão dos “embargos” ou recurso seja juridicamente inexistente e, por conseguinte, a decisão da causa – a ser objeto da ação de anulação – seja a “embargada” ou recorrida.

Conforme evidencia o § 1º, *in fine*, do art. 33, a intimação considera-se realizada *no dia do recebimento pela parte da decisão documentada*, não da data da juntada do comprovante ou recibo de recebimento aos autos do processo arbitral²⁷⁶. Com efeito, a necessidade de formalização do recebimento da decisão pela parte, imposta pelo art. 29, põe-se apenas e tão-somente para que se possa ter certeza de que a intimação foi efetivamente realizada e da data em que ela aconteceu – permitindo, assim, o controle a tempestividade dos “embargos”, recursos internos e ação de anulação.

²⁷⁶ Entendimento de: CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 365 – o qual, porém, não reflete o que diz a Lei de Arbitragem no art. 29.

Evidentemente, para que seja considerada realizada, a intimação deve se dar regularmente.

(a) Como se expôs no item 3.2.5, o prazo do § 1º do art. 33 se inicia na data da intimação *da parte*. Essa é a regra, a qual pode, entretanto, ser alterada por convenção das partes – podem elas estipular, *v.g.*, que apenas os seus advogados/representantes serão intimados. O prazo da ação de anulação começará a correr, enfim, da data da comunicação da pessoa que, segundo a convenção, deve ser intimada.

(b) Depois, para que o prazo possa ter início, não basta comunicar o resultado do julgamento. É preciso encaminhar o documento-sentença para a parte (ou seu advogado/representante, conforme o caso) de forma integral – inclusive, acompanhado de todos os votos eventualmente existentes e declarados (lembrando que a declaração de votos vencidos consiste em mera faculdade dos árbitros, conforme o art. 24, § 2º, da Lei n.º 9.307). É o que decorre do art. 29, que menciona a necessidade de envio da “cópia da decisão”. Trata-se, de resto, de imposição do princípio do contraditório: para que possam ter pleno conhecimento do que e como se decidiu, as partes e/ou seus procuradores devem ser formal e precisamente comunicados de todas as deliberações tomadas no julgamento.

(c) O princípio do contraditório determina, igualmente, a necessidade de o documento que veicula a decisão ser entregue a quem deva recebê-lo de forma legível e no idioma definido para a arbitragem – sob pena de sua ineficácia, conforme exposto na nota 41.

Eventual irregularidade na intimação gera a presunção de sua inocorrência. Mas se trata de presunção relativa. Isso significa que a parte interessada tem o ônus de demonstrar que a irregularidade havida não impediu que a intimação de seu oponente fosse feita, marcando o início dos prazos legais ou convencionados. A parte pode, por exemplo, demonstrar que, a fim de suprir eventual defeito na notificação expedida pelo órgão arbitral e diante de inércia deste na realização da correção devida, tomou a iniciativa de enviar ou entregar pessoalmente a decisão a seu adversário – e, partir disso, sustentar a intempestividade de medida posteriormente intentada contra a sentença arbitral.

As regras acima se aplicam mesmo nos casos em que o vício sentencial se torna conhecido apenas depois da intimação realizada na forma do art. 29. Assim, por exemplo, mesmo que a parte vencida tome conhecimento de impedimento ou suspeição do

árbitro apenas depois de intimada da sentença, seu prazo de noventa dias para a ação de anulação terá se iniciado com a sua regular intimação. É uma decorrência do princípio da segurança jurídica, que se impõe sob pena de se eternizar o estado de “precariedade” da solução arbitral²⁷⁷.

7.1.6.5 – Início do prazo nos casos de oposição de “embargos de declaração” ou recurso interno intempestivos

Apesar de os prazos serem individuais e separados, interrompem-se todos eles quando houver a formulação de “embargos de declaração arbitrais” ou recurso interno por uma das partes – lembrando, porém, que, como se expôs no item 7.1.6.2, os recursos interrompem o prazo apenas em relação aos capítulos por ele abrangidos. Ao menos é essa a regra geral.

Com efeito, é certo que, *quando conhecidos/admitidos* os “embargos de declaração arbitrais” ou recurso formulado, na data de sua notificação da decisão (ainda que apenas para informar a mera rejeição dos “embargos” ou recurso no mérito) é que começará a correr o prazo de noventa dias para o ajuizamento da ação de anulação.

Mas e *se não conhecidos/admitidos* os “embargos de declaração” ou o recurso interno? Como não haverá “aditamento” ou substituição da sentença, poder-se-ia imaginar que – pela literalidade do § 1º, *in fine*, do art. 33 – os noventa dias começariam a correr na data da intimação da sentença “embargada” ou recorrida²⁷⁸. Todavia, parece mais razoável reputar que o prazo para a propositura da demanda anulatória iniciar-se-á no dia da intimação acerca da decisão de não-conhecimento/inadmissão dos “embargos” ou recurso. Essa solução destina-se a evitar que a parte interessada seja surpreendida com a notícia de que o seu prazo de noventa dias já está em curso e, assim, a garantir que não tenha ela o seu direito de ajuizar a ação de anulação comprometido. Na prática judiciária, inclusive, costuma-se considerar que o prazo recursal inicia-se na data da intimação acerca da decisão de não-conhecimento dos embargos de declaração opostos²⁷⁹. No mesmo

²⁷⁷ Em sentido contrário, entendendo que é possível pedir a “declaração da ineficácia” da sentença, se o vício que afeta a imparcialidade do árbitro é conhecido apenas depois do decurso do prazo de noventa dias: VICENTE, op. cit., p. 222-223.

²⁷⁸ Esse é o entendimento de SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 197.

²⁷⁹ Como observa ASSIS, “...a Corte Especial do STJ decidiu que os embargos de declaração, ainda que considerados incabíveis, interrompem o prazo para interposição de outros recursos, sendo pecuniária a

sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que o prazo para ajuizar ação rescisória inicia-se apenas quando não couber mais qualquer medida em face da decisão de não-conhecimento do recurso interposto – e não na data do termo *ad quem* do prazo do recurso que veio a ser não-conhecido/inadmitido²⁸⁰.

Ressalve-se, todavia, que, no entendimento aqui adotado, se o motivo para o não-conhecimento/inadmissão dos “embargos de declaração” ou recurso interno for a sua *intempestividade*, o início do prazo para o ajuizamento da ação anulatória ocorrerá necessariamente no dia da intimação da sentença “embargada” ou recorrida – a não ser que a medida interna intempestiva não tenha sido formulada pela parte interessada em ajuizar a ação do § 1º do art. 33 (*i.e.*, a parte sucumbente na arbitragem).

Ou seja, se a medida interna intempestiva foi interposta pela própria parte sucumbente na arbitragem, o prazo para esta ajuizar a ação anulatória (nos casos do art. 32) começará a correr na data de sua intimação da sentença arbitral – e não da decisão da medida interna. Já se foi interposta pela parte vitoriosa, o prazo para o ajuizamento da ação anulatória pela parte sucumbente (interessada na anulação) terá início na data de sua intimação da decisão de não-conhecimento/inadmissão da medida interna.

A síntese desse raciocínio é a seguinte: quando interpostos fora do prazo, os “embargos de declaração” ou recurso interno nem sequer poderão ter as suas razões apreciadas. Ainda que procedentes, não haverá qualquer chance de julgá-los no mérito. Completamente descartada, portanto, a possibilidade de os “embargos” ou recurso gerarem seu efeito típico de interromper o prazo para o ajuizamento da ação anulatória²⁸¹. Teoricamente, essa ausência de interrupção se poria independentemente de quem houvesse formulado os “embargos” ou recurso. Porém, não se afigura razoável que atinja o

única sanção decorrente do intuito protelatório” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 614).

²⁸⁰ Entendimento este que deu origem ao enunciado da Súmula n.º 401 daquela Corte Superior (“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”).

²⁸¹ No mesmo sentido, por exemplo: CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 388. Manoel Caetano FERREIRA FILHO, tratando dos embargos de declaração na esfera judicial, defende entendimento semelhante: “...ressalvada a hipótese de intempestividade, os embargos sempre suspendem [*rectius*, interrompem] o prazo para interposição de outros recursos, mesmo quando não conhecidos por ausência de outro pressuposto de admissibilidade. Repita-se que, com maior razão, mesmo quando o tribunal ou o juiz decide pela ausência de obscuridade, contradição ou omissão, caso em que os embargos são admitidos (conhecidos), o prazo fica interrompido” (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 7. p. 328).

sucumbente quando a medida intempestiva não for de sua autoria. Caso contrário, terá ele seu prazo afetado por conta de fato a que não deu causa²⁸².

Enfim, a mera oposição dos “embargos de declaração” ou recurso interno na arbitragem nem sempre é suficiente para adiar o início do prazo *do sucumbente-embargante/recorrente* para a ação de anulação da sentença arbitral: enquanto a medida estiver pendente de apreciação não será possível saber, com certeza absoluta, se já há prazo em curso (o que ocorrerá na hipótese de não-conhecimento/inadmissão por extemporaneidade) ou não (nas demais hipóteses possíveis).

O *sucumbente-embargado/recorrido*, por outro lado, não merece passar por essa mesma situação de incerteza, com a qual não terá contribuído. Desse modo, a simples formulação dos “embargos de declaração” ou do recurso necessariamente implicará a interrupção do seu prazo para a propositura da demanda do § 1º do art. 33, conheçam-nos (ou admitam-nos) ou não (por qualquer razão que seja) os árbitros.

7.1.6.6 – Regras sobre a contagem do prazo

Ao longo deste trabalho, afirmou-se, em diversos momentos, que o prazo para o ajuizamento da ação de anulação se inicia com a intimação da parte a respeito da sentença arbitral – ou, em alguns casos, da decisão dos “embargos de declaração” ou recurso interno. De fato, os noventa dias começam *a correr* no dia da intimação – não da juntada da prova da intimação aos autos do processo arbitral, conforme demonstrado mais acima (item 7.1.6.4). Isso não quer dizer, porém, que o dia do início *da contagem* do prazo decadencial do § 1º do art. 33 seja o dia do início *do prazo em si* (i.e., o dia da intimação).

A forma de contagem do prazo para ajuizamento da ação de anulação não apresenta especificidades em relação ao modo como se contam prazos em geral – tanto os processuais (art. 184, *caput*, do Código de Processo Civil) como os de direito material (art.

²⁸² BARBOSA MOREIRA, tratando da questão no âmbito dos processos judiciais, sustenta que os embargos de declaração inadmissíveis em hipótese alguma possuem o condão de interromper o prazo para a interposição de outros recursos. Não é exatamente o que se sustenta neste trabalho. Aqui, entende-se que o efeito interruptivo dos “embargos arbitrais” *apenas não se verifica nos casos de intempestividade*. Mas concorda-se com o referido autor quando ele diz que os embargos sempre interromperão o prazo da “parte embargada”, ainda que venham a ser inadmitidos por motivo de intempestividade. Nos seus termos: “Permanece válida, entretanto, a ressalva de que embargos inadmissíveis (v.g., intempestivos) – e dos quais, por isso, o órgão judicial não pode conhecer – nenhuma influência têm no prazo para outro recurso *do próprio embargante*” (BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, p. 567).

132, *caput*, do Código Civil): o dia de intimação, que marca o início do prazo decadencial, não é computado na sua contagem, mas o último dia sim. Ou seja, o termo *a quo* será o dia seguinte ao da intimação. O termo *ad quem* será o próprio dia do vencimento do prazo.

A Lei n.º 9.307/1996 poderia perfeitamente ter disposto de forma diversa sobre os critérios de contagem do prazo, conforme admitido pelo art. 132, *caput*, parte inicial, do Código Civil – que é a regra aplicável na hipótese, por se tratar de prazo de direito material, não processual. Mas não o fez. Logo, na ausência de previsão específica na Lei de Arbitragem, deve-se entender que o prazo do § 1º do art. 33 conta-se na forma das regras gerais – ressaltando-se que, por se tratar de prazo decadencial fixado em lei, é ele peremptório, ou seja, não podem as partes alterá-lo (art. 209 do Código Civil).

Caindo em dia não útil, o termo *ad quem* do prazo se prorroga para o primeiro dia útil seguinte (§ 1º do art. 132 do Código Civil). Quanto ao termo *a quo*, poder-se-ia cogitar que seria sempre o dia seguinte ao da intimação, *fosse tal dia ou o próprio dia da intimação útil ou não* – uma vez que o Código Civil não contém regras semelhantes aos arts. 184, § 2º, e 240, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Todavia, é mais razoável entender que essas regras processuais sobre o termo *a quo* do prazo valem também para os prazos de direito material. Devem elas ser invocadas para suprir a lacuna da lei civil sobre a questão, a fim de se uniformizar e simplificar as regras gerais de contagem de prazos e, com isso, evitar-se surpresas aos jurisdicionados.

Assim, se a intimação da parte acontecer em uma sexta-feira, o termo *a quo* da contagem do prazo de noventa dias será a segunda-feira – a não ser que em tal dia não haja expediente forense, quando o termo *a quo* será o primeiro dia útil seguinte. Ademais, se a parte for intimada da sentença em dia não-útil, a intimação será considerada feita no primeiro dia útil seguinte – e o termo *a quo* do prazo será o próximo dia útil subsequente.

7.1.7 – Legitimidade processual

O *caput* do art. 33 diz que a “parte interessada” poderá pleitear ao órgão competente do Poder Judiciário a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos na Lei (art. 32). Isso significa que apenas quem foi parte na arbitragem pode ajuizar a ação anulatória do § 1º? E no polo passivo, quem tem legitimidade para figurar?

7.1.7.1 – Legitimidade ativa

Quando diz que a “parte interessada” pode ajuizar a ação de anulação da sentença, o *caput* do art. 33 não exclui a legitimidade ativa de terceiros em relação ao processo arbitral²⁸³. Com efeito, a Lei n.º 9.307/1996 em nenhum momento estabelece que “apenas” as partes da arbitragem poderão propor a demanda de anulação nela prevista.

Além da parte interessada, podem ajuizar a ação anulatória do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307, em determinadas situações, terceiros juridicamente prejudicados, sucessor a título singular ou universal da parte vencida e o Ministério Público. Cabe verificar que situações são essas.

7.1.7.1.1 – Legitimidade das partes da arbitragem

O *caput* do art. 33 não deixa dúvidas, nem poderia ser diferente: quem foi parte da relação processual arbitral tem legitimidade para ajuizar a ação de anulação da sentença proferida na arbitragem. Mas, como se vê mais adiante, ter legitimidade não basta. Para que possa pedir a anulação da sentença, a parte da arbitragem precisa deter interesse de agir (a anulação tem de ser útil a quem a requer e, além disso, necessária).

Situação que merece ser destacada é a da legitimidade individual do litisconsorte vencido na arbitragem para propor a demanda de anulação. Tanto em caso de litisconsórcio facultativo quanto em caso de litisconsórcio necessário, simples ou unitário, qualquer dos litisconsortes vencidos na arbitragem pode ajuizar a ação de anulação sozinho. Afinal, ninguém pode ser obrigado a ir a juízo em busca de tutela jurisdicional.

(a) Se o litisconsórcio na arbitragem for *simples*, haverá na sentença, para cada litisconsorte, *capítulos diversos*. Logo, o resultado do julgamento da ação de anulação ajuizada por um dos litisconsortes produzirá efeitos apenas para o autor – não atingindo seus litisconsortes na arbitragem. Afinal, o pedido de anulação se referirá apenas aos capítulos pertinentes ao autor da ação.

Os demais litisconsortes da arbitragem (mesmo que o litisconsórcio tenha sido necessário) não participarão do processo de anulação – nem mesmo

²⁸³ Nesse sentido, entendendo que terceiros também podem ajuizar a ação de anulação do art. 33: YARSHELL, Ação anulatória de julgamento arbitral..., p. 97; CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 140-141; FERNANDES, op. cit., p. 83; AMARAL, op. cit., p. 189; RANZOLIN, op. cit., p. 183; FONSECA, Reflexões sobre a sentença arbitral..., p. 68-69.

como assistentes simples, uma vez que carecedores de interesse jurídico na questão. Pretendendo obter a anulação dos respectivos capítulos sentenciais, deverão propor, cada qual, sua própria demanda – mas as diversas demandas propostas deverão ser reunidas por conexão perante um mesmo juízo.

Isso não quer dizer, porém, que os litisconsortes não possam ajuizar uma só ação, cumulando suas demandas de anulação. Essa possibilidade é assegurada pelo art. 46 do Código de Processo Civil. As demandas cumuladas serão decididas em capítulos diversos da sentença judicial.

(b) Se o litisconsórcio na arbitragem for unitário, haverá na sentença capítulos comuns a todos os litisconsortes. Mas nem por isso os litisconsortes deverão, todos, figurar no polo ativo da ação de anulação. Não existe previsão legal de litisconsórcio ativo necessário para a hipótese. Nada impedirá, todavia, que litisconsortes ajuízem em conjunto a ação (caso de litisconsórcio ativo unitário, mas facultativo) ou que intervenham como assistentes litisconsorciais em demanda proposta por um deles (vide o item 7.1.7.1.4).

Os litisconsortes que não tiverem integrado o processo não ficarão vinculados ao seu resultado. Ou seja, a coisa julgada nele formada não se lhes estenderá. Desse modo, desde que tenha interesse de agir, o litisconsorte que não participou do processo anterior poderá ajuizar a sua própria ação de anulação. A presença do interesse de agir dependerá do resultado do processo anterior: se a sentença arbitral tiver sido anulada por sentença transitada em julgado, não será necessário o ajuizamento de nova ação de anulação²⁸⁴.

Na hipótese de a solução adotada no processo posterior conflitar com a dada formada no processo anterior, prevalecerá a última – conforme exposto

²⁸⁴ Tratando de ação rescisória, YARSHELL defende que existe litisconsórcio ativo necessário entre os litisconsortes unitários vencidos no processo em que proferida a sentença rescindenda (YARSHELL, *Ação rescisória...*, p. 138-142). BARBOSA MOREIRA, por sua vez, considera que o litisconsorte unitário do processo originário deve ser incluído no polo passivo da ação rescisória, na condição de litisconsorte necessário – ressalvando, porém, a possibilidade de o mesmo trocar de polo, passando a ser litisconsorte ativo (BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, p. 175).

Em que pese o entendimento desses autores, considera-se a solução do texto mais adequada – não apenas para o caso de ação de anulação de sentença arbitral, mas também para o caso de ação rescisória. Trata-se de solução que compatível com o ordenamento (que não prevê litisconsórcio ativo necessário para a situação em exame) e coerente com a ideia de que o litisconsorte unitário vencido não tem legitimidade para ser incluído (mesmo que provisoriamente) no polo passivo do processo de anulação/rescisão.

na nota 67, acima. Havendo ações simultâneas de diversos litisconsortes, todas deverão tramitar conjuntamente – por motivo de conexão (“por prejudicialidade”).

7.1.7.1.2 – Legitimidade de terceiros juridicamente interessados

No geral, apenas as partes terão *interesse jurídico* para pedir a *anulação* da sentença arbitral. Terceiros juridicamente prejudicados, no mais das vezes, terão interesse para formular demanda própria para pedir tutela em sentido diverso ao da sentença arbitral²⁸⁵ ou, então, para pedir a declaração da *inexistência* ou da *ineficácia jurídica* da sentença arbitral diante de si. Faltará, como regra, interesse-adequação para pedido de desconstituição da sentença arbitral por parte de terceiros²⁸⁶ – até porque a sentença e “coisa julgada” arbitrais não lhes serão vinculantes (conforme exposto no item 4.4.3, acima).

Porém, ao menos em uma situação o terceiro juridicamente prejudicado terá interesse para pedir a verdadeira e própria *anulação* da sentença arbitral. Imagine-se, por exemplo, que o terceiro é lesado pelo seu devedor e outro sujeito que, no curso de arbitragem regularmente instaurada, realizam conluio com o fim de esvaziar o patrimônio do devedor. Imagine-se, ainda, que o intento das partes (à revelia dos árbitros) tem sucesso: o resultado por elas pretendido a partir da colusão é obtido com a sentença arbitral. Nessa situação, seria inútil ao terceiro propor uma demanda destinada a cobrar do devedor o pagamento do seu crédito: persistiria o prejuízo gerado pela fraude processual, de modo que possivelmente não haveria mais como o terceiro ter seu direito satisfeito. De nada lhe adiantaria, também, obter a mera declaração da “ineficácia jurídica” da sentença diante de si – os efeitos da sentença entre as partes da arbitragem persistiriam, de modo que os danos sobre o terceiro não seriam afastados. Para preservar o seu direito de crédito, é fundamental ao terceiro obter o desfazimento do negócio fraudulento celebrado pelo seu

²⁸⁵ Por exemplo, a sentença arbitral decidiu que o direito sobre o bem “x” é da parte “A”, em processo realizado entre “A” e “B”. O sujeito “C”, dizendo-se titular do direito sobre o mesmo bem “x”, pode propor demanda (arbitral ou judicial, conforme o caso) para pedir o seu reconhecimento e proteção.

²⁸⁶ Sobre eventuais equívocos na denominação da ação do art. 33 e especificação da providência jurídica nela pedida, vide os itens 7.1.1 e 7.1.5.

devedor e a outra parte da arbitragem (art. 32, inciso VIII, da Lei n.º 9.307, segundo sua interpretação “razoavelmente aberta”)^{287 e 288}.

Na referida hipótese, o terceiro, pretendendo obter a desconstituição da sentença arbitral, deverá lançar mão da ação anulatória do art. 33, § 1º. Ou seja, terá o prazo de noventa dias para ajuizar ação de anulação. Mas o ato que marcará o início do prazo do terceiro não será o mesmo que marca o início do prazo das partes da arbitragem. Isso porque o terceiro não terá sido intimado da sentença arbitral na forma do art. 29. Além disso, é preciso ter em conta que a sentença arbitral não recebe a mesma publicidade das sentenças judiciais, de modo que não seria razoável simplesmente considerar como dia de início do prazo a data do “trânsito em julgado”. Portanto, caberá ao terceiro demonstrar na

²⁸⁷ As partes *envolvidas na colusão*, por sua vez, não poderão pedir a anulação da sentença. Faltar-lhes-á interesse jurídico. Aplica-se, aqui, por analogia, a seguinte lição de TALAMINI, exarada a respeito do inciso III do art. 485 do Código de Processo Civil: “Vale o princípio geral de que ninguém pode alegar a própria torpeza em seu proveito. Assim, a legitimidade ativa caberá a litisconsortes que não tenham participado do conluio, ao Ministério público (art. 487, inciso III, alínea *b*) e a terceiros. Normalmente, o terceiro que é credor de uma das partes não detém interesse jurídico ara intervir no processo. É apenas econômico o interesse desse terceiro em que seu devedor não seja derrotado, e assim não tenha o patrimônio diminuído – o que dificultaria a satisfação do crédito. Porém, quando as partes agem em colusão para prejudicar o terceiro, surge-lhe o interesse jurídico para impedir ou desfazer o resultado fraudulento” (TALAMINI, *Coisa julgada*..., p. 151-152).

Evidentemente, eventual litisconsorte de uma das partes que não tiver participado do conluio e que tiver o devido interesse, poderá ajuizar a ação de anulação em face dos fraudadores. Por exemplo, se do conluio resulta sentença que condena o suposto devedor principal e seu fiador, litisconsortes no processo, este último, de boa-fé, poderá pedir a anulação do capítulo que lhe disser respeito – o qual estará contaminado pelo conluio (não fosse o conluio, possivelmente o devedor principal não seria condenado; por conseguinte, ele, fiador, também não o seria).

²⁸⁸ Não se pode descartar a possibilidade de o conluio fraudulento implicar a inexistência jurídica da sentença arbitral. Imagine-se, v.g., que existem provas de que o conluio envolve não apenas as partes mas também o “árbitro” e, ademais, que a arbitragem foi simulada desde a sua origem, preordenada a fraudar direito de crédito de terceiro. Não tendo o pretenso “árbitro” recebido seus poderes validamente, a sentença que vier a proferir (para possibilitar o intento fraudulento das partes) será juridicamente inexistente e, por conseguinte, destituída de capacidade de produzir efeitos jurídicos. Seu controle se dará, então, segundo a disciplina a que se fez referência no item 4.4.2.3 e é ainda tratada no item 7.2.

Em termos semelhantes, considerando a sentença arbitral inexistente em caso de convenção de arbitragem “simulada”: ARMELIN, *A ação declaratória*..., p. 118-119. São os seus termos: “...nada impede que se simule uma arbitragem, na qual exista um compromisso arbitral a respeito de litígio aparente e uma sentença arbitral resultante da cumplicidade de árbitro escolhido pelas partes coniventes.” E arremata o autor: “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, consequentemente, 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.”

petição inicial da ação de anulação a data em que tomou conhecimento da sentença, pois dela é que se contará o seu prazo de noventa dias²⁸⁹. Ao(s) demandado(s) caberá, se for o caso, comprovar a improcedência da alegação do terceiro.

Apenas a título de argumentação, considere-se, a partir de uma interpretação restritiva (literal) do art. 33 da Lei n.º 9.307, a impossibilidade de terceiros juridicamente prejudicados pedirem a anulação da sentença arbitral com base na ação prevista no dispositivo. Nesse caso, haveria de se reconhecer ao menos a possibilidade de o terceiro se valer de ação de anulação dos atos jurídicos em geral – a mesma a que se refere o art. 486 do Código de Processo Civil. O procedimento a ser seguido não apresentaria maiores diferenças em relação ao que se aplica no caso da ação do art. 33 – vide o item 7.1.9, abaixo. A particularidade se poria precisamente quanto ao prazo (decadencial) de ajuizamento, que seria maior do que o da ação da Lei de Arbitragem (arts. 178 e 179 do Código Civil). Por exemplo, na situação de colusão acima referida, o prazo seria de quatro anos a partir da data da ciência *da sentença* por parte do terceiro. Haveria de se aplicar, por analogia, a regra do art. 178, inciso II, do Código Civil: a fraude contra credores seria aperfeiçoada no momento em que a sentença arbitral fosse proferida, realizando (ainda que involuntariamente) o intento das partes.

Em desfavor desse entendimento se põem os seguintes fatores – os quais o tornam inaceitável: (a) o fato de que haverá sentença arbitral de mérito acobertada por “coisa julgada material” entre as partes – a nulidade da sentença não impede a formação da “coisa julgada”; (b) o ato a ser desconstituído a pedido do terceiro não será simplesmente o ato de disposição de vontade praticado pelas partes, mas a própria sentença arbitral de mérito – da qual advém a solução ilegítima; (c) os instrumentos que a Lei de Arbitragem instituiu para pedir a *anulação* da sentença são especificamente as ações dos §§ 1º e 3º do art. 33; e (d) a ausência de qualquer regra semelhante ao art. 486 do Código de Processo Civil expressa para o caso específico da sentença arbitral. Note-se, inclusive, que as circunstâncias descritas em (a) e (b) estão entre as que tornam a ação rescisória – não a ação do art. 486 – a via adequada para impugnar sentenças homologatórias de transação,

²⁸⁹ Igualmente destacando que a data em que se inicia o prazo do terceiro é o dia em que ele tiver conhecimento da sentença: AMARAL, op. cit., p. 189-190. Em sentido contrário, entendendo que o prazo do terceiro se conta da data da intimação das partes acerca da sentença: FERNANDES, op. cit., p. 83-84.

reconhecimento de procedência de pedido e renúncia ao direito em que se funda a demanda²⁹⁰.

7.1.7.1.3 – Legitimidade de sucessor da parte

O sucessor que ingressar no processo arbitral no lugar de uma de suas partes (sucedida) ou que (especificamente no caso de sucessão *inter vivos*, não sendo aceito o seu ingresso no processo no lugar da parte sucedida) for por esta substituído na arbitragem ficará (desde que possa figurar como assistente litisconsorcial do sucedido) vinculado ao seu resultado – *i.e.*, será abrangido pela “coisa julgada arbitral”.

A convenção e/ou os árbitros (na forma do art. 21, § 1º, da Lei n.º 9.307) poderão dispor sobre o procedimento para a sucessão processual e eventual substituição do sucessor pela parte sucedida *no curso da arbitragem*. Sempre, porém, deverão ser observados os parâmetros essenciais para garantir o direito de contraditório do sucessor. Segundo a ordem jurídica brasileira, se não lhe tiver sido dada a oportunidade de ingressar no processo como parte ou ao menos (no caso da sucessão *inter vivos*) como assistente litisconsorcial do sucedido, o sucessor não ficará vinculado ao resultado da arbitragem (conforme os arts. 42 e 1.055 e seguintes do Código de Processo Civil²⁹¹). Trata-se de imposições das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, cujo desrespeito sujeita a sentença ao controle judicial segundo a Lei n.º 9.307 (art. 32, inciso VIII).

Aquele que suceder a parte *depois do encerramento da arbitragem* fica necessariamente vinculado ao que nela se houver decidido. Como observa TALAMINI, tratando da questão no âmbito dos processos judiciais, todas as posições jurídicas relativas

²⁹⁰ Conforme leciona TALAMINI, tratando da ação anulatória do art. 486 em face de sentenças judiciais: “A regra do art. 486 apenas se aplicará aos atos que não fiquem acobertados por uma sentença de mérito revestida de coisa julgada. As sentenças homologatórias a que o dispositivo se aplica são outras que não as do art. 269 (v.g., as proferidas em sede de jurisdição voluntária: CPC, arts. 1.031, 1.122, § 1º, *etc.*). A ação do art. 486 é também cabível para invalidar o ato de disposição de vontade praticado no processo enquanto não houver a sua homologação. Aplica-se analogicamente a norma do art. 353, inciso I, que trata da confissão. O art. 486 se aplica ainda a outros atos judiciais alheios à incidência da coisa julgada. Vale dizer: atos não meramente instrumentais ao andamento do processo. Citem-se como exemplos a adjudicação, a arrematação e (ou) a entrega do dinheiro ao credor, no processo executivo – e isso mesmo quando esse processo não tiver sido encerrado pela sentença de que trata o art. 794, inciso I” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 187-188).

²⁹¹ Sobre os parâmetros do Código de Processo Civil para a sucessão processual, vide: *Ibid.*, p. 111-113.

ao objeto da sucessão – seja ela por ato *inter vivos* ou *mortis causa* – são também transferidas ao sucessor, inclusive as de caráter processual, como a coisa julgada.

Ficando vinculado ao resultado da arbitragem, o sucessor poderá (terá legitimidade para) ajuizar ação de anulação – seu interesse, evidentemente, dependerá da sucumbência sua ou do sucedido, conforme tenha ele ou não ingressado no processo no lugar deste. Não poderá, por outro lado, ajuizar diretamente ação versando sobre a mesma causa julgada²⁹², nem lhe será adequado pedir a declaração da ineficácia jurídica da sentença diante de si – nada diferente, portanto, do que se passa quando se trata da legitimidade do sucessor da parte para a ação rescisória (art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil).

O prazo que o sucessor terá para ajuizar a ação será de noventa dias contados da data da intimação a que se refere o art. 29 da Lei n.º 9.307. Assim, se o sucessor tiver participado da arbitragem, no lugar da parte ou como seu assistente litisconsorcial, será de sua intimação que se contará o prazo. Se não tiver participado, o prazo se iniciará na data da intimação do sucedido – inclusive se a sucessão tiver ocorrido apenas depois do encerramento da arbitragem. Afinal, a parte vencedora não pode ficar indefinidamente à mercê de eventual pedido de anulação judicial vinda da outra parte ou quem venha a sucedê-la.

Por fim, note-se que, se tiver permanecido alheio ao processo arbitral, sem que lhe tenha sido dada a oportunidade/faculdade de (no caso da sucessão *inter vivos*) assistir o sucedido, o sucessor será tratado, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, como terceiro. Logo, como se vê no item 7.2.3, a ação de que ele poderá se valer contra a sentença será (presente o interesse-necessidade) a declaratória de ineficácia jurídica ou inexistência, conforme o caso – ressalvada, ainda, a possibilidade de o sucessor propor sua própria demanda para pedir tutela sobre a mesma causa julgada pela sentença anterior.

²⁹² Lembre-se, porém, que os sujeitos vinculados à “coisa julgada arbitral” (e, portanto, também aquele que houver sucedido uma das partes na forma da lei) podem sempre dispor sobre a solução dada. Podem, inclusive, iniciar nova arbitragem sobre o mesmo objeto antes decidido ou mesmo reabrir a arbitragem anterior para eliminar (se possível) o defeito identificado na sentença.

7.1.7.1.4 – Terceiros intervenientes e ação de anulação

A doutrina, de um modo geral, admite a intervenção de terceiros na arbitragem, sob determinadas condições²⁹³. Pode-se pensar, por exemplo, em intervenção

²⁹³ A questão tem de ser analisada sob o ponto de vista do interveniente, das partes e dos árbitros e, além disso, considerando-se a possibilidade de aquele ser ou não signatário da convenção.

Inicialmente, considere-se a hipótese de o terceiro em relação ao processo *não ser signatário da convenção*.

(a) *O terceiro não é obrigado a se submeter a arbitragem que não convencionou*

Como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla a “arbitragem obrigatória”. Ninguém pode ser compelido a resolver seus conflitos por arbitragem, sob pena de ofensa direta ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A utilização da arbitragem – vale dizer, nos limites em que admitida (art. 1º da Lei n.º 9.307/1996) – deve decorrer de uma escolha livre dos contendentes, ou melhor, de um acordo de vontades entre as partes envolvidas na crise de direito material a ser dirimida.

Tal acordo de vontades formaliza-se na convenção de arbitragem. Assim, apenas os sujeitos que a tiverem celebrado é que se obrigam a resolver conflito nela abarcado por processo arbitral. Mas note-se que essa obrigatoriedade é resultado de uma escolha livre e anterior das partes – e não diretamente da lei nem da vontade de terceiros, caso em que seria ilegítima. Inclusive, podem as partes distratar a arbitragem, expressa ou tacitamente – o que apenas confirma autonomia da vontade que permeia a disciplina do instituto.

Sobre os limites subjetivos da convenção arbitral, confira-se o que escreve THEODORO JÚNIOR: “a jurisdição arbitral não pode ir além do negócio jurídico que motivou sua implantação, nem pode envolver senão as partes que o convencionaram. O árbitro, que sustenta sua função sobre a vontade das partes litigantes, mostra-se sem poder em relação a terceiros, ou seja, aqueles que não participaram do negócio instituidor do juízo arbitral” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio [Coord.]. *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 245-246). CARREIRA ALVIM, outrossim, destaca ser impossível forçar terceiro a intervir em processo arbitral: “A possibilidade de fazer com que terceiros intervenham, *coercitivamente*, na arbitragem, para sofrer eventuais efeitos da sentença arbitral, inexistente juridicamente” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Intervenção de terceiros na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio [Coord.]. *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 264).

(b) *Os árbitros não exercem poderes sobre pessoas estranhas ao pacto de arbitragem, nem são obrigados a aceitá-las no processo*

Os poderes dos árbitros encontram limites na convenção de arbitragem. Assim como não podem decidir causa diversa daquela a eles submetida por meio da convenção, os julgadores privados não podem (inclusive em vista das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa) impor suas decisões a terceiros, nem exigir – com ou sem a concordância das partes – que estes intervenham em arbitragem que não pactuaram.

Conforme THEODORO JÚNIOR: “Como o contrato se caracteriza pela relatividade, isto é, por operar com força de lei, mas apenas entre as partes e na extensão do objeto negocial, o juízo arbitral fica limitado às partes que o convencionaram e ao objeto do contrato que o motivou” (THEODORO JÚNIOR, Arbitragem e terceiros..., p. 247).

Por outro lado, ainda que haja legítimo interesse do terceiro em relação ao pacto arbitral em intervir no processo, os árbitros não são obrigados a admiti-lo. E isso mesmo que as partes consentam com a vontade do terceiro. É que a intervenção poderá alterar/ampliar a estrutura subjetiva do processo e, eventualmente, o seu objeto. Em qualquer caso, mesmo que não altere os elementos objetivos e subjetivos da(s) demanda(s) já formulada(s), a intervenção poderá gerar repercussões sobre a atividade dos árbitros, que poderão com elas não concordar (o processo pode, por exemplo, assumir um grau mais elevado de complexidade do que o que possuía no início, para o qual o julgador não se repete preparado tecnicamente ou que venha a demandar tempo de que ele não dispõe).

É o que observa CARREIRA ALVIM. No seu entendimento: “...o árbitro é nomeado e aceita resolver um litígio, numa determinada extensão, não podendo ser constrangido a resolver um litígio objetiva ou subjetivamente mais extenso” (CARREIRA ALVIM, *Intervenção de terceiros...*, p. 265). THEODORO JÚNIOR, igualmente, assim se manifesta: “...se em princípio não se tolera a intervenção de terceiro, genericamente, no processo arbitral, nem voluntária nem provocada, sem o consentimento dos sujeitos da convenção de arbitragem, não me parece razoável impor ao árbitro e as partes contratantes uma causa nova, com parte e objeto estranhos ao negócio arbitral” (THEODORO JÚNIOR, *Arbitragem e terceiros...*, p. 257). CARMONA, na mesma linha, consigna: “...a última palavra sobre qualquer pleito de intervenção caberá necessariamente aos árbitros: ainda que as partes estejam de acordo com a intervenção do terceiro, os árbitros deverão deliberar sobre o assunto e podem entender que o ingresso de outro contendente é inadequado ou por qualquer motivo impróprio, o que significará o indeferimento de intervenção provocada ou voluntária” (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 310).

(c) *As partes da arbitragem não podem exigir que sujeitos não signatários da convenção intervenham na arbitragem, nem são obrigadas a aceitá-los no processo*

Da mesma forma que os árbitros, as partes não podem exigir que terceiros em relação ao pacto arbitral ingressem no processo. A convenção de arbitragem que firmam entre si, como se expôs acima, vale apenas e tão-somente para elas. Não se estende a terceiros. Nesse sentido, leciona THEODORO JÚNIOR: “Diante do caráter voluntário da arbitragem, falece à parte e ao árbitro o poder de impor ao terceiro toda e qualquer espécie de arbitragem forçada. Em relação a quem não é parte da convenção, cabe ao árbitro ouvi-lo, mas não convocá-lo a se submeter a um *imperium* que não existe” (THEODORO JÚNIOR, *Arbitragem e terceiros...*, p. 253).

De outro lado, as partes também não são obrigadas a litigar com terceiros em face da convenção por meio de arbitragem, sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal... Quer dizer, jamais os árbitros poderão facultar a não-signatário da convenção que intervenha na arbitragem sem o consentimento das partes. É o que também entende CARREIRA ALVIM: “Não deve o árbitro convidar de ofício o terceiro a intervir, porquanto, investido pelas partes originárias para resolver um conflito entre elas, nos limites da convenção de arbitragem, não lhe cabe, *sponte sua*, estender esse conflito a quem não celebrou a convenção” (CARREIRA ALVIM, *Intervenção...*, p. 266). Ainda nos termos do autor: “Admitir-se a intervenção contra a vontade das partes originárias complica o processo arbitral, neutralizando as principais vantagens que as levaram a celebrar o compromisso, e podem tê-lo celebrado justo para verem resolvida a lide de forma convencional, afastando os rigorismos do processo judicial, dentre os quais as intervenções coactas, que têm constituído um dos mais sérios entraves ao seu desenvolvimento” (Ibid., p. 269).

Outra questão, adiante analisada, é saber quais são as consequências da falta de intervenção do terceiro *não-signatário* da convenção no processo arbitral.

(a) *Casos em que a falta de intervenção inviabiliza o prosseguimento da arbitragem*

A depender de sua espécie, a intervenção do terceiro será absolutamente indispensável para viabilizar o desenvolvimento regular do processo arbitral. Pense-se no caso de litisconsórcio necessário: a

arbitragem não pode prosseguir sem a presença do litisconsorte. Se as partes não aceitarem a participação do terceiro ou este não quiser intervir na arbitragem, os árbitros não terão escolha: deverão extinguir o processo sem julgamento de mérito (THEODORO JÚNIOR, Arbitragem e terceiros..., p. 251). Já se apenas os árbitros não aceitarem a intervenção, deverão ser substituídos de comum acordo entre os contendentes (inclusive o interveniente) ou o processo deverá ser extinto para que o conflito seja levado ao Judiciário pela parte interessada. Do processo judicial, de um jeito ou de outro, deverão participar todos aqueles que a lei qualifica como litisconsortes necessários.

Sobre as consequências da prolação de sentença em processo do qual não tenha participado litisconsorte necessário, vide o item 4.4.3.4, acima.

(b) Casos em que a intervenção não é necessária para o prosseguimento regular da arbitragem

Mas em geral a falta da intervenção não prejudica o processo arbitral. Ou seja, não impede que o processo arbitral chegue ao fim validamente, com julgamento de mérito. Apenas faz com que não se verifiquem as consequências específicas da intervenção de que se tratar. Por exemplo, não havendo “denúnciação da lide”, o demandado no processo arbitral, se condenado, terá de formular a competente ação de regresso perante o Poder Judiciário. Afinal, seu pretensão direito de regresso não terá sido decidido no âmbito do processo arbitral.

É possível que os terceiros em relação ao processo sejam *signatários da convenção de arbitragem*.

Tratando do litisconsórcio na arbitragem, THEODORO JÚNIOR escreve: “Se o procedimento arbitral... vai se desenvolver entre pessoas que simultânea ou sucessivamente se vincularam à convenção arbitral, a formação do litisconsórcio ativo ou passivo se dará sem dificuldade alguma. Todos os sujeitos do processo estarão obrigados a se submeterem a ele, por força dos vínculos contratuais preexistentes. O litisconsórcio, *in casu*, tanto poderá assumir a modalidade voluntária como a necessária, e, uma vez provocado por algum contratante interessado, não poderá ser recusado pelos adversários” (Ibid., p. 252). Ou seja, estando o terceiro vinculado ao pacto de arbitragem, as partes e árbitros não poderão rejeitá-lo, caso se faça necessária ou cabível a sua intervenção.

Em caso de intervenção voluntária, as partes e/ou árbitros não poderão recusar a participação do terceiro (v.g., caso em que o terceiro formula “oposição”, alegando ser seu o direito controvertido). Haverá o dever de aceitá-lo. O terceiro, por sua vez, terá o direito de participar da arbitragem.

Já em caso de intervenção provocada (como o “chamamento ao processo” ou “denúnciação da lide”) haverá o dever do terceiro de integrar o processo. Ele não poderá se recusar a participar da arbitragem, por ser signatário da convenção.

Mas a questão torna-se delicada justamente quando o terceiro *não se encontra previamente vinculado ao pacto de arbitragem ou quando o conflito submetido ao juízo arbitral não está abrangido pelo pacto a que o terceiro aderiu*. Nesses casos, o terceiro, na linha do que se expôs mais acima na presente nota, não poderá ser forçado a integrar o processo, nem as partes e árbitros a aceitá-lo. “Como a arbitragem repousa nos vínculos contratuais entre as partes e entre estas e o árbitro, seus liames não se manifestam senão entre os contratantes. A legitimidade de parte para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais” (Ibid., p. 252).

A intervenção do terceiro que não aderiu ao pacto arbitral ficará condicionada, portanto, ao consenso de todos os envolvidos, *i.e.*, das partes, dos árbitros e do próprio terceiro. Nas palavras de BATISTA MARTINS: “Sendo a origem da arbitragem consensual, por força da autonomia da vontade das partes, entendemos que os pressupostos do direito contratual podem e devem fundamentar e, mesmo, influir na decisão de se admitir o ingresso do terceiro que o reclama voluntariamente” (BATISTA MARTINS,

nos moldes da oposição, denunciação da lide, chamamento ao processo, assistência simples ou litisconsorcial ou, ainda, o ingresso de litisconsorte necessário (signatário ou

Pedro Antonio. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 33, abr./jun. 2012. p. 261).

O interveniente poderá discordar da composição do painel arbitral. O tratamento a ser dado para a questão dependerá das particularidades do caso.

(a) Caso em que o terceiro interveniente não assinou a convenção

Se a intervenção (provocada ou voluntária) for indispensável para o prosseguimento do processo, não haverá escolha: será preciso rever a composição do painel arbitral levando em conta a posição do terceiro. É o que se passa em caso de litisconsórcio necessário. As disposições da convenção acerca da forma de nomeação precisarão eventualmente ser revistas, a fim de viabilizar a realização da arbitragem.

Se a intervenção não for indispensável ao prosseguimento da arbitragem, não haverá a obrigatoriedade de revisão do painel. Querendo participar da arbitragem e sendo aceito por suas partes e árbitros, o terceiro terá, em princípio, de aceitar as regras definidas na convenção. Se o interveniente não aceitar o painel definido e não houver sua alteração, poderá optar por ficar de fora da arbitragem – levando sua causa ao Judiciário. Mas é claro que será possível – com o consentimento entre partes e árbitros já nomeados – rever as regras procedimentais e proceder a alterações no painel, considerando-se o ingresso do terceiro.

(b) Caso em que o terceiro interveniente assinou a convenção

Se o terceiro interveniente assinou a convenção, terá, como se viu acima, o direito e dever de participar da arbitragem. Por isso, ser-lhe-á dado, seja a intervenção indispensável ou não ao prosseguimento da arbitragem, seja ela provocada ou voluntária, influir na composição do painel. Como parte da convenção, o interveniente tem o direito de participar da escolha daqueles que julgarão o seu conflito. Lembre-se, inclusive, que sem a válida nomeação os árbitros não têm poderes para decidir (item 4.4.2, acima).

É importante, pois, que a convenção de arbitragem preveja soluções para esse tipo de situação, a fim de evitar impasses ou dificuldades na adequação do painel de árbitros e prosseguimento do processo. Como leciona CARMONA: “A melhor solução para o impasse, se houver dispersão dos núcleos de interesse na arbitragem, é que o órgão arbitral (quando a arbitragem for institucional) nomeie todos os membros do tribunal, o que dependerá de previsão regulamentar” (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 305).

Por derradeiro, destaque-se que o terceiro em relação ao pacto arbitral, mesmo durante o curso do processo arbitral, pode ingressar no Poder Judiciário para discutir e fazer atuar seu pretensão direito em face dos participantes da arbitragem. Não lhe será oponível a existência da convenção (vide o item 4.1.1.2.1).

Poderá o terceiro legitimado, por exemplo, ajuizar ação contra as partes da arbitragem para pleitear o direito entre elas debatido naquela sede. Ora, não querendo ou não podendo (por vontade das partes e/ou árbitros) formular oposição na arbitragem, não lhe restará outra saída – para evitar possíveis prejuízos oriundos do processo arbitral – senão a de ajuizar ação autônoma no Judiciário (conforme lição de: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 112 e seguintes). Ter-se-ia uma “oposição autônoma” processada no Judiciário.

não da convenção) não originariamente demandado (arts. 40 e seguintes do Código de Processo Civil)²⁹⁴.

Exceto no caso de assistência simples, como se vê logo abaixo, o terceiro, uma vez inserido no processo, *assume a condição de parte da arbitragem* – i.e., *deixa de ser terceiro*. E como verdadeira parte terá legitimidade para ajuizar ação de anulação contra a parcela da sentença arbitral que lhe disser respeito – claro, desde que presente o seu interesse de agir e observados os limites legais (ou seja, os arts. 32 e 33 da Lei n.º 9.307/1996).

Em situação como a de chamamento ao processo, forma-se litisconsórcio passivo simples na arbitragem²⁹⁵. Logo, haverá capítulos sentenciais diversos para cada litisconsorte, com teores possivelmente diversos. Cada um dos litisconsortes poderá ajuizar sua própria ação anulatória, se o capítulo que lhe disser respeito estiver viciado. Poderão eles, outrossim, ajuizar ação em litisconsórcio, cumulando suas demandas anulatórias (conforme o art. 46 do Código de Processo Civil). A anulação obtida por um dos litisconsortes (chamante e chamado) não afetará necessariamente os capítulos pertinentes aos outros. Mas isso poderá acontecer, em determinados casos.

(a) Por exemplo, em caso de anulação do capítulo que houver condenado o devedor principal (chamado), ficará prejudicado o capítulo condenatório do fiador (chamante). Afinal, a responsabilidade do fiador é subsidiária. Ou seja, se o capítulo que reconhecia a responsabilidade do devedor principal é anulado, a responsabilidade subsidiária do fiador não pode ser levada a efeito: satisfazendo a dívida, o fiador não teria, em princípio, como cobrar do devedor principal o reembolso respectivo, pois não haveria título executivo para a sub-rogação.

²⁹⁴ Conforme observa CARMONA, das modalidades de intervenção de terceiros do Código de Processo Civil, a única que não parece se compatibilizar com a disciplina da arbitragem é a nomeação à autoria. Nos seus termos: “Em sede de arbitragem é difícil imaginar a aplicação desta técnica, inspirada pelo princípio da economia processual. A parte que não tiver legitimidade para a arbitragem certamente irá arguir esta situação na primeira oportunidade em que puder se manifestar e o acolhimento da defesa desaguará necessariamente na extinção do processo sem julgamento do mérito. A dupla concordância preconizada para efeitos do processo judicial (concordância do terceiro apontado como parte legítima e concordância do autor para substituição do réu original, nos termos dos arts. 64 a 66 do Código de Processo Civil) não quadra com a dinâmica da arbitragem, pois não é possível obrigar a parte demandada na arbitragem a provocar sua substituição como exige em determinados casos o art. 62 do Código de Processo Civil. Tenho, portanto, por inaplicável a técnica da *laudatio auctoris* (nomeação à autoria) no processo arbitral” (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 308).

²⁹⁵ WAMBIER; TALAMINI, *Curso Avançado...*, v. 1, p. 316.

Nem se diga que para o referido caso se poria a possibilidade de o fiador mover sua própria demanda contra o devedor, para cobrar-lhe o reembolso; ou então que, para exercer a pretensão de reembolso, caberia ao fiador aguardar eventual novo julgamento pelos árbitros, após a anulação, com a possível nova condenação do devedor principal. Essas soluções desconsiderariam a aludida *relação de prejudicialidade* que se põe entre as demandas cumuladas e abririam margem a situações conflitantes, como a que se poria caso o novo julgamento contra o devedor principal viesse a ser de improcedência.

(b) Por outro lado, se o capítulo anulado for o referente ao fiador (chamante), manter-se-á intacto o capítulo referente ao devedor principal (chamado) – sem prejuízo da possibilidade de sua anulação por demanda própria deste último. É que, uma vez realizado o pagamento pelo devedor principal, ele não poderia se voltar contra o fiador, seu simples garantidor.

Em caso como o de denunciação da lide, existirão capítulos sentenciais diversos para a demanda entre as partes originárias e, havendo a sucumbência do denunciante, para a demanda entre este e o denunciado – ou seja, a demanda regressiva.

(a) O denunciado sucumbente poderá ajuizar a ação de anulação apenas contra o capítulo no qual se houver decidido a demanda regressiva. Ser-lhe-á dado, porém, participar como assistente simples do denunciante em ação de anulação por este ajuizada contra o capítulo referente à demanda originária²⁹⁶.

Nesse último caso, verifica-se relação de prejudicialidade entre o capítulo referente à demanda regressiva e o capítulo referente à demanda principal: a anulação deste fará com que aquele fique automaticamente prejudicado. Não fosse assim, aliás, haveria o enriquecimento ilícito do denunciante: ele seria “ressarcido” daquilo que, por conta da anulação que obteve, nem sequer pagou.

(b) Se a demanda regressiva houver sido julgada improcedente, o denunciante poderá ajuizar ação de anulação tanto contra o capítulo referente à demanda principal como contra o capítulo referente à demanda regressiva – claro, desde que ambos estejam viciados.

²⁹⁶ Note-se, inclusive, que o denunciado pode atuar como assistente simples do denunciante em relação à demanda principal, auxiliando-o a fim de evitar a sua condenação (MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 147 – comentários de José Roberto dos Santos Bedaque ao art. 70).

Ajuizada ação de anulação pelo denunciante apenas contra o capítulo referente à demanda principal, seu acolhimento *não* afetará o capítulo referente à demanda regressiva. Nesse caso, com o eventual novo acolhimento da demanda principal, após a anulação do capítulo sentencial que a havia julgado, não haverá mais como obter indenização perante o sujeito que figurou como denunciado no processo anterior. Por isso mesmo, aliás, o denunciado não terá interesse para assistir o adversário do denunciante no processo de anulação por este instaurado.

(c) Sem prejuízo dessas conclusões, note-se que nem sempre a nulidade do capítulo referente à demanda principal se verificará no capítulo referente à demanda regressiva. Pode ser, por exemplo, que o capítulo referente à demanda principal careça de motivação e, por outro lado, o capítulo referente à demanda regressiva esteja fundamentado – sendo, portanto, válido.

Mas mesmo nessas situações a anulação do capítulo referente à demanda principal afetará o capítulo referente à demanda regressiva, *se esta tiver sido acolhida* – por conta da relação de prejudicialidade verificada. Aplica-se o exposto no item (a), acima.

O opositor tem legitimidade para ajuizar ação anulatória contra o capítulo referente à oposição, apenas. A “coisa julgada” existente entre as partes originais da arbitragem não impedirá tal pleito de anulação nem eventual novo julgamento da causa referente ao opositor pelos próprios árbitros ou pelo Judiciário, conforme o caso – após, claro, a devida desconstituição do capítulo da sentença arbitral referente à oposição. Afinal, trata-se de “coisa julgada” que não se estende ao opositor. Em suma, é perfeitamente possível que seja acolhida a anulatória do opositor e se venha a reconhecer, subsequentemente, perante o Judiciário ou em arbitragem, o seu direito sobre o bem disputado pelas partes originais. A “coisa julgada” que acobertará a sentença arbitral favorável a uma delas não será oponível ao opositor.

Havendo intervenção nos termos da assistência litisconsorcial, o assistente será tratado como litisconsorte unitário do assistido. Ficará, inclusive, vinculado à “coisa julgada arbitral”. Diz-se que será tratado como litisconsorte “unitário”, pois: no caso de assistência ao demandante, ao intervir, não terá formulado nenhuma nova demanda em face do adversário do assistido; e, no caso de assistência ao demandado, a demanda já posta contra o assistido é exatamente a que lhe diz respeito. Ou seja, o objeto do processo

manter-se-á o mesmo, a despeito da intervenção – não haverá o acréscimo de demandas. Logo, o que se decidir para o assistido será exatamente o que se decidirá para o assistente. A anulatória poderá ser ajuizada: (i) apenas pelo assistente, no caso em que o assistido houver atuado como seu substituto processual (ver o caso de sucessão *inter vivos*, mencionado no item 7.1.7.1.3); ou (ii) também pelo assistido, nos casos em que este não houver sido sucedido no plano de direito material pelo assistente. Caso haja legitimidade tanto do assistente quanto do assistido, ambos poderão, se quiserem, ajuizar a anulatória em litisconsórcio ativo (art. 46 do Código de Processo Civil).

O assistente simples não ficará vinculado propriamente à “coisa julgada arbitral”, mas à “justiça da decisão” – o que significa que os próprios fundamentos da sentença arbitral se tornarão imutáveis, indiscutíveis ao assistente²⁹⁷. Na medida em que não terá assumido a condição de parte na arbitragem (vide as notas 297 e 302, abaixo) nem se submete à “autoridade da coisa julgada arbitral”, o assistente simples não terá legitimidade para ajuizar ação anulatória que tenha sido contrária diretamente aos interesses jurídicos do assistido – e apenas indiretamente a ele, assistente.

Sobre a legitimidade do litisconsorte necessário para ajuizar a ação de anulação, vide o item 7.1.7.1.1, acima. O litisconsorte necessário possuirá legitimidade ativa tenha ele participado do processo arbitral desde o seu início ou não – *i.e.*, mesmo que tenha ele intervindo no processo apenas depois do seu início.

²⁹⁷ Como escreve TALAMINI, tratando da figura do assistente simples no âmbito dos processos judiciais: “Já o assistente simples *não assume a condição de parte*. Por isso, não se submete propriamente à autoridade da coisa julgada, mas apenas ao chamado *resultado da intervenção* (ou *eficácia da assistência*), *ex vi* do art. 55. Trata-se de instituto, em certo aspecto, mais rígido e, em outro, mais flexível do que a coisa julgada. É mais rigoroso na medida em que torna imutáveis, indiscutíveis para o assistente, inclusive os próprios fundamentos da sentença – e não apenas o seu *decisum*. É o que se extrai da proibição de que o assistente discuta, em processo posterior, a *justiça da decisão* (art. 55, *caput*). Essa definição de limites mais objetivos mais largos do que os da coisa julgada *não* consiste em mero capricho do legislador. No mais das vezes, se a imutabilidade se restringisse ao objeto do *decisum*, não haveria nenhuma concreta e útil vinculação do assistente. Os aspectos pertinentes ao assistente que poderiam ensejar um subsequente processo – que o art. 55 busca evitar – normalmente estão veiculados na fundamentação... Por outro lado, o resultado da intervenção é mais flexível do que a coisa julgada, na medida em que se confere ao assistente a possibilidade de subtrair-se de tal autoridade quando demonstrar que sua adequada atuação no processo foi prejudicada por atos ou omissões do assistido (incisos I e II do art. 55)” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 118-119).

7.1.7.1.5 – Legitimidade do Ministério Público

Por fim, cumpre destacar que o Ministério Público também poderá (terá legitimidade e interesse para) pedir a anulação a sentença arbitral em situações excepcionais (com base no art. 33, § 1º, no prazo de noventa dias após ter tomado conhecimento da existência da sentença).

As situações em que será dado ao Ministério Público impugnar judicialmente a sentença arbitral são excepcionais por conta do caráter privado da arbitragem e a disponibilidade dos direitos em relação aos quais é ela cabível²⁹⁸. Com efeito, a legitimidade ativa do Ministério Público se porá (a) no caso de colusão para fins fraudulentos; e (b) quando a sentença versar sobre matéria que envolva direito indisponível, que apenas poderia ser decidida pelo Judiciário em processo com a sua participação (conforme os arts. 82 do Código de Processo Civil e 127 e seguintes da Constituição). No caso (a), a sentença será, no mais das vezes, nula (vide a nota 288, acima, e o item 7.2.3, abaixo). No (b), juridicamente inexistente (vide o item 4.4.2). Em qualquer desses casos, sempre que a impugnação da sentença arbitral for realizada por terceiro ou umas das partes da arbitragem, o Ministério Público deverá participar do processo judicial na qualidade de *custos legis* – sob pena de nulidade (art. 84 do Código).

7.1.7.2 – Legitimidade passiva

Sendo ajuizada por uma das partes da arbitragem (o que inclui terceiro interveniente que tenha assumido a condição de parte) ou seu sucessor, a legitimidade passiva será da parte contrária. Se houver mais de uma parte contrária, a legitimidade passiva será de todas aquelas a que os capítulos sentenciais impugnados disserem respeito. Assim, por exemplo:

²⁹⁸ “Considerando-se o âmbito restrito de cabimento da arbitragem (art. 1º da respectiva lei), parece descaber a intervenção do Ministério Público. Não só por isso, mas também porque não se trata de desconstituição de ato estatal, de tal sorte que parece mesmo despropositada a participação do referido órgão, na qualidade de *custos legis*. O que não significa dizer que o aludido órgão perca, no caso de sentença arbitral, a legitimação para pleitear desconstituição de ato fraudulento (analogamente ao disposto no art. 487, inciso II, do CPC). É que, nessa hipótese, o que justifica a iniciativa do Ministério Público é a fraude à lei, pouco importando decorra ela de colusão referendada por sentença estatal ou não estatal, observando-se, contudo, o disposto no art. 168 do Código Civil e especialmente a legitimação outorgada ao Ministério Público conforme regra do art. 129 da Constituição Federal, conforme a função institucional desse órgão” (YARSHELL, Ação anulatória de julgamento arbitral..., p. 97, nota 7).

(a) O opositor vencido deverá ajuizar a ação de anulação contra as partes originárias da arbitragem – vencedoras (e litisconsortes) em relação à sua demanda.

(b) O chamado/chamante vencido deverá propor a demanda em face daquele contra quem litigou na arbitragem, para obter a anulação do capítulo a ele referente. O seu litisconsorte na arbitragem (o chamante/chamado) terá legitimidade para ajuizar sua própria ação de anulação, a qual se voltará contra o capítulo que o tiver condenado e terá como demandado seu adversário na arbitragem.

Além disso, o chamante poderá participar do processo de anulação instaurado pelo chamado como seu assistente simples, se a desconstituição do capítulo sentencial impugnado puder afetar/prejudicar o capítulo a ele referente²⁹⁹. Imagine-se, *v.g.*, que o devedor principal (chamado) e o fiador (chamante) tenham sucumbido. Imagine-se, ainda, que a sentença careça de motivação na parte em que se refere ao chamado. Nessa hipótese, se obtida a anulação pelo devedor principal (chamado), o capítulo referente ao fiador (chamante) cairá por terra. Isso porque se o devedor principal não fosse condenado, ele, fiador, responsável meramente subsidiário, também não o seria.

(c) O denunciante vencido na demanda principal deverá ajuizar a sua ação de anulação contra seu adversário originário. Se a nulidade estiver apenas no capítulo referente à demanda regressiva, julgada improcedente, o denunciante deverá ajuizar a sua ação contra o denunciado. Já se tanto o capítulo da demanda principal quanto o da demanda regressiva forem desfavoráveis ao denunciante e estiverem inquinados de vício de nulidade, deverá ele ajuizar ação contra seu adversário originário e também contra o denunciado.

O denunciado, por sua vez, deverá ajuizar a ação anulatória contra o denunciante, se a demanda regressiva tiver sido acolhida e o capítulo que a houver julgado for nulo. Não terá o denunciado legitimidade para se voltar contra o

²⁹⁹ Não se consegue imaginar situação em que a anulação do capítulo referente ao chamante prejudicaria o capítulo referente ao chamado. Por exemplo, não haveria contradição alguma se, anulado o capítulo referente a um dos devedores solidários condenados, a nova decisão sobre a demanda a ele referente fosse de improcedência. Nesse caso, a conclusão seria a de que o outro devedor seria o exclusivo responsável pela dívida. É perfeitamente possível, também, que seja reconhecida a responsabilidade de apenas um dos fiadores pelo pagamento, excluindo a do fiador chamante.

capítulo nulo referente à demanda principal, mesmo que tenha ele sucumbido em face da demanda regressiva. Mas poderá ele, nessa situação, assistir (assistência simples) o denunciante – isso sem prejuízo de sua própria demanda contra o capítulo da demanda regressiva, caso seja ele nulo.

No item 4.4.3, demonstrou-se que a sentença que favorecer sujeito que tiver convencionado a arbitragem mas que (indevidamente) não houver sido integrado ao processo arbitral *regularmente instaurado* será, a despeito da irregularidade verificada, existente, válida e “juridicamente eficaz” em face daquele mesmo sujeito. Assim, ele (o terceiro em relação ao processo arbitral que convencionou e do qual adveio decisão que lhe favoreceu³⁰⁰) deverá integrar o polo passivo da ação de anulação. Terá ele legitimidade e interesse jurídico para defender a manutenção da sentença arbitral.

Nessa linha, imagine-se, v.g., que, tendo recebido validamente os seus poderes, os árbitros proferem sentença que beneficia terceiro que deveria ter participado (mas não participou) da arbitragem *na condição de litisconsorte necessário unitário* de uma das partes. A simples ausência do litisconsorte no processo arbitral não afetará a sentença, em virtude do resultado obtido (vide o item 4.4.3.4, acima). Imagine-se, porém, que essa mesma sentença se encontra inquinada de vício que a torna nula – por exemplo, foi proferida por árbitro impedido. A parte vencida poderá, evidentemente, pedir a anulação judicial da sentença, com fundamento no inciso II do art. 32. O polo passivo deverá ser integrado tanto pela parte vencedora quanto pelo litisconsorte preterido da arbitragem. A este interessará juridicamente que a sentença arbitral (que ditou solução para conflito de que ele faz parte) seja mantida. Aliás, o litisconsórcio passivo necessário no processo judicial de anulação será unitário – tal como o litisconsórcio que deveria ter havido na arbitragem.

Mas não é apenas nessa situação que existe a possibilidade de se integrar no polo passivo do processo em que pleiteada a anulação sujeito que não houver participado da arbitragem. Imagine-se que a parte vencida na arbitragem proponha a demanda de anulação cumulada com demanda de julgamento da causa antes submetida aos árbitros – o que é possível, conforme exposto no item 7.1.2. Nada impedirá o autor da ação de incluir no polo processual passivo sujeito que *poderia* ter participado (mas não participou) da

³⁰⁰ *Partes da convenção e partes do processo arbitral* não se confundem. Pode acontecer de um sujeito assinar a convenção, participar do ato de nomeação e, nada obstante, não ser integrado ao processo arbitral. Nessa situação, os árbitros terão poderes para decidir, mas não contrariamente ao terceiro não integrado ao processo. Vide o item 4.3, acima.

arbitragem como litisconsorte *facultativo*, ao lado de seu adversário. Nessa hipótese, a demanda de anulação, especificamente, voltar-se-á apenas contra a parte vencedora na arbitragem. Já a demanda cumulada, destinada a obter o julgamento da causa antes submetida aos árbitros, voltar-se-á contra a parte vencedora na arbitragem e o terceiro (*na verdade, haverá uma só ou mais demandas cumuladas ao pedido de anulação, conforme o litisconsórcio passivo seja unitário ou simples – o que dependerá da natureza da relação de direito material controvertida; se o litisconsórcio passivo for simples, a demanda proposta contra o terceiro poderá ser julgada independentemente da prévia anulação judicial da sentença arbitral – a cumulação que existirá entre tal demanda e a de anulação será simples, não sucessiva eventual*).

Se o pedido de anulação for formulado por terceiro juridicamente interessado ou pelo Ministério Público, com fundamento em suposta colusão entre as partes, estas deverão integrar o polo passivo – caso de litisconsórcio necessário unitário. Eventual litisconsorte de qualquer das partes carecerá de legitimidade para integrar o polo passivo do processo de anulação *se o capítulo sentencial impugnado não lhe disser respeito*. Já se o capítulo impugnado lhe disser respeito, o litisconsorte deverá ser inserido no polo passivo (também caso de litisconsórcio necessário unitário). Mas evidentemente não precisará ele resistir em face da pretensão de anulação – até porque ele poderá não ter participado do conluio. Inclusive, não tendo justificado o ajuizamento, o litisconsorte de boa-fé não deverá ser condenado nas verbas de sucumbência em caso de procedência da ação de anulação (conforme o princípio da causalidade).

7.1.7.3 – A situação dos árbitros e do órgão ou instituição arbitral

Os árbitros *não* possuem legitimidade para integrar o polo passivo do processo judicial de anulação. Trata-se de entendimento assentado na jurisprudência³⁰¹.

³⁰¹ Conforme se vê em recente e ampla pesquisa desenvolvida conjuntamente por respeitáveis instituições do país (Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar), o Judiciário já decidiu sobre a questão em alguns casos, tendo concluído pela ilegitimidade passiva dos árbitros/órgão arbitral (http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_GV-CBar_relatorio_final_1_etapa_2fase_24.06.09.pdf, p. 9). Entre esses casos, destacam-se os seguintes: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento n.º 2005.002.15963, Relator Desembargador HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA, publicado no Diário de Justiça de 14.09.2005; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento n.º 2006.002.00014, Relator Desembargador HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA, publicado no Diário de Justiça de 01.02.2006; Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 739563200, Relator Desembargador NEVES AMORIM, publicado no

Os árbitros não são *partes* da relação de direito material julgada na arbitragem nem da relação de direito processual arbitral³⁰². Falta-lhes, por conseguinte, interesse jurídico no resultado da arbitragem, no sentido de que este não repercutirá sobre a sua esfera de direitos. Nada diferente do que se passa nos processos de ação rescisória, em que não é adequado inserir o juiz prolator da decisão no polo passivo – o que, aliás, não é objeto de dúvidas.

Nem se diga, *data maxima venia* de CÂMARA³⁰³, que a legitimidade passiva dos árbitros se imporia por conta do disposto no art. 33, § 2º, da Lei de Arbitragem. De acordo com o autor, os árbitros teriam de figurar no polo passivo do processo de anulação, em vista da possibilidade (afirmada pelo inciso II do § 2º do art. 33) de o Judiciário determinar-lhes a prolação de nova sentença no lugar da anulada. Ocorre que a necessidade de prolação de nova sentença é mera consequência legal de uma deliberação a respeito de matéria alheia ao campo de interesse jurídico dos árbitros: que é

Diário de Justiça de 01.03.2007. Também destacando o entendimento jurisprudencial pela ilegitimidade passiva dos árbitros: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais (10 anos de jurisprudência). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7. p. 201.

³⁰² *Sujeitos do processo* constituem categoria bastante ampla, que inclui as partes originárias, os intervenientes, o julgador (juiz ou árbitro), as testemunhas, o perito e assistentes técnicos das partes, os advogados *etc.* São, enfim, todos aqueles que de alguma forma participam da relação jurídica processual, *titularizando* situações subjetivas em seu bojo.

Partes, por sua vez, são os sujeitos *que integram o processo* – tendo a real oportunidade de participação mediante o exercício de posições subjetivas processuais, como ônus, faculdades e deveres – e *para os quais o julgador (juiz ou árbitro) deve emitir o seu provimento* (sujeitos eventualmente atingidos por efeitos do provimento judicial, mas aos quais não se tenha possibilitado participar do processo, são considerados *terceiros*). Essa é a conhecida definição de parte processual de LIEBMAN (LIEBMAN, *Manuale...*, p. 85).

Partes são, portanto, o demandante, o demandado e os intervenientes, *exceto os assistentes simples*. Estes últimos, embora intervenham no processo, não se tornam verdadeiras e próprias “partes”. Conforme ensinam TALAMINI e WAMBIER, a figura da assistência simples é “...a mais autêntica das formas de intervenção de terceiros”, pois o assistente simples “...se trata do único terceiro que *permanece, em certa medida, na condição de terceiro*, mesmo depois de ter integrado o processo.” O assistente simples tem interesse jurídico “...diferente do interesse jurídico de parte. Esse interesse nasce da perspectiva de sofrer efeitos reflexos da decisão desfavorável ao assistido, de forma que sua esfera seja afetada. Por isso, a possibilidade de atuação do assistente simples no processo é mais limitada, bastante dependente da parte assistida (art. 53).” Em suma, o assistente simples “...não formula pretensão e tampouco defesa”. Sua presença no processo não altera o respectivo objeto, diferentemente do que se passa nas demais modalidades de intervenção de terceiros (WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 1, p. 304 e 305). Em semelhante sentido é a lição de: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I. p. 127.

³⁰³ CÂMARA, *Arbitragem...*, p. 148-149.

justamente o reconhecimento da invalidade da sentença e, assim, de sua inaptidão para continuar regendo a relação de direito material existente entre as partes – relação esta de que o árbitro não faz parte.

Para evitar a aplicação do art. 33, § 2º, inciso II, no processo de anulação, teria o árbitro de sustentar a regularidade de sua sentença. Ou seja, teria ele de defender diretamente a posição jurídica de uma das partes da relação de direito material que decidiu. Essa seria a única forma de impedir a consequência legal necessária prevista naquele dispositivo. Porém, o árbitro não tem legitimidade para atuar em favor de uma das partes do conflito que decidiu. Seu direito não é posto em discussão no processo de anulação.

Além disso, a rigor, diversamente do que pode parecer a partir da leitura do art. 33, § 2º, inciso II, o Judiciário não determinará, propriamente, que os árbitros (terceiros em relação ao processo de anulação) profiram nova sentença no lugar da anulada. Quer dizer, não lhes dirigirá nenhum comando/ordem para que profiram uma nova sentença. Na verdade, o Judiciário, reconhecendo que ainda existe uma arbitragem passível de aproveitamento, determinará, por força daquele dispositivo, que a causa seja devolvida aos árbitros – comunicando-os disso. Significa que, a partir desse reconhecimento, os árbitros estarão habilitados a proferir nova sentença para a causa, eventualmente refazendo etapas processuais anteriores. As partes deverão, então, tomar as medidas necessárias, junto aos árbitros, para que a arbitragem seja efetivamente retomada e regularmente concluída. Ou seja, a consequência legal do acolhimento da ação de anulação será a declaração de que as partes continuam vinculadas ao processo arbitral que convencionaram – do qual, portanto, deverá advir a solução regular e definitiva para o conflito que constitui o seu objeto (ressalvada, porém, a possibilidade de as partes, de comum acordo, desistirem de dar seguimento ao processo arbitral).

Apenas se poderá inserir os árbitros no polo passivo do processo se, de modo cumulado ao pedido de anulação da sentença, o autor houver demandado a sua responsabilização³⁰⁴. Nesse caso, a demanda que dirá respeito aos árbitros será exclusivamente a de responsabilização. Apenas em face dela é que os árbitros deverão se defender. Mas note-se que a responsabilização dos árbitros não é consequência necessária e automática da anulação da sentença. Para que se possa cogitar da responsabilização dos árbitros é imprescindível que fique demonstrado que o *error in procedendo* verificado é resultado de sua atuação dolosa ou a culpa grave – na linha do que versa o art. 133 do

³⁰⁴ É o que bem observa: NAGAO, op. cit., p. 253-254.

Código de Processo Civil em relação aos juízes estatais³⁰⁵. Eventualmente o dolo ou culpa grave será identificado na conduta de apenas alguns dos árbitros. Nesses casos, não caberá responsabilizar os árbitros que não tiverem se portado indevidamente. Imagine-se, por exemplo, caso de concussão, corrupção ou prevaricação de apenas um ou alguns dos árbitros nomeados: eventual responsabilização civil (além da criminal) não poderá ser estendida aos demais julgadores³⁰⁶.

Quanto ao órgão ou instituição arbitral, as conclusões não são diversas. Apenas terá legitimidade passiva no processo de anulação se, cumulado ao pedido de desconstituição da sentença, o autor da ação houver pedido de responsabilização a ele dirigido. De fato, em determinadas situações, quando o dolo ou culpa grave se verificar nas atividades do próprio órgão ou instituição arbitral, será possível atribuir-lhe a responsabilidade pela nulidade da sentença. Imagine-se que a secretaria da instituição arbitral – por conta própria, sem o conhecimento dos árbitros – omite documentos essenciais do processo a uma das partes, impedindo-lhe o pleno exercício do contraditório. Imagine-se que essa conduta da instituição repercute sobre o resultado da arbitragem, favorecendo a parte contrária. Em caso como esse, poder-se-ia cogitar da responsabilização da entidade arbitral, mas não dos árbitros pessoalmente³⁰⁷.

³⁰⁵ Depois de destacar a impossibilidade de se responsabilizar árbitros por eventuais *errores in judicando*, CARMONA indica quais são os parâmetros a serem observados para responsabilizá-los por conta de *errores in procedendo*: “...a responsabilidade do árbitro (mesmo quando houver um error in procedendo) deve ficar sempre adstrita às hipóteses de dolo ou de culpa grave, sob pena de submeter a injusta pressão o julgador, que ficaria encurralado na hipótese de algum órgão do Poder Judiciário acolher demanda de anulação de sentença arbitral, decidindo a favor do autor questão que depender de interpretação do grau de flexibilidade aceitável do processo arbitral” (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 265).

³⁰⁶ Como observa CÂMARA, a responsabilidade dos árbitros é pessoal, “...querendo-se com isso dizer que nas hipóteses de atuação de um tribunal arbitral a responsabilidade civil deverá incidir exclusivamente sobre os árbitros que tenham causado o dano.” A seu ver: “A responsabilidade de todos os membros do colegiado só ocorrerá quando todos forem causadores da lesão ou quando for impossível distinguir quem, dentre os árbitros, é o culpado” (CÂMARA, *Arbitragem...*, p. 67).

³⁰⁷ CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 266. No mesmo sentido, JOSÉ CAHALI: “Enquanto prestadora de serviço, [a instituição arbitral] responde pelas práticas adotadas tal qual qualquer outra pessoa jurídica desta natureza. Assim, as irregularidades em suas atividades trazem responsabilidade independente da atuação do árbitro, por exemplo, se o próprio órgão arbitral quebrar a confidencialidade expressamente contratada (por previsão em seu regulamento em razão do qual foi procurada)” (JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 167).

FIGUEIRA JÚNIOR, por sua vez, entende que o órgão ou instituição arbitral sempre responde solidariamente com os árbitros, tendo direito de regresso contra os causadores diretos dos danos verificados (FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 205).

Como os árbitros não terão feito parte do processo de anulação, não poderá o Judiciário impor-lhes, mediante a aplicação de multa na forma do art. 461 do Código de Processo Civil, a prolação de nova sentença no lugar da anulada. Afinal, não pode o Judiciário impor medidas coercitivas (executivas) contra quem não tenha sido parte do processo – e, no caso em exame, como se disse, os árbitros nem terão legitimidade para integrar o processo. Aliás, a rigor, conforme exposto na nota 84 e item 4.1.1.2.4, ninguém pode (em quaisquer circunstâncias) ser compelido a atuar ou continuar atuando como árbitro. A função arbitral, sendo personalíssima, apenas pode ser exercida espontaneamente, no livre exercício da convicção pessoal do sujeito nomeado como árbitro.

Isso não quer dizer, porém, que os árbitros não possam ser responsabilizados caso se recusem a proferir nova sentença no lugar da anterior, anulada. Essa possibilidade definitivamente existe – sem prejuízo de as partes substituírem os árbitros renitentes na forma da Lei n.º 9.307 e da convenção. É que, quando aceitam sua nomeação, os árbitros assumem o risco de terem de proferir nova sentença em caso de anulação judicial (ou declaração de inexistência jurídica) da que tiverem antes proferido. A prolação de nova sentença no lugar da anulada, nos casos em que a Lei prevê essa consequência, consiste em obrigação legal-contratual assumida pelos árbitros no ato de aceitação de sua nomeação. A inobservância dessa sua obrigação dará margem, quando muito, a responsabilização dos árbitros renitentes, a pedido do sujeito interessado e em sede própria.

Sem prejuízo da responsabilização dos árbitros renitentes, não havendo um ajuste entre as partes para substituí-los nem a pactuação de uma nova arbitragem a ser realizada no lugar (com o descarte) da anterior, restará ao interessado o acesso ao Poder Judiciário – perante o qual um novo processo sobre a causa deverá ser, desde o início, realizado.

7.1.8 – Interesse processual

O interesse jurídico no ajuizamento da ação de anulação é da parte *vencida* na arbitragem (inclusive terceiro que, ao intervir no processo, tenha se tornado parte) ou seu sucessor. À parte vencedora, os efeitos jurídicos da sentença arbitral serão vantajosos,

apesar de sua nulidade. Isso retirará o seu interesse na anulação e, portanto, na eliminação da capacidade da sentença arbitral de continuar produzindo efeitos.

Observe-se que é perfeitamente possível que ambas as partes sejam vencidas e vencedoras na arbitragem. A parte pode, por exemplo, obter o acolhimento apenas parcial de sua demanda, sucumbindo em relação a parte dos pedidos formulados. Em casos como esse, cada parte terá interesse para ajuizar ação de anulação *contra os capítulos que lhe forem desfavoráveis*, na medida em que estejam inquinados de algum dos vícios de nulidade referidos no art. 32 da Lei n.º 9.307.

Há, porém, uma situação em que se consegue visualizar possível interesse da parte vencedora no ajuizamento da ação de anulação. Se a sentença tiver sido proferida no território brasileiro, quando segundo a convenção deveria ter sido proferida em outro país, terá nacionalidade diversa da desejada. O defeito sentencial será reflexo da inobservância, pelos árbitros, do procedimento convencionado pelas partes (art. 32, inciso IV, da Lei n.º 9.307). Em situação como essa – já referida no item 2.5.3, acima:

(a) *Eventual* ofensa ao contraditório decorrente do descumprimento ao procedimento convencionado não terá prejudicado a parte vencedora. Assim, por exemplo, se, por ter a *audiência de julgamento* ocorrido em local diverso do convencionado, as partes não puderam (quando tinham o direito de) dela participar ativamente, haverá ofensa ao contraditório. Mas tal ofensa não afetará a parte vencedora.

(b) Embora não tenha interesse em alegar eventual ofensa ao contraditório, a parte vencedora pode discordar da nacionalidade que a sentença recebeu em decorrência do descumprimento ao procedimento arbitral. Poderá ela, portanto, com fundamento no art. 32, inciso IV, da Lei n.º 9.307, ajuizar a ação de anulação, pedindo que o Judiciário determine a devolução da causa aos árbitros, para que profiram nova sentença no lugar da anulada – mas agora no local correto³⁰⁸.

(c) Reconhecendo o vício alegado, o Judiciário poderá em alguns casos, em vez de anular a sentença e determinar a devolução da causa aos árbitros

³⁰⁸ Conforme foi exposto no item 2.5.3, as condições de impugnação devem ser as da sentença, não as da convenção de arbitragem. Assim, v.g., se a prolação tiver ocorrido no Brasil, quando (segundo a convenção) deveria ter sido realizada no exterior, a sentença será (indevidamente) nacional – e, assim, deverá ser impugnada na forma do art. 33.

com fundamento no art. 33, § 2º, inciso II, realizar ele próprio a adequação pretendida pela parte autora, fazendo valer a nacionalidade indicada na convenção de arbitragem (“*afastamento judicial do critério territorialista*”). Como se expôs no item 2.5.3, essa solução terá cabimento (e será a mais adequada) especificamente nas situações em que a correção do vício sentencial *prescindir do refazimento de etapas anteriores do processo arbitral com a participação das partes – ou seja, quando o descumprimento do procedimento pelos árbitros não tiver gerado ofensa ao contraditório*.

(d) Não cabendo a solução do item “c”, acima, a devolução da causa aos árbitros trará um risco ao autor da ação de anulação, a quem a sentença anterior era favorável no mérito: o risco de o novo julgamento, no lugar da sentença anulada, vir a ser-lhe desfavorável – o que pode perfeitamente acontecer, a depender do que suceda quando do refazimento das etapas anteriores da arbitragem (a parte que havia antes sucumbido poderá eventualmente conseguir alterar o entendimento dos árbitros ao realizar atos que não havia podido praticar na ocasião do julgamento anterior – ocorrido em local diverso do pactuado e sem a devida presença das partes...).

Além das partes (incluindo terceiros intervenientes) e seus sucessores, o terceiro juridicamente prejudicado e o Ministério Público – que não serão vencidos nem vencedores na arbitragem – poderão ter interesse de agir em alguns casos excepcionais, conforme se expôs nos itens 7.1.7.1.2 e 7.1.7.1.5, acima.

7.1.8.1 – Sentença ainda sujeita a “embargos de declaração” ou recurso interno

Intimada da sentença arbitral, a parte interessada pode, desde logo, ajuizar ação de anulação. Não precisa esperar o “trânsito em julgado” da sentença. Isso porque, de acordo com o art. 33, § 1º, o prazo decadencial de noventa dias se inicia com a própria intimação (sobre o momento do “trânsito em julgado” da sentença arbitral, vide o item 3.5).

Ora, não faria sentido entender que a parte apenas pode ajuizar a ação de anulação depois de ocorrido o “trânsito em julgado” se a Lei diz expressamente que o prazo de noventa dias se inicia justamente com intimação da parte sobre a sentença – ou seja, antes mesmo de ocorrido o seu “trânsito em julgado”. Como se expôs no item 3.3.5, a

Lei n.º 9.307 poderia muito bem ter previsto que o prazo do art. 33, § 1º, inicia-se apenas depois de decorrido em branco o prazo para opor “embargos de declaração” ou, eventualmente, para recorrer (dependendo de qual seja a última medida cabível) contra a última decisão do processo. Mas não foi essa a escolha do legislador.

Assim, mesmo que ainda caibam recursos internos ou “embargos de declaração” contra a sentença arbitral, a parte interessada poderá partir ao Judiciário para impugná-la. Em outras palavras, ela não só não é obrigada a obter o prévio exaurimento da instância arbitral para ter acesso ao Poder Judiciário pela via da ação de anulação, como para tanto também não precisa esperar o decurso dos prazos internos³⁰⁹.

A possibilidade de seu oponente vir a formular “embargos de declaração” ou recurso interno contra a sentença também não impedirá a parte interessada de ingressar desde logo no Judiciário. É que, como se demonstrou no item 7.1.6.2, a eventual interposição de recurso interno pela outra parte interromperá o prazo para ajuizar a ação anulatória apenas em relação aos capítulos que por ele estejam abrangidos – e tais capítulos tendem a ser diversos daqueles a serem impugnados pela parte interessada no imediato ajuizamento da ação anulatória. Ademais disso, lembre-se que *as partes possuem prazos autônomos para o ajuizamento da ação de anulação*. Logo, enquanto a outra parte não opuser “embargos de declaração” contra a sentença, o prazo da parte interessada para pedir a sua anulação estará em curso. Ora, a parte interessada não pode arriscar o seu prazo para pleitear a anulação judicial esperando a outra ser intimada da sentença e eventualmente contra ela formular alguma medida interna ao processo arbitral que seja capaz de interrompê-lo.

Por outro lado, a ação de anulação *não* deverá ser inadmitida de plano, por falta de interesse de agir, se, *depois de seu ajuizamento*, houver a formulação de medida interna na arbitragem *cujo julgamento possa em tese afetá-la*. Nesse caso, deverá haver a suspensão da tramitação *do processo judicial* instaurado em razão da relação de “prejudicialidade externa”, conforme o art. 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil – pois é dos árbitros a “preferência” para o exame da causa em todos os seus aspectos. A depender do resultado do julgamento da medida formulada internamente ao processo arbitral, haverá ou não a perda superveniente do interesse na ação de anulação.

³⁰⁹ Sobre a necessidade ou não de a parte que optar por formular medida interna nela alegar os vícios processuais de que tiver tomado conhecimento após a prolação da sentença, a fim de assegurar que os mesmos vícios possam vir a ser alegados em eventual e futura medida judicial, vide os itens 3.4.3 e 5.2.

A solução de extinguir de imediato o processo judicial sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir seria precipitada e incompatível com os princípios da economia, celeridade e efetividade processuais. É que o julgamento da medida interna ao processo arbitral não necessariamente resultará na substituição da sentença impugnada e/ou na correção do vício alegado na ação de anulação já ajuizada – *i.e.*, não necessariamente inviabilizará o prosseguimento do processo judicial.

Com efeito, o destino da ação de anulação previamente ajuizada variará conforme o resultado do julgamento da medida interna formulada na arbitragem:

(a) Substituída a sentença arbitral impugnada por outra, haverá a perda superveniente do interesse de agir – ainda que a nova sentença mantenha o vício alegado na ação de anulação já ajuizada. Nesse caso, a nulidade da nova sentença é que deverá ser alegada.

Ressalve-se, porém, que haverá a perda do interesse de agir apenas e tão-somente em relação aos capítulos sentenciais afetados pela medida interna formulada. Além disso, a ação deverá prosseguir normalmente em relação aos capítulos que não tenham sido devolvidos pelo recurso interposto na arbitragem – os quais terão “transitado em julgado” (vide os itens 7.1.6.2 e 9.3.3.1).

(b) Se houver a correção do vício da sentença, ainda que sem a substituição desta, também haverá a perda do interesse de agir. Isso acontecerá, por exemplo, quando houver a formulação de “embargos de declaração” na arbitragem para eliminar defeitos que, se mantidos na sentença, torná-la-iam nula (por exemplo, falta de motivação).

(c) Se em razão do julgamento do recurso ou “embargos” a sentença for (total ou parcialmente) cassada, com a determinação para que uma nova sentença arbitral seja proferida em seu lugar, a ação de anulação ficará prejudicada – na parte em que se voltar contra os capítulos cassados. A definição da causa será feita pela nova sentença, a ser proferida – a qual estará sujeita ao controle judicial.

(d) Não havendo a cassação nem a substituição da sentença, o que ocorrerá se a medida interna formulada não for admitida/conhecida ou se consistir em “embargos de declaração” sem efeitos infringentes, a ação de anulação deverá prosseguir.

Não se descarta, inclusive, a possibilidade de a parte interessada ajuizar a ação de anulação antes do julgamento de medida interna que *ela mesma já tenha*

formulado na arbitragem. Nessa hipótese, a ação de anulação apenas deverá ser rejeitada de plano se estiver fundada em nulidade que, por não ter (*quando poderia ter*) sido alegada na medida interna, tenha ficado preclusa – retirando o interesse de agir para a ação de anulação (vide os itens 3.4.3 e 5.2, acima). Nos demais casos, será o caso de suspender o trâmite do processo judicial, na parte em que possa ser ele afetado pelo resultado do julgamento da medida interna formulada – consoante os já referidos princípios da economia, celeridade e efetividade processuais.

Portanto, o ajuizamento da ação de anulação não inviabiliza a posterior formulação de medida interna na arbitragem (se houver prazo para tanto) nem prejudica a medida interna que tenha sido anteriormente formulada mas ainda não tenha sido julgada pelos árbitros. Ou seja, não caberá falar em “renúncia” aos “embargos” ou recurso interno. Em respeito ao princípio da competência-competência, é mais adequado entender que, formulados os “embargos” ou recurso interno, as matérias neles versadas deverão ser decididas pelos árbitros – e, na medida em que seu julgamento possa (pela relação de prejudicialidade existente) afetar a ação de anulação, esta deverá ser suspensa – *ex vi* do art. 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil.

7.1.8.2 – Sentença sujeita a recurso interno dotado de efeito suspensivo

O simples estado de sujeição da sentença arbitral a recurso interno convencionado que seja dotado de efeito suspensivo impede que ela produza seus efeitos de imediato³¹⁰. *Isso não retira, porém, o interesse para pedir a anulação da sentença antes do “trânsito em julgado”.*

Como já se disse, a prévia interposição de recurso não consiste em condição para o ajuizamento da ação de anulação. E também não existe dispositivo legal excluindo a possibilidade de imediato ajuizamento da ação de anulação nos casos em que a sentença arbitral estiver sujeita a recurso interno com efeito suspensivo. Ademais disso, enquanto existir, *i.e.*, enquanto não desconstituída por decisão judicial transitada em julgado, a sentença arbitral, não obstante nula, impedirá a obtenção de uma decisão judicial sobre o mérito da causa por ela julgada – o que pode caracterizar o interesse-necessidade da parte sucumbente em impugná-la de imediato.

³¹⁰ TALAMINI, Embargos de declaração..., p. 655.

Se a ação de anulação vier a ser ajuizada enquanto ainda pendente na arbitragem o recurso interno com efeito suspensivo, o que (conforme exposto no item anterior) é teoricamente possível, o processo judicial deverá ser suspenso na medida em que possa ser afetado pela decisão dos árbitros – e até que tal decisão seja tomada. Nesse caso, até que os árbitros julguem o recurso interno, nem sequer haverá a necessidade de se pedir ao Judiciário a concessão de medida urgente suspendendo os efeitos da sentença impugnada (item 7.1.10).

7.1.8.3 – Sentença que já é objeto de execução judicial

Existirá interesse para ajuizar ação anulatória mesmo quando a sentença arbitral já for objeto de execução – e, portanto, puder ser impugnada por embargos do devedor ou a impugnação do art. 475-L do Código de Processo Civil, conforme o caso. Com efeito, ainda não tendo se encerrado o prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307, não há o que impeça a parte legitimada de (querendo) ajuizar a ação de anulação³¹¹.

Em nenhum momento a Lei de Arbitragem estabelece que o ajuizamento da ação de anulação apenas pode ser realizado enquanto a execução da sentença arbitral condenatória ainda não estiver sob execução judicial. O que a Lei diz é, apenas, que, estando sob execução, a sentença pode ser atacada *também* por embargos – ou, se for o caso, a impugnação do art. 475-L. Inclusive, como se indicou no item 6.3.1.5, a ação de anulação deverá ser distribuída ao mesmo juízo no qual já estiver em curso a execução. Haverá relação de conexão entre a ação anulatória e a execução.

Portanto, não deve o juiz indeferir a inicial da ação de anulação quando ela for ajuizada na pendência do processo de execução. Quando muito, o juiz poderá (mediante oportuno *pedido da parte autora*) receber a ação de anulação como embargos do executado ou (em sendo o caso) como impugnação (art. 475-L), na linha do que defende parte da doutrina³¹². Essa última solução apenas não será possível se: (i) já tiver decorrido em branco o prazo para formular os embargos ou impugnação; ou (ii) a ação de anulação tiver sido ajuizada depois de já apresentados os embargos ou a impugnação. Nessas duas situações, a ação de anulação (que apenas não poderá ter o mesmo fundamento de

³¹¹ Em sentido contrário, entendendo que, depois de ajuizada a execução, desaparece o interesse-necessidade para ação anulatória: SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 220.

³¹² CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 429; DINAMARCO, *Instituições...*, v. IV, p. 858.

eventuais embargos/impugnação – sob pena de litispendência) deverá ser processada tal como formulada.

7.1.9 – Procedimento a ser seguido

O § 1º do art. 33 diz que a demanda de decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil nos arts. 274 e seguintes. Isso significa que o procedimento pode ser sumário ou ordinário (conforme o art. 272, *caput*)³¹³.

7.1.9.1 – Procedimento sumário

O procedimento será (*rectius*, poderá ser) sumário (arts. 275 a 281 do Código e, subsidiariamente, arts. 282 e seguintes – *ex vi* do art. 272, parágrafo único) se o valor da causa (na ação de anulação) não exceder sessenta vezes o valor do salário mínimo, conforme o inciso I do art. 275. A identificação do valor da causa não tende a gerar maiores dificuldades, pela própria natureza patrimonial do direito sobre o qual se terá decidido na arbitragem.

(a) O valor a ser indicado na petição inicial da ação de anulação será o valor atualizado da condenação imposta na arbitragem, pela sentença cuja desconstituição se requer. Se a sentença arbitral for meramente declaratória ou constitutiva, deve-se (segundo a regra geral extraída dos incisos do art. 259 do Código de Processo Civil) apurar o benefício econômico a ser possivelmente obtido pelo demandante com a eventual anulação – considerando-se justamente a expressão monetária do direito patrimonial envolvido na arbitragem. Por exemplo, se a sentença arbitral limitou-se a declarar a existência de direito de crédito de uma das partes, a outra, na petição inicial de ação de anulação, deverá indicar o valor do crédito declarado.

(b) Se a ação anulatória voltar-se apenas contra parte da sentença arbitral, o valor da causa a ser indicado deverá corresponder ao benefício

³¹³ Nesse sentido, por exemplo: CÂMARA, *Arbitragem...*, p. 151; FIGUEIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 270; CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral...*, p. 409; SCAVONE JUNIOR, *op. cit.*, p. 217; FERNANDES, *op. cit.*, p. 81.

econômico a ser obtido com a anulação parcial pleiteada. Exigir, nesses casos, a indicação do valor do benefício econômico que se poderia obter com a anulação da totalidade da sentença implicaria cerceamento ao direito de acesso ao Judiciário³¹⁴.

Além disso, o procedimento da demanda de decretação de nulidade será (*rectius*, poderá ser) sumário se ao pedido de anulação houver (e for admitida, conforme exposto no item 7.1.2) a cumulação de pedido de julgamento da causa antes submetida aos árbitros e esta se enquadrar em alguma das alíneas do inciso II do art. 275 (por exemplo, cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo; ressarcimento de danos em prédio urbano ou rústico; *etc.*). Se o pedido cumulado não se enquadrar nos parâmetros legais do procedimento sumário, o procedimento a ser seguido (inclusive para a demanda de anulação, evidentemente) será o ordinário.

Portanto, do exposto até aqui já se pode ver que a natureza da matéria decida pelos árbitros *não influi na determinação do procedimento a ser seguido na ação de anulação* – a não ser nos casos em que ao pedido de anulação for cumulado pedido de julgamento, pelo Poder Judiciário, da causa submetida aos árbitros, conforme exposto no parágrafo anterior. Os aspectos essenciais para a definição do procedimento a ser seguido são, em princípio, apenas o valor da causa e (como se vê a seguir) a possível complexidade da prova técnica necessária para julgar a pretensão anulatória.

7.1.9.2 – Procedimento ordinário

O procedimento será ordinário (art. 282 e seguintes do Código de Processo Civil) nos casos em que não couber o procedimento sumário. Além disso, é perfeitamente possível ao autor optar na inicial pelo procedimento ordinário nos casos em que for cabível o sumário. Conforme lecionam WAMBIER e TALAMINI, essa solução é compatível com a noção de fungibilidade de ritos (adotada pelo Código, *v.g.*, no art. 292, § 2º) e não gera prejuízos para as partes, uma vez que amplia a possibilidade de contraditório (prazos são maiores, a instrução probatória é menos concentrada *etc.*)³¹⁵.

Por outro lado, escolhido o procedimento sumário em desacordo com a regra do art. 275 do Código de Processo Civil, o juiz deverá – sempre que possível –

³¹⁴ Defendendo entendimento semelhante ao tratar de valor da causa em ações rescisórias: MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 769 – comentários de Pedro da Silva Dinamarco ao art. 259.

³¹⁵ WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 1, p. 188.

convertê-lo em ordinário. A conversão terá lugar também se houver a necessidade de produção de prova técnica de maior complexidade para a resolução da causa – o que, nas ações destinadas estritamente a obter a anulação da sentença arbitral, não tende a acontecer (conforme exposto no item 7.1.13, abaixo). São os termos dos §§ 4º e 5º do art. 277. Não sendo possível a conversão, caberá o indeferimento da inicial (art. 295, inciso V).

7.1.9.3 – Descabimento do procedimento dos Juizados

Não é possível adotar o procedimento dos Juizados (previsto nas Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009) para a demanda de anulação de sentença arbitral. A Lei de Arbitragem não deixa dúvidas a esse respeito: o procedimento a ser observado será necessariamente o “comum, previsto no Código de Processo Civil”. Logo, como o procedimento dos Juizados não se identifica com o “comum do Código”, não lhes será dado conduzir processos que tenham por objeto a anulação de sentenças arbitrais.

Mesmo que a arbitragem tenha resultado de pacto arbitral firmado no curso de processo em trâmite em Juizado Especial, conforme a regra do art. 24 da Lei 9.099/1995, o procedimento de anulação da sentença a ser seguido será o comum, do Código de Processo Civil. Sendo assim, fica excluída a competência dos Juizados Especiais para processar a demanda de anulação – pela própria impossibilidade de eles conduzirem causas sob as regras do procedimento comum do Código. Será necessário verificar, então, qual órgão da “Justiça Comum” seria competente para julgar a causa decidida pelos árbitros se o pacto arbitral não tivesse sido firmado – *segundo as regras do Código de Processo Civil, i.e., desconsideradas as regras de competência em razão do valor ou da matéria previstas nas Leis dos Juizados Especiais*.

Da mesma forma, entende-se que a execução da sentença arbitral condenatória deve se dar perante órgão da “Justiça Comum”, a ser identificado *segundo as regras de competência do Código de Processo Civil*. Com efeito, as Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009 preveem a competência dos Juizados para executarem *as suas próprias sentenças*. Porém, a sentença proferida por árbitros não é considerada sentença oriunda do Juizado Especial, ainda que tenham aqueles sido investidos de seus poderes incidentalmente, no curso do processo do Juizado³¹⁶. Consequentemente, a competência

³¹⁶ Esse é, inclusive, o entendimento que os Juizados Especiais vêm adotando, conforme indica recente e ampla pesquisa desenvolvida conjuntamente por respeitáveis instituições do país: a Escola de

para julgar as medidas de oposição formuladas contra a execução será também da “Justiça Comum” – prevenção expansiva (embargos do executado) ou originária (impugnação ao cumprimento de sentença ou objeção) do órgão perante o qual tramitar a execução.

O que se está a afirmar, aqui, portanto, é que:

(a) Ao lado das causas já expressamente referidas nas Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009 como excluídas da esfera de competência dos Juizados, põem-se as demandas de anulação e as medidas de execução de sentenças arbitrais. As primeiras se excluem por força da imposição legal de que elas obedeçam ao procedimento comum (ordinário ou sumário) do Código de Processo Civil (art. 33, § 1º, da Lei 9.307/1996); as segundas, porque aquelas Leis mencionam a competência dos Juizados para executar apenas as suas próprias sentenças – entre elas não se incluindo as sentenças arbitrais.

(b) Por outro lado, aplica-se a regra segundo a qual a definição do órgão competente para as medidas impugnativas e executivas da sentença arbitral deve recair sobre o mesmo órgão perante o qual a causa haveria de tramitar caso não houvesse a convenção de arbitragem. Em outras palavras, é preciso verificar qual o órgão que teria julgado a causa se não tivesse ela sido submetida a árbitros. Este órgão é que será competente para as medidas impugnativas e executivas da sentença (conforme foi exposto no capítulo 6, acima).

(c) Conciliando-se o exposto nos dois itens anteriores (“a” e “b”), conclui-se que as regras de competência em razão do valor e da matéria previstas nas Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009 não devem ser consideradas para a identificação do órgão perante o qual a demanda de anulação e a ação de execução da sentença arbitral devem tramitar. Ou seja, aquelas regras devem ser tidas por “transparentes”, aplicando-se as regras “gerais” do Código de Processo Civil. Não fosse assim, *i.e.*, se fossem aplicadas as regras de competência das Leis dos Juizados para (no momento do item “b”, acima) definir o órgão competente para a causa caso não houvesse convenção, o resultado obtido seria juridicamente

Direito da Fundação Getúlio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr. A pesquisa faz referência a diversos precedentes de Turmas Recursais que mantiveram sentenças de Juizados que haviam afastado a possibilidade de perante eles se executarem sentenças arbitrais de valores inferiores a 40 salários mínimos. O fundamento adotado nos precedentes foi justamente o de que os Juizados apenas podem executar decisões que eles mesmos tenham proferido, no que não se incluem as sentenças arbitrais. Vide o *site*: http://cbar.org.br/PDF/Execucao_e_Cumprimento_da_Sentenca_Arbitral.pdf, p. 31.

inviável: atribuição da competência para a ação de anulação e medidas executivas aos próprios Juizados – o que iria de encontro ao exposto no item (a).

(e) Se a arbitragem tiver sido convencionada no curso de processo em trâmite em Juizado Especial, a tendência é a de que o procedimento a ser seguido na ação de anulação seja o comum sumário, em virtude da dimensão econômica da causa (vide o item 7.1.9.1, acima). O procedimento será, porém, ordinário, se o valor da causa superar sessenta salários mínimos ou se houver a necessidade de produção de prova técnica de maior complexidade para a resolução da causa. Pode ser, *v.g.*, que, antes de pactuada a arbitragem, a causa, embora envolvesse valor superior a sessenta salários mínimos, tramitasse em Juizado Especial Estadual por versar sobre alguma das matérias do inciso II do art. 275 do Código (conforme o art. 3º, inciso II, da Lei 9.099). Mas o que determinará o procedimento a ser seguido na demanda de anulação não será a natureza da matéria decidida na arbitragem, e sim o valor do benefício econômico que a anulação pode gerar ao sujeito que a pede e a complexidade técnica da causa – ressalvado o exposto no item 7.1.9.1, *in fine*.

Nem se diga que a sentença arbitral oriunda de processo fundado em pacto firmado em sede de processo de Juizado Especial não estaria sujeita a ação de anulação por conta do disposto no art. 59 da Lei 9.099/1995.

(i) Esse dispositivo veda o ajuizamento de ação rescisória, apenas. E a ação rescisória é mecanismo adequado para a impugnação de sentenças judiciais transitadas em julgado – não se confundindo com a ação anulatória de sentenças arbitrais.

(ii) A arbitragem pactuada no curso de procedimento de Juizado, a despeito das particularidades procedimentais que possa apresentar, é o mesmo instituto disciplinado pela Lei 9.307/1996. Por isso, a sentença que nela é proferida se sujeita às mesmas regras sobre efeitos e controle que se aplicam às sentenças arbitrais em geral.

(iii) Inclusive, deve-se considerar revogado o art. 26, *in fine*, da Lei 9.099/1995, quando menciona a necessidade de homologação da sentença pelo juiz leigo. Trata-se de regra incompatível com o art. 31 da Lei 9.307/1996 – que é, aliás,

mais recente do que a Lei 9.099³¹⁷. Razoável entender, também, que cabem os “embargos de declaração” disciplinados no art. 30 da Lei 9.307/1996 contra as sentenças arbitrais oriundas “do sistema dos Juizados Especiais”.

Por fim, cabe observar que eventualmente não será possível cumular, ao pedido de anulação, pedido de julgamento da causa antes submetida aos árbitros (na forma do item 7.1.2) se esta for de competência de Juizado Especial da Fazenda Pública ou Federal. É que as Leis 10.259/2001 (art. 3º, § 3º) e 12.153/2009 (art. 2º, § 3º) preveem expressamente que a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública ou Federal será *absoluta* no foro onde estiver ele instalado. Logo, apenas será viável realizar a cumulação (reitere-se, nos limites expostos no item 7.1.2) se no foro competente para a ação de anulação e para a causa julgada pela sentença arbitral não houver Juizado da Fazenda Pública ou Federal (conforme o caso) instalado. Do contrário, o novo julgamento da causa deverá ser pedido em ação própria, após a anulação, perante o Juizado competente – a não ser, claro, que a causa seja devolvida aos árbitros.

7.1.10 – Medidas de urgência na ação anulatória

Conforme foi exposto no item 4.4.1, as sentenças arbitrais nulas produzem efeitos normalmente, enquanto não desconstituídas pelo Poder Judiciário. Pode-se dizer, portanto, que se trata de uma eficácia “precária”: anulada, a sentença arbitral deixa de

³¹⁷ Concorde-se com WAMBIER e TALAMINI, nesse ponto. Dizem os autores: “Segundo o art. 26 da Lei 9.099, o laudo arbitral precisaria ser homologado pelo juiz, por sentença irrecorrível. Convém destacar que essa regra é anterior à atual Lei de arbitragem (Lei 9.307/1996). Antes da Lei de Arbitragem, a decisão final dos árbitros (então chamada de laudo arbitral), em qualquer processo arbitral (mesmo alheio ao sistema dos Juizados Especiais), precisava ser homologada pelo Judiciário. O art. 26 da Lei 9.099 nada mais fazia do que refletir essa diretriz. Mas a Lei 9.307 passou a atribuir à decisão dos árbitros valor idêntico ao de uma sentença judiciária – deixando de ser necessária qualquer homologação para que ela seja eficaz (art. 31). Aliás, a decisão final dos árbitros passou a se chamar sentença arbitral. Diante desse panorama, é razoável concluir que o art. 26 da Lei 9.099 está revogado pela Lei 9.307. A decisão final proferida na arbitragem instituída incidentalmente a um processo do Juizado Especial é agora sentença arbitral – produzindo os mesmos efeitos da sentença judicial, sem mais precisar de homologação” (WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 1, p. 787).

Em sentido contrário, entendendo que as sentenças arbitrais, no “sistema dos Juizados”, sujeita-se a homologação, conforme os estritos termos do art. 26 da Lei 9.099: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e juizados especiais: uma miragem? In: BATISTA MARTINS, Pedro Antonio; LEMES, Selma Maria Ferreira; _____ (Coord.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 53-71.

existir juridicamente e, por conseguinte, de produzir os efeitos que até então dela decorriam.

Mas não será a pura simples prolação de sentença judicial anulando a sentença arbitral que a retirará do mundo jurídico, eliminando a sua capacidade de produzir efeitos. Por ser desconstitutiva, a decisão judicial de anulação da sentença arbitral produz seus efeitos apenas *depois de transitada em julgado*. Ou seja, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença judicial de anulação, a sentença arbitral nula produzirá seus efeitos normalmente. Eis a regra geral – não excepcionada por lei para a hipótese em exame – sobre o momento da eficácia das sentenças (des)constitutivas³¹⁸.

Disso decorre que, sem antes ter sido decretada por decisão judicial transitada em julgado, a nulidade da sentença arbitral não pode ser alegada como questão prejudicial ou preliminar em processo estatal instaurado entre as partes envolvidas na arbitragem. Da mesma forma, a mera constatação da nulidade pelo juiz togado no curso de um determinado processo jamais teria o condão de privar a sentença arbitral de seus

³¹⁸ Conforme leciona DINAMARCO: “O momento em que entra em vigor uma sentença constitutiva, com a oferta de efetiva tutela jurisdicional ao autor, é o do trânsito em julgado. Não há uma execução provisória de sentenças constitutivas, pela simples razão de que sentenças dessa ordem não comportam efetivação pela via da execução forçada (cumprimento de sentença) nem são títulos executivos segundo a lei processual (só as condenatórias – art. 475-N, inciso I): quando liberados seus efeitos, a sentença constitutiva opera por si mesma, desde logo e automaticamente, a modificação jurídica determinada pelo juiz. Mas as razões pelas quais o legislador toma cuidados com a execução provisória (de sentença condenatória) dizem respeito à própria organização da ordem processual como um todo e projetam-se sobre a questão do momento em que se torna eficaz a sentença constitutiva. Tanto quanto os incisos do art. 475-O do Código de Processo Civil buscam evitar a irreversível consumação de situações novas enquanto ainda pender recurso e portanto o teor da sentença condenatória comportar alteração pelo Poder Judiciário, também no tocante aos efeitos da sentença constitutiva análogos cuidados são indispensáveis; é imperioso evitar a consumação de situações irreversíveis, sendo esse um raciocínio analógico de indiscutível legitimidade. As razões são as mesmas e plenamente equiparáveis as situações consideradas. A solução há de ser necessariamente a mesma lá e cá, porque *ubi eadem ratio eadem legis dispositio*” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, p. 261).

Ou seja, “...destinando-se as sentenças constitutivas a produzir efeitos sobre relações jurídicas e não sobre bens materiais e sendo difícilima, extremamente problemática ou mesmo impossível a reversão dos efeitos eventualmente produzidos com o falso rótulo de provisoriedade, tais sentenças só se tornam operativas depois do trânsito em julgado, quando já inexistente o risco de perda de eficácia” (DINAMARCO, *Fundamentos...*, t. I, p. 949 e seguintes). E como bem observa o autor: “A existência de alguma norma explícita, autorizando a efetivação da sentença constitutiva antes do trânsito em julgado, fará exceção à regra mas não a desmentirá. Mas só para os casos indicados” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, p. 262, nota 7).

Também destacando que as sentenças constitutivas ordinariamente produzem efeitos apenas depois de transitadas em julgado, Enrico Tullio LIEBMAN: “Normalmente le sentenze costitutive producono i loro effetti ex nunc, cioè dal momento in cui passano in giudicato” (LIEBMAN, *Manuale...*, p. 178).

efeitos. Não é dado ao juiz afastar os efeitos da sentença arbitral nula de ofício ou incidentalmente no curso de um processo no qual ela possa ter alguma relevância.

Ressalve-se, porém, que em determinados casos será necessário aguardar o julgamento da ação de anulação para que, com base na sentença arbitral, o sujeito por ela beneficiado possa obter outras providências do Judiciário. Com efeito, quando o julgamento do mérito de um determinado processo depender logicamente do resultado da ação de anulação da sentença arbitral, será necessário suspendê-lo (com base no art. 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil) até que esta seja anteriormente decidida. Essa solução legal se impõe para evitar que, em decorrência da relação de “prejudicialidade externa” verificada entre as demandas, haja a prolação de decisões conflitantes³¹⁹. Mas note-se que o período de suspensão “...nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir o processo” (*ex vi* do § 5º do art. 265).

Na verdade, a ação de anulação e a outra ação cognitiva, cujo julgamento dependa do destino da sentença arbitral impugnada, deverão ser reunidas perante o mesmo juízo, para julgamento conjunto – com fundamento no art. 105 do Código de Processo Civil. Haverá conexão “por prejudicialidade” a determinar tal reunião³²⁰. Reunidos os processos, aquele que tiver por objeto a anulação da sentença arbitral deverá ser julgado previamente, justamente por ser prejudicial em relação ao outro. Apenas se não for possível reunir os feitos conexos (o que pode acontecer, por exemplo, se um deles já tiver sido julgado – conforme a Súmula n.º 235 do Superior Tribunal de Justiça) é que deverá ser aplicada a solução do art. 265, inciso IV, alínea *a*, do Código³²¹.

Por outro lado, existe a possibilidade de se obter medida urgente no âmbito da demanda de anulação com o objetivo de impedir que, antes mesmo de desconstituída

³¹⁹ RICCI, Reflexões sobre o art. 33..., p. 53.

³²⁰ Sobre a ideia de conexão “por prejudicialidade”, vide o item 6.3.1.5.

³²¹ Nesse sentido, por exemplo, o seguinte precedente (extraído da obra: MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 797 – comentários de Antonio Carlos Marcato ao art. 265): “1. Na forma de precedentes da Corte, se os processos não foram reunidos em tempo hábil e estando a ação declaratória pendente de julgamento no segundo grau de jurisdição, impõe-se no caso concreto a aplicação do disposto no art. 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil, com a suspensão da ação incidental de embargos do devedor, mantido o efeito suspensivo da execução. 2. Recurso especial conhecido e provido” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 201.489/SP, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes DIREITO, publicado no Diário de Justiça de 08.03.2000, p. 106). Podem ser citados, ainda, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, igualmente extraídos da referida obra: Recurso Especial n.º 184.185/RS, 4ª Turma, Relator Ministro Barros MONTEIRO, publicado no Diário de Justiça de 09.04.2001, p. 366; Recurso Especial n.º 193.766/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de AGUIAR, publicado no Diário de Justiça de 22.03.1999, p. 215.

por decisão transitada em julgado, a sentença arbitral continue produzindo os seus efeitos (ou alguns deles). Note-se, por exemplo, que a regra do art. 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil não se aplica a ações de conhecimento em face de execuções (inclusive, o § 1º do art. 585 é expresso nesse sentido). Assim, para impedir que a parte vencedora na arbitragem venha dar início ao processo de execução da sentença arbitral não basta já ter havido o ajuizamento da ação de anulação. No bojo da ação de anulação ajuizada, seu autor deverá pedir a concessão de medida urgente destinada a impedir o início da execução³²². Para tanto, deverão estar presentes os requisitos legais, conforme os arts. 273 e 798 do Código de Processo Civil. Nada diferente do que se passa nos casos de ação rescisória, conforme o art. 489.

Diversas outras situações podem ser imaginadas em que o autor da ação de anulação poderá precisar da concessão de medida urgente para evitar prejuízos graves oriundos de atos fundados na sentença arbitral nula: evitar averbações e registros necessários para a formalização da tutela constitutiva concedida por sentença arbitral nula; evitar que a parte vencedora na arbitragem realize a averbação, nos registros competentes, de certidão de ajuizamento da ação executiva da sentença arbitral na forma do art. 615-A do Código de Processo Civil; ordenar o desfazimento de registros e averbações feitos com base na sentença nula; e assim por diante.

A concessão da medida urgente pode se dar por meio da própria sentença de anulação, a pedido da parte interessada. A sentença de anulação poderá, portanto, conter capítulo antecipando o momento de sua imperatividade para determinados efeitos, com o fim de evitar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação que possam decorrer da decisão arbitral. A decisão antecipatória, estando incorporada no ato formal “sentença”, deverá ser

³²² CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 428. Nos termos do autor: “...com relação aos efeitos que a demanda anulatória produzirá sobre eventual execução ajuizada, vale citar o disposto no § 1º do art. 585, que estabelece não ficar inibido o credor de promover a execução mesmo estando em curso demanda relativa ao débito constante do título executivo. Note-se: o artigo em questão (que relaciona apenas os títulos executivos extrajudiciais) refere-se, de maneira geral, a todos os títulos executivos (judiciais, inclusive), sendo certo que, após a edição da Lei n.º 9.307/1996, não se pode deixar de entender o parágrafo para além de seus limites estreitos. A conclusão, portanto, é a de que o ataque à sentença arbitral (título executivo judicial) não impedirá a propositura da execução.” E mais adiante CARMONA observa: “A tutela antecipatória não está descartada no procedimento anulatório... Se o magistrado verificar que há prova inequívoca do fato alegado pelo autor e que há risco de dano irreparável, nada o impedirá de retirar a eficácia do laudo até que a decisão final seja proferida. Imagine-se a hipótese de o autor trazer prova convincente de que teria havido prevaricação do árbitro, estando o laudo em vias de ser executado: nada impediria a emanção do decreto antecipatório.”

Diversa não é a lição de: JOSÉ CAHALI, *op. cit.*, p. 324.

impugnada pela via do recurso de apelação, não por agravo de instrumento. Afinal, contra a sentença (quaisquer de seus capítulos) o recurso cabível é a apelação (*ex vi* do art. 513 do Código de Processo Civil)³²³.

É possível, igualmente, que a medida urgente seja concedida depois de proferida a sentença judicial de anulação (mas antes de seu trânsito em julgado) por determinação do próprio juiz que a houver prolatado (enquanto os autos do processo ainda estiverem sob seu poder) ou então do relator da apelação no Tribunal (quando os autos já tiverem sido recebidos no Tribunal). Ou seja, não é, evidentemente, apenas antes de proferida a sentença de anulação que cabe a concessão de medida urgente destinada a neutralizar efeitos da decisão arbitral. Aplica-se, nesse ponto, a seguinte lição de DINAMARCO: “Também em casos não tipificados em lei, mas sempre marcados pela extrema excepcionalidade, ocorrendo grave urgência e sendo extremamente provável a existência do direito afirmado na sentença sob recurso, tem o juiz ou o relator deste o poder de antecipar, para certos e determinados efeitos, o momento da imperatividade das sentenças constitutivas (CPC, art. 273) – mas os efeitos imediatos virão do ato antecipatório e não da própria sentença.”^{324 e 325}

³²³ Conforme DINAMARCO: “Quando ocorrer uma situação extraordinária que clame por uma medida urgente, é perfeitamente legítimo incluir na sentença de mérito um capítulo impondo a providência adequada a evitar que o direito pereça. Sistemáticamente, é até mais seguro conceder a tutela antecipada nesse momento, quando, superadas pela instrução exauriente as dúvidas do julgador sobre os fatos e as teses jurídicas pertinentes, ele terá chegado ao convencimento de que o autor tem razão: se houver a urgência que a legitime, a antecipação deve ser concedida ainda nesse momento final do procedimento em primeiro grau de jurisdição.”

E o autor prossegue destacando ser incorreto “...desdobrar o ato judicial com que o juiz decide a causa e ao mesmo tempo concede uma antecipação de tutela, como se ali houvesse dois atos, uma sentença e uma decisão interlocutória.” Sendo a sentença um só ato formal, independentemente do número de capítulos que a componham, o recurso contra ela cabível será um só: a apelação, jamais o agravo (DINAMARCO, *Nova era...*, p. 92).

³²⁴ DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, p. 262, nota 7.

³²⁵ Sobre a competência do juiz prolator da sentença para apreciar pedidos de medida urgente enquanto os autos do processo ainda não tiverem sido remetidos ao Tribunal, DINAMARCO escreve: “Mesmo depois de proferida a sentença de mérito, é mais do que razoável entender que permanece a competência do juiz de primeiro grau para apreciar pedidos de antecipação tutelar, desde que os autos ainda estejam em seu poder, não havendo sido remetidos ao tribunal. Essa afirmação poderia parecer obstada pela regra do exaurimento da competência, pela qual o juiz está em princípio proibido de introduzir alterações na sentença já publicada (CPC, art. 463), mas conta com o apoio de uma disposição soberanamente superior, que é a garantia do acesso à justiça. Seria realmente um desfalque a essa garantia a negação absoluta de um remédio para as situações urgentes, excluindo-se a competência do juiz inferior, sob o pretexto de que sua competência está exaurida, e não podendo o tribunal conhecer do pedido porque ainda não dispõe dos autos. Teríamos nesses casos um período de hibernação mais ou menos longo, em que nada se poderia fazer em

Ainda mais excepcional (mas não impossível) será a obtenção de medida urgente para suspender efeitos da sentença arbitral quando a demanda de anulação tiver sido julgada improcedente – caso em que eventual medida urgente antes concedida terá caído por terra. Em primeiro grau, será improvável o deferimento do pedido – que deve ser feito na petição de interposição da apelação ou por petição autônoma, antes ou após a interposição do recurso. Afinal, o juízo da causa já terá, em sede de cognição exauriente, rejeitado a demanda. Havendo o indeferimento do pedido, deverá a parte interessada interpor agravo de instrumento, no bojo do qual deverá comprovar cabalmente o equívoco da decisão de primeiro grau e a necessidade (urgência) da medida pleiteada.

Para quem não admite a possibilidade de se pedir medida urgente ao juízo de primeiro grau após a prolação da sentença mesmo quando os autos ainda estiverem sob seu poder, impõe-se (sob pena de ofensa ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário) a admissão do emprego de medida cautelar diretamente no Tribunal competente. Em semelhante sentido é a posição de BEDAQUE. Segundo o autor, se a parte necessita de medida urgente após a prolação da sentença, deve requerê-la ao juízo de primeiro grau *apenas se o recurso de apelação ainda não tiver sido interposto*. Após a interposição, deve o apelante se dirigir diretamente ao Tribunal, em conformidade com o art. 800, parágrafo único, do Código de processo Civil³²⁶.

Por fim, observe-se que, em qualquer caso, o *fumus boni iuris*, cuja presença se exige para que a medida urgente possa ser concedida, deve ter relação com o vício sentencial alegado, não cabendo ao autor da ação de anulação fundamentar seu pedido em suposto erro de julgamento cometido pelos árbitros. Ou seja, o autor da ação deve demonstrar, além do *periculum in mora*, a verossimilhança de suas alegações a respeito da invalidade da sentença arbitral. Uma vez que o controle de mérito da sentença arbitral não tem cabimento, não será mediante a alegação de pretensão *error in iudicando* que o autor da ação de anulação deverá pedir a concessão da medida urgente.

Há de se ressaltar, entretanto, que, nos casos em que for aceita a cumulação da demanda de anulação à demanda de julgamento (pelo Judiciário) da causa submetida

cumprimento da promessa constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Só depois de remetidos os autos ao tribunal ad quem é que se consumam as situações regidas pelo parágrafo do art. 800, reputando-se então transferida a competência para a concessão de medidas urgentes” (DINAMARCO, *Nova era...*, p. 92-93).

³²⁶ BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 382 e 404. Lembre-se que, conforme exposto na nota 218, BEDAQUE entende que as medidas antecipatórias são espécies do gênero das tutelas cautelares – ao lado das medidas conservativas.

aos árbitros (vide o item 7.1.2), caberá a formulação de pedido de medida urgente versando sobre aspectos relacionados à demanda sucessiva. Essa conclusão não conflita com a do parágrafo anterior. Vale dizer: para suspender efeitos da sentença arbitral nula, não se poderá invadir o respectivo mérito – o *fumus boni iuris* exigido deve residir na alegação da invalidade da sentença arbitral. Já para a obtenção de medida urgente relacionada à demanda sucessiva, *depois de devidamente suspensos os efeitos da sentença arbitral*, importa demonstrar a verossimilhança das alegações pertinentes ao seu mérito.

7.1.11 – Reconvenção e pedido contraposto no processo de anulação

Existe a possibilidade de o réu, no processo de anulação, formular reconvenção ou pedido contraposto. Este último caberá se o procedimento da demanda de anulação for o sumário (art. 278, § 1º, do Código de Processo Civil). Já a reconvenção (arts. 315 e seguintes) terá lugar se o procedimento seguido for o ordinário³²⁷.

Imagine-se, por exemplo, que a sentença arbitral possui dois capítulos de mérito, sendo um favorável a cada uma das partes. Se uma das partes ajuíza ação de anulação, a outra pode perfeitamente reconvir para pedir a anulação do capítulo a ela desfavorável – claro, desde que seja ele também nulo; ainda haja prazo para pedir a sua anulação (art. 33, § 1º, da Lei 9.307/1996); e estejam presentes todos os demais pressupostos para a admissibilidade da reconvenção, além da conexão entre as demandas (arts. 315 e 317 do Código de Processo Civil).

É fundamental, portanto, que, além da conexão da reconvenção com a ação de anulação ou com o fundamento de defesa (art. 315), o juízo perante o qual tramita a demanda originária seja igualmente competente para a reconvenção – afinal, as demandas serão julgadas em uma única sentença (art. 318); que o procedimento de ambas as demandas seja o mesmo (havendo a possibilidade de o réu aceitar que a reconvenção, apesar de sujeita a procedimento sumário, siga o procedimento ordinário – sendo este o

³²⁷ Sobre a admissibilidade de reconvenção no procedimento sumário, quando verificada situação em que não caiba pedido contraposto mas em que a reconvenção (cujas hipóteses de cabimento são mais amplas) seria possível, vide: WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 1, p. 190.

procedimento da ação de anulação ajuizada³²⁸); que a reconvenção não implique a alteração das partes do processo, nele inserindo sujeito que antes não o integrava³²⁹.

Presentes todos esses pressupostos, pode-se também cogitar de reconvenção que tenha por objeto a responsabilização da parte vencida por conta da anulação da sentença arbitral. Conforme exposto no item 5.1.1.2, pode, em tese, acontecer de uma das partes nomear árbitro cujo impedimento se põe “em favor” da outra. Esta pode não concordar com a nomeação, para não correr o risco de receber uma decisão nula. Havendo essa discordância, se o autor da nomeação não aceitar substituir o árbitro impedido nem este acolher objeção que lhe tenha sido formulada, a sentença, caso favoreça a parte “em favor” de quem o impedimento se punha, poderá ser impugnada. Sendo anulada em razão do impedimento, a parte vencida (autora da ação de anulação) poderá, em contrapartida, ser responsabilizada por ter nomeado o árbitro que sabia estar impedido e se recusado a substituí-lo. E sua responsabilização poderá ser pleiteada em reconvenção. Haverá conexão entre a reconvenção com os fundamentos de defesa. Já a eventual responsabilização do árbitro (ainda segundo o exposto no item 5.1.1.2) terá de ser pedida em ação própria, uma vez que ele não será parte do processo de anulação (não podendo, por conseguinte, ser demandado por reconvenção).

O pedido contraposto, admissível apenas em relação ao procedimento sumário, deve se fundar nos mesmos fatos referidos na inicial, segundo o art. 278, § 1º, do Código. Pode-se, portanto, pensar em pedido contraposto destinado a obter a anulação de capítulo sentencial favorável ao autor da ação de anulação. Imagine-se, por exemplo, que a ação de anulação funda-se na alegação de absoluta ausência de motivação na sentença: o autor afirma que a sentença se resume ao dispositivo, na qual os árbitros tomaram suas decisões sobre os pedidos a eles formulados. Em caso como esse, o réu da ação de anulação poderá reconvir ao autor, pedindo a anulação do capítulo sentencial que lhe tiver

³²⁸ Aplica-se, aqui, o entendimento exposto no item 7.1.9.2.

³²⁹ Também admitindo o cabimento de reconvenção no bojo de processo destinado a anular a sentença arbitral, Luis Guilherme Aidar BONDIOLI escreve: “No processo instaurado perante o Poder Judiciário para a invalidação da sentença arbitral, o réu igualmente pode reconvir. O procedimento desse processo será o sumário ou o ordinário (art. 33, § 1º), conforme as circunstâncias do caso concreto. Exemplo de reconvenção admissível nesse caso é o daquela voltada para a invalidação da mesma sentença arbitral, com a apresentação de outros fundamentos para tanto. Outro exemplo é o de demanda reconvenicional ajuizada para invalidar sentença arbitral que tenha deliberado sobre causa conexa” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 340).

sido desfavorável com base no mesmo fato alegado na inicial: a absoluta falta de motivação na sentença.

Admitida a possibilidade de cumular, ao pleito de anulação, pedido para que o Judiciário julgue a mesma causa decidida pela sentença arbitral anulada, o pedido contraposto ou a reconvenção *poderá ter como referência a demanda cumulada, i.e.,* poderá ser aceito conforme seja conexo com tal demanda ou com os fundamentos da defesa em face dela formulada (reconvenção) ou se fundado nos mesmos fatos referidos na inicial (pedido contraposto).

O pedido contraposto ou reconvenção poderá, todavia, ser inadmitido nessas circunstâncias (*i.e., de conexão com a demanda cumulada...*) se disser respeito a conflito ainda abrangido pela convenção existente entre as partes. Assim, se a convenção consistir em cláusula ainda subsistente que abranja o conflito objeto do pedido contraposto ou reconvenção, será dado ao respectivo réu (autor da ação de anulação) manifestar-se contra a sua formulação – invocando a sobrevivência do pacto arbitral (conforme o item 7.1.15.3, parte final)³³⁰. No seu silêncio ou com sua concordância expressa, o processamento do pedido contraposto ou reconvenção poderá ser realizado (vide o item 3.5.4.1).

7.1.12 – Intervenção de terceiros no processo de anulação

Em virtude da natureza desconstitutiva e outras características do processo de anulação, a maioria das modalidades de intervenção de terceiros será de impossível verificação em relação a ele – mesmo quando o procedimento seguido for o ordinário.

³³⁰ Ou seja, ao menos em princípio, a conexão existente entre o pedido contraposto ou reconvenção e a demanda cumulada ao pedido de decretação de nulidade (voltada a obter o julgamento da mesma causa antes submetida aos árbitros) não é apta a afastar os efeitos da convenção de arbitragem em relação ao objeto do pedido contraposto ou reconvenção. As regras de modificação de competência previstas no Código de Processo Civil não se aplicam entre causas de “competência” arbitral e causas de “competência” judicial. Ademais, a aceitação, pelas partes, do processamento da referida demanda cumulada perante o Judiciário não significa, necessariamente, que elas não queiram mais a arbitragem para a resolução de outros conflitos por ela abrangidos – ainda que configurada sua conexão com causas em trâmite no Judiciário.

Em sentido diverso: TALAMINI, *Direito processual...*, p. 325 e seguintes. Concorde-se, porém, com o autor quando afirma que: “A maior ou menor extensão da extinção da convenção arbitral advinda de sua não arguição em processo judicial é questão que não comporta uma resposta abstrata e genérica. Dependerá do exame dos aspectos concertos de cada caso” (Ibid., p. 352). Eventualmente, portanto, do teor da demanda cumulada ao pleito de anulação será possível extrair a vontade de seu autor de submeter determinados ou todos e quaisquer novos conflitos entre as partes ao Poder Judiciário.

(a) O chamamento ao processo e a denunciação da lide são modalidades de intervenção cuja utilidade se põe apenas nos casos de ações condenatórias – o que não é o caso da ação de anulação, que, como já se viu, é desconstitutiva.

(b) Não há como imaginar, igualmente, a nomeação à autoria. Trata-se de modalidade de intervenção de terceiros com cabimento restrito aos casos dos arts. 62 e 63 do Código de Processo Civil – os quais claramente não guardam sintonia com os possíveis objetos da ação de anulação de sentença arbitral.

(c) A oposição é, da mesma forma, impensável. O terceiro que considere ter direito em relação ao bem a respeito do qual dispôs a sentença arbitral sobre cuja nulidade se discute no Judiciário não tem interesse nem legitimidade para formular oposição, cabendo-lhe formular sua pretensão ao bem da vida diretamente em demanda própria, desvinculada ao processo de anulação – ressalvada, ainda, a possibilidade de o terceiro, em determinados casos, ajuizar ação declaratória de ineficácia jurídica da sentença diante de si (vide o item 7.4, abaixo).

(d) O sujeito que não participou (quando *poderia*, se quisesse, ter participado) da arbitragem como litisconsorte ou assistente litisconsorcial de alguma das partes não ficará vinculado ao resultado do processo e, portanto, não terá, no mais das vezes, interesse jurídico para figurar como assistente litisconsorcial na ação de anulação. Poderá ele, se for o caso, ajuizar sua própria demanda para buscar resultado diverso daquele obtido na arbitragem.

Já os sujeitos que tiverem participado da arbitragem e que puderem ser atingidos juridicamente pela anulação da sentença poderão, em determinados casos, intervir como assistentes litisconsorciais no processo judicial. No item 7.1.7.1.1, expôs-se que os litisconsortes unitários sucumbentes na arbitragem não podem ser compelidos a ajuizar a ação de anulação em litisconsórcio. Não existe previsão legal de litisconsórcio ativo necessário para essa hipótese. Diante disso, caso a ação de anulação seja ajuizada isoladamente por um dos litisconsortes unitários sucumbentes na arbitragem, os demais poderão intervir no processo judicial como assistentes litisconsorciais do autor.

Por outro lado, litisconsortes unitários vencedores na arbitragem devem ser incluídos no polo passivo do processo de anulação. O caso será de

litisconsórcio passivo necessário – *ex vi* do art. 47 do Código de Processo Civil. De acordo com esse dispositivo, a ausência de um dos litisconsortes no processo consiste em defeito capaz de contaminar o resultado do processo. A esse respeito, vide o item 4.4.3.4, acima.

(e) Além disso, visualiza-se o cabimento, no processo de anulação da sentença arbitral, de assistência simples, de interposição de recurso de terceiro juridicamente prejudicado ou do Ministério Público e de ingresso de litisconsorte necessário originalmente não demandado. Algumas situações podem ser imaginadas para demonstrar que a intervenção de terceiro nessas modalidades será cabível:

(d.1) Recurso do Ministério Público contra a sentença que julga improcedente a ação de anulação ajuizada por terceiro juridicamente prejudicado com fundamento na alegação de conluio para fins fraudulentos entre as partes da arbitragem – vide o item 7.1.7.1.2. O Ministério Público pode recorrer (art. 499 do Código de Processo Civil).

(d.2) A situação inversa também é possível: se a ação de anulação foi ajuizada pelo Ministério Público com fundamento em conluio fraudulento das partes da arbitragem, o terceiro juridicamente prejudicado pode apelar (art. 499). Vide o item 7.1.7.1.5.

(d.3) Se a ação de anulação é ajuizada apenas contra um dos litisconsortes vencedores na arbitragem, com o objetivo de desfazer capítulos sentenciais pertinentes a todos eles, deve o juiz tomar as providências necessárias para que o litisconsorte não demandado seja integrado ao processo.

(d.4) Conforme se expôs no item 7.1.7.1.4, o denunciado sucumbente na arbitragem poderá ajuizar a ação de anulação apenas contra o capítulo no qual se houver decidido a demanda regressiva. Ser-lhe-á dado, entretanto, participar na condição de assistente simples do denunciante em ação de anulação por este ajuizada em face do capítulo referente à demanda originária.

Por fim, observe-se que, admitida a possibilidade de cumular, ao pedido de anulação, pedido para que a causa submetida aos árbitros seja julgada pelo Judiciário, conforme exposto no item 7.1.2, as demais modalidades de intervenção de terceiros do Código de Processo Civil (além da assistência simples e litisconsorcial) poderão ser

cogitadas diante da demanda cumulada, conforme seus limites objetivos e desde que o procedimento seguido seja o ordinário.

7.1.13 – Instrução probatória no processo de anulação

Não existem restrições quanto aos meios de prova que podem ser empregados em processo que tenha por objeto a anulação de sentença arbitral. Todos os meios de prova legais existentes são em tese admitidos.

Lembre-se, porém, que, havendo a necessidade de produção de prova técnica de maior complexidade para a resolução da causa, o procedimento sumário (se estiver sendo adotado) deverá ser convertido em ordinário, conforme foi exposto no item 7.1.9.2. Mas isso *tende a não ocorrer*, em virtude da própria finalidade e limites objetivos da ação de anulação.

A ação de anulação, como se sabe, não se presta a discutir o mérito da sentença arbitral nem o acerto da solução dada pelos árbitros a questões de mérito debatidas na arbitragem. As discussões devem girar em torno da validade da sentença arbitral, nos limites do pedido e da causa de pedir apresentados – os quais, por sua vez, devem encontrar correspondência no rol de matérias previsto no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996³³¹.

No mais das vezes, portanto, não haverá necessidade de produzir provas de maior complexidade técnica na ação de anulação. Difícil, aliás, imaginar que a apuração de um vício formal no processo ou na própria sentença arbitral possa demandar a realização de prova técnica. Fazer (ou refazer) uma perícia com o objetivo de verificar a correção da solução dada para a causa pelos árbitros a pretexto de verificar a validade da sentença arbitral é *totalmente descabido*. É tão descabido quanto pretender enquadrar a pretensão de rever o mérito da sentença arbitral em alguma das hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem. Trata-se, enfim, de postura que não pode ser tolerada pelo Judiciário.

³³¹ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, no processo de anulação de sentença arbitral, as provas devem se destinar apenas a permitir a verificação da nulidade alegada. Nos seus termos: “Não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade no procedimento arbitral. O Tribunal de origem, na hipótese, apenas deferiu a produção de provas para que pudesse analisar a ocorrência ou não de nulidade no procedimento arbitral. Recurso especial não conhecido” (Recurso Especial n.º 693.219/PR, 3ª Turma, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, publicado no Diário de Justiça do dia 06.06.2005, p. 327).

7.1.14 – Aplicação subsidiária da disciplina da ação rescisória?

Não parece necessário recorrer a regras que regem a ação rescisória ao tratar da ação de anulação. As regras gerais do Código de Processo Civil regentes do procedimento comum (ordinário ou sumário) parecem suficientes para a resolução de todas as questões a ela relacionadas. Inclusive, a aplicação de determinadas regras previstas para a ação rescisória em face da ação de anulação seria absolutamente equivocada³³².

No item 7.1.2, defendeu-se a possibilidade de cumular o pedido de julgamento da causa submetida aos árbitros ao pedido de anulação. Para tanto, não é necessário nem adequado recorrer ao disposto no art. 488, inciso I, do Código de Processo Civil. A cumulação (que é meramente facultativa) encontra respaldo no art. 292 do Código, estando ainda condicionada ao preenchimento das demais condições expostas no referido item.

A identificação dos sujeitos legitimados para ajuizar a ação de anulação, da mesma forma, não depende do que diz o art. 487 do Código. A legitimidade processual e o interesse jurídico devem ser apurados levando-se em conta a situação jurídica dos sujeitos atingidos pelo resultado da arbitragem e sua relação com a causa decidida pelos árbitros ou, então, as regras constitucionais e legais que versam sobre as competências e a legitimidade processual do Ministério Público.

A capacidade que a sentença arbitral tem de produzir seus efeitos mesmo depois de ajuizada a ação de anulação decorre da própria equiparação que a Lei n.º 9.307, no art. 31, faz entre as sentenças arbitrais e judiciais. As sentenças judiciais, como os demais atos estatais dotados de imperatividade, possuem o condão de produzir efeitos mesmo quando nulos – apenas perdendo essa sua capacidade quando definitivamente desconstituídos. Se a Lei n.º 9.307 equipara a eficácia das sentenças arbitrais à das judiciais, conclui-se que são elas, mesmo quando nulas, igualmente capazes de produzir efeitos enquanto não definitivamente desconstituídas (vide os itens 4.4.1 e 7.1.10). Essa conclusão independe, pois, do que prevê o art. 489, primeira parte, do Código de Processo Civil.

A possibilidade de suspender os efeitos da sentença arbitral antes de sua desconstituição definitiva pelo Judiciário se põe por força dos arts. 273 e 798 do Código de

³³² Nesse sentido, observa YARSHELL: “...nem tudo o que é válido em matéria de ação rescisória vale também para a ação anulatória de sentença arbitral” (YARSHELL, *Caráter subsidiário...*, p. 16).

Processo Civil, não sendo necessário recorrer ao art. 489, segunda parte, para sustentá-la. Inclusive, antes mesmo da edição da Lei 11.280/2006, que alterou a redação do art. 489 para nele incluir o que hoje preceitua sua segunda parte, já se admitia a possibilidade de suspender os efeitos da sentença ou acórdão rescindendo com fundamento naqueles outros artigos do Código. O que o art. 489, segunda parte, atualmente prevê não é, portanto, nada mais do que já não esteja contemplado nos arts. 273 e 798.

Por outro lado, não se pode pretender aplicar às ações de anulação de sentenças arbitrais, “por analogia”, regras específicas do procedimento da ação rescisória, sob pena de ofensa ao direito de acesso ao Judiciário ou simplesmente por uma questão de respeito às regras específicas da Lei n.º 9.307/1996. Por exemplo, não se pode exigir do autor da ação de anulação a prestação de caução na forma do art. 488, inciso II – sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. As regras dos arts. 491 a 495, por sua vez, são incompatíveis com a disciplina da ação de anulação prevista na Lei n.º 9.307 e nas regras que regem o procedimento comum do Código de Processo Civil.

Por fim, admitir o emprego da ação de anulação com fundamento nos incisos do art. 485 do Código que preveem matérias não mencionadas no art. 32 da Lei n.º 9.307 é absolutamente inadmissível. Conforme foi exposto no item 4.1.2, o rol de matérias do art. 32 é taxativo – admitida, nos limites do item 4.1.2.1.2, a sua interpretação razoavelmente aberta, para que nele se incluam situações de grave ofensa ao devido processo legal e ao princípio da autonomia da vontade que, *prima facie*, não se enquadrem em seus incisos. Sobre o descabimento de ação rescisória contra sentenças arbitrais, vide o item 8.4, abaixo.

7.1.15 – Efeitos do julgamento da ação anulatória

O art. 33, § 2º, da Lei 9.307 dispõe, em seus dois incisos, sobre as consequências do acolhimento da demanda de “decretação de nulidade” pelo Poder Judiciário.

(a) O inciso I estabelece que “...a sentença que julgar procedente o pedido... decretará a nulidade da sentença arbitral” nos seguintes casos do art. 32: nulidade da convenção de arbitragem (inciso I); sentença emanada de quem não podia ser árbitro (inciso II); proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva (inciso VI); proferida fora do prazo legal ou convencionado, respeitado o

disposto no art. 12, inciso III (inciso VII); e proferida em desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade dos árbitros ou de seu livre convencimento (inciso VIII).

(b) O inciso II, por sua vez, diz que nas demais hipóteses do art. 32, ou seja, nos casos dos seus incisos III, IV e V, a sentença judicial que julgar procedente o pedido de anulação “...determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo”.

Relembre-se que, diversamente do que consigna o art. 33, § 2º, nem todos os vícios referidos no art. 32 acarretam a *nulidade* da sentença arbitral. Conforme foi exposto no item 4.4, alguns daqueles vícios geram a sua inexistência ou ineficácia jurídica. Outros configuram irregularidades materiais relativas a elementos da sentença arbitral cuja eliminação se faz necessária para a sua perfeita identificação: trata-se de vícios que não geram nulidade, inexistência ou “ineficácia jurídica”, mas cuja eliminação é importante para que se possa verificar a higidez formal da sentença e também para a definição do procedimento a ser adotado para a sua efetivação e controle judicial.

No presente item, ocupa-se apenas dos casos de verdadeira e própria *nulidade* da sentença arbitral. O controle das sentenças inquinadas daqueles outros vícios será tratado em itens específicos, mais adiante neste trabalho. Neles será analisado, inclusive, qual a consequência que o reconhecimento do vício pelo Poder Judiciário gera – *i.e.*, quando o Judiciário deverá ou não determinar a devolução da causa aos árbitros *etc.*

Além disso, observe-se que no item 7.1.2 sustentou-se a possibilidade de cumular, ao pedido de anulação, pedido para que o Judiciário julgue a causa decidida pela sentença arbitral anulada. Havendo cumulação nesses termos e sendo ela viável, *não se aplicarão as regras do art. 33, § 2º*, adiante analisadas. As consequências do acolhimento da demanda de anulação serão as que foram expostas no referido item: ou seja, julgamento do pedido sucessivo.

7.1.15.1 – Acolhimento da ação de anulação nos casos do art. 33, § 2º, inciso I

Ao contrário do que se costuma afirmar na doutrina³³³, em alguns dos casos do art. 33, § 2º, inciso I, após a anulação da sentença, será possível ao Judiciário determinar a devolução da causa aos árbitros – para que seja refeita a parte viciada da arbitragem e nela proferida uma nova e regular decisão. Ou seja, a devolução da causa aos árbitros por determinação do Judiciário pode ter cabimento em outras situações além daquelas expressamente referidas no art. 33, § 2º, inciso II, da Lei n.º 9.307/1996. Visualiza-se essa possibilidade especialmente quando a sentença for anulada com fundamento no inciso II, VI ou VIII do art. 32.

Observe-se, antes de se ir adiante, que a “determinação para que os árbitros profiram nova sentença”, a que se refere o inciso II do § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307, não significa que a eles possa ser imposta judicialmente, mediante coerção, a prolação de nova decisão, no lugar da anulada.

Na verdade, como se indicou no item 7.1.7.3, o referido dispositivo estabelece como consequência do acolhimento da impugnação judicial formulada o restabelecimento dos poderes dos árbitros (e, portanto, da competência arbitral) na medida necessária para a eliminação do defeito reconhecido como existente pelo Judiciário.

O Poder Judiciário não emite, portanto, nenhum comando ou ordem contra os árbitros. O que faz, autorizado por Lei, é apenas declarar que, existindo uma arbitragem pendente de regular decisão, que ainda pode ser aproveitada, as partes que a convencionaram ainda estão a ela vinculadas. Com efeito, verificando a presença dos requisitos respectivos, o Judiciário determina a devolução da causa aos árbitros – comunicando-os disso. Os árbitros estarão, então, habilitados a proferir nova decisão para as partes – ressalvada a possibilidade de elas, de comum acordo, distratarem a arbitragem.

De certa forma, a “determinação” a que se refere o inciso II do § 2º do art. 33 se dirige a cada uma das partes: impõe a cada uma delas o dever de respeito ao pacto arbitral que fizeram entre si, de acordo com o qual a solução

³³³ Por exemplo: NAGAO, op. cit., p. 258; CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 423; CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral...*, p. 409; BATISTA MARTINS, *Apontamentos...*, p. 332-333; CÂMARA, *Arbitragem...*, p. 147-148.

para seu conflito adviria da arbitragem ainda em aberto – acordo este que, como já se viu, apenas pode ser desfeito por vontade conjunta de ambas as partes.

Imagine-se, a título de exemplo, que, encerrada uma determinada arbitragem, a parte sucumbente descobre que um dos julgadores, no curso do procedimento, se tornou impedido. Imagine-se, ainda, que, diante disso, tal parte promove demanda de anulação (com fulcro no inciso II do art. 32) e que esta vem a ser julgada procedente, desconstituindo-se a sentença arbitral. Se (i) as partes não houverem convencionado expressamente que não aceitariam substituto para os árbitros inicialmente nomeados; (ii) o prazo legal ou convencionado para a prolação da sentença arbitral não tiver se esgotado e for suficiente para a prolação de nova decisão; e (iii) o processo anterior comportar a substituição do julgador, de modo a permitir ao substituto, sem prejuízo a qualquer das partes, exercer sua função plenamente, conhecendo todos os elementos da causa e exercendo todas as atividades (inclusive as instrutórias) necessárias para o seu adequado julgamento – e esta última condição tende a estar presente, haja vista a regra do art. 22, § 5º, da Lei n.º 9.307 (ver abaixo); enfim, se verificadas todas essas condições, o Poder Judiciário *determinará a devolução da causa aos árbitros*. Substituído o julgador impedido, serão *a priori* refeitos, com a presença do substituto idôneo, os atos processuais ocorridos posteriormente ao momento em que passou a existir a irregularidade, especialmente os decisórios, proferindo-se, ao final, uma nova e regular sentença no lugar da anulada.

Na linha do que prescreve o art. 16 da Lei de Arbitragem, aplicável por analogia ao caso imaginado, assumirá como substituto o sujeito que as partes houverem indicado na convenção de arbitragem. Na ausência de indicação, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que as partes tiverem invocado na convenção. Nada dispondo a convenção a esse respeito e não havendo um acordo entre as partes sobre a nomeação do árbitro substituto, este será apontado pelo Poder Judiciário *a pedido de qualquer das partes*, na forma do art. 7º da Lei n.º 9.307 – será instaurado um processo próprio, distinto do de anulação, para esse específico fim.

Ao árbitro substituto caberá apurar a necessidade em repetir as provas produzidas no processo. Aplica-se, também por analogia, o art. 22, § 5º, da Lei n.º 9.307, *in verbis*: “Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído (art. 16), fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.”

Trata-se, como se vê, de decisão a ser proferida pelo substituto – *i.e.*, de decisão monocrática, não do colegiado de árbitros³³⁴. E a repetição das provas é uma faculdade, não obrigação, do árbitro substituto.

O árbitro substituto poderá, igualmente, ratificar as deliberações e votos tomados pelo substituído. Essa sua conduta não deverá, porém, pautar-se exclusivamente nos princípios da economia e celeridade. As ratificações de atos pretéritos sempre haverá de se dar de modo fundamentado, com a exposição das razões do convencimento formado pelo substituto a partir das provas e alegações do processo.

Ainda pensando-se no exemplo anteriormente dado: não se ignora que dificilmente estarão presentes todas as condições acima referidas para a retomada da arbitragem *por determinação judicial*, sobretudo a do item (ii). Nada impede, porém, que, na hipótese de o prazo legal ou convencionado ter se esgotado ou o que dele restar (*i.e.*, a diferença entre o prazo total estipulado e o prazo consumido até a data da prolação da sentença) se mostrar insuficiente para a regularização do painel de árbitros e refazimento de fases processuais anteriores, *as partes concordem em prorrogá-lo*. Com efeito, uma vez anulada a sentença arbitral, as partes poderão perfeitamente concordar (mediante os ajustes procedimentais necessários) em retomar a mesma arbitragem, para que nela seja proferida uma nova (e, agora, regular) decisão.

Note-se: trata-se de situação na qual não haverá a *determinação de devolução da causa aos árbitros pelo Poder Judiciário*, na forma do art. 33, § 2º, da Lei n.º 9.307. A retomada da arbitragem para a prolação de uma nova sentença arbitral, na ausência das condições dos itens (i) a (iii), acima referidas, apenas poderá ser feita por escolha conjunta das próprias partes – a qual dependerá, ainda, do consentimento dos árbitros.

Os árbitros originais remanescentes (ou seja, aqueles que já haviam participado da arbitragem) poderão não se ver em condições de retomar o processo *por escolha (deliberação) das partes*. Poderão, por exemplo, ter assumido a condução de outra(s) arbitragem(ns), que lhes demande exclusividade. Nessa situação, as partes terão a faculdade de realizar nova substituição dos árbitros, observadas as regras dos arts. 16 e 22, § 5º, da Lei n.º 9.307. Isso será possível mesmo que as partes tenham convencionado expressamente que não aceitariam substituto para os árbitros inicialmente nomeados:

³³⁴ CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 332.

bastar-lhes-á afastar essa previsão da convenção, para aceitarem, de comum acordo, a substituição.

Em suma, pelo que foi exposto acima, pode-se concluir que, anulada a sentença arbitral com fundamento no inciso II do art. 32, poderão se verificar as seguintes situações: (a) determinação de devolução da causa aos árbitros pelo Poder Judiciário, para que haja a regular conclusão da arbitragem em aberto, se presentes as respectivas condições; (b) ausentes as condições para a devolução por determinação do Judiciário, as partes, de comum acordo, decidem retomar a arbitragem anterior, efetuando – com o consentimento dos árbitros, no que for ele necessário – os ajustes devidos para que isso seja possível; (c) as partes firmam um novo pacto arbitral, dando início a uma nova arbitragem; ou (d) não sendo cabível a solução “a” nem chegando as partes a um consenso para os fins dos itens “b” ou “c”, a parte interessada busca sua tutela perante o Judiciário. Ademais disso, existe a possibilidade de (e) as partes concordarem em não retomar a arbitragem anterior, em aberto, mesmo quando presentes as condições necessárias a que o Judiciário a determine³³⁵ (item “a”).

Também se a sentença houver sido anulada com base nos incisos VI e VIII do art. 32 pode-se imaginar a retomada do processo arbitral anterior por determinação judicial. Isso dependerá de uma série de condições, semelhantes às que foram arroladas nos itens “i”, “ii” e “iii”. Um bom exercício de reflexão permite visualizar o que se está a dizer. O fundamental, aqui, é destacar que o aproveitamento (ainda que parcial) do processo em que proferida a sentença impugnada não pode ser completamente descartado naqueles casos³³⁶.

³³⁵ As partes são livres para distratar a arbitragem a qualquer tempo. Podem elas, por exemplo, discordar em retomar a arbitragem anterior sob o fundamento de que a substituição do árbitro impedido geraria despesas não previstas no momento da celebração da convenção.

³³⁶ Em semelhante sentido, JOSÉ CAHALI: “Nos demais casos indicados na lei (art. 33, § 2º, inciso I, c/c art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII), o resultado é variado, mas, em linhas gerais, será restabelecida a situação jurídica anterior ao momento em que foi detectado o vício, seguindo-se a partir de então na tutela do direito da parte.” E prossegue o autor: “...se a causa da desconstituição atingir apenas uma etapa do procedimento, poderá ser resgatado desde então. Assim, afastado o árbitro impedido, viável será o reinício do procedimento, com o cumprimento das exigências pertinentes para nomeação de seu substituto. Desrespeitado o contraditório, impõe-se a sua observância, invalidando os atos posteriores, mas preservado o quanto até então se encaminhou” (JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 323).

SCAVONE JUNIOR também não descarta a possibilidade de retomada da arbitragem nos casos a que se refere o art. 33, § 2º, inciso I. O autor diz que, se possível, anulada a sentença nos casos mencionados por aquele dispositivo, a arbitragem deverá ser “...novamente iniciada sem a causa que ensejou a anulação”.

Por derradeiro, observe-se que, para que a retomada da arbitragem seja possível, nem sempre será necessário substituir os árbitros anteriores. A substituição apenas se imporá como condição para a retomada da arbitragem (mas sempre respeitada a vontade das partes, conforme o art. 16 da Lei n.º 9.307) nos casos em que a anulação da sentença se der justamente em razão de defeito que tenha relação com a pessoa do árbitro (impedimento, parcialidade *etc.*). Se a anulação da sentença se impuser por razões alheias a condições pessoais do árbitro, a devolução (se viável) não dependerá de sua substituição.

Sobre o tratamento a ser dado pelo Judiciário ao acolher impugnação da sentença arbitral fundada nos incisos I e VII do art. 32, que são os outros dois incisos referidos no art. 33, § 2º, inciso I, vide o item 7.2.10 – no qual se trata da ação declaratória de inexistência ou ineficácia jurídica.

7.1.15.2 – Acolhimento da ação de anulação nos casos do art. 33, § 2º, inciso II

De acordo com o art. 33, § 2º, inciso II, a sentença que julgar procedente a demanda de anulação da decisão arbitral determinará a devolução da causa ao árbitro ou tribunal arbitral para que seja proferida nova sentença nas demais hipóteses de nulidade do art. 32. Essas outras hipóteses de *nulidade* (além daquelas dos incisos II, VI e VIII, comentadas no item precedente) podem se enquadrar nos incisos III e IV do art. 32 – vide o item 4.4.1, acima.

Sobre o tratamento a ser dado pelo Poder Judiciário ao acolher impugnação da sentença arbitral fundada no inciso V do art. 32, que é o outro inciso referido no art. 33, § 2º, inciso II, vide o item 7.2.10 – no qual se trata da ação declaratória de *inexistência*.

Nos casos dos incisos III e IV do art. 32, a nulidade não contaminará todo o processo arbitral, sempre podendo ser corrigida ou retificada de modo a que a sentença corresponda ao objeto da arbitragem. Eis o motivo pelo qual a Lei n.º 9.307 foi expressa e taxativa em afirmar que, nas situações de *nulidade* que possam ser enquadradas nos incisos III e IV do art. 32, o órgão judicial competente – ao julgar procedente a demanda de anulação – determinará a devolução da causa aos árbitros, restaurando os seus poderes decisórios.

Já nos casos do inciso II do § 2º do art. 33, o procedimento arbitral não seria “reiniciado”. Bastaria, em princípio, ao árbitro proferir outra sentença no lugar da anulada (SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 222).

Por exemplo: imagine-se que a sentença arbitral foi proferida em idioma diverso do pactuado pelas partes e que isso impediu ou dificultou que elas exercessem seu direito de recorrer da decisão no prazo definido na arbitragem. Em caso como esse, em tese, a sentença será nula por descumprimento aos limites da convenção e ofensa ao contraditório – conforme o art. 32, incisos IV e VIII. Depois de anulada a sentença pelo Judiciário (e a parte diligente apenas pedirá a anulação depois de ter verificado, eventualmente com a ajuda de tradutor, que a sentença lhe foi desfavorável) os árbitros deverão proferir outra em seu lugar, dessa vez no idioma correto. Contra a nova sentença, as partes poderão interpor as medidas internas cabíveis *etc.*

Se a sentença não for impugnada oportunamente, não poderá mais ser anulada. Mas isso não impedirá, obviamente, que venha ela a ser traduzida por iniciativa de quem tiver interesse, para que com base nela se possam tomar as medidas judiciais ou extrajudiciais cabíveis. Eventualmente, a tradução denotará outros defeitos da sentença, ainda passíveis de serem alegados judicialmente (inexistência, ineficácia jurídica ou defeitos materiais relevantes para a perfeita identificação da sentença – como, *v.g.*, a falta de indicação do local de sua prolação).

O art. 33, § 2º, inciso II, nada diz sobre a necessidade de o prazo legal ou convencionado para a prolação da sentença arbitral ainda não ter se esgotado, para que o Judiciário possa determinar a devolução da causa aos árbitros nos casos nele referidos. Isso significa que tal necessidade *não se põe*, cabendo ao Judiciário, porém, fixar um prazo razoável para que a nova decisão arbitral seja proferida no lugar da anulada (ver o item 7.1.15.4, abaixo).

Verifica-se, nesse ponto, uma diferença quanto ao tratamento a ser dado, por um lado, para as situações do inciso II do § 2º do art. 33 e, por outro, para aquelas do inciso I do mesmo parágrafo – em que (conforme se expôs no item anterior) a devolução da causa aos árbitros por determinação judicial depende, dentre outros fatores, de o prazo para a prolação da sentença arbitral ainda não ter se esgotado e ser suficiente para a prolação de uma nova decisão. É que, anulada a sentença com base nos incisos III e IV do art. 32, será *no mais das vezes* desnecessário refazer etapas processuais anteriores. O regular encerramento da arbitragem dependerá, em regra, da simples prolação de uma nova sentença arbitral – o que não tende a demandar muito tempo. Não se vê outra explicação

para o legislador não ter se preocupado com a questão da existência ou não de prazo remanescente na arbitragem, para a prolação da nova sentença.

Diz-se que “no mais das vezes” será desnecessário refazer etapas processuais anteriores, quando a anulação for feita com base nos incisos III e IV, pois é possível pensar em situações abrangidas por esses dispositivos em que o vício que gera a nulidade da sentença contaminará o processo desde os seus primeiros atos. Imagine-se, por exemplo, que os árbitros nomeados desde o início do processo aplicam regras procedimentais diversas das escolhidas pelas partes. A parte sucumbente, tendo se oposto oportunamente na arbitragem quanto ao procedimento realizado, poderá pedir a anulação da sentença com fundamento no inciso IV do art. 32.

Nesse caso, anulada a sentença, será necessário refazer o procedimento arbitral segundo as regras previamente definidas na convenção. Embora isso possa demandar bastante tempo, a devolução da causa aos árbitros deverá ser determinada, *ex vi* do inciso II do § 2º do art. 33. Caberá, então, ao Poder Judiciário fixar (na forma do item 7.1.15.4, abaixo) um prazo razoável para que a nova decisão arbitral seja proferida no lugar daquela anulada.

Já nos casos do inciso I do § 2º do art. 33, para que uma nova e válida decisão possa ser proferida pelos árbitros, no lugar da anulada, será necessário refazer etapas processuais que *em regra* demandarão mais tempo. Por isso, e no silêncio da Lei sobre as consequências da anulação da sentença nos casos indicados naquele dispositivo, é razoável entender *não* ser dado ao Judiciário determinar a retomada do processo arbitral, na hipótese de o prazo legal ou convencionado (art. 23) já ter se esgotado ou o remanescente se revelar insuficiente para a prolação de uma nova e válida decisão. Em tais condições, as partes deverão estar de acordo (e os árbitros também³³⁷) com a prorrogação

³³⁷ Aos árbitros anteriores que não aceitarem (quando lhes for possível, ou seja, quando sua atuação não estiver obstada por ter sido justamente ela a causa da anterior nulidade) a retomada da arbitragem será maior o risco de responsabilização pela parte interessada por conta dos danos gerados pela anulação. Afinal, perderão eles a chance de eliminar ou reduzir os prejuízos gerados pela prolação da sentença anulada judicialmente.

Lembre-se, porém, que a responsabilização apenas será possível se ficar demonstrada a culpa grave ou dolo dos árbitros ao proferirem a sentença anulada. Bem por isso, aliás, dificilmente o risco acima referido se verificará. No mais das vezes, os árbitros anteriores que estiverem em condições de reassumir a causa não serão responsáveis pela anulação judicial verificada – e, por isso, não poderão ser responsabilizados nem mesmo se não quiserem (e terão o direito de não) retomar a arbitragem.

do prazo anterior, *i.e.*, deverão aceitar que haja um novo e possivelmente longo debate em sede de arbitragem.

Essa interpretação *tem por objetivo privilegiar a arbitragem, sem, porém, contrariar as escolhas da Lei*. Sustenta-se aqui que, mesmo em casos nos quais a Lei não previu expressamente a necessidade de determinar a devolução da causa aos árbitros após a anulação de sua sentença, a retomada da arbitragem pode ser viável. Mas é razoável (pela própria divisão feita pela Lei entre as hipóteses referidas nos incisos I e II do § 2º do art. 33) entender que as condições para a determinação judicial de devolução da causa aos árbitros nos casos do inciso I sejam mais restritivas – exigindo-se, por exemplo, que o prazo legal ou convencionado ainda não tenha se esgotado e seja suficiente para a prolação de nova sentença.

7.1.15.3 – A causa deve ser devolvida aos árbitros por determinação judicial sempre que possível e necessário

Pode-se dizer, portanto, que a regra é a devolução da causa aos árbitros por determinação do Judiciário, desde que presentes as condições necessárias a tanto. Ou seja, não basta a uma das partes simplesmente discordar da retomada da arbitragem para inviabilizá-la. Se estiverem presentes todas as condições para o Poder Judiciário determinar a devolução da causa ao juízo arbitral, não haverá como uma das partes, unilateralmente, impedi-la.

Inclusive, a devolução da causa aos árbitros *nem sequer depende de pedido da parte que propõe a demanda de anulação da sentença arbitral*. Trata-se de consequência automática do acolhimento da demanda, imposta pelo § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307 nos casos em que presentes as condições necessárias para a retomada da arbitragem anterior. Basta ler o referido dispositivo legal. Em nenhum momento ele condiciona as consequências nele previstas a pedido do autor da demanda de anulação.

Cabem, todavia, algumas observações a respeito dessas conclusões:

(a) Se a sentença arbitral tiver sido anulada com base em algum dos fundamentos a que se refere o inciso I do § 2º do art. 33 e se o prazo legal ou convencionado (art. 23) estiver encerrado ou se os seus dias que ainda restarem se mostrarem insuficientes para a prolação de nova e válida decisão, não poderá o

Judiciário determinar a devolução da causa aos árbitros, *i.e.*, não poderá determinar que haja a prolação de nova (e regular) sentença arbitral. A retomada da arbitragem deverá advir de livre e espontânea escolha das partes, com a concordância dos árbitros.

(b) Nada impede que as partes, diante do acolhimento da demanda de anulação da sentença arbitral, independentemente de qual tenha sido o seu fundamento, acordem em desistir da retomada da arbitragem nos casos em que ela for cabível. Afinal, por força do princípio da autonomia da vontade, a desistência conjunta da arbitragem pelas partes cabe a qualquer tempo.

Mas a desistência conjunta não autorizará o Poder Judiciário a dar seguimento ao processo que antes tramitava em sede arbitral. Aliás, ainda que as partes pretendam autorizá-lo a tanto, não poderá o Judiciário dar simples prosseguimento ao processo (até então) arbitral. O impedimento se porá por conta da própria concepção de devido processo legal e pelo princípio da legalidade – que não admitem que o Judiciário simplesmente “se aproveite” de procedimento que tenha se desenvolvido sob a égide de outrem e, muito provavelmente, à luz de regramento diverso daquele estabelecido como *cogente e devido* pelo legislador infraconstitucional para os processos judiciais estatais.

Com a pura e simples desistência da arbitragem de comum acordo pelas partes, a causa entre elas existente ficará sem solução. Por conseguinte, não haverá impedimento algum a que a causa seja futuramente objeto de novo processo (judicial ou arbitral) entre as partes.

(c) Se é verdade que o Judiciário não pode simplesmente dar seguimento ao processo (até então arbitral) nem mesmo com o consentimento das partes, verdade também é que lhe é dado, a pedido da parte interessada e observadas as demais condições expostas no item 7.1.2, acima, processar demanda de novo julgamento da causa antes submetida aos árbitros, quando tiver ela sido cumulada ao pleito de anulação da sentença arbitral.

Note-se: não se trata de o Poder Judiciário simplesmente tomar o procedimento arbitral na parte em que é válido e realizar os atos necessários ao seu encerramento – hipótese referida em (b), acima, a qual é vedada. O Judiciário deverá, sendo regularmente provocado, conduzir um *novo processo* acerca da

demanda antes submetida aos árbitros, desenvolvendo-o em todas as suas etapas, do início ao fim, com a prolação de uma nova e válida sentença para a causa.

E nesse ponto, complementa-se e aprimora-se entendimento que sustentamos anteriormente, em artigo dedicado ao tema do controle das sentenças arbitrais nacionais. Na ocasião, afirmamos que o seguinte: “Ou seja, as partes não só não podem pactuar formas de revisão judicial do mérito das decisões arbitrais, como também não podem pretender que o Judiciário, após anular ou declarar a inexistência da sentença arbitral, profira outra em seu lugar. Ou o Judiciário devolve o [*rectius*, determina a devolução do] feito ao juízo ou tribunal arbitral (e deverá fazê-lo sempre que possível, a menos que as partes desistam da arbitragem – hipótese em que, todavia, não lhe será dado dar seguimento ao processo arbitral) ou (quando não cabível a devolução) limita-se a anular ou declarar inexistente a sentença, deixando que as partes decidam se pactuarão nova arbitragem ou se resolverão seu litígio judicialmente, em novo processo a ser devidamente instaurado pela interessada.”³³⁸

O melhor entendimento, porém, é no sentido de que, a pedido da parte interessada e desde que presentes as demais condições expostas no item 7.1.2, o Judiciário pode, sim, julgar o mérito da causa decidida pela sentença arbitral anulada. Mas, como se disse mais acima, esse julgamento deverá necessariamente ser precedido de um procedimento totalmente novo, dessa vez judicial, no qual sejam observadas todas as regras legais a ele aplicáveis.

Ora, se, anulada a sentença arbitral, a parte interessada pode submeter a causa ao Judiciário (mas nos casos em que a retomada da arbitragem for viável, desde que obtenha o consentimento de seu adversário), por que motivo não poderia ela (devidamente dotada de interesse de agir) desde logo cumular ao pedido de anulação, em caráter sucessivo eventual, a demanda de julgamento da causa? Como se expôs no item 7.1.2, não existe razão para negar essa possibilidade. Isso apenas não será possível quando for viável a devolução da causa aos árbitros e uma das partes não aceitar distratar a arbitragem.

(d) Conforme exposto nos itens 7.1.7.3 e 7.1.15.1, os árbitros *não podem ser compelidos/forçados a proferir nova sentença no lugar da anterior, anulada*. Assim, caso os árbitros se recusem a proferir nova sentença, a parte

³³⁸ WLADECK, Os meios de controle judicial da sentença arbitral nacional..., p. 275.

interessada deverá levar a causa ao Poder Judiciário, perante o qual um novo processo haverá de ser realizado do início ao fim para decidi-la – a não ser que a convenção não tenha vedado a substituição de árbitros, hipótese em que, por iniciativa do interessado, caberá substituir o(s) desertor(es).

Nessa última hipótese, ao árbitro substituto caberá deliberar no lugar do árbitro renitente, substituído. Para tanto, se for o caso, poderá determinar a repetição de atos, a fim de viabilizar o exercício de seu livre convencimento. Aplicar-se-ão as regras dos arts. 16 e 22, § 5º, da Lei n.º 9.307.

Devem ser ressalvadas da regra geral de determinação judicial de devolução da causa aos árbitros aquelas situações em que o vício que determina a nulidade sentencial *pode ser eliminado pelo próprio Poder Judiciário* sem prejuízo para as partes e sem que haja indevida ingerência judicial na esfera de competência dos árbitros. No presente trabalho, já se cogitou de situação em que isso pode acontecer. Confirmam-se os itens 2.5.3 e 7.1.8, quando neles se fala do “afastamento judicial do critério territorialista” para a identificação da nacionalidade da sentença arbitral.

Por fim, observe-se que a anulação da sentença arbitral não tem o condão de retirar a eficácia da convenção de arbitragem em relação *a outros conflitos por ela abrangidos*. Ou seja, a convenção arbitral continuará vinculando as partes em relação a outros conflitos, diversos daquele decidido pela sentença anulada. É que a anulação não atinge a convenção, que se mantém hígida entre as partes (sobre os casos em que a própria convenção de arbitragem contém vícios que a tornam inválida, vide o item 7.2.10.1.2).

7.1.15.4 – Prazo para a prolação de nova sentença, no lugar da anulada

Havendo a anulação da decisão arbitral por sentença transitada em julgado e cabendo ao Poder Judiciário (com fundamento no § 2º do art. 33) determinar a devolução da causa aos árbitros, qual será o prazo que estes deverão observar para a prolação da sua nova sentença?

CARREIRA ALVIM – tratando especificamente dos casos encampados nos incisos III, IV e V do art. 32 – expõe entendimento bastante razoável. Afirma que, como a sentença anulada pode ter sido proferida no último dia do prazo convencionado para sua apresentação ou do prazo legal de seis meses, o melhor critério é o juiz de direito, de comum acordo com as partes e os árbitros, estabelecer novo prazo (em complementação)

para esse fim. Se não houver acordo entre as partes, ou entre estas e os árbitros, decidirá o juiz segundo o seu convencimento racional³³⁹.

Portanto, nos casos mencionados no art. 33, § 2º, inciso II, tendo se esgotado o prazo legal ou convencionado ou, então, sendo o prazo remanescente insuficiente para a prolação de nova sentença, deve o juiz togado fixar um novo prazo – *buscando um consenso entre as partes e árbitros, sempre que possível*. Como os árbitros não participarão (por falta de legitimidade) do processo de anulação, as partes e/ou o juiz deverão buscar saber sua posição, a fim de que se chegue a um prazo razoável para a nova decisão.

Nos casos referidos no art. 33, § 2º, inciso I, em que couber a retomada da arbitragem por determinação judicial, o prazo a ser observado será justamente o remanescente no processo – pois, como se expôs no item 7.1.15.1, se o prazo legal ou convencionado para a arbitragem já tiver se esgotado ou o que restar for insuficiente para a prolação de nova sentença, a devolução *por determinação judicial* nem sequer será viável.

Com efeito, nos casos em que (conforme exposto no item 7.1.15.1) a retomada da arbitragem não for determinada (pela ausência das condições necessárias a tanto) pelo Poder Judiciário, *mas escolhida pelas partes*, o prazo para a prolação da nova e regular sentença arbitral será por elas estabelecido – lembrando que, como se disse no referido item, os árbitros não estarão obrigados a aceitar a retomada da arbitragem a pedido das partes.

7.1.15.5 – Impacto da anulação sobre a execução da sentença arbitral condenatória em curso

Além dos efeitos acima mencionados, há outro que merece ser destacado. Julgada procedente a ação de anulação, cairão por terra automaticamente todos os atos executivos relacionados ao defeito reconhecido pelo Poder Judiciário – *ex vi* do art. 248 do Código de Processo Civil. É o que ensinam WAMBIER e TALAMINI, que ressalvam, entretanto, uma exceção a essa regra: a situação referida no art. 694, *caput*, parte final, e § 2º – aplicável por analogia aos casos de acolhimento da ação anulatória.

Assim, independentemente de pedido da parte autora da ação de anulação, julgada procedente a sua pretensão, os atos executivos que já tenham sido praticados serão

³³⁹ CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral...*, p. 416.

automaticamente afetados – na medida da anulação. A necessidade de pedido expresso de invalidação de atos executivos apenas se porá nos casos em que a impugnação da sentença vier a ser formulada depois de já encerrada a execução. Nesse caso, a parte deverá pedir a repetição de indébito – conforme exposto no item 8.2, quando se trata de “ações autônomas de defesa do executado”.

7.1.15.6 – Rejeição da ação de anulação

Se a ação de anulação for rejeitada no mérito, não terá cabimento devolver a causa aos árbitros. A sentença arbitral será mantida e seus efeitos continuarão se produzindo – ressalvada, claro, a possibilidade de as partes disporem sobre a solução arbitral...

Havendo o trânsito em julgado da decisão judicial de improcedência, não será possível impugnar a sentença arbitral pelo mesmo fundamento já deduzido. Haverá coisa julgada a impedir a repropositura da mesma demanda anulatória. Isso significa que nem mesmo por via de oposição ao processo de execução (embargos do executado ou impugnação ao cumprimento de sentença) será possível voltar a pedir a anulação da sentença arbitral com base no fundamento já rejeitado pelo Poder Judiciário.

Lembre-se, porém, que os incisos do art. 32 da Lei n.º 9.307 trazem “categorias” de vícios. Como se expôs no item 4.1.2.1.2, cada inciso do art. 32 comporta mais de uma situação de irregularidade da sentença arbitral. Assim, se julgada improcedente ação de anulação fundada em um determinado inciso do art. 32, será teoricamente possível propor nova demanda de anulação (claro, se ainda houver prazo) com base naquele mesmo inciso. Basta que o *error in procedendo* alegado (e, portanto, a causa de pedir) seja diverso daquele já refutado pelo Judiciário no processo anterior.

7.2 – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA E INEFICÁCIA JURÍDICA DA SENTENÇA ARBITRAL

Nos itens 4.4.2 e 4.4.3, expôs-se que determinadas matérias do art. 32 da Lei n.º 9.307/1996 não são causas de “mera” nulidade da sentença arbitral, mas de sua inexistência e ineficácia jurídica. São vícios mais graves, incapazes de convalescer pelo

decorrer do prazo do art. 33, § 1º, e que podem ser reconhecidos pelo Judiciário até mesmo de ofício e incidentalmente em processo judicial em que a sentença arbitral seja invocada.

A ação anulatória não é adequada ou necessária para o reconhecimento da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral. A sentença inexistente não pode ser anulada, pois o que não existe não pode ser válido nem inválido. Pedir a anulação da sentença inexistente é, portanto, tecnicamente inadequado. Por outro lado, terceiros que deveriam ter participado da arbitragem e que tenham sido juridicamente prejudicados pela sentença arbitral a ela não ficam vinculados, razão pela qual não precisarão (em regra, conforme mencionado no item 7.1.7.1.2) ajuizar ação judicial para desconstituí-la. Ou seja, pedir a anulação da sentença arbitral juridicamente ineficaz não é útil/necessário.

A ação declaratória é a via adequada para o reconhecimento da inexistência e da ineficácia jurídica da sentença. Pela ação declaratória, pede-se a declaração do vício e o reconhecimento da absoluta ineficácia da sentença (sentença inexistente) ou a ilegitimidade dos efeitos que ela gera em face do sujeito indevidamente preterido do contraditório realizado na arbitragem (sentença juridicamente ineficaz).

Como não se destina a modificar uma situação jurídica nem a obter uma prestação de direito material do sujeito demandado, mas apenas a declarar uma realidade que se verifica no mundo fático-jurídico, a ação declaratória é imprescritível. Isso significa que o seu ajuizamento pode ser realizado a qualquer tempo para o fim de obter o reconhecimento da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral³⁴⁰.

Nos itens 7.1.1 e 7.1.5, demonstrou-se, porém, que, embora inadequada, a alegação de vício que gere a inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral sob a roupagem de ação anulatória não deve ser inadmitida. Ou melhor, não cabe ao Judiciário indeferir a inicial, sob o fundamento de falta de interesse de agir. Deve-se ter em conta que o legislador, no art. 32 da Lei n.º 9.307, equivocadamente qualificou como sendo de “nulidade” todos os casos nele referidos. Ademais, no art. 33, a Lei previu que o meio pelo qual a sentença arbitral pode ser impugnada seria a “demanda de decretação de nulidade”. Ou seja, a própria Lei de Arbitragem abre margem a que equívocos sejam cometidos na

³⁴⁰ Como bem assinala ARMELIN: “...o prazo decadencial previsto em lei reporta-se apenas à ação de decretação de nulidade, não à ação declaratória [de inexistência ou ineficácia da sentença], que não é inibida pela exaustão desse mesmo prazo” (ARMELIN, Notas sobre ação rescisória..., p. 15). A mesma conclusão é exposta pelos seguintes autores, entre outros: JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 324 e seguintes; SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 216-217; VICENTE, op. cit., p. 222. Observe-se, porém, que não existe total correspondência entre os critérios de classificação adotados no presente trabalho em relação aos vícios do art. 32 e aqueles empregados nos textos acima referidos.

escolha do meio adequado para a impugnação da sentença arbitral. Portanto, não cabendo falar em “erro grosseiro” na escolha do meio empregado, deve-se simplesmente, em atenção aos princípios da instrumentalidade das formas, segurança jurídica, razoabilidade e economia processual, tomar a ação “anulatória” por declaratória e dar-lhe normal prosseguimento. O procedimento a ser seguido, inclusive, não se alterará por conta da correção havida.

7.2.1 – Possibilidade de cumular pedido de julgamento da causa submetida aos árbitros ao pedido de declaração de inexistência ou ineficácia jurídica

No item 4.4.2.3, demonstrou-se que, nos casos de inexistência em que não for viável retomar o processo arbitral por determinação judicial na forma do § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996, será perfeitamente possível ao sujeito interessado simplesmente repetir a demanda anterior (decidida pelo arremedo de sentença arbitral) diretamente perante o Judiciário ou, havendo *novo pacto de arbitragem*, perante árbitros.

Já no item 4.4.3.6, demonstrou-se que o contendente preterido do processo arbitral anterior e validamente³⁴¹ instaurado, não estando vinculado ao que nele se tenha decidido, poderá, *com base na mesma convenção já firmada*, iniciar diretamente nova arbitragem, a fim de obter tutela em sentido diverso ao da sentença contra si proferida – se a convenção consistir em cláusula vazia e houver resistência ao início de nova arbitragem, poderá inclusive ajuizar a ação do art. 7º da Lei n.º 9.307.

Iniciado novo processo (arbitral ou judicial, conforme o caso) sobre a mesma causa decidida pela sentença inexistente ou juridicamente ineficaz, o vício poderá ser nele reconhecido incidentalmente. Existe a possibilidade de a parte contrária alegar o pretense óbice da “coisa julgada arbitral” com o objetivo de impedir o prosseguimento do processo. Ao(s) julgador(es) caberá, então, decidir *incidenter tantum* a questão, afastando a “preliminar” – com o que, a não ser que ausente algum outro requisito de admissibilidade do julgamento de mérito, o pedido formulado na demanda poderá ser apreciado.

Em determinadas situações, porém, haverá a necessidade e utilidade do ajuizamento de ação específica destinada a obter a declaração da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral. A sentença (ou pretensa sentença) arbitral pode dar causa a

³⁴¹ “Validamente instaurado”, pois do contrário o caso será de inexistência da sentença, não de ineficácia jurídica (vide o item 4.4.3).

situações concretas de incerteza jurídica, gerando prejuízos jurídicos a determinados sujeitos – os quais, tendo legitimidade processual, poderão ajuizar a ação declaratória.

Ao pedido de declaração de inexistência ou ineficácia jurídica será possível, eventualmente, cumular pedido de julgamento do mesmo objeto da (pretensa) arbitragem anteriormente realizada, a fim de obter tutela em sentido contrário ou diverso ao da sentença arbitral viciada. Nas situações em que seja possível inclusive o ajuizamento direto de ação versando sobre a mesma causa antes submetida aos “árbitros”, não há, logicamente, o que impeça a sua formulação em cumulação com a demanda declaratória de inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral.

A Lei não veda essa solução, conforme se expôs no item 7.1.2.6. A cumulação também não implica controle judicial do mérito da arbitragem, como se disse no item 7.1.2.7. Basta que estejam presentes os requisitos do art. 292 do Código de Processo Civil para que a cumulação seja admitida. A cumulação será *sucessiva eventual*, figurando como pedido principal o de declaração da irregularidade da sentença arbitral. Ou seja, o julgamento do pedido de tutela sobre o mesmo conflito antes submetido aos “árbitros” dependerá do prévio acolhimento do pedido de declaração do vício da sentença arbitral. Afinal, caso se entenda que a sentença arbitral não apresenta a irregularidade alegada, ao autor da ação judicial não será dado obter nova decisão sobre a causa julgada na arbitragem – vinculado que estará ao seu resultado.

Note-se que é possível que o pretense defeito sentencial alegado não seja reconhecido, mas se identifique outro vício que torne a sentença arbitral inexistente ou juridicamente ineficaz. Nesse caso, como não se terá pedido a declaração da inexistência ou ineficácia jurídica com base nesse outro vício, o Judiciário não poderá pronunciá-lo *principaliter*. Mas, uma vez que o vício será cognoscível até mesmo de ofício, o Judiciário poderá declará-lo incidentalmente para o fim de admitir o prosseguimento do processo quanto ao pedido de julgamento da causa antes submetida aos árbitros (ou pretensos árbitros).

A rigor, mesmo nos casos em que a retomada da arbitragem (por determinação judicial, na forma do § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996) for em tese possível e naqueles em que couber a instauração de nova arbitragem, com base na mesma convenção já firmada, a cumulação em referência poderá ser aceita. Nada impede (a) que a parte demandada no Judiciário concorde em desistir da arbitragem ainda em aberto, aceitando a cumulação realizada; e (b) o sujeito preterido da arbitragem anterior opte por

submeter o mérito da causa ao Poder Judiciário, renunciando (com o consentimento, tácito ou expresso, de seu adversário) aos efeitos da convenção arbitral.

Por isso, considerando-se o caráter facultativo da arbitragem, razoável entender que, *sempre que se deparar com situação de cumulação entre demanda anulatória ou declaratória (conforme o caso) e demanda de novo julgamento da causa e verificar que em tese cabe a devolução do feito aos árbitros ou que se mantêm os efeitos da convenção, o Judiciário deve ouvir previamente a parte demandada a respeito da cumulação. Sua postura será determinante para definir o futuro do pedido sucessivo.*

Seria inadequado ao Judiciário simplesmente rejeitar liminarmente a demanda cumulada. Essa solução poderia eventualmente contrariar o interesse comum das partes: não querendo mais a arbitragem mas, a despeito disso, não recebendo uma nova decisão para a causa que as envolve no bojo do processo já instaurado perante o Judiciário, as partes ficariam em situação de conflito por mais tempo desnecessariamente.

Por fim, cumpre destacar que, aceita a cumulação, é fundamental que no processo judicial haja a realização de novo e pleno contraditório entre as partes a respeito da causa julgada pela sentença arbitral inexistente ou juridicamente ineficaz. O Judiciário não poderá pretender se aproveitar de atos do procedimento arbitral, nem mesmo na parte em que este tiver sido validamente realizado. Tal solução não se amoldaria aos parâmetros de um devido processo legal e contrariaria o princípio da legalidade (item 7.1.2.4).

7.2.2 – Limites objetivos da ação declaratória

A inicial da ação declaratória definirá os limites objetivos da demanda. O(s) pedido(s) poderão se fundar em uma ou mais causas de pedir. A sentença poderá, por exemplo, ser inexistente em virtude da nulidade absoluta da convenção de arbitragem e, além disso, por ter sido proferida por um sujeito menor de idade (alguém que não poderia ter sido árbitro, portanto). Também é possível imaginar situação em que o autor da ação peça a declaração da inexistência da sentença (v.g., nulidade da convenção) de forma cumulada com pedido de declaração de sua ineficácia jurídica diante de si, alegando não ter sido integrado ao processo arbitral que pactuou.

Aliás, nada impede que sejam cumulados, em caráter alternativo eventual, pedido de declaração de inexistência ou ineficácia jurídica e pedido de anulação da

sentença. A parte pode, por exemplo, alegar a inexistência da sentença arbitral por ter sido ela proferida por quem não poderia ter sido árbitro e, por eventualidade, para que, caso se rejeite o pedido declaratório, reconheça-se a nulidade da sentença por falta de motivação. Evidentemente que, em hipótese como essa, cada demanda se sujeitará a seus pressupostos próprios (por exemplo, a demanda anulatória somente poderá ser admitida se tiver sido respeitado o prazo do art. 33, § 1º, Lei n.º 9.307).

O juiz da causa não poderá ir além dos limites objetivos definidos pelo autor da ação. Não poderá, por exemplo, declarar a inexistência jurídica da sentença por conta da nulidade da convenção quando o autor se limitar a pedir a declaração de sua ineficácia jurídica. Também não poderá declarar a inexistência da sentença com fundamento diverso do deduzido pelo demandante. Essas conclusões não conflitam com a assertiva (formulada nos itens 4.4.2.3 e 4.4.3.6) de que os vícios de inexistência e ineficácia jurídica podem ser conhecidos de ofício pelo Judiciário. Essa possibilidade, de fato, existe. O que o Judiciário não está autorizado a fazer é declarar a inexistência ou ineficácia *em caráter principal* de ofício, *i.e.*, sem que tenha havido o competente pedido da parte interessada. Isso implicaria ofensa ao princípio da adstrição e da inércia da jurisdição³⁴².

Nessa mesma linha, o Judiciário não poderá anular ou declarar a nulidade da convenção arbitral (conforme o caso) se na demanda proposta o pedido formulado for estritamente para que se declare a inexistência da sentença arbitral em razão da invalidade da convenção. A compreensão disso é fundamental, especialmente nos casos em que a convenção consistir em cláusula arbitral. Com efeito:

(a) Uma vez que a questão da invalidade da cláusula será decidida apenas incidentalmente no processo, não haverá a formação de coisa julgada a seu respeito. Por conseguinte, a cláusula continuará vinculando as partes em relação *a novos conflitos*, diversos daquele decidido pela sentença declarada inexistente. Ou seja, a decisão tomada em caráter incidental sobre a validade da cláusula não terá o condão, por si só, de desvincular as partes do pacto arbitral (sobre o destino do conflito julgado pela sentença inexistente, vide o item 7.2.10, abaixo).

³⁴² Quando reconhece e declara os vícios de ofício *incidentalmente* em processo em que a sentença arbitral inexistente ou juridicamente ineficaz seja invocada, o Poder Judiciário não decide fora ou além do que lhe foi pedido. Na verdade, decide exatamente sobre o que lhe foi pedido, conhecendo, para tanto, de pontos e questões que independem de arguição das partes para serem apreciadas.

(b) Mas nada impede que, cumulado ao pedido de declaração de inexistência da sentença arbitral, formule-se pedido de anulação ou declaração de nulidade da cláusula arbitral. É, ainda, possível o ajuizamento de ação declaratória incidental ao processo instaurado com a finalidade de obter uma decisão definitiva para a questão. Nesses casos, a coisa julgada que se formar a respeito da validade da cláusula deverá ser observada em causas futuras.

(b.1) Negada pelo Poder Judiciário a existência do defeito alegado, não poderá ele ser arguido com a pretensão de impugnar outras sentenças, oriundas da mesma ou de outras arbitragens. Não se pode descartar, porém, a possibilidade de a cláusula apresentar outros defeitos, diversos daquele rejeitado pelo Judiciário – os quais poderão ensejar inclusive a impugnação da mesma sentença contra a qual a demanda anterior havia sido proposta.

(b.2) Reconhecida a existência do defeito, novas arbitragens fundadas na mesma cláusula serão, em princípio, inviáveis. Mas existe a possibilidade de as partes “restaurarem” ou “validarem” a cláusula, eliminando o defeito que a inquinava (claro, quando o defeito for convalidável ou suprável). Por exemplo, a arbitragem que se fundar na mesma cláusula anulada por motivo de “erro”, se iniciada por quem havia antes alegado o vício e realizada sem a resistência da parte contrária, poderá ser formalmente perfeita.

(b.3) Arbitragens fundadas na mesma cláusula *sub judice* que eventualmente estejam em curso deverão, por cautela, ser suspensas pelos árbitros, até que o Judiciário decida sobre a questão. A preferência para decidir a questão será do Judiciário, já que se estará no momento e sede que a própria Lei n.º 9.307 definiu como adequados para o controle judicial da arbitragem. Se a arbitragem prosseguir, a sentença que dela advier poderá ser igualmente inexistente – se ao final do processo judicial decidir-se pela invalidade da cláusula.

(b.4) Note-se, entretanto, que, se posteriormente ao ajuizamento da ação houver, por iniciativa do autor, a instauração de novas arbitragens com fundamento na mesma cláusula, ao Judiciário caberá, em princípio, declarar a perda do interesse de agir especificamente para a demanda voltada ao reconhecimento da invalidade da cláusula – desde que o defeito alegado seja convalidável ou passível de suprimimento. A convalidação ou suprimimento do defeito da cláusula não retroagirá, porém, para afastar os defeitos de sentenças arbitrais anteriores.

(b.5) Se o próprio autor da ação judicial tiver iniciado (com fundamento na mesma cláusula cuja invalidade pretende ver reconhecida) arbitragens anteriores àquela em que proferida a sentença impugnada, suas demandas estarão fadadas ao insucesso – tanto a de declaração de inexistência da sentença quanto a de reconhecimento da pretensa invalidade da cláusula. É que sua postura anterior terá convalidado ou suprido possíveis defeitos que pudesse haver na cláusula. Assim não será apenas se o defeito da cláusula for insanável ou não passível de suprimimento – caso em que todas as arbitragens nela fundadas terão sido irregulares.

7.2.3 – Legitimidade e interesse de agir

Possuem legitimidade para ajuizar a ação de declaração *de inexistência* da sentença arbitral tanto a parte vencedora quanto a parte vencida na arbitragem.

(a) O arremedo de sentença arbitral pode gerar estado de incerteza para a *parte vencida*. Eventualmente, a aparência de sentença implicará a prática de atos que atingirão a parte vencida em sua esfera de direitos, prejudicando-a. Para evitar prejuízos advindos do arremedo de sentença, a parte vencida poderá se valer da ação declaratória.

Imagine-se, por exemplo, que a “sentença arbitral” tenha sido proferida em processo *fundado em convenção nula* e do qual apenas um dos signatários tenha participado. Imagine-se, ainda, que a pretensa sentença é favorável ao signatário não integrado ao processo. A parte vencida, nesse caso, poderá ajuizar ação declaratória de inexistência da sentença (alegando a nulidade da convenção) a fim de evitar que seu adversário pretenda se valer da solução nela veiculada.

(b) Por outro lado, a sentença inexistente de nada serve para a *parte vencedora*. Por isso, havendo incerteza (dúvida objetiva) sobre a existência ou não da sentença, a parte vencedora poderá ajuizar ação declaratória. Eventualmente, seu interesse na declaração da inexistência estará no reconhecimento de que não existe “coisa julgada arbitral” nem litispendência a impedir o ajuizamento de uma ação judicial sobre a mesma causa que foi decidida pelo arremedo de sentença arbitral.

Conforme exposto no item 7.2.1, será possível, em alguns casos, cumular ao pedido de declaração de inexistência pedido de julgamento da causa decidida pela sentença inexistente. Será possível, outrossim, ajuizar ação apenas para formular esse segundo pedido, deixando-se para discutir a inexistência incidentalmente. Essas duas soluções serão, aliás, mais plausíveis – considerando-se que, na hipótese, o autor da ação quer uma nova e regular decisão favorável para a causa julgada na pretensa “arbitragem”. Seja como for, não se verifica, em tese, impedimento a que a demanda declaratória de inexistência da sentença arbitral seja proposta isoladamente, ou seja, sem a ela se cumular pedido de novo julgamento da causa pelo Judiciário.

Além disso, parece claro que a parte vencedora pode ter interesse, também, no ajuizamento de ação declaratória *da existência* da sentença arbitral, em caso de incerteza a seu respeito que lhe esteja gerando prejuízos. Nesse caso, porém, terá o autor da ação de demonstrar a ausência de todas as possíveis causas de inexistência da sentença arbitral. Ou seja, a causa de pedir será abrangente “...de todos os fatos que possam conduzir à constatação de inexistência.”³⁴³

(c) Terceiros juridicamente interessados, evidentemente, também poderão se valer da ação declaratória de inexistência. Na medida em que o arremedo de sentença arbitral lhe gere prejuízos jurídicos diretos, o terceiro (além de poder alegar a ineficácia jurídica da sentença arbitral) poderá pedir a declaração de sua inexistência.

Sobre a possibilidade de cumular pedido de declaração de inexistência a pedido de declaração de ineficácia jurídica da sentença, vide o item 7.2.2, acima.

A declaração da *ineficácia jurídica* da sentença poderá ser, da mesma forma, requerida tanto pelo terceiro contra o qual a decisão foi proferida como pela parte por ela beneficiada.

(i) O terceiro indevidamente não integrado ao processo regularmente instaurado, sendo juridicamente prejudicado pela sentença arbitral, poderá, devidamente legitimado, ajuizar ação com o objetivo de obter a declaração da ineficácia jurídica da sentença diante de si. Ou seja, conforme foi exposto no item 4.4.3, poderá ajuizar ação para obter o reconhecimento de que, não tendo sido parte

³⁴³ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 75.

da arbitragem, não se encontra vinculado ao seu resultado – não podendo, portanto, ser obrigado a observá-lo por quem pretenda impor-lho.

(ii) Para a parte vencedora, o resultado do processo, diante do terceiro indevidamente preterido da arbitragem, será absolutamente inútil. A parte vencedora simplesmente não poderá exigir qualquer conduta do terceiro ou de quem quer que seja para, em face dele, realizar praticamente a pretensa tutela obtida dos árbitros. Por isso mesmo, a parte vencedora poderá, em determinados casos, valer-se de ação declaratória para obter o reconhecimento de que a sentença arbitral é juridicamente ineficaz. A parte vencedora poderá precisar de tutela nesses termos, por exemplo, para assegurar o seu direito de iniciar novo processo sobre a mesma causa decidida pela sentença juridicamente ineficaz.

A parte vencedora poderá, também, ter interesse no ajuizamento de ação declaratória da eficácia jurídica da sentença arbitral perante um determinado sujeito, caso surja situação de dúvida objetiva a seu respeito que lhe esteja a impedir de exercer direitos. Nesse caso, será necessário demonstrar que o sujeito ao qual se pretende impor a sentença participou do processo ou foi chamado para dele participar, tendo, porém, recusado-se indevidamente a integrá-lo *etc.*

O terceiro juridicamente prejudicado, ao qual será dado pedir a declaração da ineficácia jurídica ou da inexistência da sentença arbitral poderá ser: um litisconsorte não integrado ao processo (vide o item 4.4.3.4); o litisconsorte que tiver participado do processo, quando a este não tiver sido integrado outro litisconsorte – em caso de litisconsórcio *unitário* (ainda o item 4.4.3.4); o sucessor que tiver permanecido alheio ao processo arbitral, sem que (especificamente no caso de sucessão *inter vivos*, no curso da arbitragem) lhe tenha sido dada a oportunidade de assistir o sucedido (vide o item 7.1.7.1.3)³⁴⁴.

A noção de parte da arbitragem, a quem será dado (na medida de seu interesse jurídico) ajuizar ação declaratória de inexistência ou ineficácia jurídica, conforme o caso, inclui: os terceiros que tenham intervindo no processo, exceto os assistentes simples (vide o item 7.1.7.1.4); o sucessor da parte, que tenha integrado o processo no seu

³⁴⁴ Lembrando que: (a) o sucessor que sucede a parte depois de finalizada a arbitragem assume todas as suas posições jurídicas em relação ao bem sobre o qual houve a sucessão, inclusive a “coisa julgada arbitral”; e que (b) sucessor (no caso de sucessão *inter vivos*) que, não integrando o processo no lugar da parte sucedida, *opta livremente* por não assisti-la, fica vinculado ao resultado da arbitragem.

lugar (item 7.1.7.1.3); e o sucessor que tenha participado ou ao menos tido oportunidade de participar do processo como assistente litisconsorcial do sucedido (ainda o item 7.1.7.1.3).

O Ministério Público também poderá ter legitimidade e interesse para o ajuizamento de ação declaratória.

Como foi mencionado no item 7.1.7.1.5, sempre que a sentença arbitral decidir sobre causa que (pela indisponibilidade do direito envolvido) deveria ter sido processada perante o Poder Judiciário com a participação do Ministério Público, este terá legitimidade para ajuizar ação declaratória de inexistência. Assim, por exemplo, o Ministério Público tem legitimidade para impugnar (pedir a declaração da inexistência jurídica da) sentença proferida em arbitragem fundada em convenção assinada por menor de idade.

O Ministério Público poderá também impugnar a sentença arbitral (ajuizando a competente ação declaratória) quando for ela inexistente em razão de conluio fraudulento realizado entre as partes. Conforme se expôs na nota 288, não se pode descartar a possibilidade de o conluio fraudulento afetar a convenção, tornando-a nula e, por conseguinte, inexistente a sentença arbitral.

Rigorosamente, o interesse processual do Ministério Público, em caso de inexistência jurídica da sentença arbitral, verificar-se-á mesmo que se tenha reconhecido na arbitragem o direito que caiba ao *Parquet* zelar. Isso porque, sendo juridicamente inexistente, a sentença não poderá ser eficazmente oposta contra a parte vencida.

A legitimidade passiva será dos sujeitos que puderem restar diretamente atingidos pelo julgamento da demanda declaratória. Assim, por exemplo: em caso de ação declaratória de inexistência ajuizada por uma das partes da arbitragem, a legitimidade passiva será da parte contrária; se a ação declaratória de inexistência for ajuizada por um terceiro juridicamente prejudicado, a legitimidade passiva será das partes da arbitragem, inclusive a vencida – que não precisará, porém, resistir à pretensão; assim também será se a ação declaratória de ineficácia jurídica for ajuizada pelo terceiro juridicamente prejudicado; já se a ação declaratória de ineficácia jurídica for ajuizada pela parte vencedora, a legitimidade passiva será do terceiro juridicamente prejudicado; e assim por diante. Os árbitros ou a instituição arbitral não possuem legitimidade passiva, aplicando-se aqui, *mutatis mutandis*, as mesmas considerações expostas no item 7.1.7.3, acima.

7.2.4 – Momento do ajuizamento da ação declaratória

Como se indicou anteriormente, a ação declaratória é imprescritível, ou seja, não se sujeita a prazo algum. Por isso, logicamente, não se aplicam aqui as mesmas considerações feitas no item 7.1.6.3, acima, sobre a existência de prazos autônomos para os possíveis interessados-legitimados na impugnação da sentença arbitral.

Proferida a sentença arbitral, é possível desde logo ajuizar a ação declaratória. Isso significa que:

(a) A anterior oposição de “embargos de declaração” ou interposição de recurso interno que tenha sido convencionado *não* consiste em condição para o ajuizamento da ação. É o que se pode extrair do art. 33, § 1º, da Lei n.º 9.307/1996. Embora mencione apenas a “demanda de decretação de nulidade”, a regra não deixa dúvidas de que a impugnação judicial da sentença (para a alegação de *qualquer das matérias do art. 32*) independe de anterior formulação de medidas internas que sejam eventualmente cabíveis no processo arbitral.

(b) A ação declaratória pode ser ajuizada mesmo quando ainda houver prazo para formular medidas internas contra a sentença arbitral. Da regra do art. 33, § 1º, pode-se extrair que a competência “exclusiva” dos árbitros para decidir sobre os aspectos processuais da arbitragem termina com a prolação da sentença e intimação das partes. Nesse momento, as partes já estão autorizadas a ir ao Judiciário para alegar as matérias do art. 32 da Lei n.º 9.307.

Não se pode ver nenhum tipo de violação aos deveres de lealdade e boa-fé na conduta da parte que opta por abrir mão dos mecanismos internos ao processo arbitral, partindo desde logo ao Poder Judiciário³⁴⁵. Isso porque a Lei lhe confere essa possibilidade. E, de mais a mais, ao fazer essa opção, a parte não obtém “benefícios” ou “vantagens” que não obteria caso tivesse escolhido interpor previamente alguma medida interna. A rigor, a escolha de ir direito ao Judiciário só pode vir em seu prejuízo direto... Afinal, o suprimento do vício (para o qual a

³⁴⁵ Em sentido contrário, mas tratando especificamente de “ação de anulação” (*rectius*, ação declaratória de inexistência) fundada no inciso V do art. 32, YARSHELL. Para o autor, “...permitir que uma das partes, embora ainda com a possibilidade de obter do órgão arbitral resposta quanto ao litígio que lhe foi submetido, deixe deliberadamente de assim proceder, e consentir que ela vá diretamente ao Judiciário, não atenta apenas contra a lealdade e boa-fé, mas contra a regra que estabeleceu a vinculação das partes à arbitragem” (YARSHELL, Caráter subsidiário..., p. 18).

apresentação da medida interna seria útil) é de seu interesse. Bem por isso, aliás, dificilmente a parte interessa optará por ir diretamente ao Poder Judiciário, sem antes tentar obter a sua eliminação mediante o emprego das medidas cabíveis internamente ao processo arbitral – o que lhe seria muito mais rápido e econômico.

Assim, por exemplo, diante de uma sentença arbitral *citra petita*, a parte interessada não precisa antes opor “embargos de declaração” – para somente em seguida, na hipótese de manutenção da omissão, ficar autorizada a ajuizar a ação declaratória de inexistência. Também não precisa ela esperar acabar o prazo para a oposição dos “embargos” a fim de ajuizar a ação. Tem ela o direito de escolher o que fazer, sem que possa ser sancionada ou punida pela escolha que – amparada na Lei de Arbitragem – fizer.

Observe-se, ademais, que existem situações em que nem sequer será possível obter a correção do vício da sentença no âmbito do processo arbitral, antes de o interessado ir ao Judiciário. Se a inexistência da sentença for resultado da nulidade absoluta da convenção de arbitragem, *v.g.*, não haverá o que os árbitros possam fazer para corrigir a irregularidade. Na verdade, o “processo arbitral” realizado será todo inexistente. Nem sequer haverá legítimos “árbitros”, com poderes para decidir a causa. Em casos como esse, “embargar” ou recorrer previamente seria prolongar o arremedo de arbitragem até então realizado, sem a perspectiva de obtenção de um resultado final útil e eficaz.

Depois, a exemplo do que se passa no caso da ação de anulação, a ação declaratória pode ser ajuizada mesmo quando já formulada, na arbitragem, alguma medida contra a sentença. Nada impede, aliás, que a mesma parte que formulou a medida interna venha, antes de seu julgamento pelos árbitros, a ajuizar a ação declaratória. Mas, nesses casos, o processo judicial deverá ser suspenso até que a medida interna seja julgada, por força de “prejudicial externa” (art. 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil). A suspensão do processo judicial apenas não terá cabimento se o seu resultado não puder restar afetado pela decisão da medida interna.

(i) Nos “embargos de declaração arbitrais”, *v.g.*, uma das partes pode requerer o julgamento de um determinado pedido omitido na sentença e, por outro lado, perante o Poder Judiciário, a outra parte vir a demandar a declaração de inexistência de sentença arbitral em relação a outro pedido formulado na arbitragem. Não haverá relação de prejudicialidade externa nesse caso.

(ii) Imagine-se que a “arbitragem” versou e nela se decidiu sobre direitos indisponíveis. Seja qual for o objeto da medida interna formulada contra a

falsa sentença, não haverá mais como eliminar o vício da “arbitragem” – que será integralmente inexistente. Logo, também nesse caso, ajuizada a ação declaratória de inexistência, o seu processamento *não* deverá ser suspenso por conta da medida interna.

(iii) Diversas outras situações semelhantes a essas podem ser imaginadas. O fundamental aqui é compreender que a relação de prejudicialidade entre o resultado da medida interna e a ação declaratória não é necessária, cabendo ao Poder Judiciário, caso a caso, verificar a sua existência – e, por conseguinte, o cabimento ou não da suspensão do processo judicial.

Havendo anterior medida interna ao processo arbitral contra a sentença, mesmo que a parte que a formulou não alegue na ocasião (embora tivesse condições de alegar) suão vício de inexistência ou ineficácia jurídica, não haverá preclusão a impedir o posterior ajuizamento da ação declaratória. A simples falta de alegação da causa geradora da inexistência ou da ineficácia jurídica da sentença por meio de “embargos de declaração arbitrais” ou recurso interno não é capaz de suprir ou eliminar o vício³⁴⁶.

(a) No capítulo 5, demonstrou-se que existem possíveis causas de inexistência da sentença arbitral que, se não oportunamente alegadas no curso do processo arbitral, ficam superadas.

Por exemplo: se a nomeação do árbitro é invalidamente realizada, faltar-lhe-ão poderes para decidir. Logo, a sentença que o pretense árbitro vier a proferir será inexistente juridicamente. Mas nada impede, em determinadas situações, que as partes aceitem (inclusive tacitamente) a nomeação tal como foi ela realizada – com o que o vício ficará superado e, assim, não afetará a futura sentença.

(b) Não se consegue imaginar, entretanto, situação plausível em que o vício processual capaz de gerar a inexistência ou ineficácia jurídica da sentença, já não tendo ficado superado no curso do processo arbitral, possa assim resultar pela pura e simples falta de sua alegação em medida interna formulada *depois de*

³⁴⁶ Esse entendimento, porém, não é unânime na doutrina. Como já se expôs nas notas 49 e 345, YARSHELL reputa que não é possível impugnar a sentença arbitral (especificamente) com fundamento no inciso V do art. 32 se a parte não tiver antes formulado “embargos de declaração” ou recurso interno eventualmente convencionado na arbitragem. A seu ver, na falta de oportuna apresentação da medida interna cabível na arbitragem, a parte perde o direito de alegar a “nulidade” (na verdade, inexistência) da sentença arbitral perante o Judiciário.

ocorrida a prolação. Nesse momento, as causas de inexistência ou ineficácia jurídica da sentença que se verificarem (ou ainda se verificarem) serão insupríveis pelo mero silêncio dos sujeitos interessados no seu reconhecimento³⁴⁷.

Basta pensar em alguns exemplos: sentença *infra petita*, sentença *extra petita*; sentença *ultra petita* (juridicamente inexistente na parte que vai além do pedido); sentença proferida por quem não tem capacidade jurídica para ser árbitro; sentença sem dispositivo; sentença oriunda de processo fundado em convenção nula; sentença proferida contra terceiro em relação ao processo arbitral. Em nenhum desses casos o mero silêncio da parte que formula a medida interna contra a sentença arbitral pode implicar “preclusão”.

Aceito esse entendimento, torna-se inevitável, por sinal, a aceitação da conclusão de que a parte pode ir diretamente ao Judiciário, antes mesmo de encerrados os prazos para formular medidas internas na arbitragem, para pedir a declaração da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença. Extinguir o processo judicial de plano sob o fundamento de que ainda existe prazo em curso na arbitragem para formular medidas internas e, por outro lado, admitir que a ação declaratória venha a ser novamente ajuizada após o encerramento dos prazos internos da arbitragem (reconhecendo-se a impossibilidade de tal encerramento gerar o suprimento do vício sentencial) são medidas nitidamente conflitantes, absolutamente inconciliáveis.

Por fim, merece destaque a possibilidade de ajuizamento da ação declaratória depois de o vício de inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral ter sido alegado incidentalmente em outro processo no qual a questão tenha relevância.

Não haverá litispendência ou coisa julgada a impedir o ajuizamento da ação declaratória pelo autor da alegação incidental. Isso porque a decisão tomada ou que vier a ser tomada *incidenter tantum* no processo em curso não será capaz de fazer coisa julgada.

Inclusive, o reconhecimento da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença em caráter incidental, em outro processo, não retirará necessariamente o interesse no ajuizamento ou prosseguimento da ação declaratória. O estado de

³⁴⁷ Eventuais vícios na nomeação, por exemplo, provavelmente já estarão todos preclusos no momento da prolação da sentença; ou, então, terão sido alegados pela parte interessada no início do processo, com o que já se terá evitado a preclusão; ou, ainda, simplesmente não estarão sujeitos a preclusão, de modo que a falta de sua alegação na arbitragem (v.g., recurso interno convencionado) não impedirá sua invocação em posterior ação declaratória.

incerteza gerado pela sentença viciada poderá persistir, justificando a pretensão declaratória.

7.2.5 – Procedimento da ação declaratória

O procedimento da ação declaratória será comum ordinário ou sumário. Essa conclusão é extraída do art. 33, § 1º, da Lei n.º 9.307 – dispositivo que teve a pretensão de estabelecer instrumento processual adequado para a alegação de todas as matérias do art. 32.

Como se indicou no item 4.4, nem todos os vícios elencados no art. 32 implicam a verdadeira e própria nulidade da sentença arbitral. Alguns deles geram a sua inexistência ou ineficácia jurídica. Por isso, deve-se entender que o art. 33 contempla não apenas a ação de anulação como meio de impugnação da sentença arbitral, mas também a ação declaratória. A ação declaratória – e não a ação de anulação – é que é o meio adequado para a obtenção do reconhecimento da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral.

Bem compreendido isso, faz-se necessário realizar uma interpretação do art. 33 adequada ao regime jurídico das ações declaratórias. Como são elas imprescritíveis, não se lhes aplica a parte final do § 1º do art. 33 – na qual se fixa prazo de noventa dias para ajuizamento. Por outro lado, não se verifica incompatibilidade entre a parte inicial daquele dispositivo – na qual se prevê o procedimento comum para as demandas destinadas a alegar as matérias do art. 32 – e o regime das ações declaratórias.

A conclusão de que o procedimento a ser seguido no caso das ações declaratórias de inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral será o comum (ordinário ou sumário) pode ser igualmente extraída das regras gerais do Código de Processo Civil. O art. 271 do Código é expresso no sentido de que se aplica a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do próprio Código ou de lei especial. Ora, em nenhum momento o Código ou qualquer outra lei prevê que o procedimento da ação declaratória será diverso do comum.

O procedimento (comum) da ação declaratória poderá ser ordinário ou sumário, de acordo com os arts. 272, 274, 275 e seguintes do Código. Aplicam-se nesse ponto as mesmas considerações que foram feitas no item 7.1.9 – ao qual se faz remissão por motivo de economia.

7.2.6 – Medidas urgentes na ação declaratória

Como se sabe, a sentença arbitral inexistente é ineficaz desde o momento em que proferida, não fazendo “coisa julgada”. Já a sentença proferida contra sujeito que não integrou a arbitragem não tem o condão de vinculá-lo, sendo-lhe juridicamente ineficaz – no sentido exposto no item 4.4.3. Portanto, independentemente do ajuizamento de ação declaratória, a sentença arbitral inexistente e a juridicamente ineficaz não podem ser opostas a quem quer que seja (não fazem “coisa julgada”).

A sentença viciada pode, porém, gerar estado de incerteza que torne necessário o ajuizamento de ação declaratória. Mais ainda: desse estado de incerteza pode resultar dano ou perigo de dano que, para ser afastado ou evitado, exija a concessão de medida judicial urgente, antecipatória ou conservativa. Imagine-se, *v.g.*, que com base na sentença juridicamente inexistente se pretenda iniciar processo de execução contra a parte vencida na arbitragem; ou, então, que com fundamento na sentença arbitral a parte vencedora ameace realizar protesto em face de terceiro contra o qual foi ela proferida. Em situações como essas, será dado ao sujeito prejudicado ou ameaçado pedir a concessão de medida urgente ao Judiciário – e isso será possível no âmbito da própria ação declaratória, evidentemente (arts. 273 e 798 do Código de Processo Civil).

Além disso, lembre-se que, como se expôs no item 7.2.1, a demanda declaratória pode, em alguns casos, ser proposta de forma cumulada com demanda de julgamento (pelo Judiciário) da mesma causa decidida pela sentença arbitral impugnada. Nos casos em que a cumulação for viável, o pedido de medida urgente poderá tanto se destinar a afastar ou evitar repercussões jurídicas da sentença arbitral viciada, como a antecipar efeitos ou conservar situações pertinentes ao mérito da demanda cumulada. Para cada pedido de medida urgente formulado haverá requisitos próprios – por exemplo, para afastar provisoriamente as repercussões jurídicas indevidas advindas da sentença arbitral, a parte interessada deverá demonstrar o *error in procedendo* que a torna inexistente ou juridicamente ineficaz, além do *periculum in mora*.

Sobre o momento em que a medida urgente pode ser concedida, aplicam-se as mesmas considerações realizadas no item 7.1.10.

7.2.7 – Intervenção de terceiros no processo de declaração

Pelas mesmas razões expostas no item 7.1.12, as únicas modalidades de intervenção de terceiros que podem ter lugar em processos cujo objeto seja a declaração de inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral são a assistência simples e a litisconsorcial, a interposição de recurso de terceiro juridicamente prejudicado ou do Ministério Público e o ingresso de litisconsorte necessário originalmente não demandado. Os exemplos dados naquele item servem, *mutatis mutandis*, para os casos de ação declaratória.

Se, em cumulação com a demanda declaratória, vier a ser proposta demanda versando sobre a causa decidida pela sentença arbitral viciada, poderão ter cabimento outras modalidades de intervenção de terceiros – conforme as peculiaridades da demanda cumulada.

7.2.8 – Reconvenção e pedido contraposto

A exemplo do que se passa no caso da ação de anulação, é teoricamente possível (presentes os respectivos requisitos) a formulação de reconvenção ou pedido contraposto (conforme o procedimento seja ordinário ou sumário) no processo de declaração de inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral. Assim, *v.g.*, diante de uma sentença arbitral *extra petita*, o autor da ação pode pedir a declaração da inexistência (material) de sentença em relação ao pedido que consistia no objeto da arbitragem e o réu, por outro lado, em reconvenção, pedir o reconhecimento de que a decisão em seu desfavor proferida é (juridicamente) inexistente por ter versado sobre pedido não formulado aos árbitros.

Se, em cumulação com a demanda declaratória, vier a ser proposta demanda versando sobre a causa antes decidida pela sentença arbitral viciada, a reconvenção ou o pedido contraposto poderá ter como referência a demanda cumulada – sendo admitida a sua formulação conforme haja conexão com tal demanda ou com os fundamentos da defesa em face dela formulada (reconvenção) ou se fundada nos mesmos fatos referidos na inicial da demanda cumulada (pedido contraposto).

Observe-se, na linha do que se expôs ao final do item 7.1.11, que, se o pedido contraposto ou reconvenção (nas circunstâncias do parágrafo anterior)

versar sobre matéria abrangida por cláusula arbitral ainda subsistente (conforme o item 7.2.10.1.2, parte final, e nota 330), seu processamento poderá ser inadmitido. Com efeito, se o autor da ação declaratória se opuser à pretensão do réu de afastar os efeitos da convenção em relação ao objeto do pedido contraposto ou reconvenção, este(a) não poderá ser processado (item 3.5.4.1).

7.2.9 – Instrução probatória no processo de declaração

Sendo vedado ao Judiciário adentrar no mérito da sentença arbitral para o fim de verificar sua inexistência e/ou ineficácia jurídica, qualquer prova que a ele diga respeito será impertinente ao julgamento da demanda declaratória – devendo, assim, ser indeferida.

Tal como se passa no caso das ações anulatórias, não existem restrições quanto aos meios de prova admissíveis. Sempre, porém, será necessário observar a vedação acima referida: as provas serão admissíveis apenas se pertinentes aos limites objetivos da ação declaratória – os quais, por sua vez, devem dizer respeito a *errores in procedendo* supostamente existentes na sentença arbitral impugnada.

Evidentemente que se houver (e for viável) a propositura – de modo cumulado com a demanda declaratória de inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral – de demanda versando sobre a mesma causa submetida aos árbitros ou pretensos árbitros, caberá produzir provas pertinentes ao seu mérito (que será o mesmo mérito da arbitragem). Mas essas provas não terão relevância para o julgamento da demanda declaratória. Mesmo que indiquem possível *error in iudicando* na sentença arbitral, não serão elas capazes de determinar o acolhimento da demanda declaratória. Para que esse resultado possa ser obtido, será necessário comprovar o *error in procedendo* que determina a inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral.

7.2.10 – Efeitos do julgamento da ação declaratória

No item 7.1.15, tratou-se sobre os efeitos do julgamento da ação de anulação da sentença arbitral. Ou seja, lá se tratou apenas dos casos em que a impugnação versa sobre vícios que (segundo o art. 32) determinam a nulidade da sentença arbitral.

No presente item, trata-se especificamente dos efeitos do julgamento da ação declaratória de inexistência ou ineficácia jurídica.

7.2.10.1 – Efeitos do acolhimento da ação declaratória

Primeiramente, destaque-se que, havendo (e sendo viável) a cumulação de pedidos nos termos do item 7.2.1, acima, não se aplicarão as regras do art. 33, § 2º. A consequência do acolhimento da demanda declaratória será o julgamento da demanda formulada em caráter sucessivo.

Ressalvada essa possibilidade, aplicam-se as regras do art. 33, § 2º. E, na linha do que se expôs no item 7.1.15, é preciso verificar caso a caso a viabilidade ou não da devolução da causa.

7.2.10.1.1 – Acolhimento da ação declaratória nos casos do art. 33, § 2º, inciso II

O inciso II do § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307 dá a entender que nos casos nele previstos a devolução da causa aos árbitros será sempre possível, devendo ser determinada pelo Poder Judiciário independentemente de pedido expresso do autor da ação declaratória. Ocorre que, especificamente em um caso de *inexistência*, enquadrável no inciso IV do art. 32, a devolução da causa aos árbitros será eventualmente inviável.

Como se demonstrou no item 4.4.2, interpretando-se o inciso IV do art. 32 de forma razoavelmente aberta, é possível nele enquadrar o caso de nomeação do árbitro em descompasso com as regras da convenção de arbitragem. Trata-se de situação em que não apenas a sentença fica afetada, mas o processo todo – que terá sido integralmente conduzido por quem não tinha poderes para atuar como árbitro. Assim, nessa hipótese, declarada juridicamente inexistente a sentença arbitral, não será viável a devolução da causa ao árbitro.

Reitere-se, porém, que, como se expôs no item 4.4.2, existe a possibilidade de as partes aceitarem a nomeação tal como ela foi realizada, com o que o vício verificado ficará superado – e, por conseguinte, a sentença que vier a ser proferida será, na ausência de outros defeitos, regular do ponto de vista formal.

Nos demais casos de inexistência referidos no inciso II do § 2º do art. 33, não haverá o que impeça a devolução da causa aos árbitros, após o acolhimento da ação

declaratória. Assim, por exemplo, se a sentença for *citra petita*, deverão os árbitros decidir a respeito do pedido omitido; se a sentença for *ultra petita*, deverão os árbitros adequar a sentença ao que lhes foi pedido – excluindo as deliberações tomadas para além do pedido³⁴⁸; sendo *extra petita*, deverão os árbitros decidir sobre o que não decidiram, no lugar daquilo sobre o que não deveriam ter deliberado; se a sentença carecer de dispositivo, deverão os árbitros complementá-la com esse elemento indispensável para a sua existência; se a sentença for apócrifa e não for possível confirmar sua autoria, os árbitros deverão proferir nova decisão (vide o item 4.4.4); e assim por diante.

Mas, segundo JOSÉ CAHALI, em uma das situações acima mencionadas *não precisará* o Judiciário determinar a devolução da causa aos árbitros para que a sentença seja adequada aos parâmetros legais. Especificamente no caso de a sentença ser *ultra petita*, o Poder Judiciário, ao acolher a ação, simplesmente declarará a inexistência jurídica parcial da decisão. Isso bastará para que a sentença seja conformada aos limites do objeto da arbitragem³⁴⁹.

Concorda-se com esse entendimento. Trata-se de medida de economia e bastante razoável. Porém, ressalve-se que a devolução da causa aos árbitros poderá ser importante nos casos em que o documento-sentença resultar confuso ou puder gerar novas dúvidas após a declaração da inexistência parcial do conteúdo da sentença. Nesses casos, a redação de um novo documento pode evitar novas incertezas no futuro. Tudo dependerá, enfim, das particularidades do caso, do modo como a sentença arbitral impugnada está organizada...

Em qualquer caso, é preciso ter em conta que jamais poderá o Judiciário reparar a sentença arbitral se para tanto for necessário imiscuir-se na esfera de competência dos árbitros. Por exemplo, será absolutamente vedado ao Judiciário suprir a sentença *infra petita*, acrescentando-lhe a decisão faltante. Nem mesmo se as partes estiverem de acordo com o suprimento será ele possível. Como se expôs nos itens 7.1.2.4, 7.1.15.3 e 7.2.1, é vedado ao Judiciário aproveitar-se do procedimento arbitral, dando-lhe seguimento ou aproveitando-se de sua parcela validamente realizada. O Judiciário apenas poderá decidir a mesma causa julgada pela sentença arbitral irregular a pedido da parte interessada (o qual pode ser formulado de forma cumulada ou não ao pedido de declaração de inexistência ou

³⁴⁸ Caso de “eliminação do excesso”, ou seja, apenas da parte da sentença que extrapola o objeto do processo, conforme: DINAMARCO, Limites da sentença..., p. 337-340.

³⁴⁹ JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 323. Em semelhante sentido: FERNANDES, op. cit., p. 88.

ineficácia jurídica) e depois de realizado novo e integral processo judicial a seu respeito – e mais, quando a retomada da arbitragem for inviável ou as partes de comum acordo não mais a quiserem.

7.2.10.1.2 – Acolhimento da ação declaratória nos casos do art. 33, § 2º, inciso I

Já nos casos do inciso I do § 2º do art. 33, a devolução aos árbitros será, em determinadas situações, viável. Aplicam-se, aqui, no geral, as mesmas considerações feitas no item 7.1.15.1.

Assim, imagine-se, por exemplo, que a sentença arbitral foi proferida por sujeito que se tornou absolutamente incapaz (perdendo, assim, a condição de árbitro único) no curso do processo. Ao declarar a inexistência da sentença (art. 32, inciso II), o Judiciário deverá – (i) se ainda houver prazo suficiente para a prolação de nova (e, dessa vez, verdadeira) sentença, (ii) se as partes não tiverem convencionado expressamente que não aceitariam a substituição do árbitro e (iii) se o processo anterior comportar a substituição do julgador, de modo a permitir ao substituto, sem prejuízo a qualquer das partes, exercer sua função plenamente, conhecendo todos os elementos da causa e exercendo todas as atividades (inclusive as instrutórias) necessárias para o seu adequado julgamento – *determinar (e o § 2º do art. 33 não exige pedido expresso na petição inicial nesse sentido) a retomada da arbitragem*, para que haja o refazimento do processo a partir do momento em que verificada a irregularidade.

Ausente alguma das condições necessárias para a determinação judicial de devolução da causa aos árbitros, a retomada da arbitragem apenas será possível *se as partes, com o consentimento dos árbitros, ajustarem-na* – efetuando as adequações devidas para que a nova sentença seja regularmente proferida. Não havendo um consenso entre partes e/ou árbitros, ficará o interessado livre para recorrer ao Poder Judiciário.

Existem, por outro lado, situações em que será absolutamente inviável a retomada da arbitragem anterior, por determinação judicial ou por escolha das partes, para que os árbitros substituam a decisão viciada por outra formalmente perfeita. Em caso de sentença oriunda de processo fundado em compromisso que definiu para a arbitragem objeto sobre direito indisponível, v.g., a retomada da arbitragem não será juridicamente viável nem mesmo mediante consenso entre as partes e “árbitros”. A “arbitragem” realizada será totalmente irregular, pois terá versado sobre matéria não arbitrável,

conforme o art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 – não havendo, por conseguinte, como aproveitar qualquer de suas etapas. A parte interessada ficará livre, então, para submeter a causa ao Judiciário.

Outro caso que merece ser destacado, no qual também não deverá o Judiciário determinar a *retomada da arbitragem anterior*, é o de ineficácia jurídica da sentença arbitral (inciso VIII do art. 32). Nesse específico caso, será necessário desenvolver *uma nova arbitragem*, desde o seu início, no lugar daquela anteriormente (e irregularmente) realizada – dessa vez com a participação de todos os signatários da convenção envolvidos no conflito a ser dirimido. A instauração dessa nova arbitragem deverá se dar na forma convencionada.

Verifica-se particularidade na hipótese de acolhimento da ação declaratória de ineficácia jurídica, que não se põe em caso de acolhimento de ação anulatória ou declaratória de inexistência. Como um dos contendentes não terá participado do procedimento arbitral anterior, *a convenção celebrada entre as partes permanecerá as vinculando inclusive em relação ao conflito julgado pela sentença juridicamente ineficaz*. Ou seja, a convenção anterior continuará produzindo efeitos para os contendentes – que estarão, por conseguinte, impedidos, *a priori*, de recorrer ao Judiciário após a declaração da ineficácia jurídica.

Assim há de ser, sob pena de se criar via indesejada de afastamento dos efeitos da convenção arbitral. Ora, caso os efeitos da convenção não permanecessem vinculando os contendentes, a parte indevidamente tolhida da arbitragem realizada seria duplamente prejudicada: além de receber julgamento desfavorável em processo arbitral do qual não participou, teria de se conformar em resolver o litígio com seu adversário pela via judicial.

Por fim, observe-se que conflitos diversos daquele julgado pela sentença declarada inexistente ou juridicamente ineficaz deverão, em princípio, ser resolvidos por arbitragem, quando a convenção consistir em cláusula arbitral que os abranja. Ou seja, a despeito da declaração de inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral, a cláusula subsistirá – e continuará vinculando as partes em relação a outros conflitos por ela abrangidos.

Mas, como se disse no item 7.2.2, em caso de invalidade da cláusula, existe a possibilidade de se cumular ao pedido de declaração de inexistência da sentença pleito para que a própria cláusula seja anulada ou

declarada nula, conforme o caso. O acolhimento de tal pleito inviabilizará, em princípio, a realização de novas arbitragens fundadas na mesma cláusula arbitral.

7.2.10.1.3 – Solução para eventual recusa dos árbitros em proferir nova sentença

Na hipótese de os árbitros se recusarem a proferir nova sentença no lugar da viciada, a parte interessada deverá levar a causa ao Poder Judiciário, perante o qual um novo processo haverá de ser instaurado a fim de decidi-la. Isso porque, conforme se expôs nos itens 7.1.7.3 e 7.1.15.1, os árbitros não podem ser compelidos a proferir a nova sentença.

Mas as partes podem não ter convencionado a impossibilidade de substituição de árbitros desertores, caso em que (conforme o art. 16 da Lei n.º 9.307) os postos em aberto poderão ser supridos por substitutos – aos quais será dado, eventualmente, refazer etapas anteriores a fim de viabilizar o novo julgamento (art. 22, § 5º). Nada impede, também, que as partes revejam deliberação anterior de inadmissão de substituições de julgadores, a fim de viabilizar a retomada da arbitragem.

7.2.10.1.4 – Prazo para prolação de nova sentença ou adequação da anteriormente proferida

Aplicam-se as mesmas considerações expostas no item 7.1.15.4. Ou seja, nos casos referidos no inciso II do § 2º do art. 33, se o prazo remanescente na arbitragem for suficiente para o reparo, será ele utilizado. Não sendo suficiente, o Judiciário fixará o prazo de comum acordo com as partes e árbitros – ou, na falta de acordo, arbitrará prazo que lhe pareça razoável.

Já nos casos do inciso I do § 2º do art. 33 em que a devolução da causa aos árbitros por determinação do Judiciário seja viável, observar-se-á o prazo remanescente. Se esse prazo já estiver encerrado ou não for suficiente para a prolação da sentença, o Judiciário não poderá determinar a retomada da arbitragem. Eventual retomada da arbitragem deverá ser ajustada entre as partes e árbitros, os quais deverão chegar a um acordo sobre o prazo para a nova decisão.

7.2.10.1.5 – Impacto da declaração da inexistência/ineficácia jurídica sobre a execução da sentença arbitral condenatória em curso

A exemplo do que se passa nos casos de acolhimento da ação anulatória, os atos executivos relacionados ao defeito reconhecido pelo Poder Judiciário no julgamento de procedência da ação declaratória de inexistência ou ineficácia jurídica cairão por terra automaticamente, independentemente de pedido da parte autora, conforme o art. 248 do Código de Processo Civil (com a exceção do art. 694, *caput*, parte final, e § 2º).

Apenas será necessário formular pedido de invalidação de atos executivos nos casos em que a ação declaratória vier a ser ajuizada depois de já encerrada a execução. Nesse caso, a parte deverá pedir a repetição de indébito – conforme exposto no item 8.2.

7.2.10.2 – Efeitos da rejeição da ação declaratória

Rejeitada a ação declaratória de inexistência ou ineficácia, haverá, com o trânsito em julgado da sentença de improcedência, a formação de coisa julgada a impedir a rediscussão da mesma causa perante o Poder Judiciário. Nada impedirá, porém, que, com base em nova causa de pedir, a parte proponha outra demanda, para formular o mesmo pedido declaratório de antes. Alterado um dos elementos da demanda, ficará afastado o óbice da coisa julgada.

Por outro lado, configurará abuso do direito de demandar a repetição da ação declaratória anterior travestida de outra para burlar o pressuposto processual negativo da coisa julgada. Assim, por exemplo: ajuizar demanda com base na mesma causa de inexistência antes deduzida para agora (impropriamente) pedir a “anulação” da sentença arbitral caracterizará litigância de má-fé (art. 17, incisos I e III, do Código de Processo Civil).

7.3 – AÇÕES DESTINADAS A ELIMINAR IRREGULARIDADES OU DEFEITOS MATERIAIS RELEVANTES PARA A PERFEITA IDENTIFICAÇÃO DA SENTENÇA

Em determinados casos previstos no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996 a sentença arbitral não será nula nem inexistente ou ineficaz juridicamente, mas mesmo assim estará sujeita a controle judicial. Isso poderá se passar, v.g., quando ela for omissa

ou contiver mero defeito material na indicação do local ou da data de sua prolação ou, ainda, quando, por lapso, não tiver sido assinada pelo árbitro. Trata-se de irregularidades relevantes, pois afetam elementos necessários para a adequada e precisa identificação da sentença arbitral (item 4.4.4).

Nos itens 2.5.1.3 e 4.4.4, demonstrou-se, com amparo na doutrina de TALAMINI, que, eventualmente, nem sequer será necessário corrigir formalmente o erro ou omissão material verificado. A parte interessada poderá requerer providências judiciais com fundamento na sentença arbitral requerendo a sua “interpretação corretória”. Bastará, na ocasião, apresentar elementos que permitam identificar corretamente a sentença arbitral e, assim, a pertinência e cabimento das providências que estão sendo requeridas.

Mas pode ser que a parte interessada não disponha de elementos suficientes para proceder dessa forma ou então que lhe interesse especificamente a correção formal do erro ou omissão material verificado. Terá, então, a possibilidade de ajuizar ação fundada no art. 32, inciso III, c/c art. 26, inciso IV e parágrafo único, da Lei n.º 9.307.

7.3.1 – Falhas na indicação do local ou data de prolação da sentença

A parte que (com fundamento no art. 32, inciso III, c/c art. 26, inciso IV, da Lei n.º 9.307/1996) vai ao Poder Judiciário alegando omissão ou erro material na sentença arbitral acerca de seu local ou data de prolação objetiva, em última análise, aferir ou confirmar a sua nacionalidade ou tempestividade. De acordo com o art. 33, § 2º, inciso II, nesses casos, reconhecendo a existência do defeito, deve o Judiciário determinar a devolução da causa aos árbitros, para que eles o eliminem. Ou seja, o Judiciário *declarará* a existência do defeito alegado e, segundo aquela regra da Lei de Arbitragem, determinará a retomada da arbitragem, para que os árbitros realizem as correções necessárias na sentença.

No entanto, a devolução da causa aos árbitros, rigorosamente, não é necessária. É perfeitamente possível e razoável que o Judiciário, constatando o defeito alegado, elimine-o, *declarando ele mesmo a data e/ou a nacionalidade correta da sentença*. Essa solução será possível ainda que os ajustes necessários na sentença não sejam evidentes, constatáveis *prima facie*. O juiz da causa poderá determinar a realização de todas as provas necessárias para apurar a identidade da sentença – incluindo a ouvida dos árbitros, funcionários da instituição arbitral *etc.* O resultado que se terá no processo

judicial será exatamente o mesmo que seria obtido se a causa fosse devolvida aos árbitros – com a diferença de que, advindo do Poder Judiciário, a eliminação do estado de incerteza provavelmente virá mais rapidamente e será mais econômica³⁵⁰.

Com efeito, a determinação de devolução da causa aos árbitros para que realizem as correções necessárias na sentença não pode ser vista como um equívoco – afinal, a própria Lei contempla essa solução. Mas também não pode ser considerado indevido o suprimento do vício diretamente pelo Judiciário, nas situações ora em exame. O que efetivamente não é correto, do ponto de vista técnico-processual, é *anular* a sentença arbitral e determinar a devolução do feito aos árbitros para que eles profiram outra em seu lugar. Como se disse, a sentença que contém falha ou omissão a respeito da data ou local de prolação não é só por isso nula. Tais elementos são relevantes para que se possa identificar a nacionalidade (local de prolação) e a tempestividade (data de prolação) da sentença, não para garantir-lhe validade.

7.3.2 – Falta de assinatura dos árbitros na sentença

Se, a despeito de não estar assinada, for possível confirmar que foi proferida pelo árbitro, a sentença conterá mera omissão material. Para o suprimento de tal omissão, não será necessário que o Judiciário determine a devolução da causa aos árbitros. Bastará chamar os sujeitos que atuaram como árbitros para reconhecimento e confirmação da autoria da sentença ou, então, recorrer a algum outro meio que corrobore a idoneidade do conteúdo do documento-sentença (registros da sessão, por exemplo)³⁵¹. Ou seja, o

³⁵⁰ De modo semelhante, CARMONA, referindo-se aos elementos “data e local” de prolação da sentença arbitral, sustenta que: “A ausência destes dados no corpo do laudo, porém, não pode gerar a sua nulidade, apenas por amor à forma. Se for possível deduzir por outro modo o local e data em que a decisão foi proferida (apontamentos ou certidão do órgão arbitral institucional, ata de reunião dos árbitros *etc.*), não será razoável anular a decisão, impondo-se a aplicação do princípio do *favor arbitralis*, eis que a função específica da demanda anulatória de que trata a Lei não é simplesmente a de assegurar o cumprimento de regulamentação formal, mas sim assegurar determinadas finalidades e garantias ligadas ao devido processo legal. Desse modo, alcançado o objetivo da Lei (que, neste particular, é o de identificar o lugar em que a sentença arbitral foi proferida, para aferir-lhe a nacionalidade, e a data em que foi proferida, para aferir-lhe a tempestividade), não será possível cogitar de nulidade alguma (não há nulidade sem prejuízo!)” (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 404-405).

No mesmo sentido é a posição de CARREIRA ALVIM. Assim como CARMONA, aquele autor reputa ser possível a anulação da sentença se não houver como identificar a data e local de prolação “...com precisão, sem controvérsia das partes no particular” (CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral...*, p. 406).

³⁵¹ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 335.

Judiciário poderá ouvir os árbitros sobre a autenticidade e autoria da decisão – preservando-a, se confirmado que o que houve consiste em mero lapso material passível de suprimimento.

Conforme se expôs nos itens 4.4.2.1 e 4.4.4, acima, apenas se não houver a confirmação da autenticidade da sentença arbitral apócrifa, no âmbito de processo judicial que tenha por objeto perquiri-la, é que deverá ela ser declarada inexistente juridicamente. Nesse caso, caberá ao Poder Judiciário determinar a devolução da causa aos árbitros na forma exposta no item 7.1.2.3, para que eles a julguem por verdadeira e regular sentença – *ex vi* do art. 33, § 2º, inciso II, da Lei n.º 9.307/1996.

Logo:

(a) A parte que ajuíza ação alegando a inexistência jurídica da sentença arbitral sob o fundamento de que carece ela de assinatura poderá receber decisão de improcedência – fundada na constatação de que a sentença foi efetivamente proferida pelos árbitros (constatação esta que pode ser feita do bojo do próprio processo judicial instaurado).

(b) A parte que ajuíza ação pedindo o reconhecimento de que a “sentença”, apesar de apócrifa, é de autoria dos árbitros poderá receber decisão declarando a sua inexistência jurídica – se não comprovada no processo, de modo seguro e inequívoco, a sua origem na pessoa dos sujeitos nomeados como árbitros (caso em que caberá a devolução da causa aos árbitros na forma do art. 33, § 2º, inciso II).

7.3.3 – Disciplina procedimental

Não existe prazo para pedir as correções de defeitos como os acima referidos. A sentença arbitral que não indica a data ou local de sua prolação ou que não está assinada não ficará suprida pelo mero decurso do tempo. Da mesma forma, o erro na indicação da data ou local de prolação não pode se consolidar pelo simples passar do tempo³⁵². Os defeitos em questão são de caráter material e, portanto, não ficam protegidos pela “coisa julgada arbitral” (vide o item 4.4.4).

³⁵² Ressalve-se que, como se demonstrou no item 2.5.2, as partes podem aceitar a nacionalidade indicada na sentença mesmo que ela não corresponda à do local da efetiva prolação ou à definida na convenção mediante o afastamento do critério territorialista.

Qualquer das partes (o que inclui terceiros intervenientes na arbitragem) e também seus sucessores possuem legitimidade e podem ter interesse em ajuizar ação a fim de obter a correção de falhas como as referidas. Não se pode descartar, outrossim, que terceiros em relação ao processo arbitral e o Ministério Público venham a ajuizar a ação.

(a) A sentença que beneficia terceiro em relação ao processo mas que tenha assinado a convenção é (tendo sido validamente instaurada a arbitragem) existente e juridicamente eficaz. Portanto, se a sentença contiver falha na indicação da data ou local de sua prolação ou não estiver assinada, o terceiro poderá pedir a sua correção/adequação – tanto quanto quem foi parte do processo.

(b) Mais difícil é imaginar situação em que um terceiro juridicamente prejudicado e o Ministério Público tenham legitimidade e interesse para o ajuizamento da ação em referência. Isso porque, no mais das vezes, o que motivará sua ida ao Judiciário serão vícios mais graves que determinam, por si sós, diretamente, a inexistência ou ineficácia jurídica da sentença – conforme exposto nos itens 7.1 e 7.2.

Um exemplo que pode ser dado tem relação com o caso de conluio fraudulento entre as partes da arbitragem, referido nos itens 7.1.7.1.2 e 7.1.7.1.5. Trata-se de caso em que o terceiro juridicamente prejudicado e o Ministério Público podem, em princípio, ajuizar ação de anulação. Mas suponha-se que a sentença não indique a data de sua prolação e, ademais, que o prazo para ajuizar a ação de anulação já tenha se encerrado. Em caso como esse pode ser útil ao terceiro juridicamente prejudicado ou ao Ministério Público ajuizar ação para averiguar a tempestividade da sentença. Pois se verificada a sua intempestividade, a sentença arbitral será juridicamente inexistente e, por conseguinte, poderá ser assim declarada (a pedido do terceiro ou do *Parquet*, para que se eliminem os resultados da fraude ocorrida) a qualquer tempo.

A ação destinada a corrigir ou complementar a sentença arbitral quanto aos elementos assinatura e data/local de prolação seguirá, a exemplo da ação anulatória e da

Mas não será o mero decurso do tempo que consolidará a nacionalidade equivocadamente indicada na sentença. Eventual aceitação da “nova nacionalidade” dependerá da realização de ato concreto por uma das partes que a confirme (por exemplo: pedido de execução no Brasil, quando a nacionalidade equivocadamente indicada tiver sido a brasileira) e da postura da outra parte que ateste (de modo tácito ou expresso) a sua conformação com o referido ato (por exemplo, silêncio sobre a questão em embargos à execução).

declaratória de inexistência e ineficácia jurídica, o procedimento comum do Código de Processo Civil – que será ordinário ou sumário, tudo a depender do valor dado para a causa.

Merece destaque a possibilidade de se formular reconvenção ou, se for o caso, pedido contraposto em processo destinado a averiguar a origem, nacionalidade ou tempestividade da sentença arbitral. Basta pensar em alguns exemplos para confirmá-la.

(i) Se a ação tiver sido ajuizada pela parte vencedora da arbitragem, com o objetivo de obter a declaração da data de prolação da sentença e com isso afastar estado de incerteza decorrente da falta de sua indicação pelos árbitros, a parte vencida poderá – sustentando a intempestividade da sentença – pedir a declaração de sua inexistência em reconvenção ou pedido contraposto, conforme o caso (presentes, evidentemente, todos os pressupostos para tanto).

(ii) Se a ação tiver sido ajuizada pela parte vencida com o objetivo de obter a declaração da nacionalidade da sentença, a parte vencedora, sustentando que a prolação se deu em local diverso do convencionado, poderá – se ainda houver prazo, conforme o art. 33, § 1º – pedir (em reconvenção ou pedido contraposto, conforme o caso e presentes os demais pressupostos legais) a anulação da sentença (para que em seu lugar seja proferida outra, agora no local certo – a ser indicado no documento-sentença) ou, se for o caso, a sua mera correção (com a indicação do local em que a sentença deveria ter sido proferida – afastamento judicial do “critério territorialista”). Vide, a esse respeito, o item 2.5.3, acima.

O Poder Judiciário deve se restringir aos limites do que lhe tiver sido pedido na demanda.

(a) Assim, se ao declarar a data da prolação da sentença arbitral constatar que ela é intempestiva, o Judiciário não poderá pronunciar a sua inexistência jurídica – a não ser que tal pedido lhe tenha sido feito pelo autor de forma cumulada ao pedido de declaração da data de prolação ou pelo réu, em reconvenção ou pedido contraposto.

(b) Constatando, ao declarar a nacionalidade da sentença, que ela foi proferida em local diverso do convencionado, não poderá o Judiciário anulá-la – mesmo que verifique ofensa ao contraditório decorrente do fato de os árbitros não terem observado o procedimento pactuado pelas partes. A anulação da sentença (ou

o “afastamento judicial do critério territorialista”, conforme exposto no item 2.5.3) apenas será possível a pedido – oportunamente deduzido – da parte interessada.

Diversos outros exemplos podem ser imaginados. O fundamental é compreender que, por mais grave que possa ser o vício sentencial revelado a partir da retificação material nos casos do inciso III do art. 32 c/c inciso IV e parágrafo único do art. 26, seu reconhecimento em caráter principal (*principaliter*) depende de oportuno pedido do sujeito interessado – sob pena de ofensa aos princípios da adstrição, inércia da jurisdição...

Essa conclusão não conflita com a afirmação, feita no item 7.3.2, (b), no sentido de que a rejeição do pedido de reconhecimento de que a sentença apócrifa é de autoria dos árbitros resulta na declaração de sua inexistência jurídica. *Nesse caso, não haverá decisão fora ou além do pedido.* É que a consequência automática e inevitável da falta de comprovação da origem/autoria da sentença é a impossibilidade de atribuí-la aos árbitros – ou seja, aos únicos sujeitos que tinham poderes para proferi-la.

7.4 – EMBARGOS DO EXECUTADO E IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

No item 6.1, tratou-se do modo de execução das sentenças arbitrais condenatórias. Expôs-se, em síntese, que: (a) as sentenças condenatórias da Fazenda Pública ao pagamento de quantia são executadas segundo as regras dos arts. 630 e 731 do Código de Processo Civil; (b) as sentenças condenatórias de particulares ao pagamento de quantia são executadas em processo autônomo, mas na forma dos arts. 475-I e seguintes (o que se extrai do *caput* do art. 475-I c/c o inciso IV do art. 475-N)³⁵³; e (c) as sentenças condenatórias em obrigação de fazer ou não fazer ou de entregar coisa são, em regra, executadas por processo autônomo, nos moldes dos arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código de Processo Civil – ressalvada a possibilidade de as partes pactuarem a incidência do art. 461 ou 461-A do Código ao processo arbitral, quando a execução se dará segundo tais dispositivos.

³⁵³ No item 6.1.2.3, sustentou-se, ainda, que, em se tratando de execução de sentença condenatória ao pagamento de quantia contrária *a particular*, poderão os árbitros ainda, sem prejuízo do desenvolvimento da atividade executiva estatal na forma dos arts. 475-I e seguintes e desde que expressamente autorizados pelas partes através da convenção, praticar atos de execução indireta, tendentes a forçar o cumprimento voluntário da obrigação pelo condenado.

No caso das execuções referidas no item (a), movidas contra a Fazenda Pública, cabem embargos como via de defesa do executado – art. 730 do Código de Processo Civil. No caso das execuções mencionadas no item (b), a defesa do executado deve ser exercida por medida que o Código de Processo Civil genericamente chamou de “impugnação”, regulada nos arts. 475-L e seguintes – trata-se de ação de tutela cognitiva incidental ao procedimento executivo, mas incapaz de instaurar um novo processo. E no caso das execuções referidas no item (c), a defesa do executado se exerce por embargos, conforme os arts. 736 e seguintes, inclusive (por analogia) o art. 741 – a não ser que pactuada a aplicabilidade do art. 461 ou 461-A, quando se aplicará o exposto no item 8.1, abaixo.

7.4.1 – Os embargos do executado como meio de impugnação da sentença arbitral nacional

Conforme o art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem, a “decretação da nulidade” da sentença arbitral pode ser pleiteada, com fundamento no art. 32, por via dos “embargos do devedor”³⁵⁴. Ou seja, instaurada a competente execução judicial, a parte executada pode – *a contrario sensu*, como se vê a seguir – pedir a “anulação” da sentença arbitral por via dos embargos, alegando quaisquer das matérias do art. 32 da Lei.

No item 4.4, demonstrou-se que nem todos os casos do art. 32 implicam a verdadeira e própria “nulidade” da sentença. Logo, a rigor, não apenas as causas de nulidade da sentença podem ser alegadas por embargos do executado, mas qualquer das matérias do art. 32 – *i.e.*, também os casos de inexistência, ineficácia jurídica e defeitos materiais da sentença arbitral.

³⁵⁴ Conforme nota LUCON, a denominação “embargos do devedor” (que é utilizada no § 3º do art. 33 da Lei de Arbitragem e também aparece diversas vezes no Código de Processo Civil, inclusive dando nome ao Título III do seu Livro II) não é correta do ponto de vista da técnica processual. Mais adequado chamar a medida em referência de embargos *do executado*, pois a noção de devedor é pertinente ao direito material, não ao direito processual. No presente trabalho, pede-se licença para fazer nossa a seguinte observação de LUCON: “A expressão *embargos do devedor* merece ser criticada, pois a expressão *devedor* diz respeito à relação jurídica de direito material. Com a defesa do executado, a execução pode se revelar injusta e simplesmente não haver débito e, portanto, devedor. Na presente obra serão designados ora por *embargos à execução*, ora por *embargos do executado*, expressões tecnicamente corretas” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Perfil histórico da execução civil. Texto inédito, divulgado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco no primeiro semestre de 2010. p. 109, nota 352).

7.4.2 – A “impugnação” a que se referem os arts. 475-L e seguintes do Código como meio de controle da sentença arbitral nacional

Sendo o título executivo uma sentença arbitral condenatória de particular ao pagamento de quantia, cabe indagar: além das matérias arroladas no art. 475-L do Código de Processo Civil, pode a *impugnação* veicular aquelas enumeradas no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996? Ou seja, a impugnação em referência faz as vezes dos embargos do executado inclusive para os fins do art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem?

A resposta é afirmativa³⁵⁵. Seria anti-isonômico, absolutamente despropositado, reputar que, em razão das alterações introduzidas no ordenamento pela Lei n.º 11.232/2005, apenas nas execuções contra a Fazenda Pública³⁵⁶ e nas execuções de obrigações de fazer ou não fazer ou de entrega de coisa desenvolvidas nos moldes dos arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código de Processo Civil se poderia impugnar a sentença arbitral pela via de defesa do executado. A Lei n.º 11.232 não pretendeu excluir a

³⁵⁵ Também endossando a tese de que a “impugnação” faz as vezes dos embargos do executado para os fins do art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem: CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 139; WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, vol. 2, p. 458. Ainda no mesmo sentido: NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, op. cit., p. 645; JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 291; NAGAO, op. cit., p. 260 e seguintes; VIDAL, Rodrigo C. Nasser. Breves reflexões sobre a execução da sentença arbitral à luz da lei n.º 11.232/05. In: NALIN, Paulo; VIANNA, Guilherme Borba (Coord.). *Direito em movimento*: por Popp & Nalin Advogados. Curitiba: Juruá, 2007. p. 216-220; VALENÇA FILHO, *Sentença arbitral...*, p. 38; CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 429.

Em sentido contrário, sustentando a impossibilidade de a “impugnação” ser empregada para a alegação das matérias do art. 32 da Lei de Arbitragem, Paulo Salvador FRONTINI, escreve: “...parece-nos que a ampliação do objeto da impugnação é contrária aos objetivos da reforma processual, que visou, dentre outras preocupações, valorizar o título executivo judicial, inclusive a sentença arbitral” (FRONTINI, op. cit., p. 86).

³⁵⁶ O cabimento de arbitragem envolvendo a Fazenda Pública é tema pacificado na doutrina e jurisprudência nacionais. A esse respeito, vide o texto que escrevemos em co-autoria referido na nota 75: WLADECK; AMARAL, op. cit., p. 142. Vide, outrossim, por exemplo: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e poder público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: ____; ____ (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7-12; CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16-20; KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-109; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães Pereira. In: ____; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131-149; AMARAL, op. cit., p. 53 e seguintes; TALAMINI, *Direito processual...*, p. 305 e seguintes.

possibilidade de o particular executado por quantia certa se valer da via de oposição a ele disponível em face da execução para impugnar a sentença arbitral nacional.

Ademais, a impugnação disciplinada no art. 475-L do Código de Processo Civil exerce exatamente a mesma função dos embargos de que trata o art. 741 – o que pode ser confirmado pelo simples cotejo entre esses dispositivos legais. Isso, somado ao que se expôs no parágrafo anterior, leva a concluir que o controle judicial da sentença arbitral nacional pode ser igualmente pleiteado por meio da *impugnação* (na forma dos arts. 475-M e seguintes).

7.4.3 – Possibilidade de utilizar os embargos ou impugnação “de segunda fase” para impugnar a sentença arbitral?

Como se sabe, o Código de Processo Civil, no art. 746, prevê o cabimento de embargos à arrematação, à alienação por iniciativa privada e à adjudicação, nos casos de execução por quantia certa. É o que se convencionou chamar de “embargos de segunda fase”.

Apesar do silêncio da Lei n.º 11.232/2005 a respeito, tem-se entendido caber, igualmente, impugnação à arrematação, à alienação por iniciativa privada e à adjudicação – observado o regime jurídico da impugnação ao cumprimento de sentença (ausência de efeito suspensivo automático *etc.*). É que se tem chamado na doutrina de “impugnação de segunda fase”³⁵⁷.

Os embargos de segunda fase – e, por analogia, a impugnação de segunda fase – apenas se prestam para a alegação de nulidades na execução ou causas extintivas da obrigação *posteriores à penhora* (conforme o art. 746). Ou melhor, prestam-se apenas para a alegação de matérias supervenientes ao momento de ajuizamento dos embargos – ou impugnação – de primeira fase. Disso se pode concluir que os embargos ou impugnação por meio dos quais se pode impugnar a sentença arbitral *são os de primeira fase*. Afinal, os vícios que contaminam a sentença arbitral são, logicamente, anteriores à penhora.

Ressalvem-se, todavia, aqueles vícios sentenciais que, pela sua natureza, podem ser alegados a qualquer tempo – inexistência, ineficácia jurídica e defeitos materiais (itens 4.4.2, 4.4.3 e 4.4.4, acima). Não superados pela falta de sua anterior alegação, esses vícios poderão ser arguidos em embargos ou impugnação de segunda fase. Trata-se de

³⁵⁷ Vide, por exemplo: WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 2, p. 461-462.

entendimento que encontra respaldo nos princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade e economia processuais. Basta ter em conta, aliás, que os referidos vícios sentenciais poderiam ser alegados até mesmo por simples petição (objeção) no bojo do processo de execução (item 8.3). Sendo assim, não seria razoável pretender impedir sua alegação por embargos ou impugnação de segunda fase.

7.4.4 – Divergência quanto ao possível objeto dos embargos do executado (ou impugnação ao cumprimento de sentença)

Não existe unanimidade na doutrina acerca dos limites objetivos dos embargos à execução (ou impugnação ao cumprimento) da sentença arbitral. Diverge-se sobre a possibilidade ou não de alegar as matérias do art. 32 pela via dos embargos (ou impugnação). Identificam-se, a esse respeito, basicamente três correntes, aqui chamadas de “ampliativa”, “restritiva” e “intermediária” (essa última com duas vertentes).

A seguir, onde se escreve “embargos do executado” pode-se ler, igualmente, “impugnação ao cumprimento de sentença”. Utiliza-se a primeira expressão por se tratar da que consta da Lei (e que dela consta em razão do momento em que houve a sua elaboração) e, também, porque grande parte dos autores abaixo citados manifestou-se sobre a questão em exame ainda antes da edição da Lei n.º 11.232/2005.

7.4.4.1 – Corrente “ampliativa”

Os autores que integram a corrente “ampliativa” (entre outros, FIGUEIRA JÚNIOR, VALENÇA FILHO, LEMES, ARMELIN, João Bosco LEE, Fernando da Fonseca GAJARDONI, Luis Fernando GUERRERO³⁵⁸) sustentam que a parte interessada pode, em tese, alegar nos embargos do executado, antes ou após o decurso do prazo de noventa dias previsto no § 1º do art. 33 da Lei de Arbitragem, não somente as matérias do art. 741 do Código de Processo Civil, mas também toda e qualquer das irregularidades

³⁵⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 271; VALENÇA FILHO, *Poder judiciário...*, p. 154-155; LEMES, op. cit., p. 31; ARMELIN, *Notas sobre ação rescisória...*, p. 17; LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 202-203; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 2002. p. 212; GUERRERO, Luis Fernando. Cumprimento da sentença arbitral e a lei n.º 11.232/2005, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 15, out./dez. 2007. p. 114 e 115.

arroladas no art. 32 daquela Lei – evidentemente, desde que já não sejam nem tenham sido elas objeto de anterior ação, sob pena de verificar-se litispendência ou coisa julgada.

Em apertada síntese, a tese defendida pela corrente “ampliativa” funda-se nos estritos termos do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996, reveladores que são da opção do legislador de dilatar a esfera dos temas sobre os quais podem versar os embargos à execução fundada em sentença arbitral nacional – vide o item 7.4.4.4, abaixo.

7.4.4.2 – Corrente “restritiva”

De acordo com a corrente “restritiva”, os embargos do executado jamais podem veicular as matérias do art. 32 da Lei de Arbitragem, mas apenas as do art. 741 do Código de Processo Civil.

Em outras palavras, a parte interessada somente poderia impugnar a sentença arbitral condenatória com fundamento nos incisos do art. 32 na forma e prazo do § 1º do art. 33 – *i.e.*, pela via da “demanda de decretação de nulidade”, dentro de noventa dias da data da intimação da sentença ou de seu aditamento. Os embargos do executado, independentemente do tempo em que fossem manejados, prestar-se-iam apenas para a alegação das matérias do art. 741 do Código de Processo Civil. Esse entendimento é defendido, por exemplo, por José CRETELLA NETO e José Carlos de MAGALHÃES³⁵⁹.

WALD vai além, entendendo que mesmo “...a aplicação do art. 741 do Código de Processo Civil deveria ser mitigada, adaptando-o de maneira adequada para a arbitragem.” A seu ver, não se deveria permitir ao executado suscitar nos embargos matérias que poderiam ter sido alegadas no prazo de noventa dias, pela via da “demanda de decretação de nulidade” referida no do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307. O autor adverte, entretanto, que a Lei não contempla essa solução – mas aquela defendida pela corrente ampliativa, referida no item anterior. Diante disso, tendo em mente futura reforma da Lei de Arbitragem, WALD aponta que a “demanda de decretação de nulidade” deveria ser a única via de impugnação judicial da sentença arbitral. Por outro lado, os embargos do devedor deveriam ser cabíveis unicamente nos casos de incompetência do juiz da execução, ilegitimidade das partes, em caso de excesso de execução ou, então, para alegar

³⁵⁹ CRETELLA NETO, *Curso de arbitragem...*, p. 128; MAGALHÃES, José Carlos de. Do procedimento arbitral. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 169.

fato verificado depois de proferida a sentença arbitral que pudesse afetar a execução – ou seja, “...nos casos previstos no art. 741, incisos III a VII, do Código de Processo Civil, com exclusão dos incisos I e II.”³⁶⁰

Em suma, os seguidores da corrente “restritiva”, que é a minoritária, afastam-se dos estritos termos do § 3º do art. 33 da Lei n.º 9.307, objetivando, por um lado, limitar ao máximo o emprego de medidas de controle das sentenças arbitrais e, por outro, garantir o respeito aos princípios gerais dos embargos do executado (enquanto mecanismo de impugnação da pretensão creditícia do exequente e da validade da própria relação processual executiva).

7.4.4.3 – Corrente “intermediária” (suas duas vertentes)

Por derradeiro, a chamada corrente “intermediária” apresenta duas vertentes.

A primeira admite o cabimento dos embargos do executado como meio de impugnação das sentenças arbitrais nacionais não somente nos casos do art. 741 do Código de Processo Civil, mas também em algumas das hipóteses – as “*de maior gravidade*”, *não sujeitas a decadência ou prescrição* – arroladas no art. 32 da Lei de Arbitragem, *seja antes ou depois do decurso do prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307*.

Esse é o entendimento de AMENDOEIRA JÚNIOR. A fim de evitar o que chamou de “desnaturação dos embargos do devedor e desprestígio da sentença arbitral”, o autor entende ser a medida em questão incabível nos casos de “mera invalidade” referidos no art. 32 – e isso *mesmo antes do decurso do prazo de noventa dias*. A seu ver, apenas e tão-somente as irregularidades capazes de acarretar a *inexistência* das decisões podem ser suscitadas por meio dos embargos do § 3º do art. 33³⁶¹.

A segunda vertente (e de todas as teses identificadas essa é a que vem ganhando o maior número de adeptos, podendo ser considerada a majoritária atualmente) admite, em termos gerais, que os embargos do executado veiculem – além das matérias do art. 741 do Código de Processo Civil – *todas as matérias referidas no art. 32, desde que sejam eles ajuizados anteriormente ao decurso do prazo do § 1º do art. 33*. Ou seja,

³⁶⁰ WALD, op. cit., p. 55.

³⁶¹ AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 710-712. O autor apresenta exemplos de casos em que reputa ser *inexistente* a sentença arbitral. Menciona, por exemplo, o clássico caso da sentença sem dispositivo.

reputam os seus integrantes que, a exemplo do que se passa no caso da “demanda de decretação de nulidade”, os embargos do executado, especificamente para fins impugnativos da sentença arbitral, sujeitar-se-iam ao prazo de noventa dias.

Eis o que lecionam, *v.g.*, CARREIRA ALVIM, BATISTA MARTINS, Rodrigo C. Nasser VIDAL, CÂMARA, NAGAO, MATTEUCCI, JOSÉ CAHALI, SCAVONE JUNIOR, APRIGLIANO, Eleonora Coelho PITOMBO, PARENTE, LEÃO e, revendo seu entendimento anterior, CARMONA³⁶². Alguns de tais autores chegam, todavia, a ressaltar que, se for apto a acarretar a “inexistência” da sentença arbitral, o vício poderá ser alegado mesmo que decorrido o prazo de noventa dias – inclusive, como não poderia deixar de ser, em embargos³⁶³.

7.4.4.4 – O entendimento adotado neste trabalho

No item 7.1.6.1, expôs-se que o que acontece com o encerramento do prazo legal de noventa dias é a extinção do *direito de anulação da sentença segundo o regime da ação do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996*. O direito (previsto no § 3º do art. 33) de obter a anulação da sentença segundo o regime dos embargos ou impugnação, especificamente, permanece pleno a despeito do decurso *in albis* do prazo do § 1º, não sendo atingido pela decadência.

Essa conclusão, naquele item mais detalhadamente explicada, impõe-se em virtude dos estritos termos do art. 33 da Lei.

(a) Consigna o § 3º do art. 33 que: “A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do

³⁶² CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral...*, p. 412; BATISTA MARTINS, *Anotações sobre a sentença...*, p. 416; VIDAL, *op. cit.*, p. 220; CÂMARA, *Arbitragem...*, p. 152-153; NAGAO, *op. cit.*, p. 263; MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 117; JOSÉ CAHALI, *op. cit.*, p. 295-297; SCAVONE JUNIOR, *op. cit.*, p. 224; APRIGLIANO, *Ordem pública...*, p. 48; PITOMBO, Eleonora Coelho. *Arbitragem e o poder judiciário: aspectos relevantes*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 120; PARENTE, *op. cit.*, p. 284; LEÃO, *op. cit.*, p. 95-97; CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 429-430.

³⁶³ Por exemplo: CÂMARA, *Arbitragem...*, p. 144-145; JOSÉ CAHALI, *op. cit.*, p. 327; SCAVONE JUNIOR, *op. cit.*, p. 224-225. Ressalve-se, porém, que a terminologia adotada por este último autor não coincide com a adotada neste trabalho. JOSÉ CAHALI admite que, após o decurso do prazo de noventa dias, os embargos/impugnação sejam manejados para alegar vícios de “nulidade absoluta” da sentença arbitral (algumas das situações que o autor considera serem de “nulidade absoluta” são, no presente trabalho, qualificadas como de inexistência de sentença; mas há casos que o autor qualifica como sendo de “nulidade absoluta” e que, no presente caso, são qualificadas como sendo “apenas” de nulidade – sem predicados).

devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.”

Os casos de *nulidade* das sentenças arbitrais são, basicamente³⁶⁴, aqueles elencados no art. 32 da Lei de Arbitragem. Assim, se podem ser igualmente arguidos mediante embargos do executado ou pela impugnação do art. 475-L do Código, *os quais possuem momento de ajuizamento e disciplina próprios e inconfundíveis com aqueles da ação anulatória*, conclui-se que, entre as diversas correntes expostas nos itens anteriores, a que se mostra em perfeita consonância com os termos legais é a “ampliativa”.

(b) Note-se que o que o § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307 prescreve é que o prazo *para a propositura da demanda de decretação de nulidade* é de noventa dias. Confira-se: “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” (grifos nossos).

Ou seja, o dispositivo não se refere aos embargos do executado (ou impugnação). Também *não fixa o prazo para pedir a anulação da sentença arbitral*. O que faz é estabelecer o momento/prazo *especificamente para o ajuizamento da ação de anulação* – que é apenas uma das vias admissíveis para o pleito de anulação (a outra é justamente a dos embargos/impugnação).

(c) Se fosse para sujeitar os embargos do executado (ou impugnação) ao prazo do § 1º do art. 33, a Lei de Arbitragem *nem sequer os teria previsto*, ao lado da ação de anulação, como via de impugnação da sentença arbitral. Seria suficiente, *tout court*, ter instituído esta última. Mas não foi o que se fez.

O legislador escolheu disponibilizar duas vias para pleitear a anulação da sentença arbitral condenatória – cada qual com suas regras e disciplina próprias.

(d) Se o legislador fez uma escolha boa ou ruim ao prever a possibilidade de se pedir a anulação da sentença arbitral condenatória pela via dos embargos do executado/impugnação, essa é outra questão. Está-se, aqui, partindo

³⁶⁴ “Basicamente”, pois os arts. 475-L e 741 preveem situações em que a impugnação ou embargos se prestarão para pleitear a anulação da sentença arbitral. Vide o item 7.4.6, abaixo.

do que a Lei n.º 9.307/1996 efetivamente estabeleceu e tentando dar um sentido para a escolha realizada.

Uma possível justificativa para que as sentenças arbitrais condenatórias fiquem sujeitas ao controle estatal por mais tempo do que as constitutivas e as declaratórias seria a de que, distintamente destas, aquelas não bastam por si só para a tutela integral do jurisdicionado. Os efeitos que produzem no mundo jurídico não são suficientes a tanto. Se não espontaneamente cumpridas, necessitam ser executadas (mediante a realização de atos materiais, de modificação do mundo dos fatos) para que se consolide a tutela que veiculam. Assim, pode-se dizer que, até que efetivada por meio da execução instaurada, a sentença condenatória é mais frágil do que a declaratória e a condenatória, pois incompleta – razão pela qual é possível desconstituí-la por via dos embargos, enquanto estes forem cabíveis *segundo as normas que os regem*.

(e) Nem se diga que uma “interpretação sistemática” da Lei n.º 9.307/1996 permitiria concluir que os embargos (ou a impugnação) do executado estariam sujeitos ao prazo de noventa dias, quando voltados ao fim de obter a anulação da sentença arbitral. Com efeito, a técnica da interpretação sistemática *não autoriza concluir contrariamente ao que expressa e claramente dispõe a Lei*.

Ou seja, a interpretação sistemática não permite alterar o conteúdo dos comandos legais, de modo a afastar as disciplinas jurídicas diversas que o legislador textualmente estabeleceu para situações igualmente diversas – como as que se têm nos casos de sentenças arbitrais condenatórias e as declaratórias e constitutivas (aquelas sujeitas a impugnação também pela via e segundo o procedimento dos embargos/impugnação).

O art. 33 da Lei n.º 9.307 não condiciona, portanto, a formulação de pedido de anulação da sentença arbitral pela via dos embargos do executado (ou impugnação) ao prazo de noventa dias. Pretender sustentar o contrário daria, inclusive, margem a situação de discutível legitimidade: a parte vitoriosa na arbitragem poderia facilmente impossibilitar o manejo dos embargos/impugnação (com fulcro no art. 32) pela sucumbente. Bastar-lhe-ia iniciar a execução depois de passados os noventa dias. Contudo, não se afigura razoável que uma parte tenha o acesso a um determinado regime de invalidação, ao qual – *por expressa previsão legal* – tem direito, tolhido pela conduta da outra.

Sem prejuízo disso tudo, cumpre destacar que muitos dos vícios arrolados no art. 32 da Lei não acarretam a “mera” nulidade da sentença arbitral. Como se expôs no item 4.4, alguns daqueles vícios geram a sua inexistência ou a sua ineficácia jurídica. Outros consistem em defeitos materiais relevantes para a perfeita identificação da sentença. Trata-se de vícios que podem ser suscitados a todo tempo (mesmo após o término do prazo para a demanda anulatória) e conhecidos até mesmo *incidenter tantum*, *i.e.*, incidentalmente em processo judicial no qual a sentença arbitral seja invocada.

Logo, ainda que houvesse no § 3º do art. 33 da Lei de Arbitragem algum tipo de restrição quanto ao possível objeto dos embargos do executado/impugnação, o que aqui se põe a título de mera argumentação, não se poderia pretender, a partir da pretensa limitação, afastar o regime jurídico das sentenças arbitrais inquinadas daqueles outros vícios e o de seus meios de controle judicial. Noutras palavras, seja qual for o entendimento adotado quanto ao contido no § 3º do art. 33, não se pode olvidar que (ao menos) os *errores in procedendo* capazes de acarretar a inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral ou aqueles que consubstanciem defeitos materiais relevantes da sentença sempre poderão ser arguidos por embargos do executado/impugnação, tenha ou não havido o decurso do prazo do § 1º daquele artigo – a não ser, evidentemente, que já tenha a irregularidade sido objeto de anterior medida judicial com o condão de produzir coisa julgada material.

De resto, não há como deixar de reconhecer, independentemente a tese que se adote entre aquelas acima resumidas, que os embargos e impugnação poderão versar sobre qualquer das matérias referidas no parágrafo único do art. 741 e no § 1º do art. 475-L mesmo depois do decurso do prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307 – havendo entre elas casos de vícios que afetam diretamente a sentença arbitral exequenda (vide o item 7.4.6, abaixo).

7.4.5 – Sobre o ajuizamento dos embargos do executado ou impugnação depois de já proposta outra demanda de controle da sentença arbitral

O momento para ajuizar os embargos do executado ou impugnação, inclusive para alegar as matérias do art. 32 da Lei de Arbitragem, é aquele que se encontra definido no Código de Processo Civil³⁶⁵ (arts. 475-J, § 1º, 730, 738³⁶⁶). O ajuizamento dos

³⁶⁵ ARMELIN, Notas sobre ação rescisória..., p. 16.

embargos ou impugnação pode ser feito, em alguns casos, ainda que anteriormente tenha-se proposto, *sem sucesso*, outra demanda destinada ao controle judicial da sentença arbitral com fundamento no art. 33 da Lei n.º 9.307.

Por um lado, se a sentença proferida (e já transitada em julgado formalmente) houver extinguido a demanda anterior sem julgamento do mérito, ficará em tese possibilitado o pleno manejo dos embargos do executado ou impugnação³⁶⁷. Ou melhor, estes serão admissíveis (ao menos em relação ao pressuposto processual negativo da coisa julgada) com fulcro em qualquer dos casos referidos no art. 32 da Lei n.º 9.307 – além daqueles do art. 741 ou do art. 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil.

Por outro, se a sentença proferida houver decidido o mérito da demanda anterior, restará impedida a via dos embargos ou impugnação somente no que concerne à causa de pedir já apresentada. Suponha-se, por exemplo, que a Fazenda Pública tenha proposto demanda anulatória sustentando ter sido a sentença arbitral proferida em desrespeito aos princípios do contraditório e da imparcialidade. Nada obsta que, em seguida, ela ajuíze embargos de executado

³⁶⁶ O prazo para a Fazenda Pública formular embargos à execução, previsto no *caput* do art. 730 do Código de Processo Civil, foi alterado (para trinta dias) pela Medida Provisória n.º 2.180-35/2001 – que inseriu o art. 1º-B na Lei n.º 9.494/1997.

³⁶⁷ Como se sabe, existe na doutrina polêmica discussão sobre a natureza da decisão que afirma a ausência de condição da ação e extingue o processo, se é ela ou não uma decisão de mérito e se faz coisa julgada material. Entendendo que se trata sempre de uma decisão de mérito – de improcedência – por estar sempre fundada em cognição acerca de aspectos da relação de direito material: COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Entendendo que apenas a decisão que afirma a impossibilidade jurídica do pedido é de mérito e que, a menos que não resultante de uma cognição sumária pautada exclusivamente no que está exposto na inicial, a decisão que afirma a falta de interesse de agir ou de legitimidade processual de mérito não é: BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, p. 228 e seguintes. Por fim, reputando que a sentença de carência (seja por ilegitimidade processual, por falta de interesse de agir ou por impossibilidade jurídica do pedido) jamais é de mérito, mas sempre meramente extintiva: DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, p. 323-324.

Note-se, porém, que muitos dos adeptos de tais correntes (entre os quais os ora referidos) concordam no sentido de que o comando da sentença que decreta a carência, seja esta considerada ou não de mérito, sempre ficará acobertado por certa “imutabilidade”, nos limites da cognição realizada acerca dos aspectos da relação de direito material – o que, para alguns, corresponde a verdadeira e própria coisa julgada material. Aceita tal conclusão, uma vez extinto o processo anterior por *carência da ação*, não poderá a demanda ser simplesmente reproposta (sem o preenchimento da condição tida por faltante) em juízo com chances de ter seu mérito julgado – seja sob as vestes de “ação anulatória” ou “declaratória”, seja sob as vestes de embargos do executado ou impugnação ao cumprimento de sentença. Ou seja, o juízo da “nova” ação não poderá deixar de observar o decidido em relação à ação “anterior”.

fundada na pretensa nulidade da convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso arbitral).

Se a demanda anteriormente proposta contra a sentença arbitral tiver sido acolhida no mérito por sentença transitada em julgado, seu resultado deverá ser necessariamente observado em futuros processos judiciais instaurados entre as partes no âmbito dos quais seja ele relevante. Trata-se de imposição da eficácia positiva da coisa julgada material.

Assim, por exemplo, a execução da sentença arbitral já anulada por decisão judicial definitiva não é possível – podendo a parte demandada em eventual execução invocar, até mesmo por “exceção de pré-executividade”, *rectius*, objeção, a falta de título executivo e consequente inviabilidade do pleito executivo. Nessa hipótese, inclusive, a parte demandada na execução nem sequer terá interesse-necessidade para pedir novamente a anulação da sentença arbitral por embargos ou impugnação.

Pode ser, outrossim, que o acolhimento da demanda anteriormente proposta resulte na complementação ou correção de defeito material da sentença arbitral (v.g., a sentença arbitral era *citra petita* e, por determinação judicial, veio a ser complementada com decisão dos árbitros sobre o pedido antes olvidado). Nesse caso, vindo a ser, depois de complementada ou corrigida, objeto de execução, a sentença arbitral ainda poderá ser impugnada por embargos ou impugnação – para a alegação de outros eventuais vícios que a contaminem.

Por fim, nada impede que a parte interessada ajuíze a ação de embargos do executado ou, se for o caso, impugnação ao cumprimento da sentença arbitral enquanto a demanda anteriormente proposta *ainda estiver em trâmite*. Apenas se exige que as medidas tenham fundamentos (*i.e.*, causas de pedir) diversos, sob pena de se configurar litispendência (*ex vi* do art. 301, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil).

Ressalve-se, porém, que a pendência de processo anterior (voltado ao controle da sentença arbitral em caráter principal) não impedirá a parte interessada de invocar, no bojo da própria execução instaurada, em caráter incidental, determinados vícios da sentença. Conforme se vê no item 8.3, abaixo, existem vícios sentenciais que podem ser conhecidos *incidenter tantum* e, em alguns casos, até mesmo de ofício pelo juiz – são vícios que acarretam a

inexistência da sentença arbitral ou sua ineficácia jurídica ou defeitos materiais que dificultem/impeçam a sua identificação (vide os itens 4.4.2, 4.4.3 e 4.4.4).

Nessas situações, a pendência de processo versando *principaliter* sobre o vício sentencial não impedirá a sua alegação incidentalmente na execução. O acolhimento dessa alegação poderá ou não inviabilizar o prosseguimento do processo executivo, a depender do caso (por exemplo: se é reconhecida a inexistência jurídica da sentença, o prosseguimento da execução fica inviabilizado; se é identificada a nacionalidade brasileira da sentença, nela não especificada, dá-se normal prosseguimento ao processo de execução).

O processo anterior, que versar em caráter principal sobre o mesmo vício alegado incidentalmente na execução, não perderá, *a priori*, o objeto. Isso porque a decisão tomada em caráter incidental na execução não fará coisa julgada material. Mesmo se a alegação do vício tiver sido acolhida na execução haverá, em princípio, interesse no prosseguimento do processo anterior. É que a decisão proferida em tal processo, sim, terá o condão de produzir coisa julgada material sobre o seu objeto – o que será útil para prevenir novos e indevidos pleitos da parte vencedora na arbitragem contra a sentença nela proferida.

7.4.6 – O controle da sentença arbitral com base nos arts. 475-L e 741 do Código de Processo Civil

Tendo em vista os limites do presente estudo, não serão analisados a seguir os incisos dos arts. 475-L e 741 do Código de Processo Civil nos quais se trata de situações pertinentes ao procedimento de execução instaurado (por exemplo, ilegitimidade das partes, incompetência e suspeição ou impedimento do juízo, defeitos nos atos de constrição) ou ao mérito da pretensão creditícia (por exemplo, o pagamento, a transação e a prescrição) *mas que não afetam o título executivo diretamente*. Com efeito, quando os embargos do executado ou a impugnação do art. 475-L são ajuizados nessas situações, as mesmas lições que se lhes aplicam nos casos em que a sentença exequenda é judicial valem para os casos em que a execução estiver fundada em sentença arbitral condenatória.

Restam, assim, o art. 475-L, inciso I e § 1º, e art. 741, inciso I e parágrafo único, do Código de Processo Civil. Esses dispositivos se referem a situações que antecedem a formação do (pretenso) título executivo (aqui, a sentença arbitral nacional

condenatória) e em que este é diretamente afetado, de modo a inviabilizar a pretensão executiva.

7.4.6.1 – Impugnação da sentença arbitral com base no art. 475-L, inciso I, ou 741, inciso I, do Código de Processo Civil

Os arts. 741, inciso I, e 475-L, inciso I, do Código de Processo Civil admitem o ajuizamento dos embargos ou impugnação em caso de inexistência ou nulidade de citação do executado no processo ou fase de conhecimento de que houver provindo a sentença exequenda – claro, desde que não tendo havido o comparecimento espontâneo do executado no processo/fase de conhecimento (*ex vi* do art. 214, § 1º).

Em um primeiro momento, pode parecer que o dispositivo não se aplica quando o título executivo consistir em sentença arbitral, uma vez que a “citação” não consiste em ato típico/próprio da arbitragem. Contudo, partindo-se do entendimento segundo o qual os arts. 741 e 475-L não trazem enumeração em si exaustiva, mas um elenco taxativo de “categorias de matérias” que podem ser suscitadas pela via dos embargos do executado ou impugnação³⁶⁸, é perfeitamente possível admitir o emprego dessas medidas com fulcro no inciso I dos referidos artigos quando a execução fundar-se em sentença arbitral.

Nessa esteira, devem ser reputadas compreendidas na categoria do inciso I do art. 741 e inciso I do art. 475-L todas aquelas situações de desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa capazes de comprometer a existência ou eficácia jurídica da sentença arbitral exequenda. Por exemplo: sentença proferida contra sujeito que, apesar de ter firmado a convenção, não teve chance de participar do processo arbitral – caso de ineficácia jurídica (item 4.4.3); sentença oriunda de processo de que nenhum dos contendentes pôde participar – caso de inexistência jurídica (item 4.4.2).

7.4.6.2 – Impugnação da sentença arbitral com base no art. 475-L, § 1º, ou 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil

Não se questiona o fato de que o Poder Judiciário se encontra impedido de adentrar no mérito das sentenças dos árbitros, não podendo o seu controle ir além da

³⁶⁸ WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 2. p. 429.

verificação da existência de *errores in procedendo* que possam contaminá-las – nos limites legais. Esse é um ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência³⁶⁹.

Seria possível, então, ajuizar embargos do executado ou impugnação com fulcro no parágrafo único ao art. 741 ou § 1º do art. 475-L, sendo a sentença exequenda arbitral? A dúvida se põe na medida em que a verificação da incompatibilidade da sentença com a Constituição Federal, segundo os parâmetros daquele dispositivo, pode eventualmente exigir a análise de seu mérito (*i.e.*, das razões de decidir) pelo Judiciário³⁷⁰.

Trata-se de questão bastante delicada. E entre os poucos autores que a enfrentaram verificam-se divergências que permitem desde logo diferenciar algumas teses a seu respeito.

7.4.6.2.1 – Tese ampliativa

Alguns dos autores que já trataram da questão manifestam-se no sentido de que a impugnação ou embargos podem, em caso de execução de sentença arbitral, fundar-se no parágrafo único do art. 741 e no § 1º do art. 475-L sem restrições.

Nesse sentido posiciona-se, *v.g.*, RANZOLIN. A plena aplicabilidade daquelas regras em caso de execução de sentença arbitral decorreria do fato de estarem elas previstas no mesmo diploma normativo que estabeleceu que a sentença arbitral consiste em título sujeito ao mesmo procedimento de execução (e impugnação) dos títulos judiciais.

O autor observa que a decisão arbitral pode, por escolha das partes, fundar-se em normas estrangeiras – não sujeitas ao controle de constitucionalidade

³⁶⁹ Aliás, a pesquisa desenvolvida conjuntamente pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, referida nas notas 301 e 316, demonstra que um número reduzido de arbitragens no Brasil chega a envolver algum tipo de ação judicial. Constatou-se, a partir dos diversos processos judiciais analisados, que apenas pequena parte deles objetivava obter a “anulação” da sentença arbitral e que em quase todos (dos poucos) casos em que “anulou” a sentença arbitral o Judiciário agiu corretamente, observando os limites do art. 32 da Lei n.º 9.307. Portanto, o panorama atual da jurisprudência dos tribunais brasileiros em matéria de arbitragem é fortemente favorável ao instituto. Não se têm acolhido pretensões “anulatórias” fundadas em mero inconformismo com o conteúdo das decisões dos árbitros. Os estreitos limites previstos em lei para o controle judicial das sentenças arbitrais vêm sendo, de um modo geral, observados – o que torna, sem dúvida nenhuma, o Brasil um local seguro para “sediare” arbitragens.

³⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 2002. p. 53.

por parte do Supremo Tribunal Federal; ou ainda que os julgamentos arbitrais podem ser feitos por equidade ou com base em princípios gerais do direito. Contudo, a seu ver, isso não impediria o controle judicial da sentença arbitral fundado nos dispositivos do Código de Processo Civil em referência.

Nesses casos, afirma RANZOLIN, se a regra ou princípio aplicado pela sentença arbitral apresentar conteúdo material coincidente com o de alguma norma do ordenamento brasileiro – ou interpretação que lhe tenha sido dada – considerada conflitante ou incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, a impugnação (ou embargos) poderá se fundar no § 1º do art. 475-L (ou do parágrafo único do art. 741) do Código de Processo Civil³⁷¹.

ARMELIN, da mesma forma, afirma, sem ressalvas, a possibilidade de impugnar a sentença arbitral com fundamento no parágrafo único do art. 741 (ou § 1º do art. 475-L). Isso permite concluir que também tal autor adota, em linhas gerais, a tese ampliativa em comento³⁷².

7.4.6.2.2 – Tese intermediária

PARENTE, depois de destacar a impossibilidade de o Poder Judiciário controlar decisões arbitrais que veiculem soluções que em seu conteúdo se mostrem desconformes com a Constituição Federal, ressalva que, se estiver fundada em norma que venha a ser *posteriormente* declarada inconstitucional “em julgamento abstrato” pelo Supremo Tribunal Federal, a sentença arbitral poderá – por uma questão de “isonomia” com relação aos demais títulos executivos “judiciais” – ser impugnada com base no § 1º do art. 475-L (ou, se for o caso, no parágrafo único do art. 741) do Código de Processo Civil.

O autor afirma que a realização desse controle implicaria exame do conteúdo da sentença arbitral pelo Poder Judiciário. Por outro lado, afasta a possibilidade de o Judiciário proceder a um novo julgamento da causa decidida

³⁷¹ RANZOLIN, op. cit., p. 188.

³⁷² São os termos de ARMELIN: “A remessa da Lei n.º 9.307 aos embargos previstos no art. 741 em tela leva à conclusão de que também esse novo fundamento para os embargos pode ser utilizado isolada ou concomitantemente com aqueles correspondentes às causas de nulidade da sentença arbitral contempladas no supracitado art. 32 desse Diploma Legal. Em consequência, um câmbio de orientação pretoriana no STF poderá subtrair de uma sentença arbitral condenatória sua exigibilidade, tornando-a insusceptível de ensejar a via executiva e, destarte, a satisfação do litigante vitorioso na esfera arbitral. É o fenômeno da coisa julgada inconstitucional atuando no âmbito arbitral” (ARMELIN, Notas sobre ação rescisória..., p. 14-15).

pelos árbitros. O acolhimento da impugnação (ou embargos) levaria apenas ao reconhecimento da “inexigibilidade” do título executivo constituído pela sentença arbitral.

Ademais disso, PARENTE exclui do campo de aplicação das referidas regras do Código aquelas situações em que a norma *já tiver sido declarada inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal ao tempo de sua escolha pelas partes para aplicar-se ao processo arbitral. Nesse caso, diz o autor, deve prevalecer a autonomia da vontade das partes: ao elegerem norma inconstitucional, as partes terão assumido voluntariamente o risco de receberem decisão com vício de conteúdo que não estará sujeito ao controle judicial³⁷³.

7.4.6.2.3 – Tese impeditiva

LEÃO considera que a sentença arbitral não pode ser impugnada com fundamento no parágrafo único do art. 741 ou § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil.

Segundo a autora, os dispositivos criariam uma “...perigosa e indesejável oportunidade de o juiz estatal rever o mérito da decisão do árbitro.”³⁷⁴ Além disso, a situação neles referida refugiria aos limites do rol taxativo definido no art. 32 da Lei n.º 9.307. Por fim, o parágrafo único do art. 741 e o § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil seriam, de acordo com LEÃO, inconstitucionais, uma vez que negariam “...a autoridade da coisa julgada material, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito”³⁷⁵.

Compreende-se a preocupação de LEÃO, mas não se concorda com suas conclusões.

De fato, as sentenças arbitrais não podem ser controladas por razões relacionadas ao seu mérito, segundo uma interpretação teleológica da Lei de Arbitragem. Mas isso não é suficiente para negar a possibilidade de impugnar a sentença arbitral com fundamento no parágrafo único do art. 741 e no § 1º do art. 475-L. Como se demonstra no item seguinte, em determinados casos, a “inconstitucionalidade” residirá em aspectos

³⁷³ PARENTE, op. cit., p. 284-285.

³⁷⁴ LEÃO, op. cit., p. 84.

³⁷⁵ Ibid., p. 85.

formais do processo ou da sentença arbitral, autorizando (conforme aqueles dispositivos legais) o seu controle judicial. Ou seja, nem sempre a “inconstitucionalidade da sentença arbitral” (compreendida nos limites do parágrafo único do art. 741 e do § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil) residirá em seu conteúdo.

Depois, compreendidos nos limites do item seguinte, os referidos artigos do Código de Processo Civil, como regra, não permitirão impugnar a sentença arbitral condenatória em situações nas quais já não pudesse ela ser impugnada com fundamento direto no art. 32 da Lei n.º 9.307. No mais das vezes, as “inconstitucionalidades” alegáveis para o fim de impugnar a sentença arbitral conduzirão a algum dos casos do art. 32.

De resto, não se concorda com a conclusão de que o parágrafo único do art. 741 e o § 1º do art. 475-L sejam inconstitucionais. Eles podem até serem considerados inconvenientes ou coisa que o valha, mas inconstitucionais, pura e simplesmente, não são. Compreendido que preveem (nas palavras de TALAMINI) “...uma nova hipótese e meio de desconstituição de um título judicial”, ou seja, “...um novo e especialíssimo mecanismo rescisório” cujo cabimento condiciona-se ao preenchimento de requisitos objetivos bem definidos e bastante restritos, conclui-se que os referidos dispositivos estão de acordo com a Constituição.

Como se sabe, embora a coisa julgada seja uma garantia constitucional, cabe ao legislador infraconstitucional, com ampla (embora não irrestrita) liberdade, discipliná-la, criando os meios e hipóteses para sua desconstituição. Basta ver que os casos em que cabe a rescisão da coisa julgada estão definidos no art. 485 do Código de Processo Civil – *i.e.*, foram estabelecidos justamente pelo legislador infraconstitucional. A questão, portanto, é interpretar o parágrafo único do art. 741 e o § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil em conformidade com a Constituição – reconhecendo-se em tais dispositivos não situações de exclusão/ausência de coisa julgada, mas novos casos e meios para a excepcional quebra da coisa julgada³⁷⁶.

³⁷⁶ Para um exame mais aprofundado da questão, vide: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 460-463.

Ensina TALAMINI: “O parágrafo único do art. 741 poderia dar ensejo a interpretações em dois sentidos: 1º) o dispositivo preveria casos em que o título executivo torna-se ineficaz, pura e simplesmente. A coisa julgada (ou a estabilidade do título, nas hipóteses em que ele não se reveste daquela autoridade) e a eficácia executiva do ato simplesmente cairiam por terra em face do pronunciamento do Supremo. Vale dizer, a definição da questão constitucional em uma das hipóteses acima cogitadas teria força para automaticamente, *ipso iure*, desconstituir o título executivo judicial amparado em solução que lhe fosse desconforme. A arguição prevista no art. 741, parágrafo único, destinar-se-ia apenas ao reconhecimento, à declaração, da ineficácia do documento trazido como título. Bastaria a constatação do contraste entre o

(entendimento que amparou o) título judicial e o pronunciamento do Supremo; 2º) estaria sendo estabelecida uma nova hipótese e um novo meio de desconstituição de um título judicial; um novo e especialíssimo mecanismo rescisório. Nos casos em que esse título estivesse acobertado pela coisa julgada material, os embargos funcionariam como novo e excepcional mecanismo de rescisão dessa autoridade, ainda que restrito ao comando condenatório contido na decisão. A questão constitucional relevante na formação do título haveria de ser reexaminada nos embargos, cabendo ao juiz sobre ela pronunciar-se – exclusivamente para definir a manutenção ou o desfazimento do comando condenatório.”

E prossegue o autor: “Pode parecer que não há diferença entre as duas possíveis leituras do dispositivo, pois no segundo caso o juiz estaria vinculado ao pronunciamento do Supremo. *Mas a distinção entre uma e outra talvez seja fundamental para definir a constitucionalidade da própria regra.* Ao primeiro enfoque pode objetar-se que ele confunde o plano normativo com o plano dos atos praticados sob a égide da norma inconstitucional. Como antes se disse, a sentença que veicula uma solução inconstitucional não é nula nem ineficaz, mas injusta; e mesmo que a inconstitucionalidade afete um pressuposto de validade do processo, a coisa julgada funciona como *sanatória geral* do processo. Desse modo, tal interpretação só seria em algum sentido adequada na excepcional hipótese de a inconstitucionalidade repercutir sobre os pressupostos de existência do processo – e ainda assim o enquadramento não seria perfeito. É que, intimamente ligado a essa primeira objeção, há ainda outro aspecto. A noção de que o pronunciamento eivado de inconstitucionalidade é de pleno direito ineficaz dificilmente pode ser compatibilizada com a ideia da possível preservação de efeitos gerados pela norma inconstitucional. A favor do primeiro enfoque haveria apenas o ténue argumento de que a lei manda considerar a hipótese como sendo de *inexigibilidade*, para o fim de interposição de embargos – e a *inexigibilidade* propriamente dita, sob certo aspecto, afeta a *eficácia* do título.”

Assim, “...a segunda interpretação parece mais consentânea com os parâmetros antes expostos. O título fundado na solução inconstitucional é em princípio eficaz e será desconstituído na medida em que o juiz constate sua incompatibilidade absoluta com a orientação do Supremo... É bem verdade que a ideia de que nesse caso o título deve ser desconstituído em nada se amolda à previsão legal de que ele é considerado *inexigível*. Mas a equiparação com *inexigibilidade* pretendida pelo legislador já seria, de qualquer modo, imprópria. Afinal, o título é *inexigível* quando a obrigação nele representada ainda não precisa ser cumprida, porque pendente de termo ou condição. E isso nada tem a ver com a hipótese prevista na regra em exame, seja qual for a interpretação que se lhe dê. Ao que tudo indica, a alusão que o dispositivo faz a *inexigibilidade* foi uma tentativa (inútil e atécnica) do legislador de enquadrar a nova hipótese de embargos em alguma das categorias já existentes, para assim diminuir as censuras e a resistência à inovação.”

Mais adiante, TALAMINI ressalva que contra essa interpretação se poderia opor que “...a coisa julgada é uma garantia constitucional, de modo que a nova previsão legal, ao pretender afastá-la em certas hipóteses, seria inconstitucional por ofensa à segurança jurídica.” Esse argumento seria, entretanto, respondível “...com a consideração de que, embora sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, os seus limites, sua conformação, seu regime de vigência, são em grande parte estabelecidos pela legislação infraconstitucional. Não se quer com isso afirmar a absoluta liberdade do legislador infraconstitucional para dizer quando há e quando não há coisa julgada. Tal entendimento tornaria letra morta a cláusula constitucional que consagra a garantia. A configuração infraconstitucional da coisa julgada submete-se a parâmetros constitucionais (os princípios da segurança jurídica, do contraditório, do devido processo, da proporcionalidade *etc.*). Mas, dentro desses parâmetros, cabe à lei infraconstitucional fixar o regime da coisa julgada, inclusive quanto às formas de sua desconstituição. Basta pensar no instituto (precipualemente infraconstitucional) da ação rescisória.”

Portanto, de acordo com a lição de TALAMINI, bem compreendidos, os dispositivos em questão não afrontam a garantia da coisa julgada.

7.4.6.2.4 – O entendimento adotado neste trabalho

De acordo com o entendimento adotado neste trabalho, a invocação do contido no parágrafo único do art. 741 e no § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil para fins de controle judicial das sentenças arbitrais condenatórias tem cabimento, mas de forma limitada.

A Lei n.º 9.307 (em seus arts. 32 e 33) exclui a possibilidade de o Judiciário controlar a sentença arbitral por razões relacionadas ao seu mérito/conteúdo. Diversamente do que se passa no caso da ação rescisória, que (conforme, por exemplo, os incisos V, VI, VII e IX do art. 485) pode ser manejada em determinadas situações de *errores in judicando*, as ações pelas quais a sentença arbitral pode ser controlada se prestam apenas para a alegação de *errores in procedendo*. Foi uma escolha do legislador, legitimada pelo fundamento negocial da arbitragem e necessidade de sua realização segundo os ditames do devido processo legal e preordenada a fortalecer o (e dar segurança ao) instituto – eliminando ingerências estatais aptas a prejudicar a sua efetividade como meio de solução adequada de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Uma das principais qualidades da arbitragem reside na permissão legal a que as partes escolham as normas de direito material que serão aplicadas para compor o conflito entre elas existente. Existe a possibilidade de as partes pactuarem que o julgamento deve se realizar por equidade ou com base em princípios gerais do direito, usos e costumes ou, ainda, nas regras internacionais de comércio. É o que prescreve o art. 2º da Lei n.º 9.307/1996.

Esse mesmo artigo, em seu § 1º, ressalva que as regras escolhidas pelas partes não podem violar os “bons costumes” e a “ordem pública”. Isso *não* permite concluir, porém, que toda e qualquer sentença arbitral que seja conflitante com normas constitucionais (mesmo que consideradas de “ordem pública”) possa ser controlada judicialmente (estejam ou não preenchidos os requisitos do parágrafo único do art. 741 ou do § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil).

O art. 2º, § 1º, da Lei n.º 9.307 deve ser interpretado em conformidade com o disposto no art. 32³⁷⁷. Quando prescreve que as regras

³⁷⁷ O inciso II do art. 39 estabelece que a sentença arbitral estrangeira não deve ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça quando ofender a ordem pública nacional. Uma interpretação possível para a regra é a de que a “ordem pública” nela referida é, também, apenas a *processual*.

escolhidas pelas partes não podem violar a ordem pública³⁷⁸, aquele dispositivo refere-se ao que se compreende por *ordem pública processual*: as regras escolhidas pelas partes não podem violar as normas *processuais* que a Lei qualificou como essenciais para a preservação da ordem pública – as quais se encontram taxativamente contempladas no art. 32³⁷⁹. Ora, se as situações em que a sentença arbitral pode ser controlada pelo Judiciário são somente aquelas definidas na Lei, referindo-se todas elas a casos de *erros in procedendo*, então se conclui que a ordem pública a que o art. 2º, § 1º, refere-se é apenas a processual³⁸⁰. A Lei não estabelece sanção alguma para casos de desconformidade da sentença com a ordem pública material – verifique-se ou não violação a dispositivo constitucional³⁸¹.

O legislador considerou (e com razão) que *também o afastamento de soluções arbitrais não pode ser realizado em detrimento da ordem pública*. Um dos

Aliás, entende-se, aqui, que essa é a melhor interpretação para o inciso II do art. 39, até por uma questão de coerência com a disciplina do controle das sentenças arbitrais nacionais. Não se ignora, porém, que a adoção de tal entendimento enseja uma releitura dos arts. 38 e 39 – para se compreender que este último artigo, em seu inciso II, abrange outras situações de desconformidade com a ordem pública processual nacional além daquelas especificadas na Lei.

³⁷⁸ A ideia de “bons costumes” compreende-se no conceito de “ordem pública”, o qual, no contexto da Lei n.º 9.307, refere-se a normas essenciais para assegurar a legitimidade processual da decisão arbitral.

³⁷⁹ Como observa APRIGLIANO, “...em maior ou menor grau, todas as hipóteses do art. 32 têm alguma relação com a ordem pública, ou seja, em todas as hipóteses que autorizam a anulação da sentença arbitral pode-se identificar o elemento comum da proteção à violação da ordem pública” (APRIGLIANO, *Ordem pública...*, p. 50). Nesse mesmo sentido: ALMEIDA, op. cit., p. 266-267.

³⁸⁰ As normas processuais de ordem pública (formada pelos princípios processuais fundamentais para a garantia do devido processo legal) servem de baliza para a criação e adaptação de regras procedimentais na arbitragem. Ou seja, servem elas de limites em face da flexibilidade procedimental que marca a arbitragem. É o que leciona Marcos André Franco MONTORO, que ainda destaca que “...um dos motivos que autorizam o árbitro a modificar (adaptar) uma regra procedimental é a verificação de que a regra em questão viola alguma das balizas (garantias mínimas, limites) à flexibilização do procedimento arbitral, entre elas a ordem pública” (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 145).

³⁸¹ Em sentido semelhante, ROCHA expõe o seguinte: “...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 desconsideração manifesta do Direito aplicável. 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 algumas das hipóteses descritas no art. 32 (nulidade da convenção, proferimento de sentença por quem não podia ser árbitro, sentença proferida fora dos limites da convenção, etc.)” (ROCHA, op. cit., p. 279-280).

valores essenciais para a manutenção da ordem pública é justamente a segurança jurídica – que está na base das regras que definem a imutabilidade do conteúdo do comando das sentenças arbitrais. Por isso, o afastamento judicial de decisões arbitrais “inconstitucionais” (*ainda que preenchidos os requisitos arrolados no parágrafo único do art. 741 ou no § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil*) não tem cabimento irrestrito, não podendo o valor (fundamental ao Estado de Direito) da segurança jurídica ceder em face de toda e qualquer violação a normas da Constituição – mesmo quando elas também sejam de “ordem pública”.

Enfim, como foi exposto no item 4.1.2.1.3, o controle baseado no mérito da sentença arbitral apenas tem cabimento em situações excepcionais, nas quais a ofensa gerada a direito fundamental de uma das partes seja mais grave – segundo um juízo de ponderação, pautado nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – do que o afastamento da imutabilidade (ou “coisa julgada”) que (por razões de segurança jurídica e, assim, de ordem pública) acoberta o conteúdo do comando sentencial.

Portanto, considerando-se a disciplina da Lei n.º 9.307, conclui-se que, como regra geral, a formulação de embargos ou impugnação do executado com fundamento no parágrafo único do art. 741 ou no § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil não pode ser admitida se para a verificação da pretensa “inconstitucionalidade da sentença arbitral” for necessário examinar o seu conteúdo/mérito.

Mas não se pode deixar de considerar a possibilidade de o *decisum* arbitral estar, ele propriamente, em conformidade com a Constituição Federal, mas ter decorrido de feito no qual se tenha realizado ato ou desenvolvido fase fundamental para o seu resultado final com base (a) em *norma processual* declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato ou incidental (neste último caso, tendo o Senado Federal exercido a sua competência política de retirar a norma do ordenamento jurídico, conforme o art. 52, inciso X, da Constituição³⁸²) ou, ainda, (b) em interpretação ou aplicação de *norma processual* tida por incompatível com disposição constitucional (a consideração de incompatibilidade deve fundar-se em pronunciamento final do Supremo em processo de controle objetivo³⁸³).

³⁸² TALAMINI, Embargos..., p. 54-57.

³⁸³ Não é o entendimento de qualquer órgão do Poder Judiciário – menos ainda da parte interessada – acerca da constitucionalidade de uma determinada norma (ou de interpretação que lhe tenha sido conferida)

Observe-se: o parágrafo único do art. 741 e o § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil dizem que, verificada situação neles prevista, “o título” considera-se “inexigível”. Nada obstante, o chamado “título inconstitucional” (*rectius*, a obrigação nele consubstanciada) *não será propriamente inexigível* (no sentido técnico-processual do termo, o “título” é inexigível quando a obrigação nele consubstanciada ainda não precisa ser cumprida, pois sujeita a termo ou condição). Na verdade, a “sentença inconstitucional” será (aliás, antes mesmo de ser assim declarada, como se vê no item 7.4.6.2.4.3) injusta ou, então, nula, juridicamente ineficaz ou inexistente, conforme o caso³⁸⁴.

Imagine-se, por exemplo, que em um determinado processo arbitral a disciplina da fase de instrução probatória tenha se dado segundo dispositivo de lei posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por admitir a obtenção de *provas por meios ilícitos* (na hipótese, a norma ofendida encontra-se insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal). Pense-se, ainda, que em tal processo tenham realmente sido produzidas provas por meios ilícitos e que os árbitros as tenham tomado em consideração ao realizarem (em favor de quem as produziu) o julgamento da causa. Trata-se de caso em que, não fossem tais provas ilicitamente produzidas, a decisão arbitral apresentaria sentido diverso do verificado (com efeito, como destaca TALAMINI, “...é imprescindível que a questão constitucional seja aspecto suficiente para provocar a mudança ou supressão da decisão anterior”³⁸⁵).

Nada pode impedir que, em casos como esse, instaurada a execução, a parte interessada ajuíze os embargos ou impugnação com fulcro no parágrafo único do art. 741 ou § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil, tendo em vista a desconstituição do julgado. A demanda de forma alguma ensejará a ingerência do Poder Judiciário no *meritum* da causa submetida aos árbitros. Apenas e tão-somente implicará o controle judicial de *error in procedendo* que afeta a higidez da sentença arbitral³⁸⁶.

que enseja o manejo dos embargos do executado ou impugnação com fulcro no parágrafo único do art. 741 ou no § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil. Tal entendimento deve advir *do Supremo Tribunal Federal*, enquanto “guardião” da Constituição (conforme aqueles mesmos dispositivos – segundo a redação que lhes foi conferida pela Lei n.º 11.232/2005).

³⁸⁴ Nesse sentido, vide a lição de TALAMINI transcrita na nota 386, acima.

³⁸⁵ TALAMINI, Embargos..., p. 68.

³⁸⁶ Esse entendimento está em plena conformidade com a seguinte lição de TALAMINI, *mutatis mutandis*: “A inconstitucionalidade de uma norma apenas poderá acarretar propriamente a nulidade da sentença quando se tratar de norma processual reguladora dos requisitos de validade da sentença ou de

7.4.6.2.4.1 – Sentenças e/ou capítulos declaratórios e constitutivos inconstitucionais *nulos*

Se o dispositivo da sentença formar-se por vários capítulos, poderão ser desconstituídos “...apenas aqueles de eficácia condenatória e sobre os quais repercute logicamente a solução inconstitucional. Ou seja: capítulos da sentença com eficácia declaratória ou constitutiva não serão atingidos pela procedência dos embargos [ou impugnação] mesmo quando também vinculados logicamente à solução inconstitucional; capítulos da sentença que não guardem relação lógica com a solução inconstitucional permanecerão íntegros, ainda quando revestidos de eficácia condenatória.”^{387 e 388}

TALAMINI explica o motivo pelo qual não é razoável estender indiscriminadamente aos provimentos meramente declaratórios e aos constitutivos a solução do parágrafo único do art. 741 ou do § 1º do art. 475-L, admitindo-se seu ataque mesmo depois de decorrido o prazo para o ajuizamento da ação rescisória³⁸⁹ (para os fins do presente estudo, leia-se *ação anulatória*): “Há uma explicação para o tratamento diferenciado para as sentenças *condenatórias* ainda não executadas. Há algo que justifica, nesse caso, uma regra geral possibilitando que o combate à solução inconstitucional vá além da ação rescisória. É a circunstância de a sentença condenatória ser, em si mesma,

validade dos atos que repercutam necessariamente sobre a sentença. Exemplificando: i) uma hipotética lei dispensa o juiz de motivar ao sentenciar, e o juiz, amparado nessa regra, profere sentença sem fundamentação; ii) uma hipotética lei proíbe prova oral em processos de direito de família, e o juiz, com base nela, indefere o requerimento de prova testemunhal feito pelo autor, julgando a ação improcedente por falta de provas. Do mesmo modo, a inconstitucionalidade de uma norma apenas poderá conduzir à inexistência ou à ineficácia de pleno direito de uma sentença quando diretamente repercutir sobre os pressupostos de existência da sentença ou do processo como um todo. Assim, se uma lei viesse a dispensar a citação do réu em ações de valor inferior a mil reais, permitindo que o processo tramitasse integralmente sem a sua participação, a sentença no processo que houvesse aplicado essa regra seria ineficaz *pleno iure* perante o réu, na medida em que ele não seria integrado a relação processual” (TALAMINI, Embargos..., p. 53).

³⁸⁷ Ibid., p. 68-69.

³⁸⁸ Embora discorde de TALAMINI quando este conclui que somente a sentença condenatória está em regra suscetível de ser impugnada com fundamento no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, LUCON concorda com a sua afirmação de que somente os capítulos contaminados pela inconstitucionalidade é que poderão ser impugnados. Confira-se: “...se a decisão tiver mais de um capítulo e esses capítulos forem autônomos, caso apenas um deles tenha fundamento em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível a desconstituição do outro capítulo” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 84, dez. 2005. p. 163).

³⁸⁹ Lembrando que a matéria do art. 741, parágrafo único, e do § 1º do art. 475-L serve de fundamento para a ação rescisória, mas com fulcro no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil e observado o prazo decadencial de dois anos (art. 495).

uma *tutela incompleta*. A tutela gerada pelo provimento declaratório basta para os fins pretendidos pelo autor. O mesmo se diga acerca da relação entre tutela e sentença constitutivas. Já a condenação é apenas um passo no caminho da solução integral de que necessita o jurisdicionado. Tal solução depende de providências práticas, concretas, materiais. Não havendo cumprimento espontâneo, o resultado almejado só se obtém com a execução. Essa diferença ajuda a justificar a regra em estudo. Se foi necessária a execução – e por isso estão cabendo embargos [ou impugnação] – é porque ainda não se tem aquela situação final consolidada que corresponderia à tutela condenatória-executiva (muito embora já possa haver coisa julgada). Sob essa perspectiva, desconstituir as eficácias declaratória e constitutiva é mais grave do que desconstituir a eficácia condenatória, no momento dos embargos [ou impugnação].³⁹⁰

LUCON opõe-se, nesse ponto, a TALAMINI. A seu ver, as sentenças declaratórias e as constitutivas estariam sujeitas – por tempo indeterminado, inclusive – a ataque fundado na causa mencionada no art. 741, parágrafo único, e § 1º do art. 475-L. O autor entende que o fundamento constante do art. 741, parágrafo único, e do § 1º do art. 475-L “...constitui causa de pedir autônoma e suficiente para dar ensejo à propositura de ação cognitiva autônoma imprescritível.” Isso porque reputa que: “A inconstitucionalidade de uma lei, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, constitui invalidade insanável e, por isso, não pode estar restrita ao campo exclusivo dos embargos [ou impugnação]. Por essa razão, essa *causa petendi* pode viabilizar ação cognitiva autônoma com o escopo de desconstituir sentença que se baseou exclusivamente em lei reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal independentemente de seu conteúdo, seja o ato de poder meramente declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental.”³⁹¹

O entendimento de TALAMINI parece, porém, ser mais adequado. E isso pelas seguintes razões:

(i) Por conta dos próprios termos do Código de Processo Civil, que previu a possibilidade de impugnar a “sentença inconstitucional” após o decurso do prazo da ação rescisória ou da ação anulatória do § 1º do art. 33 da Lei de Arbitragem apenas e tão-somente pela via de embargos do executado ou impugnação ao cumprimento de sentença – medidas essas não cabíveis quando se tratar de sentenças que não sejam condenatórias. Ou seja, o legislador escolheu

³⁹⁰ TALAMINI, Embargos..., p. 79.

³⁹¹ LUCON, Coisa julgada..., p. 161.

criar um novo momento para a impugnação da sentença “condenatória” – estabelecendo, porém, novas exigências para que a impugnação possa ser feita nesse novo momento (por exemplo, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da lei aplicada no processo ou pela sentença *etc.*).

(ii) A aplicação da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a interpretação da lei ou ato normativo tida por incompatível com a Constituição *não geram necessariamente a “nulidade” da sentença*. Gerarão sua nulidade apenas e tão-somente se a lei aplicada ou interpretação adotada (tida por inconstitucional pelo Supremo) se referir a aspectos que repercutam necessariamente sobre a validade da sentença. Fora dessas hipóteses, a dita “sentença inconstitucional” será *injusta* – ou, eventualmente, inexistente ou juridicamente ineficaz, conforme se menciona mais adiante e já se indicou na nota 386, acima³⁹².

(iii) Mas, injusta ou inválida, a “sentença inconstitucional” não estará inquinada de falha insanável, que possa ser conhecida a todo tempo ou incidentalmente em processo no qual seja invocada. Sentenças injustas e as inválidas fazem “coisa julgada material”. Aliás, nesse ponto cabe destacar que mesmo LUCON afirma que a finalidade dos embargos do executado fundados no parágrafo único do art. 741 (e também a da impugnação do § 1º do art. 475-L) é *desconstituir* a coisa julgada que acoberta o conteúdo do seu dispositivo – reconhecendo, portanto, o seu “atributo rescisório”³⁹³. Quer dizer, LUCON reconhece que os embargos (e, portanto, também a impugnação) consistem, na hipótese, em via para o exercício de um direito de natureza potestativa. E direitos potestativos jamais são imprescritíveis, estando sempre sujeitos a prazos decadenciais.

³⁹² Nas palavras de TALAMINI: “...ainda que se pudesse dizer que a lei inconstitucional é uma *não-lei*, um nada, nem assim poderíamos afirmar que a sentença que a aplica no julgamento do mérito é inexistente. Nem de nulidade *stricto sensu* necessariamente padeceria essa sentença. Trata-se, isso sim, de sentença injusta ou errada. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade.” E arremata o autor: “Por isso, nem mesmo a declaração da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal afeta automaticamente a eficácia e a autoridade da coisa julgada da sentença que aplicou ou se amparou na dita norma” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 415 e 416).

³⁹³ LUCON, *Coisa julgada...*, p. 163.

(iv) Admitir como regra a possibilidade de desconstituição das sentenças declaratórias e das constitutivas inconstitucionais a qualquer tempo significaria ampliar as hipóteses de afastamento da sentença inconstitucional, extrapolando-se os casos previstos no sistema, o que mesmo LUCON reputa ser indesejado³⁹⁴.

7.4.6.2.4.2 – Impugnação da sentença arbitral inconstitucional *nula* na forma e prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307

Esclareça-se, por outro lado, que *a sentença arbitral inconstitucional nula, seja ela condenatória, constitutiva ou meramente declaratória, pode ser atacada na forma e prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996*. Para tanto, é, todavia, necessário que a inconstitucionalidade verificada conduza (e no mais das vezes, senão sempre, conduzirá³⁹⁵) a um dos casos de invalidade que estão previstos no art. 32.

Em última análise, a ação anulatória seguirá a disciplina dos arts. 32 e 33 da Lei n.º 9.307 – sendo, nesse passo, absolutamente dispensável que tenha havido anterior declaração de inconstitucionalidade da norma aplicada na arbitragem em sede de controle abstrato ou declaração incidental pelo Supremo Tribunal Federal seguida da suspensão do art. 52, inciso X, da Constituição. Assim, por exemplo, se, em um dado caso, os árbitros proferirem sentença que careça de motivação com esteio em norma legal que (em afronta direta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal) afirme ser desnecessário fundamentar decisões judiciais, arbitrais e/ou administrativas, caberá o ajuizamento da ação de anulação diretamente com fulcro no inciso III do art. 32³⁹⁶.

Após o decurso do prazo do § 1º do art. 33, a inconstitucionalidade poderá ser arguida – na medida em que afete a validade da decisão – somente contra as sentenças arbitrais condenatórias (*ex vi* do art. 33, § 3º). E a arguição deverá se dar precisamente na forma do art. 741, parágrafo único, ou do art. 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil – a

³⁹⁴ LUCON, Coisa julgada..., p. 161-162, nota 56.

³⁹⁵ Sobretudo se considerada a necessidade de interpretar de modo razoavelmente aberto o art. 32, conforme exposto no item 4.1.2.1.2.

³⁹⁶ Da mesma forma, a ação rescisória contra a sentença judicial inconstitucional, fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, não precisa demonstrar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade da norma aplicada. Tal demonstração é exigida apenas quando o pleito rescisório for feito na forma do parágrafo único do art. 741 ou § 1º do art. 475-L.

menos, claro, que a inconstitucionalidade conduza a algum dos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem, quando os mesmos pressupostos consignados naquele dispositivo do Código (declaração advinda do Supremo em sede de controle abstrato etc.) não poderão ser exigidos.

7.4.6.2.4.3 – Caso em que a inconstitucionalidade gera a *inexistência ou ineficácia jurídica* da sentença arbitral

Nos itens anteriores, foi dito que a “sentença arbitral inconstitucional” pode ser *nula ou então injusta*. Foi dito, também, que:

(a) Se conduzir a uma das hipóteses de nulidade previstas no art. 32 da Lei n.º 9.307, a inconstitucionalidade poderá ser alegada por ação de anulação (na forma e prazo do art. 33, § 1º, seja a sentença arbitral condenatória, constitutiva ou meramente declaratória) ou por embargos/impugnação (caso de sentença condenatória). Nesse caso, não se poderá exigir que a inconstitucionalidade tenha sido objeto de declaração do Supremo Tribunal Federal.

(b) Se conduzir a caso de nulidade diverso daqueles previstos no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996, o que (admitida a necessidade de interpretar tal dispositivo de maneira razoavelmente aberta, conforme foi exposto no item 4.1.2.1.2) *difícilmente acontecerá*, a inconstitucionalidade poderá ser alegada apenas por embargos ou impugnação do executado, especificamente se a sentença arbitral for condenatória *e desde que preenchidas as condições definidas no parágrafo único do art. 741 ou no § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil*.

Mas a aplicação da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ou a interpretação ou aplicação realizada pelos árbitros, tida pelo Supremo como ofensiva ao texto constitucional) poderá, em determinados casos, implicar a *inexistência ou a ineficácia jurídica* da sentença arbitral. Nessa hipótese, o controle judicial da sentença, seja ela meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, observará disciplina jurídica própria. Não se aplicarão os limites temporais e de forma dos §§ 1º e 3º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996.

Como foi exposto nos itens 4.4.2 e 4.4.3, acima, os vícios de inexistência e os de ineficácia jurídica da sentença são incapazes de se convalidar e, por conseguinte, podem ser alegados a qualquer tempo. Podem ser conhecidos até mesmo incidentalmente e

de ofício em processos judiciais no bojo dos quais a sentença viciada venha a ser invocada. *E essa disciplina se põe independentemente do que prescrevem os arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil.*

Explique-se: a sentença que aplica norma inconstitucional será injusta, inválida, juridicamente ineficaz ou inexistente *desde o momento em que proferida*. Ou seja, não será o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que fará surgir o *error in iudicando* ou *in procedendo*.

O fato é que a sentença injusta e a sentença inválida fazem “coisa julgada material”, a qual apenas pode ser desfeita nas hipóteses expressamente previstas em lei. E uma dessas hipóteses é justamente a que está prevista no parágrafo único do art. 741 e no § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil. De acordo com esses dispositivos, não basta haver a injustiça ou a invalidade na decisão para que possa a coisa julgada que a acoberta ser rescindida por meio de embargos do executado ou impugnação. A injustiça ou a invalidade deve ser resultado da aplicação de lei declarada inconstitucional pelo Supremo – ou de aplicação ou interpretação por ele tida como inconstitucional (em sede de controle concentrado ou difuso, mas com sua ratificação pelo Senado Federal na forma do art. 52, inciso X, da Constituição).

Já as sentenças juridicamente ineficazes e as inexistentes simplesmente não fazem coisa julgada. Por isso a inexistência e a ineficácia jurídica, para serem reconhecidas, *nunca dependem de prévia declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da norma que, uma vez aplicada, acabou por gerá-las*. Daí a razão pela qual se afirmou acima que, ainda que não houvesse a regra do art. 741, parágrafo único, e art. 475-L, § 1º, do Código, a sentença cuja inexistência foi resultado de aplicação de norma inconstitucional poderia ser impugnada pela parte interessada a qualquer tempo.

7.4.6.2.4.4 – Conclusão do item

Pode-se concluir que os arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil, no mais das vezes, não permitirão impugnar a sentença arbitral condenatória em situações nas quais já não pudesse ela ser impugnada com fundamento direto no art. 32 da Lei n.º 9.307.

Ora, se os arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, podem ser invocados apenas quando a inconstitucionalidade (já reconhecida nos termos neles dispostos) afetar aspecto de forma do processo/sentença arbitral; se, geralmente, a inconstitucionalidade, independentemente de sua anterior declaração pelo Supremo Tribunal Federal, já conduzirá (mediante uma interpretação “razoavelmente aberta”, conforme o item 4.1.2.1.2) a algum dos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem; e se as matérias do art. 32 podem ser alegadas por embargos/impugnação mesmo depois de decorrido o prazo de noventa dias previsto no § 1º do art. 33 (vide o item 7.4.4.4); tem-se que aqueles dispositivos do Código *não inovaram substancialmente a disciplina dada pela Lei n.º 9.307 aos meios e hipóteses de controle judicial das sentenças arbitrais.*

7.4.6.3 – Resultado do acolhimento dos embargos ou impugnação destinados ao controle da sentença arbitral

Sobre os efeitos da sentença que decide os embargos do executado ou impugnação ajuizados com fulcro no art. 741, inciso I ou parágrafo único, ou art. 475-L, inciso I ou § 1º, do Código de Processo Civil: deve-se verificar se a irregularidade que torna o título judicial inconstitucional afeta ou não todo o procedimento arbitral, a fim de se saber se pode ele (o título) ser retificado de modo a que passe a corresponder ao objeto da convenção de arbitragem e aos corolários do *due process of law*. O tratamento, aqui, há de ser, portanto, o mesmo que a Lei de Arbitragem prevê para os casos de acolhimento das demais medidas de impugnação da sentença nacional (vide os itens 7.1.15 e 7.2.10, acima).

Como os embargos ou impugnação serão apresentados, logicamente, antes de encerrada a execução, seu acolhimento fará com que caiam por terra, independentemente de pedido expresso, todos os atos executivos praticados – claro, *nos limites do objeto dos embargos ou impugnação*. Trata-se de decorrência do art. 248 do Código de Processo Civil (com a exceção do art. 694, *caput*, parte final, e § 2º).

8 – OUTROS MEIOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL

Discute-se na doutrina sobre o cabimento de outros meios de controle judicial da sentença arbitral nacional, além daqueles que estão previstos na Lei n.º 9.307/1996.

Alguns autores, como FIGUEIRA JÚNIOR³⁹⁷, rejeitam completamente a possibilidade de se lançar mão de outros mecanismos de controle judicial. Mas esse entendimento não conta com a adesão da totalidade dos doutrinadores – havendo divergências, ainda, sobre quais seriam os outros meios de controle supostamente cabíveis.

8.1 – OPOSIÇÃO ÀS EXECUÇÕES REALIZADAS SEGUNDO O ART. 461 OU 461-A

No item 6.1.2, mencionou-se que as partes podem convencionar que se aplicarão ao processo arbitral as regras do art. 461 ou 461-A do Código de Processo Civil – caso em que os atos voltados a executar a sentença serão praticados (ao menos na medida em que não demandem o exercício de força física e/ou restrição a possíveis direitos indisponíveis das partes ou terceiros) no bojo do mesmo processo arbitral em que realizado o julgamento.

A escolha, pelas partes, do regramento do art. 461 ou 461-A, conforme o caso, exclui a oportunidade para o eventual ajuizamento de embargos do executado ou, então, de impugnação ao cumprimento da sentença arbitral – inclusive para a alegação das matérias previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. É que, como se sabe, o Código de Processo Civil simplesmente não contempla o cabimento de embargos ou impugnação nos casos em que a execução da sentença se realiza segundo aquelas regras.

Observe-se que, na ausência de pactuação da aplicabilidade daquelas regras ao processo arbitral, a sentença será executada segundo os arts. 621 a 631 ou 632 a 645 do Código de Processo Civil – de modo que os embargos poderão ser manejados pela parte executada (também para a alegação das matérias do art. 32 da Lei n.º 9.307, com fundamento no art. 33, § 3º).

A exclusão do cabimento dos embargos ou impugnação por opção das partes,

³⁹⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 271-272.

mediante a escolha do regramento do art. 461 ou 461-A do Código de Processo Civil, não é incompatível com o princípio do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. Isso porque o controle judicial da sentença arbitral *continuará podendo ser pleiteado mediante o emprego dos demais mecanismos previstos na Lei n.º 9.307, conforme exposto nos itens 7.1, 7.2 e 7.3. Além disso, deve-se admitir o emprego de “via análoga” aos embargos ou impugnação, como meio de defesa em face da execução da sentença.*

Como ensina BARBOSA MOREIRA: “Para os casos de efetivação da norma sentencial independente de processo executivo nos moldes originários do Livro II, não se poderá deixar, à evidência, de abrir ao vencido alguma via análoga; que se lhe chame *embargos* ou se opte por dar-lhe outra denominação é ponto, a nosso ver, secundário”³⁹⁸. É razoável, nessa linha, admitir a possibilidade de utilizar a dita “via análoga” para, em sendo o título executivo uma sentença arbitral, impugná-la. Esse entendimento encontra respaldo na própria regra do art. 33, § 3º, da Lei n.º 9.307 – que, como já se viu, pretendeu criar um segundo momento para a impugnação judicial das sentenças arbitrais condenatórias.

A “via análoga” se prestará para a alegação de toda e qualquer matéria do art. 32 da Lei de Arbitragem – a exemplo dos embargos ou impugnação do art. 475-L do Código de Processo Civil (conforme o item 7.4.4.4, acima). Ora, não faria sentido, por um lado, admitir, em atenção aos princípios da isonomia e contraditório, o cabimento de uma via análoga aos embargos ou impugnação do executado e, por outro, restringir as hipóteses de cabimento dessa “via análoga”. Isso equivaleria, em certa medida, a “dar com uma mão e tirar com a outra”.

E qual é o procedimento a ser seguindo em relação a esse mecanismo “atípico” de defesa do executado? Da disciplina dos instrumentos processuais típicos podem ser extraídos os parâmetros a serem observados.

(a) A “via análoga” de defesa do executado deve ser manejada perante o Poder Judiciário – a Lei n.º 9.307/1996, como se disse anteriormente, atribui ao Judiciário a última palavra no que diz respeito ao controle do devido processo legal arbitral, como se extrai dos seus arts. 32 e 33. Por conseguinte, consistirá ela em uma ação autônoma, que dará origem a um processo judicial de conhecimento – que, tal como as ações anulatórias e declaratórias referidas nos

³⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, Sentença executiva..., p. 189-190. Diverso não é o entendimento de TALAMINI, *Tutela...*, p. 414-415.

itens 7.1, 7.2 e 7.3, deverá seguir o rito ordinário, comum ou sumário (conforme o caso).

(b) A exemplo do que se passa nos casos de embargos e impugnação do executado, o manejo da via análoga, por si só, não terá o condão de impedir automaticamente a adoção, pelos árbitros, de atos coercitivos destinados a constranger o devedor ao cumprimento da sentença. Mas poderá ser concedida medida de urgência para tal fim – devendo os árbitros respeitar a decisão judicial. Não se terá, na hipótese, uma relativização do princípio da competência-competência, previsto no art. 20 da Lei n.º 9.307. O Judiciário tem competência para decidir sobre a higidez da sentença arbitral – se for o caso, determinando medidas de urgência destinadas a preservar a efetividade do processo voltado ao seu controle. E é preciso que os árbitros observem os atos resultantes do regular exercício de tal competência – tanto como os juízes togados devem respeitar as competências e poderes conferidos aos árbitros (sendo-lhes vedado, por exemplo, rever o mérito de suas decisões *etc.*)³⁹⁹.

Evidentemente, também o Judiciário não estará impedido, por conta do simples manejo da via análoga, de lançar mão das medidas coercitivas que sejam de sua competência (atos de força e/ou referentes a direitos indisponíveis e outros que lhes tenham sido atribuídos pela convenção) que lhe forem solicitadas pelos árbitros para a efetivação da sentença arbitral. A realização ou o prosseguimento dos atos executivos apenas não se dará se houver a atribuição de “efeito suspensivo da execução” no processo da via análoga.

(c) Um problema delicado está em definir o prazo em que a via análoga deve ser manejada. Na falta de parâmetros melhores, deve-se aplicar, por analogia, a regra do art. 738, *caput*, do Código de Processo Civil⁴⁰⁰. Mas, onde, no dispositivo, está escrito “juntada aos autos do mandado de citação”, deve-se ler intimação da parte (ou quem deva, em seu nome, ser intimado, segundo a

³⁹⁹ As medidas coercitivas que forem impostas pelos árbitros quando o Poder Judiciário já houver concedido a medida urgente no processo da via análoga serão, rigorosamente, ineficazes para o direito.

⁴⁰⁰ Os parâmetros do art. 475-J, § 1º, não parecem mais adequados, pois o referido dispositivo estabelece momento que, ao menos em regra, não se verifica nos procedimentos de execução das sentenças condenatórias em obrigações de entrega de coisa ou de fazer ou não fazer, qual seja: a penhora de bens.

convenção de arbitragem) para satisfazer a obrigação imposta pela sentença arbitral⁴⁰¹.

A intimação para o cumprimento da sentença (em prazo razoável, sob pena de multa *etc.*) poderá vir dos árbitros ou do Poder Judiciário, conforme o caso. Por exemplo, se as partes houverem pactuado que todas as medidas coercitivas advirão do Judiciário, a pedido dos árbitros, a intimação para cumprir em determinado prazo (acompanhada da coerção estipulada) será feita pelo Judiciário. Já se os árbitros tiverem poderes de coerção indireta, a intimação para cumprir advirá deles – na forma do art. 29 da Lei n.º 9.307/1996.

(d) A “via análoga” se presta tanto para a alegação das matérias do art. 32 da Lei de Arbitragem como aquelas do art. 741 do Código de Processo Civil (claro, que tenham pertinência com a natureza da obrigação imposta pela sentença). *Mas devem ser respeitadas as competências dos árbitros.* Logo, a via de oposição do executado não poderá, de regra, destinar-se a obter a revisão judicial das medidas coercitivas impostas pelos árbitros no regular exercício de seus poderes. Aplicam-se, aqui, os limites expostos no item 6.1.2.4, (c.5), acima.

(e) O decurso do prazo da “via análoga” inviabiliza o seu manejo para a formulação da pretensão anulatória da sentença arbitral. Eventualmente, porém, o prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307 ainda estará pendente nesse momento, permitindo a formulação da pretensão anulatória na forma daquele dispositivo.

É perfeitamente possível que o termo *ad quem* do prazo da via análoga se verifique antes do encerramento do prazo de noventa dias do § 1º do art. 33. E não há nada de particular nisso, já que também o prazo para formular embargos ou impugnação em face da execução, na forma do art. 738 ou 475-J, pode se encerrar antes de decorrido o prazo do § 1º do art. 33 da Lei de Arbitragem.

(f) O decurso do prazo para a formulação da “via análoga” não obsta, outrossim, o ajuizamento de “ações autônomas do executado”, para a discussão da existência ou exigibilidade do pretense crédito do exequente ou aspectos processuais da execução, como a validade de atos executivos e a presença

⁴⁰¹ Na linha do que se expôs no item 7.1.6.4, não se exige que haja a juntada, aos “autos” do processo (arbitral ou judicial, conforme o caso), da prova de intimação para que tenha início o prazo em questão. Bastará a intimação da parte.

dos pressupostos/condições processuais para executar. Como se demonstra no item seguinte, o que não é possível – depois de esgotado o prazo do § 1º do art. 33 e o prazo para apresentar embargos ou impugnação ou, ainda, a “via análoga” em comento – é pretender pleitear a *anulação* da sentença arbitral.

(g) Quanto aos efeitos do acolhimento da impugnação formulada pela “via análoga”, aplicam-se as mesmas considerações expostas nos itens 7.1.15 e 7.2.10 – caindo por terra, inclusive, automaticamente, os atos executivos que tenham sido até então praticados, nos limites do objeto da impugnação formulada.

8.2 – “AÇÕES AUTÔNOMAS” POSTERIORES AO DECURSO DO PRAZO DO § 1º DO ART. 33 DA LEI N.º 9.307 E AO MOMENTO PARA O MANEJO DAS VIAS TÍPICAS DE DEFESA DO EXECUTADO

Conforme lecionam WAMBIER e TALAMINI, por “ações autônomas do executado” entendem-se as ações de conhecimento autônomas, geradoras de processos autônomos, não incidentais ao processo ou fase de execução, por meio das quais é dado ao executado – antes, durante ou mesmo depois do encerramento do processo ou fase de execução – impugnar a existência ou exigibilidade do pretense crédito do exequente (por exemplo, alegação de pagamento posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória ou da ocorrência de prescrição da pretensão executiva) ou apenas tratar de aspectos processuais, a fim de obter a invalidação de atos executivos (por exemplo, a penhora, a hasta pública *etc.*) ou do próprio título ou, ainda, o reconhecimento da falta de pressupostos processuais para executar (por exemplo, falta do título executivo ou prescrição da pretensão executiva)⁴⁰².

A ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem e as ações declaratórias referidas nos itens 7.2 e 7.3 são, de acordo com a definição acima, ações autônomas de que o executado pode se valer a fim de realizar o controle de aspectos processuais relacionados ao título “judicial” em que consiste a sentença arbitral. Portanto, é certo que a parte condenada em processo arbitral pode se valer de “ações autônomas” para se defender em face de execução – eventualmente, até mesmo para evitar o seu início.

Resta saber quais são as ações autônomas de que o executado pode lançar mão especificamente para impugnar a sentença arbitral (que é o que interessa neste

⁴⁰² WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 2, p. 489.

trabalho) *depois de passado o momento para o manejo dos mecanismos típicos de defesa em face da execução e de decorrido o prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996*. Em outras palavras, a pergunta que se faz é: passado o momento para o ajuizamento da ação de anulação, dos embargos do executado, da impugnação ao cumprimento de sentença ou, então, da “via análoga” a que se fez referência no item anterior, conforme o caso, a sentença arbitral pode ainda ser controlada pelo Judiciário?

O que possibilita o manejo de “ações autônomas” para tratar de aspectos processuais da execução ou da existência ou exigibilidade do crédito supostamente consubstanciado no título (*respeitando-se, sempre, eventual litispendência ou coisa julgada já formada em anterior processo ou fase processual de conhecimento e os prazos prescricionais e decadências existentes*) é, conforme lecionam WAMBIER e TALAMINI, o fato de a sentença que extingue normalmente (*i.e.*, após a satisfação do exequente) a execução não fazer coisa julgada acerca da existência do crédito nem acerca da validade do procedimento que está ali se encerrando. Além disso, acrescentam os autores, “...a falta de tempestiva oposição de embargos de executado ou de impugnação ao cumprimento de sentença” implica “...apenas a preclusão da faculdade de exercício dessas duas formas de ação incidental de defesa do executado. A preclusão é fenômeno interno ao processo em que ela opera. Não gera efeitos externos ao processo em que se deu. Sob esse aspecto, a preclusão é diferente da coisa julgada. E, no caso, não há dúvidas de que cabe falar apenas de preclusão, e não de coisa julgada. Essa última sempre recai sobre uma sentença de cognição exauriente de mérito – o que obviamente não se tem no mero decurso do prazo para interposição de embargos ou impugnação ao cumprimento.”⁴⁰³

Nada obstante, depois de passado o momento para apresentar embargos do executado, a impugnação do art. 475-J, § 1º, ou a “via análoga” aludida no item anterior, não existe a possibilidade de lançar mão de ações autônomas destinadas a obter a *anulação* da sentença arbitral, seja com base no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996, seja com base nos arts. 475-L e 741 do Código de Processo Civil – a não ser que o prazo para ajuizamento da ação do art. 33, § 1º, da Lei de Arbitragem ainda esteja em curso (o que será improvável).

Com efeito, a *anulação* (*i.e.*, desconstituição, em casos de verdadeira e própria nulidade) da sentença arbitral pode ser pleiteada antes de iniciada a sua execução. A via adequada a tanto é a ação anulatória do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307. Depois de iniciada a execução, a anulação pode ser pleiteada pela ação anulatória (desde que ainda

⁴⁰³ WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 2, p. 492.

em curso o prazo do § 1º do art. 33) ou pelos embargos do executado, impugnação ao cumprimento de sentença ou a dita “via análoga”, conforme o caso (art. 33, § 3º). Mas após o momento para manejar essas vias de alegação de nulidades não será mais possível pedir a *anulação* da sentença – esteja ou não ainda em curso a execução.

O controle de *validade* da sentença arbitral é excepcional, apenas podendo ser exercido segundo as formas previstas em lei para tanto, *i.e.*, segundo o art. 33 da Lei de Arbitragem. E, de acordo com tal dispositivo, os embargos do executado e a impugnação (e, sustenta-se aqui, a “via análoga” referida no item anterior) são *as últimas medidas* de que a parte sucumbente na arbitragem dispõe para pedir a anulação da sentença condenatória. Perdida a chance de manejá-las, a sentença não pode mais ser *anulada*. A esse respeito, escrevem WAMBIER e TALAMINI: “O executado apenas estará impedido de veicular uma matéria em ação autônoma, depois de perder o prazo para embargos ou impugnação ao cumprimento, nas hipóteses excepcionais em que os embargos ou a impugnação eram a única ou última medida prevista em lei para a alegação de determinada matéria. Há dois exemplos claros disso. A sentença arbitral pode ter sua invalidade arguida em ação própria, a ser proposta em noventa dias contados da notificação da sentença ou de seu aditamento, ou mediante impugnação ao cumprimento da sentença (Lei n.º 9.307/1996, art. 33, que alude a *embargos do devedor*, em lugar de *impugnação*, por ser anterior à Lei n.º 11.232/2005). Se, já tendo transcorrido o prazo de noventa dias para a ação anulatória, o executado não opõe impugnação ao cumprimento da sentença arbitral, não poderá depois valer-se de ação autônoma para impugnar a validade daquele pronunciamento. Outro exemplo se tem relativamente à matéria do art. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC (título executivo amparado em lei, interpretação ou aplicação tidas por inconstitucionais pelo STF). Tal matéria serve de fundamento a ação rescisória (art. 485, inciso V), quando essa couber e, por um favor da lei, também pode ser alegado, mesmo depois do prazo de dois anos para a rescisória, nos embargos ou impugnação. Perdida também a oportunidade de alegá-la em embargos ou impugnação, o executado não terá outra via para suscitar essas matérias. Mas note-se que, nos dois exemplos dados, o limite ao emprego da ação autônoma não provém da preclusão da faculdade de opor embargos ou impugnação, considerada em si mesma, e, sim, de sua conjugação com o decurso de um prazo decadencial (de noventa dias para ação anulatória contra a sentença arbitral; de dois anos para a ação rescisória). Em suma, a falta de oposição tempestiva dos embargos ou da impugnação ao cumprimento implica apenas preclusão da faculdade de praticar esse ato.

Não fica obstado o exercício de uma ação autônoma destinada a impugnar a existência do crédito ou a validade dos atos do processo executivo, observados os limites provenientes de coisas julgadas, eventualmente geradas em *outros processos*, e do decurso de prazos decadenciais.”⁴⁰⁴

Portanto, eventual ação autônoma do executado deverá observar os limites acima. Passado o momento para o manejo dos meios típicos de defesa do executado, este ainda poderá lançar mão de ações autônomas, mas apenas para tratar sobre outros aspectos processuais da execução que não tenham relação com a *validade* do título ou para tratar da existência do título ou exigibilidade do crédito supostamente nele consubstanciado – *respeitando-se, sempre, as “coisas julgadas” já formadas e os prazos prescricionais e decadências eventualmente existentes para a ação autônoma pretendida.*

(a) Assim, por exemplo, em tese é perfeitamente possível ao executado ajuizar ação autônoma destinada a obter a declaração da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral, quando já for mais possível formular embargos ou impugnação na forma do art. 741 ou 475-L. Afinal, como se demonstrou nos itens 4.4.2 e 4.4.3, trata-se de vícios insanáveis, cuja alegação pode se dar a qualquer tempo. Porém, no caso concreto, será necessário verificar se já não há eventual coisa julgada formada sobre o objeto da ação autônoma (por exemplo, em razão do julgamento de improcedência de anteriores embargos do executado ou impugnação ao cumprimento de sentença).

(b) Por outro lado, jamais poderia o executado pretender, por “ação autônoma”, rediscutir o conteúdo/mérito da sentença arbitral, haja vista a “coisa julgada material” que a acoberta e os limites legais dentro dos quais o controle judicial da arbitragem é admitido. Conforme foi exposto neste trabalho, por legítima escolha do legislador, o controle judicial relacionado ao mérito da sentença arbitral não tem cabimento nem mesmo no curso do prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996 ou mediante as vias típicas de defesa do executado.

Aspecto relevante está na possibilidade de se pedir, na ação autônoma ajuizada *depois de encerrada a execução*, a restituição daquilo que houver sido indevidamente entregue ao exequente – *i.e.*, a repetição de indébito. É evidente que essa possibilidade existe, até porque não haveria o menor sentido em reconhecer o descabimento ou irregularidade da execução e, a despeito disso, manter-se o exequente

⁴⁰⁴ WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 2, p. 492-493.

com os bens que lhe foram entregues. Isso geraria ofensa ao direito de propriedade do executado e ao devido processo legal e seus corolários. Inclusive, caberá ao exequente arcar com os custos envolvidos no desfazimento dos atos executivos irregularmente praticados. Mas, como bem observam WAMBIER e TALAMINI, a repetição de indébito dependerá da pendência do prazo prescricional respectivo⁴⁰⁵.

No mais, as consequências do acolhimento da ação autônoma são as mesmas já referidas nos itens 7.1.15 e 7.2.10. A devolução da causa aos árbitros deverá ser realizada sempre que possível – *i.e.*, a arbitragem não estiver totalmente prejudicada *etc.*

A competência para processar a ação autônoma será de juízo do foro do local em que estiver em trâmite a execução – conforme o entendimento exposto nos itens 6.3.1.5 e 6.4. Mas se a execução já estiver extinta no momento do ajuizamento da ação autônoma, não haverá relação de “conexão” a determinar a distribuição desta última ao juízo perante o qual a execução tiver tramitado. Aplicar-se-á, então, a regra geral: será competente o foro do local perante o qual, não houvesse a convenção de arbitragem, a demanda cognitiva haveria de ter sido proposta – ressalvada a possibilidade de eleição de foro diverso ou de prorrogação de competência.

Sem prejuízo da possibilidade de o executado lançar mão de ações autônomas de defesa nos limites acima expostos, ser-lhe-á dado, ainda, em determinados casos, valer-se de “exceção de pré-executividade” – *rectius*, objeção na execução.

8.3 – OBJEÇÃO NA EXECUÇÃO (“EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE”)

É admissível o emprego da chamada “exceção de pré-executividade” (*rectius*, objeção na execução) para a alegação de algumas das matérias do art. 32 da Lei de Arbitragem. Trata-se de imposição das garantias fundamentais da ampla defesa e contraditório, que se aplicam a execuções como a toda e qualquer outra atividade processual, mas que encontra limites na cláusula do devido processo legal – com base na qual o legislador infraconstitucional optou por transferir a discussão sobre determinadas questões, relevantes para a execução, para outras sedes, criadas propriamente ao exercício

⁴⁰⁵ WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 2, p. 493. Os autores observam, ainda, que, sendo ajuizada depois de encerrada a execução, a ação autônoma será distribuída livremente – pois não haverá mais juízo preventivo (*Ibid.*, p. 495).

de atividade cognitiva, de modo a preservar ao máximo a autonomia funcional da execução e otimizar sua realização – *i.e.*, embargos e impugnação do executado.

Para a identificação das matérias do art. 32 que podem ser deduzidas em tal instrumento processual “atípico”, *i.e.*, não previsto expressamente em lei, é necessário compreender adequadamente a natureza jurídica dos *errores in procedendo* arrolados naquele dispositivo. De um modo geral, pode-se dizer que as matérias do art. 32 que (pela sua natureza) o juiz poderia conhecer até mesmo de ofício no bojo da execução podem ser alegadas por via de objeção. É, aliás, lógico e razoável que, podendo ser conhecido a eliminado até mesmo de ofício pelo juiz, o vício possa ser alegado pela parte no bojo da execução, independentemente de embargos/impugnação.

Conforme foi exposto nos itens 4.4.2 e 4.4.3, se a sentença arbitral estiver contaminada por irregularidade que a torne inexistente (materialmente ou para o direito) ou juridicamente ineficaz, poderá-deverá ser como tal reconhecida a qualquer tempo, em caráter incidental e até mesmo de ofício pelo juízo processante da medida pós-arbitral. Se assim é, não se pode negar, logicamente, a objeção na execução como via adequada para a alegação da inexistência ou ineficácia jurídica da sentença arbitral⁴⁰⁶.

Nesses casos, verifica-se verdadeira ausência de título executivo – e, portanto, de elemento indispensável para que a execução possa ser realizada (*ex vi* dos arts. 580, 586 e 618 do Código de Processo Civil). Trata-se de questão de ordem pública no processo de execução, que o juiz pode conhecer até mesmo de ofício – conforme os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, os quais se aplicam subsidiariamente aos processos/fases de execução (art. 598).

A objeção na execução se prestará, também, para a alegação de defeitos materiais existentes na sentença arbitral – pois a “coisa julgada arbitral” não tem o condão de imunizá-los. Por exemplo: se a sentença arbitral contiver erro na indicação da data de sua prolação, a parte interessada, por meio de objeção, poderá apontar o defeito, demonstrando-o, a fim de obter o reconhecimento incidental da intempestividade da sentença e, assim, sua inexistência jurídica (observada a exigência do art. 12, inciso III, da Lei n.º 9.307/1996).

⁴⁰⁶ Em semelhante sentido, reconhecendo o cabimento de “exceção de pré-executividade” para impugnar a sentença arbitral em determinadas situações: VALENÇA FILHO, *Poder Judiciário...*, p. 149-153; NAGAO, *op. cit.*, p. 265-266; GUERRERO, *op. cit.*, p. 108-110.

Como se demonstrou no item 4.4.4, não é todo e qualquer defeito material da sentença arbitral que pode ser conhecido de ofício. Exemplo disso se tem no caso de equivocada indicação do local de prolação da sentença. Sustenta-se, neste trabalho, que as partes podem aceitar a nacionalidade equivocadamente indicada na sentença. Nada obstante, apesar de não poder ser conhecido de ofício, o erro na indicação do local de prolação da sentença pode ser alegado pelo executado por via de objeção – justamente por não se tratar de aspecto que possa ficar imunizado pela “coisa julgada arbitral” (ou sua “eficácia preclusiva”) ou que o simples decurso do tempo possa eliminar⁴⁰⁷.

Por outro lado, a objeção não é via adequada para pleitear a *anulação* da sentença arbitral. Conforme anteriormente exposto neste trabalho, as sentenças arbitrais *nulas* produzem efeitos normalmente, até que regularmente desconstituídas pelo Judiciário por sentença judicial transitada em julgado. Sua desconstituição judicial apenas é permitida em casos excepcionais, expressa e taxativamente definidos na Lei de Arbitragem (art. 32). Mais ainda: apenas as vias específicas contempladas pela Lei são adequadas para a formulação do pleito de desconstituição das sentenças nulas – ressalvado, porém, o cabimento da “via análoga” aos embargos/impugnação do executado, tratada no item 8.1, acima.

A questão da *validade* da sentença arbitral não integra, portanto, o “objeto de conhecimento do juiz”⁴⁰⁸ no processo de execução. Ou seja, não se trata de matéria sobre o qual deva o juiz decidir no bojo da execução, a fim de viabilizar a sua realização/prosseguimento. Sendo eficaz, a sentença arbitral nula pode aparelhar processo executivo – ao menos até que desconstituída por decisão judicial (tomada em *principaliter*, em sede própria) transitada em julgado.

Discute-se sobre a possibilidade de haver ou não instrução probatória para a decisão da objeção. Em outras palavras, discute-se se é possível ou não o emprego da objeção para a alegação de matérias que, para serem decididas, demandem instrução

⁴⁰⁷ Ainda a propósito da possibilidade de as partes aceitarem a nacionalidade equivocadamente indicada na sentença pelos árbitros, cumpre observar: a simples falta de alegação do defeito por via de objeção não pode significar a sua aceitação por parte do executado. Afinal, a “exceção de pré-executividade” nem sequer é via típica defesa do executado.

Diversa será a consequência do silêncio sobre a questão em embargos ou impugnação. Nesse caso, o silêncio traduz-se em aceitação, pelo executado, da nacionalidade indicada na sentença arbitral.

⁴⁰⁸ DINAMARCO, *Fundamentos...*, t. I, p. 324-325.

probatória. O entendimento consignado na Súmula n.º 393 do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a “exceção de pré-executividade” não tem cabimento quando ensejar instrução probatória.

Trata-se, porém, de entendimento que merece ser revisto – em respeito, inclusive, aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, para as questões que o juiz pode e deve decidir no bojo da execução, ou seja, que integrem o “objeto de conhecimento do juiz” no processo de execução, é fundamental que se admita instrução probatória⁴⁰⁹. A adequada decisão das questões preliminares na execução depende disso. E não se verifica qualquer impedimento legal a que, em processo/fase de execução sejam produzidas provas – sejam elas documentais, orais ou técnicas.

Assim, nada pode impedir, por exemplo, a produção de prova testemunhal no bojo da execução para o fim demonstrar a existência de vício de vontade na celebração da convenção arbitral pela parte executada (autora da “exceção de pré-executividade”) e sua revelia na arbitragem – a determinar o reconhecimento da inexistência jurídica da sentença arbitral no âmbito da própria execução.

Será necessário assegurar o contraditório prévio ao exequente, para a decisão da objeção – ressalvada, porém, a possibilidade de rejeição liminar da objeção manifestamente incabível. Evidentemente, a ausência de um procedimento legal predeterminado para a objeção na execução não resulta na dispensabilidade de um devido processo legal, antes de sua decisão. O devido processo legal é uma imposição constitucional inarredável, cabendo ao juiz da execução empenhar-se para assegurar sua efetivação – inclusive, como se disse acima, com a realização de instrução probatória que se mostre indispensável ao esclarecimento dos fatos relevantes para a decisão da questão.

Não existe um prazo para alegar (nos limites acima expostos) os vícios do art. 32 da Lei de Arbitragem por objeção – o que é uma decorrência da natureza das matérias em argúveis por essa via. Enquanto a execução estiver em curso, a objeção poderá ser manejada. Mas devem ser observados os limites de coisa(s) julgada(s) anteriormente formada em ação (ações) anteriormente formulada(s) para impugnar a

⁴⁰⁹ É o que ensinam WAMBIER e TALAMINI: “Já no que tange a questões processuais de ordem pública referentes à própria execução (pressupostos processuais executivos, condições da ação executiva, nulidade absoluta de atos executivos), para que seu exame ocorra dentro da própria execução, é irrelevante haver necessidade de instrução probatória” (WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 2, p. 447).

sentença arbitral. A objeção não se prestará para a alegação dos mesmos vícios já declarados inexistentes em anteriores embargos, impugnação, ação declaratória *etc.*

Por derradeiro, observe-se que a decisão da objeção não tem o condão de fazer coisa julgada material. Isso porque, ao julgar a objeção, o juízo da execução apenas resolve questões incidentais no processo de execução, *i.e.*, questões que integram o “objeto de conhecimento do juiz”, não o objeto (mérito) do processo executivo – aliás, como se sabe, nem sequer cabe a realização de julgamento de mérito em processo de execução⁴¹⁰ e

⁴¹¹. Como consequência disso, extraem-se as seguintes conclusões:

(a) A anterior formulação da objeção não impede que a matéria nela alegada venha a ser repetida em demanda própria, apta a produzir coisa julgada material. Ou seja, é perfeitamente possível que, antes mesmo de julgada a objeção e sem prejuízo de seu processamento, a parte executada lance mão dos embargos ou qualquer outro meio cabível para a impugnação da sentença arbitral com base na mesma matéria que tenha sido nela (na objeção) veiculada.

(b) A anterior rejeição da objeção, da mesma forma, não impede que a matéria nela tratada venha a ser repetida em demanda posterior do executado. A matéria constituirá o próprio mérito da nova demanda e, portanto, será decidida *principaliter* e em sede de cognição exauriente – eis que a decisão a seu respeito tomada será, então, apta a fazer coisa julgada material.

(c) O acolhimento da objeção determina a extinção anormal da execução – na parte em que impugnada pela objeção, evidentemente. Não caberá ao juízo da execução aplicar, na hipótese, as regras do art. 33, § 2º, da Lei n.º 9.307.

⁴¹⁰ Nesse sentido: “...a decisão acerca da questão suscitada pelo executado dentro da própria execução não faz coisa julgada, seja quando acolhe a arguição do devedor, seja quando a rejeita. O processo de execução, tal como a fase executiva de cumprimento da sentença, não tem por objeto a cognição exauriente de um mérito; não se presta à produção de uma sentença de mérito, apta à produção da coisa julgada material. Quando rejeita ou acolhe uma defesa arguível na própria execução, o juiz está apenas rejeitando ou acolhendo a arguição de um defeito processual na execução ou de um motivo processual para sua extinção – não mais do que isso. Sua decisão, seja em que sentido for, não serve como – e não tem valor nenhum de – decisão de cognição exauriente de mérito. Por isso, nunca faz coisa julgada material” (WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 2, p. 479).

⁴¹¹ DINAMARCO, *Fundamentos...*, t. I, p. 330-331. “O afastamento das questões de mérito a serem apreciadas no procedimento executivo não significa porém que inexista mérito no processo ou fase de execução. Há o mérito representado pela pretensão executiva deduzida mediante a demanda inicial nas execuções por título extrajudicial (CPC, art. 614 e seguintes) ou mediante pedido de prosseguimento do processo em caso de título judicial (CPC, art. 475-J). O fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos ou a da impugnação) não significa que *mérito* inexista naquele processo.”

Pretendendo obter os ajustes necessários na sentença, quando forem eles cabíveis, a parte interessada (que poderá ser tanto vencedora quanto a vencida, dependendo do caso) deverá lançar mão de ação própria destinada a obter o reconhecimento do defeito verificado e a determinação de devolução da causa aos árbitros, para que o corrijam – ressalvada, ainda, a possibilidade de as partes acordarem com os árbitros em reabrir a arbitragem para a eliminação dos defeitos verificados (vide o item 3.5.5).

8.4 – DESCABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA

A doutrina majoritária afasta o cabimento da ação rescisória contra sentenças arbitrais nulas. Segundo YARSHELL, “...poder-se-ia dizer que a ação rescisória da sentença arbitral já está regulada pelo citado art. 33 da lei especial, de sorte a excluir, portanto, a ação rescisória prevista pelos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil.”⁴¹² CRUZ E TUCCI, ARMELIN, AMENDOEIRA JÚNIOR, LEMES, APRIGLIANO, PARENTE, PITOMBO, ROCHA, WALD e RANZOLIN⁴¹³, entre outros autores, também entendem ser absolutamente inadmissível o emprego de ação rescisória contra sentenças arbitrais.

Concorda-se com esses autores. As situações nas quais cabe o controle judicial da sentença arbitral nacional são apenas aquelas definidas na lei especial que rege o instituto da arbitragem, *i.e.*, no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996. E os instrumentos processuais pelos quais o referido controle pode ser demandado são aqueles contemplados no art. 33 daquela mesma Lei – aos quais podem (por razões específicas) ser acrescentados alguns outros mecanismos, os quais são referidos no presente capítulo.

Admitir o cabimento de ação rescisória contra sentenças arbitrais implicaria o desvirtuamento da disciplina consagrada nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem. Como foi anteriormente exposto, esses artigos limitam o controle judicial da sentença arbitral nacional em relação aos aspectos mínimos indispensáveis para preservar a legitimidade da solução arbitral: as matérias do art. 32 estão todas relacionadas, direta ou indiretamente,

⁴¹² YARSHELL, Ação anulatória de julgamento arbitral..., p. 96.

⁴¹³ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 140-141; ARMELIN, Notas sobre ação rescisória..., p. 13; AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 701; LEMES, A sentença arbitral..., p. 31; APRIGLIANO, *Ordem pública...*, p. 47; PARENTE, op. cit., p. 305; PITOMBO, op. cit., p. 119; ROCHA, op. cit., p. 262 e seguintes; WALD, op. cit., p. 56; RANZOLIN, op. cit., p. 189-191; AMARAL, op. cit., p. 189.

aos pilares legitimadores da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a autonomia da vontade e o devido processo legal. Foi uma escolha do legislador, destinada a conferir efetividade e segurança jurídica ao instituto da arbitragem.

Se a sentença arbitral pudesse ser impugnada por ação rescisória nos casos do art. 485 do Código de Processo Civil que não encontram correspondência no art. 32 da Lei de Arbitragem, aquela escolha do legislador cairia por terra, dando margem a impugnações que iriam além dos limites mínimos indispensáveis para assegurar a legitimidade da arbitragem. Abrir-se-ia, inclusive, a possibilidade de controlar o mérito da sentença arbitral, mediante a invocação, v.g., dos incisos VI, VII e IX do art. 485 – o que iria contra o próprio “espírito” da arbitragem, como meio alternativo ao processo jurisdicional estatal para resolução de conflitos. Ora, quem escolhe a arbitragem quer justamente uma solução extrajudicial definitiva para seu conflito – não havendo sentido, portanto, em admitir ingerência estatal quanto ao mérito da sentença arbitral.

Da mesma forma, não seria adequado admitir o emprego de ação anulatória, no prazo de noventa dias, para a alegação das matérias do art. 485 do Código de Processo Civil que não encontram correspondência no art. 32 da Lei n.º 9.307⁴¹⁴. Como foi exposto

⁴¹⁴ NAGAO também entende não caber ação rescisória contra sentenças arbitrais (NAGAO, op. cit., p. 266-276). Todavia, o autor sustenta ser possível o manejo da ação anulatória nos casos do art. 485 do Código de Processo Civil que, a seu ver, não encontram correspondência no art. 32 da Lei n.º 9.307. Entre esses casos estariam os seguintes:

a) Violação a coisa julgada anteriormente formada, conforme o inciso IV do art. 485 do Código. Não se concorda com essa conclusão, conforme exposto no item 3.5.6 e se destaca mais adiante no corpo do texto.

(b) Violação a literal disposição de lei, conforme o inciso V do art. 485, mas desde que haja configuração de *error in procedendo*.

Neste trabalho, entende-se que, mediante uma interpretação razoavelmente aberta do art. 32 da Lei n.º 9.307, já é possível controlar a sentença arbitral em todos os casos de ofensa ao devido processo legal e ao princípio da autonomia da vontade que sobre ela repercutam. Assim, se houver ofensa a literal disposição de norma processual aplicável na arbitragem, com repercussão sobre higidez formal da sentença arbitral, caberá a sua impugnação, v.g., com fundamento nos incisos IV e VIII do art. 32. Ou seja, não será necessário invocar o disposto no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil.

(c) Caso em que a sentença estiver fundada em prova falsa, na forma do inciso VI do art. 485.

Considera-se, aqui, que, nessa situação, se caracterizada ofensa aos princípios da isonomia e do contraditório, a sentença poderá ser impugnada na forma do art. 32, inciso VIII, da Lei de Arbitragem. Ou seja, não é necessário nem adequado invocar a regra do art. 485 do Código de Processo Civil.

no item 4.1.2.1.2, o art. 32 da Lei de Arbitragem merece uma “interpretação razoavelmente aberta”, justamente para que dele não fiquem de fora situações de ofensa ao devido processo legal e/ou ao princípio da autonomia da vontade que não se enquadrem nos seus termos literais mas que repercutam sobre a sentença. No entanto, os casos que não possam ser conduzidos aos incisos do art. 32 nem mesmo mediante sua “interpretação aberta” não servirão de fundamento para a impugnação da sentença arbitral – sob pena de se comprometer o instituto da arbitragem e o regime legal específico que se aplica ao controle judicial das sentenças arbitrais nacionais.

Seria impensável, por exemplo, admitir a possibilidade de ajuizar ação anulatória contra a sentença arbitral com fundamento no inciso IV do art. 485.

(d) Caso de obtenção de documento novo, na forma do inciso VII do art. 485. Entende-se, neste trabalho, que é preciso fazer uma diferenciação.

Por um lado, a desconstituição da sentença arbitral por conta de *error in judicando*, em regra, não é possível, independentemente de qual tenha sido a causa da injustiça – e mesmo que tenha sido o “erro de julgamento” revelado por um “documento novo”. Conforme exposto no item 4.1.2.1.3, a desconstituição da sentença injusta, errada no mérito, tem cabimento excepcionalíssimo, observados os mesmos parâmetros que se aplicam quando se trata de “relativizar a coisa julgada” nos processos judiciais.

Por outro lado, se o documento novo for apto a demonstrar, por si só, algum *error in procedendo* passível de ser conduzido a algum dos casos do art. 32, a sentença arbitral poderá ser impugnada com base em tal dispositivo. Ou seja, não será necessário nem adequado invocar o art. 485.

(e) Se houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença, *ex vi* do inciso VIII do art. 485.

Entende-se, aqui, que eventualmente será possível impugnar a sentença arbitral nessas hipóteses, mas com fundamento direto no inciso VIII do art. 32 – desde que reste configurada ofensa a algum dos princípios do art. 21, § 2º, da Lei n.º 9.307. Portanto, não existe a necessidade de invocar a regra do inciso VIII do art. 485, sob pena, inclusive, de se abrir a possibilidade de impugnação da sentença arbitral por conta de *errores in judicando* – sem que estejam presentes os requisitos para a relativização da “coisa julgada arbitral”.

(f) Caso de erro de fato, conforme o inciso IX do art. 485, mas desde que fique caracterizado *error in procedendo*. NAGAO exemplifica sua posição mencionando caso em que se nega a uma das partes da arbitragem o direito de interpor recurso interno expressamente admitido na convenção, afirmando-se não haver previsão de seu cabimento.

Concorda-se com o autor no sentido de que existe a possibilidade de ajuizar ação de anulação em situação como a do exemplo dado. Mas não se entende ser necessário recorrer ao inciso IX do art. 485 do Código, para tanto. A situação amolda-se aos incisos IV e VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem (vide o item 4.1.2.1.2).

Por fim, observe-se que, segundo NAGAO, os casos dos incisos I, II e III do art. 485 do Código de Processo Civil correspondem aos casos dos incisos VI; II e VIII; e I e VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem. Trata-se de casos em que, segundo o autor, não seria necessário recorrer ao dispositivo do Código para fundamentar “a ação anulatória”.

É que, como se expôs no item 3.5.6, existe a possibilidade de as partes convencionarem arbitragem versando sobre conflito já julgado por decisão judicial transitada em julgado, desde que o direito envolvido seja patrimonial disponível⁴¹⁵. Por outro lado, também conforme se expôs no item 3.5.6, nos casos em que as partes tiverem convencionado expressamente que os árbitros, ao decidirem as questões prejudiciais em relação ao objeto da arbitragem, deverão respeitar eventuais coisas julgadas já existentes entre elas, a inobservância de coisa julgada que impacte no resultado do processo ensejará impugnação fundada no inciso IV do art. 32 da Lei n.º 9.307 – não no inciso IV do art. 485.

Admitir a impugnação da sentença arbitral com fundamento no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil também daria margem a situações inusitadas. Isso porque eventualmente as normas aplicadas na arbitragem nem sequer serão de direito brasileiro ou, então, a arbitragem se dará por equidade ou com base em usos e costumes (conforme o art. 2º da Lei n.º 9.307).

Outros dois argumentos podem ser acrescentados para afastar a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória em face de sentenças arbitrais, conforme ROCHA⁴¹⁶:

(a) Um deles é regra do § 2º do art. 33 da Lei de Arbitragem. Como bem observa ROCHA, o referido dispositivo não prevê como consequência do acolhimento da ação de impugnação da sentença arbitral a realização de algo como o “juízo rescisório” a que se refere o art. 494 do Código de Processo Civil. Portanto, admitir o cabimento de ação rescisória contra sentenças arbitrais implicaria um possível e inoportuno afastamento da regra do § 2º do art. 33⁴¹⁷.

(b) O outro argumento consiste no fato de a Lei de Arbitragem, em seu art. 32, ter previsto algumas situações que correspondem a casos referidos no art. 485 do Código de Processo Civil. Tal repetição não se justificaria se o legislador tivesse pretendido admitir o cabimento de ação rescisória contra a

⁴¹⁵ Nula será a convenção que tiver por objeto direito indisponível, haja ou não anterior decisão judicial transitada em julgado a seu respeito (art. 32, inciso I). Sendo nula a convenção, a sentença arbitral pode ser impugnada por ação declaratória – conforme exposto anteriormente neste trabalho.

⁴¹⁶ ROCHA, op. cit., p. 263-264.

⁴¹⁷ Ressalve-se, porém, que, neste trabalho, admite-se a possibilidade de se cumular, ao pedido de anulação ou declaração de inexistência ou ineficácia da sentença arbitral, pedido de julgamento da causa pelo Judiciário (vide os itens 7.1.2 e 7.2.1).

sentença arbitral. A disciplina da ação rescisória (na medida em que aplicável em face das sentenças arbitrais) a dispensaria.

Arrisca-se dizer que, se houvesse a possibilidade de lançar mão de ação rescisória contra as sentenças arbitrais, o instituto da arbitragem estaria fadado ao insucesso. Pois uma de suas principais vantagens em relação ao processo jurisdicional estatal – e que leva os contendentes a convencionar a utilização da arbitragem – ficaria seriamente comprometida, qual seja: a especial proteção que o ordenamento confere aos provimentos arbitrais finais em face de interferências estatais, limitando o seu controle judicial apenas aos casos de *errores in procedendo* capazes de comprometer a legitimidade da escolha da arbitragem e estabelecendo prazo bastante reduzido ao exercício da principal via impugnativa da sentença arbitral inválida, a ação de anulação.

Por todas essas razões, entende-se, aqui, que não são adequadas (com o devido respeito) as conclusões de GARCEZ e de MAGALHÃES, para quem a ação rescisória se prestaria ao ataque às sentenças arbitrais nacionais⁴¹⁸. A ação rescisória será

⁴¹⁸ GARCEZ entende que a ação rescisória seria cabível contra sentenças arbitrais nacionais, uma vez que estas teriam seus efeitos equiparados aos das sentenças judiciais (art. 31 da Lei n.º 9.307). Essa equiparação de efeitos determinaria a aplicabilidade, às sentenças arbitrais, do regime rescisório típico das sentenças judiciais. Assim, a seu ver, ultrapassado o momento para o ajuizamento da ação de anulação referida no art. 33, caberia ainda o ajuizamento de ação rescisória, no prazo de dois anos – ao que se infere das palavras do autor, para a alegação das matérias do art. 32 (GARCEZ, op. cit., p. 308-309).

MAGALHÃES adota entendimento semelhante. Mas o autor ainda acrescenta o seguinte argumento: “38. Embora o art. 33 da Lei n.º 9.307/1996, ao tratar da arbitragem nacional, refira-se à *anulação da sentença arbitral*, parece claro que a ação própria para obter o decreto de anulação é a rescisória de que trata o art. 485 do CPC, e não a anulatória, regida pelo art. 486... Tem-se, pois que a ação anulatória refere-se a (i) atos judiciais que não dependem de sentença, o que não é o caso do laudo arbitral, que não é ato judicial e sim privado e constitui sentença, e (ii) sentenças homologatórias, que também não se aplicam ao laudo arbitral, que delas não dependem para sua execução. 39. Assim, a sentença arbitral, no regime da Lei n.º 9.307/1996, não se enquadra nos requisitos do art. 486, uma vez que a lei confere-lhe a qualidade de título executivo judicial (art. 584, inciso VI), rescindível por meio de ação rescisória, fundada em uma das hipóteses previstas no art. 32” (MAGALHÃES, José Carlos de. Parecer: Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da justiça brasileira. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, jan./abr. 2004, p. 143-144).

Discorda-se desses autores pelas razões já expostas no texto. Além disso, acrescenta-se que:

(a) O simples fato de a Lei n.º 9.307 ter equiparado os efeitos das sentenças arbitrais aos das sentenças judiciais não permite concluir, automaticamente, que ambas estariam sujeitas ao mesmo regime de controle. Essa equiparação permite aplicar às sentenças arbitrais os mesmos princípios e conceitos que dominam a disciplina dos vícios das sentenças judiciais – conforme lição de RICCI exposta no item 4.3. Mas daí para se entender que estão elas sujeitas a um mesmo regime de controle (prazos e meios de impugnação) há uma grande diferença. O legislador tinha a possibilidade de criar regras específicas ao controle das sentenças arbitrais nacionais, diversas

cabível, quando muito, se preenchidos os requisitos legais, contra a sentença de mérito de ação que tiver sido ajuizada para o fim de impugnar a sentença arbitral – caso em que se tratará de sentença judicial acobertada pela coisa julgada material, rescindível na forma do art. 485 do Código de Processo Civil.

8.5 – DESCABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Atualmente, fala-se em um conceito “moderno”, mais amplo, de jurisdição, o qual incluiria a atividade dos árbitros⁴¹⁹. A “jurisdição” não consistiria mais em monopólio estatal, devendo ser compreendida amplamente como atividade (de cunho processual) de resolução de conflitos (e, assim, destinada a pacificar a sociedade) exercida por um terceiro imparcial. Trata-se, pelo que consta da doutrina mais recente, de entendimento atualmente predominante entre os arbitralistas brasileiros⁴²⁰.

daquelas que se aplicam às sentenças judiciais. E foi o que fez, no intuito de preservar a arbitragem de interferências judiciais que pudessem comprometer a sua efetividade e segurança.

(b) MAGALHÃES, com o devido respeito, confunde a ação de anulação do art. 33 da Lei n.º 9.307 com a ação anulatória do art. 486 do Código de Processo Civil. Não se trata, porém, da mesma ação. A ação a que se refere a Lei de Arbitragem é outra, com regime próprio e distinto daquele que se aplica à ação anulatória do art. 486. Trata-se de mecanismo específico para a desconstituição de sentenças arbitrais nulas, com hipóteses de cabimento, prazo e efeitos específicos.

⁴¹⁹ Conforme: CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 37. Chiara SPACCAPELO apresenta esse conceito amplo de jurisdição nos seguintes termos: “La giurisdizione, allora, può essere intesa come quell’attività dichiarativa, che si realizza sempre attraverso un processo, volta ad accertare il diritto di cui è chiesta tutela, per mezzo di un’operazione di sussunzione della fattispecie concreta, nella norma preesistente ed astratta. Se così è, la giurisdizione deve essere individuata teleologicamente, astraendo totalmente dal soggetto che la esercita. È, infatti, la funzione a determinare la natura dell’attività e non i soggetti che la pongono in essere. E quella dell’arbitro è inequivocabile: decidere le controversie insorte o insorgende tra le parti. Tale attività, affidata di regola, ai giudici ordinari, non è, come già detto, una loro prerrogativa esclusiva.” Assim, SPACCAPELO conclui: “Come i magistrati ordinari così anche gli arbitri esercitano la giurisdizione. Vi è un’assoluta coincidenza ontologico-funzionale fra i due soggetti. La differenza fra giudice statale e arbitro è solo quantitativa, non qualitativa. Ciò si spiega considerando che l’esercizio della giurisdizione (essendo la funzione decisoria connessa alla carica) è, per i primi, tendenzialmente permanente (sino al pensionamento o alle dimissioni); per i secondi, invece, necessariamente limitato al singolo procedimento arbitrale” (SPACCAPELO, *L’imparzialità...*, p. 66).

⁴²⁰ Observe-se que, ao lado da tese jurisdicionalista e da tese da natureza para-jurisdicional da arbitragem, existe a tese contratualista. Por se tratar de tese ultrapassada, que não encontra guarida no ordenamento brasileiro, faz-se o registro de sua existência apenas em nota.

Os adeptos da corrente contratualista entendem, de um modo geral, que a arbitragem tem a natureza de uma obrigação criada por contrato. A sentença (ou laudo) arbitral, na sua essência, seria *a extensão do*

De acordo com os adeptos dessa linha de pensamento, o conteúdo, a forma e o escopo último da atividade arbitral se identificariam com os da jurisdição. O fim pacificador da arbitragem e a forma processual da atividade arbitral (cujo resultado é, ao menos no ordenamento brasileiro, tão eficaz e vinculativo quanto o das decisões judiciais) conferir-lhe-iam plena identidade jurisdicional.

Diz a Lei n.º 9.307 que os árbitros são juízes de fato e de direito (art. 18); equiparam-se, no exercício de suas funções ou em razão delas, aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal (art. 17); suas decisões são de observância cogente para as partes às quais são dadas, tendo as sentenças que proferirem o condão de vincular as partes e até mesmo, se dotadas de eficácia condenatória, constituir título executivo (art. 31). Ademais, seria possível identificar o escopo social da jurisdição na atividade dos árbitros – os quais, tal como os juízes togados, são terceiros imparciais que julgam conflitos, no lugar das partes, com o objetivo de eliminá-los. Tudo isso permitiria afirmar a natureza jurisdicional da arbitragem.

A jurisdição seria, enfim, um *gênero do qual seriam espécies a “jurisdição estatal” e a “jurisdição arbitral” ou “privada”*. Os fundamentos de ambas seriam distintos: num caso, o poder de império estatal; no outro, a vontade das partes chancelada pela lei. Mas, substancialmente, as atividades se identificariam: ambas seriam exercidas por terceiro imparcial (mediante um processo) e estariam voltadas a eliminar conflitos em busca da pacificação social. Isso é o que bastaria para determinar a natureza jurisdicional de uma atividade⁴²¹.

Adotado esse conceito “moderno” de jurisdição, de fato, torna-se inevitável qualificar a atividade arbitral como “jurisdicional”. Por-se-iam lado a lado, então, a

acordo (convenção de arbitragem) celebrado entre as partes (conforme capitula: ANTUNES DA COSTA, Nilton César. *Poderes do árbitro*: de acordo com a lei n.º 9.307/96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 56).

Essa corrente teve grande força no ordenamento brasileiro ao tempo em que aqui, para que pudesse produzir os mesmos efeitos de uma sentença judicial e (se condenatória) constituir título executivo, a sentença arbitral precisava ser homologada pelo Poder Judiciário. A necessidade de homologação era vista pelos contratualistas como a confirmação do caráter puramente negocial da atividade dos árbitros: a homologação judicial significava, a seu ver, a aprovação do laudo arbitral (e do contrato existente em sua base) pelo Judiciário, a qual o transformava em verdadeira decisão judicial.

⁴²¹ Nesse sentido, por exemplo: CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral...*, p. 46; FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 157; ANTUNES DA COSTA, p. 77 e seguintes.

“jurisdição estatal” e a “jurisdição arbitral”, cada qual com seu próprio fundamento – o *imperium* (poder) estatal e a convenção de arbitragem, respectivamente⁴²².

Por razões que serão expostas no item seguinte, entende-se, neste trabalho, que os árbitros *não exercem verdadeira e própria jurisdição*. Mas não se vislumbra problema algum na conclusão de que a atividade dos árbitros possui natureza “jurisdicional”, desde que se entenda que a chamada “jurisdição arbitral” não se identifica plenamente com a jurisdição que os juízes estatais exercem.

Com efeito, optando-se por afirmar a “jurisdicionalidade” da arbitragem, é preciso que se tenha em conta que a chamada “jurisdição” dos árbitros tem natureza privada, na medida em que seu fundamento imediato está em um acordo de vontades *a que a lei confere a eficácia de excluir determinados conflitos da apreciação judicial e de obrigar as partes a observarem o que vier a ser decidido pelos particulares por elas eleitos para a decisão do conflito*⁴²³.

Compreendida nesses termos a “jurisdição arbitral”, *como atividade privada e não uma “função pública” exercida por delegação estatal*, a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem perde sua relevância prática, tornando-se meramente terminológica – e assumindo, assim, interesse puramente acadêmico.

Saber se os árbitros exercem ou não “função pública” ou então se, ao serem nomeados, assumem ou não o *status* ou qualidade de autoridade ou funcionário público *é questão de grande importância prática*. Exemplo disso se tem justamente na discussão sobre o (des)cabimento de mandado de segurança contra provimentos arbitrais. Com efeito, caso se entenda que os árbitros exercem jurisdição (compreendida como função pública) por “delegação” estatal ou, então, que, no exercício de suas atividades, possuem o *status* de “autoridade pública”, a admissibilidade de mandado de segurança contra seus atos, *dentro de certos limites*, torna-se (*ex vi* do art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e do art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 12.016/2009) inevitável⁴²⁴.

⁴²² Observando que a arbitragem será definida como jurisdicional ou não conforme o conceito que se adote para “jurisdição”: VERDE, Giovanni. *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010. p. 1 e seguintes.

⁴²³ Nesse sentido, diferenciando, pelos seus fundamentos, a jurisdição estatal do que alguns chamam de “jurisdição arbitral”, vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32-35.

⁴²⁴ WALD e Rodrigo Garcia da FONSECA entendem que o mandado de segurança pode ser impetrado contra sentença arbitral ilegal ou abusiva, que ofenda direito líquido e certo e não possa ser

O signatário da convenção a quem não fosse dado participar do processo arbitral, v.g., teria a possibilidade de, presentes os competentes requisitos legais, valer-se do mandado de segurança para, mediante a alegação de “ineficácia jurídica” da sentença contra si proferida, pedir ordem impedindo a prática, pelos árbitros, de atos nela fundados – como a aplicação de multas ou outras medidas coercitivas. Afinal, como se expôs no item 4.4.3, a “ineficácia jurídica” consiste em defeito que pode ser conhecido até mesmo incidentalmente e de ofício em processo no qual a sentença viciada seja invocada⁴²⁵.

atacada por ação anulatória ou embargos do executado (ou ainda, se for o caso, pela impugnação do art. 475-L do Código de Processo Civil). Defendem, por exemplo, a possibilidade de terceiros em relação ao processo arbitral, que tenham sido prejudicados pelo seu resultado, impetrarem mandado de segurança contra a sentença – desde que preenchidos os demais requisitos para a impetração (existência de direito líquido e certo, vigência do prazo decadencial de cento e vinte dias *etc.*). Vide: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 13, abr./jun. 2007. p. 14. As mesmas considerações podem ser encontradas (com alguns complementos e atualizações) na obra: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 59.

NAGAO, em semelhante sentido, considera que o mandado de segurança pode ser admitido em face de sentenças arbitrais. Isso porque, a seu ver, por força do art. 17 da Lei n.º 9.307, os árbitros se equiparariam a funcionários públicos no exercício de suas funções, desempenhando atividade própria da jurisdição. Mas o autor ressalva que o mandado de segurança consistiria em “medida extrema”, que não poderia ser manejado como “sucedâneo de outros meios de impugnação” não tempestivamente formulados, mas apenas em casos excepcionais, nos quais fosse evidenciada (mediante uma “interpretação criteriosa das circunstâncias do caso concreto”) ofensa a “princípios elementares do direito constitucional-processual” (NAGAO, *op. cit.*, p. 289-290).

Igualmente, ROCHA afirma o cabimento mandado de segurança contra atos arbitrais. A seu ver, a admissão do mandado de segurança deve ser excepcional, sob a condição de que haja a demonstração de que a ofensa a direito líquido e certo decorre de flagrante teratologia do ato arbitral e, ainda, de que não existe outro mecanismo (previsto na Lei de Arbitragem ou no Código de Processo Civil) do qual se possa lançar mão para evitar ou afastar o dano (ROCHA, *op. cit.*, p. 184-188).

Assim, ROCHA, NAGAO e WALD e FONSECA equiparam os árbitros a autoridades ou funcionários públicos. Para tanto, ROCHA invoca o *status* de juiz do árbitro, referido no art. 18 da Lei n.º 9.307. NAGAO, por sua vez, invoca a regra do art. 17. WALD e FONSECA, por sua vez, equiparam os árbitros a “autoridades públicas” invocando a regra segundo a qual as sentenças arbitrais produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais (art. 31). Como se expõe mais adiante no texto, não se concorda com essas conclusões.

⁴²⁵ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 367.

8.5.1 – A natureza jurídica da arbitragem

Com o devido respeito aos que pensam de forma diversa, entende-se, aqui, que os árbitros *não exercem função pública* “por delegação” nem podem ser equiparados a agentes públicos⁴²⁶. Seu poder se origina de um acordo de vontades, a convenção de arbitragem – e não do *imperium* estatal. Inclusive para que essa distinção fique clara, prefere-se a tese que afirma a natureza “parajurisdicional” ou de “equivalente jurisdicional” da arbitragem.

8.5.1.1 – A jurisdição como função pública

Como se sabe, o Estado é resultado da concentração (gradativamente verificada ao longo dos séculos) do poder de violência em um conjunto de instituições comandadas por pessoas e organizadas segundo modelo que pode variar conforme o momento histórico e político de cada sociedade. O referido “poder de violência” ou “poder de império” é compreendido de uma forma bastante ampla como poder de coerção jurídica e física sobre outras pessoas ou, então, como a “...capacidade de decidir imperativamente e impor decisões... sem a necessidade de anuência dos sujeitos”⁴²⁷.

Antes do surgimento da noção de Estado, na ausência portanto de um centro de comando e regulação da vida das pessoas, cabia a cada uma delas buscar (pelos mais diferentes modos – por exemplo, pelo emprego da força bruta) a realização de seus próprios interesses, sem a preocupação com os interesses alheios ou comuns a outras pessoas. Não havia, enfim, quem se preocupasse com o modo e o resultado da atuação e relação entre as pessoas, senão elas próprias. Eis o período da chamada *autotutela*.

Com o surgimento e a consolidação da noção de Estado, a atuação das pessoas passa a encontrar limites em uma vontade superior – não apenas na vontade própria de cada uma delas. Trata-se da “vontade do Estado”. Não vem ao caso, aqui, analisar como a noção de Estado evoluiu na história, quais as formas e etapas pelas quais

⁴²⁶ Nesse sentido, destacando que os árbitros são estranhos ao Estado, não o integrando: COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e estado: interesses divergentes?* São Paulo: Atlas, 2010. p. 42 e seguintes; BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 32-33; LA CHINA, Sergio. *L’arbitrato: il sistema e l’esperienza*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2004. p. 14-15; AMARAL, op. cit., p. 181-182; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 770.

⁴²⁷ DINAMARCO, *Instituições...*, v. I, p. 316.

se deu a atribuição do poder pelo povo ao Estado, quais os modelos de Estado hoje existentes ou já verificados *etc.*⁴²⁸ O fundamental é compreender (a) que o Estado é concebido como o centro do poder de coerção a que estão sujeitas as pessoas situadas nos respectivos limites territoriais e (b) que o surgimento e consolidação do Estado se deu *gradativamente*, ao longo dos séculos, com a evolução das sociedades e a constatação de que se fazia necessário estabelecer limites às liberdades individuais em nome de interesses e valores tidos por “superiores”.

O Estado constitucional moderno (Estado de Direito) surgiu com a percepção de que a concentração do poder de coerção nas mãos de uma só pessoa (Estado Absolutista) dava margens a abusos e arbitrariedades que geravam injustiças e desordem na sociedade. O governo fundado na mera vontade do governante (o soberano) não era adequado ao atendimento de valores fundamentais para a preservação da dignidade das pessoas, pois restringia excessivamente a sua liberdade e estava voltado, basicamente, a satisfazer interesses egoísticos do próprio governante – sendo, assim, incapaz de gerar igualdade e justiça sociais.

A distribuição das competências estatais entre órgãos diversos revelou-se a fórmula certa para acabar com os excessos e arbítrios do Estado Absolutista. Surge, então, a noção da “tripartição dos poderes” estatais, um sistema de freios e contrapesos destinado a limitar o exercício do poder pelo próprio poder⁴²⁹: haveria um “poder” responsável pela criação das leis que regeriam a sociedade – o Poder Legislativo; um “poder” que aplicaria e imporá a observância dessas leis (pelo próprio Estado, inclusive), nos casos em que não fossem elas espontaneamente observadas – Poder Judiciário; e um “poder” que, pautando-se nas leis pré-estabelecidas, exerceria atividades voltadas a garantir a ordem social, satisfazendo interesses coletivos – Poder Executivo. Os dois primeiros “Poderes” exercem as atividades jurídicas do Estado (atuação e produção jurídicas). O Poder Executivo, por

⁴²⁸ Após a fase da autotutela, passou-se gradativamente por fase em que predominava a chamada “arbitragem facultativa” (as pessoas em conflito tinham a possibilidade de escolher um terceiro desinteressado e imparcial para ditar-lhes uma solução); em seguida, a arbitragem se tornou obrigatória (todos os conflitos haveriam de ser resolvidos por um terceiro imparcial e desinteressado nomeado pelas partes); passou-se, então, a uma etapa em que a arbitragem continuava sendo obrigatória, mas a nomeação dos árbitros haveria de se dar perante uma autoridade estatal, a quem competia controlar a nomeação e o processo realizado. *Ao longo dessas etapas, que não são estanques entre si, foi se formando e consolidando a ideia de Estado, como um centro de poder e regulação da sociedade, situado acima das pessoas individualmente consideradas e voltado a satisfazer interesses pretensamente maiores do que os individuais de cada pessoa* (conforme: WAMBIER; TALAMINI, *Curso avançado...*, v. 1, p. 86-87).

⁴²⁹ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 87.

sua vez, não tem objetivos propriamente jurídicos, mas de caráter material, de satisfação de necessidades de interesse coletivo⁴³⁰.

Na realidade, não existe uma só forma de “separação dos poderes” possível e vigente. Cada Estado distribui as suas competências de uma forma, atribuindo-lhas a um ou outro órgão ou conjunto de órgãos estatais (no Brasil, por exemplo, fala-se em três ou até cinco⁴³¹ poderes; na França, são dois, o Legislativo e o Executivo, estando as autoridades judiciárias estruturalmente ligadas a este último). *O que não muda de Estado para Estado é a concentração do poder de coerção em órgãos estatais*. Com efeito, seja qual for a forma de organização interna do Estado, o poder de coerção sempre estará a cargo de algum (ou alguns) órgão(s) estatal(is). A essência do Estado reside justamente nessa concentração de poder de coerção – poder este que se manifesta, no Estado de Direito, nas funções estatais jurisdicional, legislativa e executiva.

Em suma, a jurisdição, *desde a sua origem, sempre foi compreendida como função pública*. A ideia (e o conceito) de jurisdição é resultado da assunção, pelo Estado, da função de resolver os conflitos verificados na sociedade. Inicialmente, esta função era exercida por um soberano, de quem emanava todo o direito – o que retirava o caráter democrático que tem hoje⁴³². Muito mais tarde, em fase mais desenvolvida (Estado de Direito) a jurisdição passou a se realizar mediante a aplicação imperativa do direito objetivo a casos concretos por um agente estatal estranho ao conflito – nem sequer cabendo falar em jurisdição, modernamente, sem que verificada a *terzietà* do julgador. Antes desses momentos, quando a atividade de pacificação era exercida pelos próprios particulares, *não se tinha (nem se falava em) jurisdição*. Faltava ao Estado, ainda em estágio de formação, “...poder suficiente para impor-se aos particulares com a marca da inevitabilidade (o processo era um contrato entre as partes)”⁴³³.

⁴³⁰ DINAMARCO, *Instituições...*, v. I, p. 317.

⁴³¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 92. Para o autor, além do Legislativo, Executivo e Judiciário, haveriam de ser considerados “poderes estatais” o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

⁴³² Quando da aplicação arbitrária e ditatorial do poder pelos Estados absolutistas, não se tinha a mesma noção de jurisdição que se tem hoje – de atividade que, para ser legítima, deve se voltar à realização do direito objetivo, ser exercida por terceiro imparcial e ser realizada em processo do qual possam as partes em conflito possam participar plenamente.

⁴³³ DINAMARCO, *Instituições...*, v. I, p. 121.

8.5.1.2 – Os árbitros não exercem função pública: a teoria da natureza parajurisdicional ou de equivalente jurisdicional

Alguns autores dizem que a arbitragem tem natureza parajurisdicional. Outros afirmam sua natureza de equivalente jurisdicional. São expressões distintas para traduzir, basicamente, a mesma ideia: a ideia de que a atividade dos árbitros é muito parecida, substancialmente, com a dos juízes estatais, mas com ela não se confunde. Não se trata de jurisdição, *compreendida esta, historicamente, como expressão do poder estatal*.

Os argumentos que os adeptos dessa teoria utilizam para explicar que os árbitros não exercem verdadeira e própria jurisdição são, basicamente, os seguintes:

(a) A jurisdição é, na linha do que foi exposto anteriormente, função essencial do Estado.

Esclareça-se, porém, que dizer que a jurisdição é monopólio estatal não significa dizer que haja o monopólio estatal *dos meios de solução (pacificação) de conflitos ou de realização da justiça*. Por exemplo, os meios de autocomposição (unilaterais, como a renúncia e a submissão; e bilaterais, como a transação) são meios de solução de conflitos não-estatais – mas que podem ser exercidos tanto endo quanto extraprocessualmente. A arbitragem, da mesma forma, consiste em um meio de conflitos não-estatal – mas um meio heterocompositivo, a ser sempre exercido (para que seja legítimo) pela via de um processo (ou melhor, um devido processo, segundo determinação legal e constitucional – arts. 21, § 2º, da Lei n.º 9.307 e 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). O processo jurisdicional, por outro lado, seria o meio de solução de conflitos exclusivo do Estado, instrumento do exercício da jurisdição⁴³⁴.

(b) A jurisdição, na medida em que consubstancia função essencial do Estado Democrático de Direito, não pode ser delegada a particulares⁴³⁵.

Como foi exposto anteriormente, o Estado detém o monopólio do poder de *imperium*. Ou seja, apenas o Estado tem – como algo que lhe é inerente e, assim, essencial para a sua própria existência – o poder de impor aos sujeitos,

⁴³⁴ DINAMARCO, *Instituições...*, v. I, p. 121-125.

⁴³⁵ Para uma análise mais aprofundada do que se expõe na sequência, vide: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 16 e seguintes. Trata-se da obra em que o texto está, neste ponto, baseado.

independentemente da (ou até mesmo contra a) sua vontade, a adoção de determinadas condutas e de os compelir a obedecer as suas decisões. Foi justamente dessa concentração de poder em um “centro de comando e regulação” da sociedade que surgiu e se consolidou a noção de Estado.

Mas nem todas as atividades desempenhadas pelo Estado estão vinculadas *diretamente* ao poder de *imperium* por ele monopolizado. Vejam-se, por exemplo, as intervenções diretas que o Estado realiza no domínio econômico. Elas podem se dar pelo exercício de atividades econômicas em sentido estrito ou então pelo desempenho de serviços públicos. No primeiro caso, o Estado atua travestido de sujeito privado, em grande parte sob o regime de direito privado – sendo excepcional esse tipo de intervenção estatal no sistema brasileiro (que é capitalista, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na limitação do Estado no domínio econômico). Já no caso dos serviços públicos, o Estado atua no domínio econômico na condição de instituição pública – e, portanto, sujeito ao regime de direito público⁴³⁶.

O que diferencia os serviços públicos das atividades econômicas em sentido estrito é, basicamente, a relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana⁴³⁷. Ambas trabalham com recursos escassos e têm por fim a satisfação de necessidades – sendo, portanto, econômicas. Mas as necessidades que os serviços públicos visam a satisfazer são necessidades essenciais das pessoas, necessidades que precisam ser satisfeitas a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana. Dada a sua importância, o Estado assume a titularidade da prestação de tais serviços. As atividades econômicas em sentido estrito, por sua vez, visam precipuamente a realizar interesses egoísticos dos sujeitos que as exercem – não se justificando, por conseguinte, o Estado assumir a sua titularidade. Pode-se dizer que a noção de atividade econômica em sentido estrito se forma por exclusão, no sentido de que a atividade econômica será assim considerada quando a Constituição não estabelecer que se trata de serviço público (com efeito, é a Constituição que define quais atividades são serviço público; “...a qualificação de uma atividade como serviço público envolve critérios não apenas

⁴³⁶ JUSTEN FILHO, *Teoria geral...*, p. 16-17.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 30.

de eficiência econômica mas também indica uma opção política sobre as funções reservadas ao Estado”⁴³⁸).

Os serviços públicos são atividades (administrativas) de titularidade do Estado *que podem ser delegadas na medida em que não estejam (e em larga medida não estarão) diretamente vinculadas ao poder de imperium*⁴³⁹. Não se trata propriamente de atividades essenciais (indispensáveis para a própria formação) do Estado, mas sim de atividades que o Estado assume em virtude de sua importância para a satisfação de interesses essenciais das pessoas, tendo em vista a proteção da dignidade da pessoa humana. *Tanto não se trata de atividades essenciais do Estado (e, assim, não são indelegáveis) que dependendo do momento histórico, cultural, econômico e político vivido, atividades tidas como serviços públicos podem deixar de ser assim consideradas – e vice-versa.*

As atividades jurisdicional e legislativa, por sua vez, assim como o poder de polícia administrativa em si, não consistem em serviços públicos, no sentido técnico-jurídico exato dessa expressão. Trata-se de atividades basilares do Estado, ou seja, atividades que lhe são inerentes, na medida em que consistem em *manifestações imediatas e diretas do imperium estatal*⁴⁴⁰. Por isso, não podem ser delegadas. “Não se pode admitir que o Estado transfira, ainda que temporariamente, o poder de coerção jurídica ou física para a iniciativa privada. Não seria compatível com a estrutura democrática estatal que um particular pudesse ser encarregado do exercício de poderes normativos ou fáticos de regulação das condutas alheias em vista da realização da ordem pública”⁴⁴¹.

Em suma: “Somente é possível delegar à iniciativa privada o exercício de certas atividades que não envolvam competências de cunho coercitivo”, ou seja, “...daquelas parcelas de atuação que não exteriorizam o poder extroverso ou o poder de império estatal”⁴⁴². Assim, a atividade jurisdicional, na medida em que vinculada diretamente ao *imperium* estatal, consistindo em manifestação imediata da sua existência, não pode ser delegada.

⁴³⁸ JUSTEN FILHO, *Teoria geral...*, p. 35.

⁴³⁹ Ibid., p. 28.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 22.

⁴⁴¹ Ibid., p. 28. Vide, outrossim, MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 34.

⁴⁴² JUSTEN FILHO, *Teoria geral...*, p. 28.

Essas conclusões explicam, inclusive, a razão pela qual se afirma na doutrina de direito administrativo que o ordenamento jurídico admite apenas a “delegação dos meios” necessários ao exercício das atividades essenciais do Estado, mas não a delegação dessas próprias atividades. Por exemplo: admite-se que se delegue a administração dos radares de multa, mas não se admite que particulares exerçam – fazendo o papel “de Administração Pública” – juízo sobre a ocorrência de infração de trânsito e apliquem multa ao infrator. Esta última atividade é manifestação do poder de polícia administrativa do Estado, fundada direta e imediatamente no seu poder de coerção. A primeira lhe é meramente instrumental, não exigindo o exercício do *imperium* estatal^{443 e 444}.

(c) Sem prejuízo do exposto no item anterior, que se presta a afastar de todo a possibilidade de delegação da jurisdição pelo Estado, vale acrescentar: não se poderia falar em pretensa delegação da jurisdição aos árbitros, no Brasil, porque em nenhum momento ocorre essa delegação no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴⁵.

(c.1) Primeiro, não cabe falar em “delegação em tese” pela Lei 9.307/1996. O ato de delegação é necessariamente um ato concreto e específico, que deve ser realizado pelo Estado a um determinado particular nos casos em que razões de interesse público efetivamente verificadas assim determinarem.

(c.2) Não se diga que o ato de delegação seria, então, a convenção de arbitragem. Como poderiam particulares delegar uma atividade que nem sequer é de sua titularidade? Nem mesmo com a expressa autorização estatal isso seria possível. O poder de delegação, em si, é algo que não pode ser delegado – ou seja,

⁴⁴³ O que não significa dizer, necessariamente, que, surgindo uma controvérsia entre a Administração e um particular sobre a legalidade de uma atividade administrativa fundada no poder de coerção estatal, não se possa instituir uma arbitragem para resolvê-la (ao menos segundo o conceito de “disponibilidade” de TALAMINI – vide as notas 6 e 11).

⁴⁴⁴ Neste trabalho, sustenta-se que os árbitros podem praticar atos de coerção indireta, para fazer valer as suas decisões – nos limites expostos no item 6.1.2.1. Não se trata de conclusão conflitante com a do texto, acima. Os árbitros, quando praticam atos de coerção indireta, não o fazem por delegação estatal. A questão é que a atividade de execução indireta, tanto quanto a de cognição, pode ter fundamento em um acordo de vontades, na forma da Lei de Arbitragem. Não são atividades exclusivas de quem detenha o *imperium*, i.e., o Estado.

⁴⁴⁵ A *contrario sensu*, ROCHA, tratando de “arbitragem doméstica”, entende que se trata de atividade jurisdicional exercida por delegação. O autor fala em “delegação jurisdicional do Estado à arbitragem” – delegação esta que não decorreria “exclusivamente da lei”, exigindo uma convenção entre as partes (ROCHA, op. cit., p. 27 e 28).

o Estado não pode delegar a cidadãos indeterminados o poder de eventualmente delegar uma função ou atividade sua.

(c.3) Se a convenção de arbitragem fosse o ato de delegação, então o Estado teria de participar de sua celebração, na condição de titular da atividade jurisdicional. A incontroversa desnecessidade de participação do Estado na convenção é a confirmação de que não se tem, na hipótese, delegação de poder estatal.

(d) O que as partes fazem ao celebrar uma convenção de arbitragem é apenas acordar em atribuir a terceiro(s) a solução de conflito(s) sobre direito patrimonial disponível. No plano da autonomia da vontade, as partes firmam validamente um negócio jurídico (que é a convenção arbitral) por meio do qual se obrigam a submeter conflito existente ou que possa vir a existir entre elas a terceiro(s), para que este(s) o solucione(m) em seu lugar. Em vez de resolverem seu conflito por transação, por exemplo, as partes optam por eleger quem o resolva no lugar delas, conferindo-lhe poderes necessários a tanto – mas sempre nos limites daquilo sobre o que podem dispor⁴⁴⁶.

E, para tornar esse meio de solução de conflito efetivo, a legislação estabelece que a decisão que vier a ser proferida pelos árbitros vinculará as partes, as quais não mais poderão discuti-la em seu conteúdo (a chamada “coisa julgada arbitral”). A legitimidade dessa regra se põe na medida em que se está no plano da autonomia da vontade – ora, se mesmo autocomposição era possível, dispensado-se a intervenção do Judiciário para a resolução do conflito, não pode haver impedimento algum a que um terceiro dite a solução para a causa no lugar das partes, por escolha destas; e, ademais, por conta da expressa imposição legal de observância, nos processos arbitrais, de todas as garantias constitucionais do processo, incluindo o contraditório e a ampla defesa.

Com efeito, para evitar arbítrios na solução do conflito pelo terceiro escolhido pelas partes, a legislação impõe que, no processo arbitral, observem-se as

⁴⁴⁶ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 34. São as palavras dos autores: “A diferença entre a tarefa do árbitro e a tarefa do juiz reside no fato de que somente o segundo pode exercer o poder do Estado. Dentro de um Estado de Direito, o poder jurisdicional é absolutamente fundamental e este apenas pode ser exercido pelos juízes. Dessa maneira, não há que se falar em inconstitucionalidade pelo simples fato de as partes, usando livremente da sua vontade, terem optado pela arbitragem. Quando alguém opta pela arbitragem, não há delegação de algo que não pode ser delegado – o poder jurisdicional – mas simplesmente exercício de uma faculdade que os litigantes têm em suas mãos como corolário da autonomia da vontade.”

mesmas garantias que se aplicam aos processos estatais em geral, judiciais e administrativos. Isso, de fato, faz parecer que a atividade dos árbitros e a dos juízes togados são a mesma coisa. Mas não são: em um caso, o fundamento do poder de decidir é o poder estatal, o *imperium* (juízes estatais). No outro caso, o fundamento do poder de decidir é a vontade das partes amparada em lei (árbitros). Daí falar-se que, na sua origem, a arbitragem é convencional⁴⁴⁷.

(e) O fato de, substancialmente, a atividade dos árbitros parecer com a dos juízes togados (os árbitros têm poderes e obrigações que se assemelham ou, até, identificam-se em larga medida com os dos juízes...) não é suficiente para que se possa afirmar a sua natureza jurisdicional (compreendida a jurisdição como função pública).

Nem tudo é o que parece. Daí, justamente, a ideia de *equivalente jurisdicional*. A atividade dos árbitros equivale à dos juízes na medida em que, *por força de lei*, tem o condão de produzir os mesmos efeitos que ela *etc.* Mas nem por isso se pode dizer que tem a mesma natureza da atividade dos juízes.

(f) É verdade que somente a atividade jurisdicional tem o condão de produzir coisa julgada (imutabilidade do conteúdo do comando das sentenças judiciais de mérito transitadas em julgado). Pergunta-se, então, se a atividade dos árbitros não seria jurisdicional por fazer, também, “coisa julgada”.

O fato de a decisão final dos árbitros vincular as partes diante das quais é dada não permite dizer que ela faça verdadeira e própria coisa julgada. Vincula as partes simplesmente porque a lei diz que vincula – e a legitimidade dessa previsão decorre precisamente da facultatividade da arbitragem e a exigência de que seja ela conduzida por um terceiro imparcial e segundo as garantias constitucionais do processo. Como se expôs anteriormente, no item 3.5.3, pode-se (e convencionou-se) chamar essa imutabilidade de “coisa julgada arbitral”. Mas por trás dessa dita “coisa julgada” encontram-se aspectos diversos daqueles que explicam e justificam a existência da coisa julgada “estatal”.

⁴⁴⁷ Note-se, por oportuno, que o que diferencia a teoria da natureza parajurisdicional ou de equivalente jurisdicional da arbitragem da teoria contratualista (ver nota 420) é justamente o valor dado pela primeira à proximidade que existe entre as regras que regem o processo arbitral e aquelas que regem o processo jurisdicional. A teoria contratualista não explica adequadamente o caráter vinculativo das decisões arbitrais (*imposto pela própria lei*, não simplesmente pela convenção e eventual homologação judicial como os contratualistas afirmam...) nem dá a devida atenção ao caráter processual da arbitragem e consequente necessidade de sua legitimação pelo contraditório.

(g) Na atividade dos árbitros, conforme ensina DINAMARCO, não se identificam os escopos político e jurídico da jurisdição⁴⁴⁸. De fato, os árbitros se ocupam apenas de resolver um conflito que lhe foi submetido, sem a preocupação de fazer valer a autoridade estatal e dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial do país ao caso concreto. Basta ver que a solução do caso pode ser com base na equidade ou até mesmo com base em direito estrangeiro.

Isso é confirmação de que os árbitros não são agentes estatais nem delegatários do Estado. Sua atividade apenas pode ser considerada jurisdicional se for dado ao conceito de jurisdição um conteúdo amplíssimo, nos termos expostos na nota 419, acima (jurisdição pública, fundada no poder estatal, e jurisdição privada, fundada na autonomia da vontade, como espécies do gênero “jurisdição”).

(h) Muitos autores se prendem aos dispositivos da Lei n.º 9.307 para concluir que os árbitros, no exercício de sua “jurisdição”, teriam o *status* de autoridade pública. Invocam, por exemplo, o art. 17 (“Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”), o art. 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”) e o art. 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”). Trata-se, com o devido respeito, de argumentos inconsistentes.

Primeiro, observe-se que nem mesmo se a Lei n.º 9.307 dissesse expressamente que a atividade arbitral é “jurisdição estatal” (função pública) exercida por delegação ela assim poderia ser considerada. Para tanto, a noção que hoje se tem de Estado (Estado de Direito) é que precisaria ser modificada – e evidentemente isso não se daria por simples lei.

Depois, a Lei n.º 9.307 estatui que o árbitro é juiz de fato e de direito (art. 18) apenas para indicar que pode ele decidir a respeito dos fatos que lhe são apresentados, aplicando-lhes o direito a fim de pacificar o conflito existente. O objetivo foi apenas definir em que consiste, basicamente, a atividade dos árbitros, ressaltando o seu conteúdo e o poder que lhes é dado para decidir perante as partes.

⁴⁴⁸ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, p. 126.

Dizer que aos árbitros se aplicam as mesmas penas a que se sujeitam os funcionários públicos (art. 17) não equivale a afirmar que são eles verdadeiros funcionários públicos ou que possuem o *status* de agentes estatais para todo e qualquer fim. O legislador, nesse ponto, simplesmente entendeu por bem estender aos árbitros as penas que se aplicam aos funcionários públicos. Foi uma escolha juridicamente viável (nada impede que por lei se estendam determinadas penas típicas de funcionários públicos a determinados sujeitos privados...) e justificável (considerando que, substancialmente, as atividades dos árbitros identificam-se com as dos juízes).

Por fim, a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judicial (art. 31) *apenas confirma que a atividade arbitral não consubstancia jurisdição, função pública – i.e., que os árbitros não são agentes ou delegatários do Estado*. Ora, caso se tratasse de verdadeira e própria jurisdição, não haveria necessidade de fazer a equiparação por expressa disposição legal. Consistindo em jurisdição, a atividade arbitral estaria naturalmente preordenada a produzir os mesmos efeitos da atividade jurisdicional estatal.

Enfim, por todas essas razões, entende-se que os árbitros exercem atividade de natureza parajurisdicional ou de equivalente jurisdicional⁴⁴⁹ – com a ressalva, porém, de que o fundamental (e o que realmente importa do ponto de vista prático) é compreender que *os árbitros não são agentes ou delegatários do Estado*, sendo sua atividade privada (embora nela se reconheça função de interesse social, que é pacificação de conflitos).

⁴⁴⁹ Nesse mesmo sentido, por exemplo: DINAMARCO, *Instituições...*, v. I, p. 125 e seguintes; JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 770; TALAMINI, *Direito processual...*, p. 332-333 (com referência a outros autores).

Nos termos de TALAMINI: “Conquanto legítima e não ofensiva à garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a atividade arbitral não é jurisdicional. O árbitro não se reveste do poder estatal. Sua origem está em um ato negocial das partes – permitido, disciplinado, tutelado pelo Estado. Mas não há um ato de delegação do Estado. O árbitro não fundamenta sua posição na soberania estatal, como o juiz, mas no compromisso feito entre as partes. A arbitragem tem início (formação) negocial e desenvolvimento que se poderia chamar de institucional e processualizado. Institucional porque, embora instituído e previamente organizado pelo acordo entre as partes, passa depois a desenvolver-se em uma estrutura dinâmica, complexa, relativamente objetivada... A atuação dos árbitros pode ser qualificada como sendo um perfeito equivalente jurisdicional: equipara-se à atuação jurisdicional cognitiva. O árbitro tem a tarefa de verificar e atuar as normas concretamente incidentes – e o faz como um terceiro, imparcial (não-parte), estranho, alheio às partes. Mas, precisamente porque é um equivalente jurisdicional, não é a própria jurisdição. Como nota Fazzalari, equivaler não significa ser idêntico. Pode-se complementar: equivaler significa receber o mesmo valor, embora sendo diferente. Precisamente por isso é necessária a equiparação legal do resultado da atividade arbitral ao resultado da atividade jurisdicional.”

8.5.2 – Descabimento de mandado de segurança contra atos arbitrais

Conclui-se, do que foi exposto no item anterior, que não cabe mandado de segurança contra atos arbitrais.

O árbitro não é autoridade pública. Não se trata de agente ou delegatário estatal. É fundamental compreender esse aspecto, ainda que se pretenda qualificar a atividade arbitral como “jurisdicional”. O árbitro é agente privado no exercício de atividade heterocompositiva de resolução de conflitos cujos efeitos a lei – com respaldo na Constituição Federal – equipara aos da jurisdição a cargo do Estado.

Não sendo agente ou delegatário do Estado, o árbitro *não pode ter seus atos controlados pela via do mandado de segurança*. Afinal, o mandado de segurança, conforme se extrai do art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e do art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 12.016/2009, consiste em mecanismo destinado a evitar ou afastar ofensa a direito líquido e certo decorrente exclusivamente de ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público⁴⁵⁰.

Não bastasse o que foi exposto acima, acrescente-se que aceitar o emprego de mandado de segurança contra decisões arbitrais (além de equivocado) geraria impasses que não jamais poderiam ser satisfatoriamente resolvidos – como, *v.g.*, definir quem seria o *réu* no mandado de segurança: o Estado? Não, pois os árbitros não são delegatários de seu poder. A instituição arbitral? Não, pois ela não é ente estatal. E se a arbitragem fosse *ad hoc*, não institucional? Não se consegue sequer imaginar a resposta que se daria para essa indagação. São, enfim, questões que evidenciam o despropósito da admissão de mandado de segurança contra atos arbitrais.

Especificamente no caso das sentenças arbitrais, poder-se-ia ainda argumentar que contra elas não caberia mandado de segurança uma vez que, depois de encerrada a arbitragem, os sujeitos que julgaram deixam de ser árbitros. Ademais, conforme o enunciado da Súmula n.º 268 do Supremo Tribunal Federal e art. 5º, inciso III, da Lei n.º 12.016/2009, que poderiam ser aplicados por analogia ao caso, o mandado de

⁴⁵⁰ Nas palavras de AMARAL: “...o árbitro não é agente público, não faz as vezes do Estado, tampouco é delegatário. Logo, seus atos não são contrastáveis por mandado de segurança” (AMARAL, *op. cit.*, p. 182). O autor dedica-se, inclusive, a comentar decisão judicial na qual se concedeu liminar em mandado de segurança impetrado contra sentença arbitral parcial, demonstrando seu desacerto (Mandado de Segurança n.º 053.10.017261-2, da 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo).

segurança não se prestaria como via para quebra da “coisa julgada arbitral”, havendo mecanismos próprios para tanto – conforme exposto nos itens 7.1 e 7.4⁴⁵¹.

8.6 – DESCABIMENTO DE “PEDIDO DE SUSPENSÃO” PELO PODER PÚBLICO EM FACE DA SENTENÇA ARBITRAL

Admite-se, hoje, amplamente – tanto na doutrina quanto na jurisprudência – a participação de entes públicos em arbitragens⁴⁵². São diversas as questões que surgem com a admissão dessa possibilidade. Indaga-se, por exemplo, se existe ou não a necessidade de realizar licitação pública para a escolha dos árbitros que julgarão a causa ou se, na hipótese, a licitação é inexigível, *ex vi* do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993; se existe ou não a necessidade de a opção pela arbitragem ser feita já no edital de licitação; se é ou não necessária a edição de lei específica autorizando o Poder Público a participar de arbitragem; sobre a aplicabilidade ou não, em arbitragens, das regras do direito processual civil que estabelecem prerrogativas para o Poder Público em juízo; *etc.*

O exame dessas diversas questões refoge aos limites do presente trabalho – havendo, entretanto, diversos textos publicados a seu respeito⁴⁵³. Aqui, interessa especificamente a questão da possibilidade ou não de o Poder Público lançar mão do “pedido de suspensão” a que se referem, *v.g.*, as Leis n.ºs 7.347/1985 (art. 12, § 1º), 8.038/1990 (art. 25), 8.437/1991 (art. 4º) e 12.016/2009 (art. 15) em face de decisões arbitrais, em especial da sentença arbitral. Seria o “pedido de suspensão” um mecanismo cabível em face de sentenças arbitrais nacionais contrárias ao Poder Público?

A resposta é negativa. Não se trata de mecanismo que possa ser manejado contra sentenças arbitrais. Aliás, não se trata de mecanismo cabível contra decisões arbitrais em geral. E isso por diversas razões. A primeira delas é a de que a disciplina legal do “pedido de suspensão” denota tratar-se de instrumento adequado (e instituído) para neutralizar efeitos provisoriamente produzidos por decisões *judiciais*, exclusivamente. Eis

⁴⁵¹ Nesse mesmo sentido: AMARAL, *op. cit.*, p. 187-189.

⁴⁵² Vide a nota 356, acima.

⁴⁵³ Por exemplo, a obra de AMARAL (“Arbitragem e Administração Pública”) anteriormente referida neste trabalho.

que o procedimento previsto para o “pedido de suspensão” revela-se, como bem nota AMARAL, absolutamente incompatível com o procedimento arbitral⁴⁵⁴.

Depois, observe-se que, ainda que superficialmente, ao apreciar o “pedido de suspensão”, o presidente do tribunal judicial precisa verificar se existe ou não probabilidade de erro de conteúdo ou, então, de defeito formal (*i.e.*, vício procedimental) na decisão contra a qual ele se volta⁴⁵⁵. Assim, não fosse o impedimento (*absoluto*, vale destacar) anteriormente referido, o “pedido de suspensão” não poderia ser admitido em face de uma decisão arbitral na medida em que demandasse o exame da probabilidade de estar ela inquinada de algum *error in judicando*. Nunca é demais repetir: as deliberações arbitrais não estão – salvo raríssimas exceções, nos termos do item 4.1.2.1.3 – sujeitas a controle de mérito pelo Poder Judiciário.

Especificamente para o caso das sentenças arbitrais “transitadas em julgado”, poder-se-ia acrescentar outro fator a impedir a admissão do “pedido de suspensão”. Trata-se da previsão do art. 4º, § 9º, da Lei n.º 8.437/1991. Discute-se na doutrina e jurisprudência sobre a eficácia no tempo da decisão que defere o “pedido de suspensão” dos efeitos de medida urgente – se essa eficácia se mantém depois de proferida a sentença de procedência até o seu trânsito em julgado (como sugere aquele dispositivo) ou se, sendo a decisão concessiva da medida urgente substituída pela sentença, o “pedido de suspensão” contra aquela formulado perde o objeto. Seja qual for o entendimento adotado, certo e indiscutível é que, conforme o art. 4º, § 9º, da Lei n.º 8.437 e em respeito

⁴⁵⁴ “É evidente a incompatibilidade entre o procedimento arbitral e o procedimento judicial previsto para os incidentes de suspensão de liminares e de sentenças contrárias ao Poder Público. Como visto, o incidente de suspensão de decisões judiciais deve ser endereçado ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso interposto contra a decisão impugnada. Todavia, de regra, o processo arbitral não prevê nem a possibilidade da interposição de recurso contra as decisões interlocutórias proferidas pelo árbitro (*e.g.*, medidas urgentes), tampouco prevê a existência obrigatória de instância superior revisora da decisão final. Logo, a inaptidão do procedimento arbitral para viabilizar a dedução do pedido de suspensão naquela sede é evidente. Nem se argumente que tal impossibilidade estaria suprida nos casos em que fosse prevista uma instância revisora no âmbito da arbitragem. Tal inviabilidade persistiria mesmo nessa hipótese, na medida em que os desdobramentos legalmente previstos (prazos, agravo interno para órgão colegiado, novo pedido de suspensão para o presidente do tribunal superior, intervenção obrigatória do Ministério Público *etc.*) para o incidente de suspensão são incompatíveis com a estrutura orgânica dos tribunais arbitrais” (AMARAL, *op. cit.*, p. 171-172).

⁴⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. Nota sobre a atual natureza jurídica da suspensão de decisões contrárias ao “poder público”, à luz do seu regime e eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 67, out. 2008. p. 51. No mesmo sentido: AMARAL, *op. cit.*, p. 171. Na p. 147 de sua obra, AMARAL menciona outros autores que adotam o mesmo entendimento e faz referência, ainda, a decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

ao próprio instituto da coisa julgada, depois de transitada em julgado a sentença, o “pedido de suspensão” não mais pode ser empregado para neutralizar os efeitos de decisões proferidas no processo – inclusive a própria sentença de mérito. Ora, não existe razão para se entender que no caso das sentenças arbitrais “transitadas em julgado” (acobertadas pela “coisa julgada arbitral”) o tratamento haveria de ser diverso, para se admitir o cabimento do “pedido de suspensão”.

Aliás, não sendo, em regra, recorríveis as sentenças arbitrais, o manejo de “pedido de suspensão” em face delas antes de seu “trânsito em julgado” seria, no mais das vezes, praticamente inútil – claro, se fosse teoricamente admissível o seu manejo. É que em poucos dias após seu proferimento, a sentença certamente “transitaria em julgado” – e, com isso, eventual “pedido de suspensão” contra ela manejado perderia seu objeto, conforme exposto acima.

Enfim, por cada uma das razões acima expostas, entende-se que o “pedido de suspensão” não consiste em via adequada para suspender efeitos de sentenças arbitrais. Não se descarta, porém, a possibilidade de o Poder Público lançar mão desse instrumento em face de decisões proferidas no âmbito de processo destinado ao controle de sentenças arbitrais – desde que presentes os respectivos requisitos legais⁴⁵⁶.

8.7 – MEIOS PARA O EXCEPCIONAL CONTROLE DE MÉRITO

No item 4.1.2.1.3, foi exposto que não se pode descartar por completo a possibilidade de realizar o controle judicial de sentenças arbitrais por razões relacionadas ao seu mérito. Em situações excepcionais, quando a decisão arbitral se revelar, em seu conteúdo, desproporcional ante os valores fundamentais envolvidos na causa, sua desconstituição judicial pode ter cabimento.

Nos casos em que couber a impugnação da sentença arbitral injusta, a parte interessada (e não se consegue imaginar situação em que quem não tenha sido parte da arbitragem tenha interesse e legitimidade para impugnar a sentença arbitral mediante a invocação de *error in iudicando*) deverá lançar mão de ação desconstitutiva, a qual será processada (segundo o procedimento comum – ordinário ou sumário, conforme o caso) perante o órgão judicial que teria competência para a causa caso não tivesse sido

⁴⁵⁶ É o que igualmente observa: AMARAL, op. cit., p. 173.

convencionada a arbitragem – a exemplo do que se passa nos casos de ação anulatória e declaratória (item 6.5).

A ação se prestará a desfazer a sentença arbitral – que, apesar de injusta, tem o condão de produzir efeitos normalmente, enquanto não desconstituída por decisão judicial transitada em julgado. Aplicam-se, aqui, a mesmas considerações expostas no item 7.1.10, a respeito da possibilidade de se obter medida urgente destinada a suspender os efeitos da sentença arbitral na pendência do processo judicial voltado ao seu desfazimento.

A ação em comento não se sujeita ao prazo do § 1º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996. A situação não é substancialmente diversa da que se tem nos casos de relativização da coisa julgada judicial, para os quais não se põe um prazo determinado e peremptório de impugnação. Nada obstante, *é certo que o momento da impugnação consiste em fator relevante para a verificação, caso a caso, da viabilidade/possibilidade de desconstituir a sentença injusta*. Assim, se a ação desconstitutiva for ajuizada depois de decorrido longo período de tempo desde a prolação da sentença arbitral, ter-se-á um *indício* de que a situação gerada pela decisão não é intolerável – pois se o fosse, a parte sucumbente provavelmente teria agido mais rapidamente. A demora em agir pode, também, implicar, direta ou indiretamente, a consolidação de situações geradas pela sentença – inviabilizando praticamente que se a desfaça⁴⁵⁷.

Em sentido diverso, YARSHELL considera que, sendo apto a autorizar pedido de desconstituição da decisão arbitral de mérito, o *error in iudicando* deverá necessariamente ser deduzido na forma e prazo estabelecidos pelo art. 33 da Lei n.º 9.307/1996, jamais por outra via⁴⁵⁸. A preocupação do autor é limitar ao máximo a possibilidade de pedir a desconstituição da sentença arbitral por *error in iudicando*. Tal preocupação é louvável. É imperioso que os limites sejam os mais estreitos possíveis, em virtude da excepcionalidade do controle em questão. Mas isso não impõe que se estabeleça um prazo peremptório ao seu exercício. O momento do ajuizamento deve ser concebido como *um dos fatores* a serem ponderados no caso concreto, para a apuração da viabilidade de desconstituir a sentença injusta – ao lado dos valores envolvidos, a boa-fé da parte *etc.*

⁴⁵⁷ Esse entendimento encontra respaldo em lição de TALAMINI a respeito do momento para o ajuizamento de medida destinada a obter a desconstituição de sentença judicial (*rectius*, rescisão de coisa julgada) fora das hipóteses típicas previstas no ordenamento brasileiro (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 604 e 642).

⁴⁵⁸ YARSHELL, *Ação anulatória...*, p. 98.

O fator tempo pode tanto ser decisivo, como secundário para o caso concreto – tudo a depender dos demais fatores envolvidos.

Não se pode descartar, outrossim, a possibilidade de pleitear a desconstituição da sentença arbitral injusta (reitere-se, nos limites expostos no item 4.1.2.1.3) pela via dos embargos do executado ou impugnação ao cumprimento de sentença, com fundamento no parágrafo único ao art. 741 e § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil, respectivamente. Mas nesse caso, o pedido, além de condicionado a um prazo, que será o prazo dos embargos ou impugnação, deverá basear-se na demonstração de que a solução arbitral é inconstitucional, nos termos daqueles dispositivos. Trata-se de exceção ao que se disse no item 7.4.6.2.4 – nele, expôs-se que a sentença arbitral condenatória poderá ser impugnada com fundamento no parágrafo único ao art. 741 e § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil apenas quando a inconstitucionalidade da sentença se puser em relação a *error in procedendo*.

Por fim, observe-se que, na excepcional hipótese de a sentença arbitral vir a ser desconstituída por conta de *error in judicando*, dever-se-á verificar a viabilidade da devolução da causa aos árbitros conforme o § 2º do art. 33 da Lei n.º 9.307/1996. A tendência, porém, é que tal viabilidade não exista. O livre convencimento dos árbitros, manifestado na sentença desconstituída, estará possivelmente prejudicado. Nesse caso, devolver a causa aos árbitros significaria impor-lhes a prolação de sentença contra seu livre convencimento – o que seria contrário ao disposto no art. 21, § 2º, da Lei n.º 9.307 e no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Assim, em princípio, com o acolhimento judicial do pedido de desconstituição da sentença na hipótese em exame, as partes ficarão livres para pactuar nova arbitragem (o que será improvável, por conta do desgaste gerado pela impugnação judicial da sentença anterior) ou levar o conflito entre elas existente ao Judiciário. Ressalve-se, porém, que não existe impedimento a que, ao pedido de desconstituição da sentença, a parte cumule (em caráter sucessivo eventual) pedido de julgamento do mérito da causa pelo Judiciário. Aplicam-se, nesse ponto, as mesmas considerações expostas no item 7.1.2.

9 – SOBRE O CONTROLE DAS SENTENÇAS ARBITRAIS TERMINATIVAS, DAS SENTENÇAS HOMOLOGATÓRIAS E DAS SENTENÇAS PARCIAIS

No presente capítulo, analisam-se as particularidades que se põem em relação ao controle judicial das sentenças arbitrais terminativas, homologatórias e das sentenças parciais. Objetiva-se expor os limites que se aplicam ao controle judicial dessas “categorias” de sentença arbitral.

9.1 – SENTENÇAS TERMINATIVAS

As sentenças arbitrais terminativas, ou extintivas, são inaptas a produzir “coisa julgada” – tal como as sentenças judiciais terminativas⁴⁵⁹. Significa dizer que, extinto um processo arbitral sem julgamento de mérito, a parte inconformada com esse resultado terá, em princípio, condições de iniciar de imediato um novo processo – judicial ou arbitral, conforme o caso – com os mesmos limites objetivos e subjetivos do anterior. Não precisará, previamente, obter pronunciamento judicial afastando a sentença arbitral anterior (terminativa).

Imagine-se que o processo arbitral é extinto sem julgamento de mérito sob o fundamento de que, de acordo com o próprio pedido inicial formulado, a obrigação cuja satisfação se pretende ainda não é exigível – caso de falta de interesse de agir. O sujeito que iniciou a arbitragem anterior não poderá, em seguida, invocar a sua extinção para sustentar a competência judicial para o novo processo. A não ser que seu adversário concorde em abrir mão da arbitragem, o Poder Judiciário continuará sendo incompetente para processar e julgar a causa. É razoável e lógico que seja assim. Não será a mera desídia da parte que iniciou a arbitragem anterior (sem preencher as condições da demanda arbitral) que afastará os efeitos da convenção arbitral para a causa.

Mas pode acontecer que o motivo invocado pelos árbitros para a extinção da arbitragem sem julgamento de mérito inviabilize por completo a realização de novo processo arbitral. Imagine-se, por exemplo, que um dos árbitros

⁴⁵⁹ *A contrario sensu*, vide a nota 367.

nomeados vem a falecer no curso do processo. Imagine-se, ainda, que a convenção previu que os árbitros escolhidos seriam insubstituíveis – disposição que as partes optam por não rever a fim de viabilizar o prosseguimento do processo. Em situação como essa, restará ao interessado iniciar novo processo perante o Judiciário, pretendendo obter uma solução para a causa.

Enfim, para definir se a “competência” para o novo processo será judicial ou arbitral, deve-se verificar qual o fundamento adotado para a extinção da arbitragem anterior. Pode ser que a sentença terminativa proferida evidencie fator que inviabilize por completo a realização de arbitragem – *i.e.*, fator que impeça uma das partes de exigir a observância da convenção pela outra. Mas pode ser também que a causa da extinção do processo anterior não retire a eficácia da convenção, caso em que esta continuará vinculando as partes. Ao lado disso tudo, sempre existe a possibilidade de as partes distratarem a arbitragem ou, então, alterarem os termos da convenção para viabilizar a arbitragem.

Em termos gerais, pode-se dizer que *não existe interesse* para o ajuizamento de ação judicial destinada a obter a anulação ou declaração de inexistência de uma sentença arbitral terminativa. Se a parte vislumbrar na sentença terminativa algum dos vícios previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem, não precisará, em princípio, lançar mão dos instrumentos processuais existentes para sua alegação. Ser-lhe-á dado simplesmente iniciar novo processo (arbitral ou judicial, dependendo do caso) mediante as correções necessárias dos pretensos defeitos formais anteriormente verificados, a fim de viabilizar, nesse novo processo, um julgamento de mérito⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ RICCI, diversamente, entende que a sentença arbitral extintiva se sujeita a impugnação judicial na forma do art. 33 da Lei n.º 9.307. A seu ver, a equivocada extinção da arbitragem sem julgamento de mérito implica “violação ao direito de ação”. Nos seus termos: “Dado que o direito de ação deve ser assegurado, a demanda de decretação de nulidade da sentença arbitral pode ser proposta, também, no caso de errônea declaração de ausência de condições da ação, ou de pressupostos processuais. Isto vale, inclusive, para a hipótese de declaração de incompetência, proferida pelos árbitros por aplicação do art. 20 da Lei n.º 9.307/96. Esta disposição prevê específica hipótese de sentença arbitral com conteúdo processual, mediante a qual os árbitros negam a decisão de mérito. Entretanto, a interpretação literal do art. 32 da mesma lei não permite atacar a sentença, caso os árbitros cometam engano ao negar sua competência. É útil, neste caso, a interpretação integrativa à luz da Constituição, que permite arguir o erro como violação do direito de ação na arbitragem” (RICCI, A impugnação da sentença arbitral..., p. 80).

Não se concorda com esse entendimento, pelas razões expostas no texto. Ademais, destaque-se que ninguém pode ser compelido a atuar como árbitro – conforme exposto nos itens 4.1.1.2.4, 7.1.7.3 e 7.1.15.1. Assim, se a sentença arbitral terminativa for equivocada e os árbitros não reconhecerem, a pedido de qualquer das partes, seu erro, não poderão eles ser compelidos por quem quer que seja a proferir uma nova

Mas essa conclusão deve ser compreendida como ressalvas.

9.1.1 – Sentenças arbitrais terminativas inexistentes

A sentença arbitral terminativa pode estar inquinada de vício que a torne inexistente. Nessa hipótese, deve-se verificar se a inexistência afeta ou não todo o processo arbitral, *i.e.*, se o vício contamina o processo como um todo ou apenas parte dos atos nele praticados. Dependendo do caso, poderá se fazer necessário o ajuizamento de ação declaratória de inexistência da sentença arbitral pela parte interessada.

Nos casos em que a arbitragem estiver toda contaminada, ou seja, for integralmente inexistente, a ação declaratória será desnecessária. A parte interessada poderá iniciar de imediato novo processo sobre a mesma causa. Esse novo processo será judicial ou arbitral, conforme o motivo adotado para a extinção (sem julgamento de mérito) da arbitragem anterior. A inexistência da “arbitragem” realizada poderá ser reconhecida incidentalmente no novo processo.

Imagine-se que a arbitragem anterior tenha sido extinta sem julgamento de mérito sob o fundamento de que a causa não era arbitrável – art. 20, § 1º, da Lei n.º 9.307. Rigorosamente, se a causa não era passível de arbitragem, os “árbitros” jamais tiveram poderes para decidi-la. Todos os atos praticados pelos pretensos árbitros não terão composto mais do que um arremedo de arbitragem. A falsa arbitragem nem sequer terá sido extinta por verdadeira e própria sentença arbitral. Em caso como esse, razoável entender que a parte interessada poderá iniciar o novo processo diretamente perante o Judiciário. Não poderá ser compelida a tentar nova arbitragem, perante novos árbitros, pelo seu adversário⁴⁶¹.

sentença (agora de mérito) para a causa. Quando muito, os árbitros poderão ser substituídos, para que os substitutos julguem o mérito da causa.

⁴⁶¹ Confira-se o que leciona CARMONA em comentário ao art. 20 da Lei de Arbitragem, a respeito das consequências do acolhimento de “exceção de incompetência” pelo árbitro: “Quanto à extinção do processo arbitral sem julgamento do mérito, verifica-se que o acolhimento da exceção de incompetência do árbitro (ou do tribunal arbitral) significa a negação de seus poderes jurisdicionais. Se o árbitro – competente para julgar sobre sua própria competência – verifica que as partes não lhe concederam poderes para decidir acerca de dada matéria, extinguirá o processo arbitral, reconhecendo que toca ao juiz estatal (e não a ele) solucionar o litígio. A decisão tomada pelo árbitro evita qualquer conflito negativo de competência, de sorte que o juiz togado, ao receber a causa, mesmo entendendo que a decisão do árbitro esteja equivocada, não pode determinar a este – que já decidiu sobre sua falta de competência – o compulsório julgamento da controvérsia.” Ou seja, como bem observa CARMONA, “...decretada pelo árbitro sua falta de competência,

Diversa será a solução, v.g., se uma das partes, em sua primeira manifestação na “arbitragem” instaurada, apontar ao árbitro nomeado pelo seu adversário que, de acordo com a convenção, a instituição arbitral competente para a causa é na realidade outra, diversa daquela perante a qual o processo tramita. Também nesse caso, a rigor, os atos que tiverem sido realizados sob a égide do falso árbitro serão juridicamente inexistentes. O ato que porá fim ao feito não consubstanciará verdadeira e própria sentença arbitral. Porém, extinto o feito anterior, não será dado a qualquer das partes, sem a concordância da outra, levar a mesma causa ao Judiciário. Em princípio, mantém-se eficaz a convenção arbitral em relação ao conflito que foi objeto da “arbitragem” extinta sem julgamento de mérito pela sentença juridicamente inexistente.

Nos casos em que a arbitragem não for toda inexistente, ou seja, quando a inexistência afetar apenas a sentença ou então a sentença e parte dos atos anteriores a ela, eventualmente não será possível ao interessado iniciar de imediato um novo processo versando sobre a mesma causa. Pode ser que o processo anterior, parcialmente inexistente, ainda possa ser aproveitado – aplicando-se, nesse ponto, por analogia, as mesmas considerações expostas no item 7.1.15, a respeito do art. 33, § 2º, da Lei n.º 9.307. Estando

tal decisão não comportará revisão ou reversão, e o juiz togado deverá decidir a causa, sem reenviar as partes à arbitragem (ainda que constate erro na decisão do árbitro). Note-se: a situação é exatamente o inverso daquela regulada pelo art. 32, inciso IV, onde o árbitro terá decidido causa sem ter poderes para tanto (o que comportará anulação da decisão); aqui o árbitro – por hipótese – teria poderes para decidir, e o fez, ainda que de forma equivocada, para afastar a solução arbitral, o que não comporta corretivo” (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 286-287).

Em sentido semelhante, entre outros: SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 154; JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 189-190; ROCHA, op. cit., p. 131. Este último autor afirma que: “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 mérito.” ROCHA ressalva, porém, a situação da sentença terminativa desprovida de motivação, caso em que, a seu ver, caberia a “...ação prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem com base no previsto no inciso III do art. 32.” Segundo ROCHA, em tal caso, sendo julgada procedente a ação, “...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” (ROCHA, op. cit., p. 132).

Não se nega a importância de conhecer o motivo da extinção da arbitragem sem julgamento de mérito – até para que se possa saber se a arbitragem está ou não toda contaminada pela pretensa inexistência e, portanto, se ela ainda pode ser retomada. Mas se entende, aqui, que, na falta de motivação da sentença, não é possível o ajuizamento da ação anulatória do art. 33. Se as partes não tiverem formulado “embargos de declaração arbitrais” ou se os “embargos” opostos tiverem sido rejeitados, dever-se-á considerar que a retomada da arbitragem é inviável. A parte interessada deverá levar a causa ao Judiciário, para que perante ele seja decidido o mérito.

em aberto o processo anterior e ainda sendo possível retomá-lo, haverá litispendência a impedir o início de um novo processo versando sobre a mesma causa.

De regra, a retomada da arbitragem anterior, para seu regular encerramento por sentença existente, independe do prévio reconhecimento judicial da inexistência da sentença anterior. Desde que haja acordo entre as partes e árbitros, exigido por uma questão de segurança jurídica, a arbitragem pode perfeitamente ser retomada e finalizada, com a substituição da sentença inexistente⁴⁶². Mas havendo incerteza, dúvida objetiva, sobre a existência jurídica da sentença terminativa, a parte interessada, estando impedida de simplesmente iniciar novo processo (arbitral ou judicial) sobre a mesma causa, precisará lançar mão de uma ação declaratória, conforme exposto no item 7.2. A ação se prestará a confirmar a inexistência da sentença arbitral anterior e, assim, a determinar a retomada da arbitragem anterior.

9.1.2 – Comandos com repercussão substancial contidos na sentença terminativa

As sentenças terminativas, de regra, produzem efeitos apenas internamente ao processo em que proferidas. São sentenças estritamente processuais, que não produzem “coisa julgada”.

Mas mesmo as sentenças terminativas podem, em determinados casos, veicular comandos com repercussão substancial, aptos a produzir “coisa julgada material”. Basta pensar, por exemplo, nos capítulos sentenciais que versam sobre as verbas de sucumbência – custas e honorários. Não existe dúvida de que fazem eles coisa julgada⁴⁶³.

⁴⁶² Talvez em um caso se possa dispensar a necessidade de acordo entre partes e árbitros para o prosseguimento da arbitragem e substituição da sentença inexistente por outra: quando a sentença anterior houver sido proferida por outra(s) pessoa(s) que não o(s) árbitro(s). Imagine-se, por exemplo, que o secretário da instituição arbitral profere a “sentença”. Os árbitros poderão desconsiderar essa falsa decisão e dar prosseguimento ao processo arbitral. Para tanto, não precisarão consultar as partes previamente.

Diverso será o tratamento nos casos em que a inexistência atingir “sentença” proferida pelos próprios “árbitros” escolhidos pelas partes. Por uma questão de segurança jurídica, a sentença inexistente não poderá ser descartada e substituída por outra sem que todos os árbitros e partes estejam de acordo em retomar a arbitragem – o que implica o restabelecimento de prazos internos *etc.* Na falta de um acordo, o interessado deverá recorrer ao Judiciário, por meio de ação declaratória, conforme exposto no texto.

⁴⁶³ Nesse sentido, vide: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 141. O autor defende o cabimento de ação rescisória contra o capítulo da sentença terminativa que versa sobre a condenação nas verbas de sucumbência – quando presentes os requisitos legais respectivos.

No caso das sentenças arbitrais não é diferente. A sentença arbitral terminativa pode, em tese, observado o disposto na convenção, impor ao demandante a obrigação de arcar com as verbas de sucumbência – conforme o art. 27 da Lei n.º 9.307/1996⁴⁶⁴. E o comando sentencial que veicular tal obrigação tem o condão de fazer “coisa julgada arbitral”.

Nesse passo, para afastar a condenação nas verbas de sucumbência imposta por sentença arbitral terminativa inválida, a parte interessada precisa se valer dos mecanismos legais anulatórios disponíveis no ordenamento – nos limites dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem. Mas note-se: a anulação do capítulo condenatório nas verbas de sucumbência jamais poderá ser acompanhada de determinação de novo julgamento do mérito (principal) da causa pelos árbitros. Determinação nesse sentido seria *extra petita*. Quando muito, não estando irremediavelmente contaminada a arbitragem, será dado ao Poder Judiciário determinar – com base no art. 33, § 2º, da Lei n.º 9.307 – que a causa seja devolvida aos árbitros para que eles profiram nova decisão especificamente sobre a questão das verbas de sucumbência. Nos casos em que não for possível a devolução da causa aos árbitros, restará ao interessado pleitear judicialmente o arbitramento das verbas de sucumbência devidas na arbitragem.

Se a sentença arbitral terminativa for inexistente, eventual condenação nas verbas de sucumbência nela contida será ineficaz para o direito. Ou melhor: o capítulo (acessório) que versar sobre as verbas de sucumbência será inexistente na medida em que seja inexistente o capítulo principal a que se relaciona, denegatório do direito a um julgamento de mérito. Afinal, existirá um nexo de prejudicialidade entre ambos. Nessa hipótese, a parte condenada nas verbas de sucumbência poderá aguardar sua eventual execução para, então, por via de oposição à execução, alegar a inexistência da sentença arbitral. Mas nada impede o ajuizamento de ação declaratória, a fim de evitar que do arremedo de sentença arbitral resultem efeitos práticos prejudiciais ao sujeito condenado nas verbas de sucumbência.

Uma situação permite visualizar bem o que se está a dizer. Imagine-se que na arbitragem uma das partes fez um pedido “A” contra a outra. Suponha-se que a sentença arbitral julga esse pedido “A” improcedente e, além disso, declara a falta de interesse do demandante em relação a um pedido “B”, não deduzido. A negativa de julgamento de um pedido não formulado, em si, não gera prejuízos. Mas possivelmente o defeito verificado

⁴⁶⁴ Conforme: CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 374.

(que configura inexistência da sentença arbitral em relação ao pedido “B”, conforme exposto no item 4.4.2) resultará em condenação nas verbas de sucumbência em valor superior ao devido. Em caso como esse, a ação declaratória de inexistência parcial da sentença será útil. O acolhimento da demanda resultará na devolução da causa aos árbitros, a fim de que adéquem o capítulo condenatório nas verbas de sucumbência ao objeto do processo.

9.1.3 – Erros materiais na sentença terminativa

A sentença arbitral terminativa pode conter erros materiais relevantes, que precisem ser corrigidos mediante a intervenção do Judiciário – na forma do item 4.4.4.

Merece destaque o caso em que o erro material se verifica na própria qualificação da sentença arbitral como “terminativa”. Melhor dizendo: pode acontecer os árbitros declararem o processo arbitral “extinto sem julgamento de mérito” a despeito de terem-no efetivamente julgado. No âmbito dos processos judiciais, isso não é, aliás, incomum. Existe, inclusive, orientação jurisprudencial no sentido de que a sentença deve ser tratada como de mérito quando veicular julgamento do(s) pedido(s) formulado(s), ainda que em seu dispositivo se tenha consignado a extinção do processo sem julgamento de mérito⁴⁶⁵.

A mesma solução pode ser adotada no caso das falsas sentenças arbitrais extintivas. Mediante interpretação corretória da sentença arbitral, a parte interessada pode até mesmo contra ela ajuizar ação anulatória ou empregar algum outro mecanismo cabível para alegar vício que a contamine – art. 32 da Lei de Arbitragem. Se a interpretação corretória da sentença arbitral não for admitida, a parte interessada poderá então lançar mão de ação destinada a obter o reconhecimento do defeito material existente e, assim, a perfeita identificação da natureza da decisão – com fundamento no art. 32, inciso III, c/c art. 26, inciso III, da Lei n.º 9.307. Para tanto, eventualmente, nem sequer será necessário ao Judiciário determinar a devolução da causa aos árbitros, podendo ele mesmo declarar (sem modificar) o verdadeiro teor do comando sentencial.

⁴⁶⁵ “A circunstância de o julgado ter proclamado a carência da ação é irrelevante para o cabimento da rescisória (CPC, art. 485) se na realidade houve pronunciamento de mérito” (Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 1.678/GO, Relator Ministro Fontes de ALENCAR, Relator para Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, publicado no Diário de Justiça de 09.04.1990, p. 2.744).

9.2 – SENTENÇAS HOMOLOGATÓRIAS

A arbitragem pode se encerrar com sentença homologatória de acordo entre as partes acerca do objeto do processo – conforme preveem os arts. 21, § 4º, e 28 da Lei n.º 9.307. Pode acontecer, também, de uma das partes reconhecer a procedência de pedido formulado pela outra ou renunciar ao direito afirmado em sua demanda, casos em que a sentença arbitral será igualmente homologatória do ato de vontade realizado.

A exemplo do que se passa no âmbito do processo civil estatal, a sentença homologatória, nessas situações, será *de mérito* – art. 269, incisos II, III e V, do Código de Processo Civil⁴⁶⁶. Sendo assim, transitada em julgado, fará “coisa julgada material”, o que impedirá as partes de rediscutir o objeto da homologação havida perante o Poder Judiciário⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Nesse sentido, mas tratando especificamente da hipótese de homologação de *acordo* entre as partes: CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 303, nota 30; SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 137.

CARMONA observa, porém, que *é preciso que as partes peçam aos árbitros a homologação do acordo, para que se forme o título executivo “judicial”* – conforme o art. 28 da Lei n.º 9.307. Na falta do pedido de homologação das partes, os árbitros, deparando-se com o acordo, deverão extinguir o processo sem julgamento de mérito, por falta de interesse no seu prosseguimento. Nesse caso, desde que tenham sido observadas as exigências legais, o acordo celebrado consubstanciará título executivo *extrajudicial* (art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil).

Sendo extrajudicial o título executivo formado, haverá a possibilidade de posterior e ampla discussão a seu respeito, conforme o art. 745 do Código de Processo Civil. Além disso, não será dado aos árbitros lançar mão de medidas de execução indireta que eventualmente poderiam empregar para forçar o cumprimento do acordo caso tivesse ele sido – a pedido das partes – homologado por sentença arbitral (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 376).

⁴⁶⁷ CARMONA entende que os árbitros apenas podem homologar *acordos* que se mantiverem dentro dos limites da convenção de arbitragem. Ou seja, a seu ver: “Se o acordo disser respeito a matéria que não tenha sido objeto de convenção de arbitragem, deverá o árbitro, ao constatar a existência do acordo, extinguir o processo arbitral, sem, contudo, homologar a avença” (Ibid., p. 377).

Pede-se licença para discordar desse entendimento. Havendo pedido das partes e desde que sejam respeitados os limites do art. 1º da Lei n.º 9.307, poderá o acordo ser homologado pelos árbitros ainda que ultrapasse os limites originais da convenção. O pedido de homologação das partes deve ser compreendido como um *ato de ampliação superveniente dos poderes dos árbitros*, i.e., *uma ampliação superveniente do objeto da convenção de arbitragem*. Com a autorização das partes, os árbitros poderão homologar todos os atos de vontade que estiverem em consonância com o art. 1º da Lei n.º 9.307/1996.

Não se descarta, inclusive, a possibilidade de o pedido de homologação formulado conjuntamente pelas partes produzir o efeito de convalidar convenção arbitral que estivesse contaminada por vício sanável – como, por exemplo, um vício de vontade. Imagine-se que a arbitragem tenha sido iniciada contra sujeito que assinou a convenção por erro (art. 171, inciso II, do Código Civil). Imagine-se, ainda, que este sujeito, notificado do início da arbitragem, manifesta discordar da realização do processo. Suponha-se que, a despeito disso, a arbitragem prossigue e que, em seguida, surge uma oportunidade de acordo entre as partes. Em um

Resta saber como se realiza o controle judicial das sentenças arbitrais homologatórias de acordo, de renúncia a direito ou de reconhecimento da procedência de pedido. Aplicam-se os limites dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem? Ou o controle do ato homologado deve se dar segundo a regra do art. 486 do Código de Processo Civil?

Quando trata da questão do cabimento de ação rescisória contra sentenças *judiciais* homologatórias dos referidos atos de vontade, BARBOSA MOREIRA sustenta o seguinte – aplicando por analogia a disciplina prevista no art. 352 do Código de Processo Civil: que a ação rescisória é a via adequada para impugnar a sentença homologatória transitada em julgado – momento em que já estará formada a coisa julgada material. Antes, porém, de proferida a sentença judicial homologatória ou, mesmo depois de seu proferimento, mas antes de seu trânsito em julgado, o ato de vontade da(s) parte(s) estaria sujeito a impugnação precisamente pela via da ação anulatória do art. 486⁴⁶⁸.

No caso das sentenças *arbitrais* homologatórias, a questão, para ser bem resolvida, não prescinde de consideração às regras dos arts. 32 e 33 da Lei n.º 9.307/1996 e aos efeitos da convenção de arbitragem. Assim:

(a) A sentença arbitral homologatória de transação, renúncia a pretensão ou reconhecimento de procedência de pedido se sujeita aos meios de controle cabíveis contra sentenças arbitrais de mérito em geral.

(a.1) Aplicar-se-ão os limites do art. 32 da Lei n.º 9.307/1996. Observe-se, porém, que, em razão da própria natureza da sentença homologatória, que não veicula propriamente uma decisão sobre o pedido que constitui o objeto do processo⁴⁶⁹, o rol das matérias do art. 32 efetivamente arguíveis será reduzido. Com efeito, algumas das matérias referidas no referido artigo serão impertinentes para o fim de impugnar a sentença arbitral homologatória. Por exemplo, se as partes firmam um acordo de vontades e pedem a sua homologação aos árbitros, não

caso como esse, nada impede que o sujeito que havia anteriormente alegado a invalidade da convenção reveja sua posição anterior, manifestando aceitar os poderes dos árbitros e que os mesmos homologuem por sentença o acordo celebrado. Ora, eventualmente, do simples pedido conjunto de homologação do acordo, dos termos em que for formulado, poder-se-á extrair essa vontade da parte que havia antes discordado da arbitragem.

⁴⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, p. 159-162. Em semelhante sentido: TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 187.

⁴⁶⁹ Conforme bem nota, por exemplo: FIGUEIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 250.

poderão depois alegar que os árbitros deixaram de decidir os pedidos que lhes haviam sido inicialmente submetidos (inciso V)⁴⁷⁰.

(a.2) Afirmar que se aplicarão os limites do art. 32 da Lei n.º 9.307/1996 não significa excluir a possibilidade de obter a anulação da sentença homologatória sob o fundamento de que o ato de vontade homologado é *inválido*.

Uma interpretação razoavelmente aberta do art. 32 (conforme exposto no item 4.1.2.1.2) deve permitir incluir o vício de invalidade do ato de vontade, v.g., no inciso VIII – na medida em que a invalidade do ato de vontade caracterize violação ao devido processo legal e princípios que o embasam (isonomia processual, contraditório *etc.*) e contamine a sentença arbitral homologatória; ou, então, no inciso IV – suponha-se que o ato de vontade homologado tenha versado sobre direito indisponível, ou seja, sobre matéria que os árbitros não poderiam, segundo os limites da convenção de arbitragem, decidir.

(a.3) Se a sentença homologatória for nula, não será necessário aguardar o seu “trânsito em julgado” para lançar mão da ação anulatória do art. 33. É que, como já se viu anteriormente neste trabalho, o prazo para ajuizamento da ação anulatória não depende, para ter início, do “trânsito em julgado” da sentença arbitral.

Nesse ponto, portanto, verifica-se uma *diferença em relação ao tratamento dado para os casos de sentenças judiciais homologatórias que se enquadrem em algum dos casos do art. 485 do Código de Processo Civil* – as quais apenas podem ser impugnadas por ação rescisória depois de transitadas em julgado e, assim, formada a coisa julgada material.

(a.4) Acolhida a ação formulada contra a sentença arbitral homologatória, o ato de vontade que havia (ou deveria ter) sido homologado poderá ou não subsistir, dependendo do caso.

Por um lado, se o motivo para a impugnação da sentença consistir na própria invalidade do ato de vontade homologado, o acolhimento da demanda fará com que caiam por terra, necessariamente, a sentença e também o ato de vontade – hipótese de “cumulação implícita” do pedido de invalidação do ato homologado e

⁴⁷⁰ O que não significa dizer que a sentença homologatória não possa ser impugnada com fundamento no inciso V do art. 32 da Lei de Arbitragem. Por exemplo: se a sentença se omitir sobre parte do acordo firmado, deixando de homologá-lo, poderá perfeitamente ser impugnada com fundamento no inciso V.

do pedido de anulação da sentença, conforme lição de BARBOSA MOREIRA⁴⁷¹. Ao Judiciário caberá, então, verificar a viabilidade da devolução da causa aos árbitros, para que seja dado seguimento ao processo arbitral e se profira uma nova sentença – vide os itens 7.1.15 e 7.2.10.1, acima.

Se, por outro lado, o motivo para a impugnação não consistir em invalidade do ato de vontade homologado, este não será afetado pelo acolhimento da demanda. Nesse caso, ou se deverá determinar a devolução da causa aos árbitros para que eles profiram uma nova e regular sentença ou, não sendo viável a devolução da causa, a parte interessada deverá oportunamente levá-la ao Judiciário – ao qual poderá pedir que o ato de vontade manifestado seja levado a efeito ou desfeito, conforme o caso.

A devolução da causa aos árbitros (quando viável, conforme os parâmetros referidos nos itens 7.1.15 e 7.2.10.1) não resultará necessariamente na prolação de nova sentença homologatória – a menos que tenha permanecido intacto o ato de vontade anterior ou, então, que haja um novo e regular ato de vontade apto a encerrar o conflito em discussão e, conforme o art. 28 da Lei n.º 9.307, as partes peçam a sua homologação.

Por exemplo, é possível que a sentença arbitral homologatória seja inexistente, mas o ato de vontade homologado seja regular. Declarada a inexistência pelo Judiciário e cabendo a devolução da causa aos árbitros, estes terão de proferir nova e regular sentença homologando o ato de vontade. Não cabendo a devolução da causa aos árbitros, qualquer impasse acerca do ato de vontade que as partes não resolvam “amigavelmente” deverá ser levado ao Judiciário – v.g., eventual ação de anulação nos termos do art. 486 do Código de Processo Civil.

(b) E antes de homologado pela sentença arbitral, o ato de vontade apto a levar ao encerramento da arbitragem poderá ser impugnado pela via da ação anulatória a que se refere o art. 486 do Código de Processo Civil?

⁴⁷¹ BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, p. 145-146. Em semelhante sentido, também tratando da ação rescisória contra sentenças *judiciais* homologatórias de transação, reconhecimento e renúncia, TALAMINI. Segundo o autor, “...quando a rescisão se der com amparo no inciso VIII [do art. 485], tanto a sentença quanto o ato homologado serão atingidos.” Nos demais casos do art. 485, “...a rescisão desconstituirá apenas a sentença, e não o ato de disposição de vontade” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 188).

(b.1) Haja vista os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem, *caberá aos árbitros decidir, incidenter tantum, ou seja, no curso do processo, sobre os atos de vontade que forem considerados relevantes para o seu resultado – respeitados, entretanto, os limites dos arts. 1º e 25 da Lei n.º 9.307/1996*⁴⁷².

Assim, v.g., reputando que um determinado ato de vontade praticado é inválido por motivo de “erro”, conforme o art. 171, inciso II, do Código Civil, a parte interessada poderá pedir aos árbitros, incidentalmente, que o desconsiderem ao julgar a causa que lhes foi submetida. A decisão arbitral sobre a *questão* do vício do pretenso ato de vontade não fará “coisa julgada”.

(b.2) Se o ato de vontade disser respeito a matéria *inserida no escopo da convenção arbitral*, a parte, pretendendo obter uma decisão *em caráter principal* (não meramente incidental) que o tenha por objeto deverá demandá-la aos árbitros – na arbitragem já instaurada ou em outra, conforme o caso (observadas as regras escolhidas pelas partes para reger o procedimento arbitral).

A deliberação que vier a ser tomada *principaliter* terá o condão de produzir “coisa julgada material”. E, na medida em que haja entre a demanda versando sobre o ato de vontade e a arbitragem antes instaurada uma relação de prejudicialidade, esta deverá ter seu curso suspenso até que aquela seja decidida pelos árbitros.

(b.3) Já se a matéria a que disser respeito o ato de vontade for *alheia aos limites da convenção de arbitragem*, qualquer decisão *em caráter principal* (não meramente incidental) que o tenha por objeto deverá ser pleiteada ao Poder Judiciário. Por exemplo, se a anulação do ato de vontade praticado não se inserir

⁴⁷² Conforme leciona CARMONA, o árbitro “...tem que julgar toda a controvérsia que lhe é submetida (e, para tanto, tem que decidir questões condicionantes, sem que a solução dada a elas tenha reflexo extraprocessual). Se o árbitro, para solucionar certo litígio, tiver que decidir sobre o estado civil de uma das partes, não é razoável que não possa fazê-lo *incidenter tantum*, eis que este não é o objeto da arbitragem.”

E mais adiante o autor ressalva que: “Surgindo questão prejudicial da qual dependa a solução do litígio, e desde que tal questão não possa constituir objeto da arbitragem (direito indisponível, portanto), o procedimento será suspenso, remetendo-se as partes à autoridade judicial competente. Enquanto estiver a demanda sob o crivo do Poder Judiciário, não terá curso o procedimento arbitral, suspendendo-se o prazo para a apresentação do laudo. Note-se bem: o prazo suspende-se, não se interrompe, voltando sempre a correr pelo que faltava à época em que o árbitro remeteu as partes à via judicial” (CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 365-366).

nos limites objetivos da convenção, a parte interessada deverá requerê-la ao Judiciário, na forma do art. 486 do Código de Processo Civil.

Mas atenção: nesse caso, a instauração do processo judicial determinará a suspensão da arbitragem conforme o art. 25 da Lei n.º 9.307 *apenas na medida em que nele se esteja a discutir sobre direito indisponível*. A não ser nessa hipótese, e sem prejuízo de sua utilidade para outros fins, o resultado do processo judicial não vinculará os árbitros e, portanto, a sua instauração não determinará a suspensão da arbitragem na forma daquele dispositivo – devendo os árbitros decidir sobre o ato de vontade *incidenter tantum* (item b.1, acima).

Do contrário, os poderes dos árbitros se esvairiam e o procedimento arbitral ficaria sujeito a sucessivas interrupções que o tornariam inviável. Com efeito, as deliberações dos árbitros sobre as diversas questões surgidas no curso da arbitragem seriam praticamente inúteis e, ao final, a sentença não refletiria o seu livre convencimento se tivessem eles de observar toda e qualquer decisão que o Judiciário (ainda que validamente) proferisse sobre aspectos relevantes ao julgamento da causa arbitral. Em última análise, os efeitos da convenção seriam neutralizados, em detrimento da vontade das partes (oportunamente manifestada) de ter seu conflito sobre *direito disponível* (integralmente) resolvido por arbitragem.

9.3 – SENTENÇAS PARCIAIS

No item 3.1, expôs-se que a arbitragem termina quando, proferida a sentença, encerrarem-se todos os prazos internos possíveis (com o que se aperfeiçoará, sendo a sentença de mérito, a chamada “coisa julgada arbitral”) e os árbitros estiverem dispensados (segundo o que estiver previsto na convenção) de tomar qualquer outra medida no âmbito do processo.

Ressalve-se, porém, que existe a possibilidade de haver mais de uma sentença no curso de um mesmo processo arbitral. Com efeito, no âmbito de arbitragens, hoje não existem mais dúvidas, admite-se a possibilidade de prolação de sentenças parciais⁴⁷³. Em artigo que elaboramos em co-autoria com TALAMINI, versando sobre

⁴⁷³ Conforme, por exemplo: ARMELIN, Donaldo. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 18, p. 275-300, jul./set. 2008; BARBOSA, Flávio

liquidação da sentença arbitral, assim nos manifestamos sobre a questão: “Pode-se também cogitar de um procedimento bifásico, em que em uma primeira etapa defina-se apenas se existe a obrigação de pagamento de uma parte à outra (o *an debeatur*). Concluindo-se pela inexistência da obrigação, encerra-se o processo nesse ponto. Constatando-se que ela existe, emite-se um primeiro pronunciamento a esse respeito e parte-se para uma segunda etapa, destinada especificamente à apuração do montante devido (o *quantum debeatur*). Não há o que proíba a adoção de procedimento arbitral nesses moldes. O fundamental é que isso tenha sido objeto de ajuste entre os árbitros e partes. Na medida em que a bipartição procedimental ora cogitada é consentânea com as garantias do devido processo, contraditório e ampla defesa, é perfeitamente legítimo seu emprego. Aliás, conforme as circunstâncias concretas, sua adoção conferirá inclusive maior efetividade ao contraditório e à ampla defesa, pois permitirá que as partes e julgadores concentrem seus argumentos, provas, investigações e conclusões em um específico objeto em cada fase. Além disso, por vezes, a investigação a respeito de qual seria o valor devido, se obrigação existisse, é extremamente complexa – sendo preferível antes concentrar-se no exame da existência da obrigação, para só depois, sendo positivo esse primeiro juízo, partir para a identificação do *quantum*. Portanto, essa dicotomia pode contribuir para tornar o processo arbitral mais eficiente, célere e econômico – atendendo melhor ao princípio do *devido processo legal* (devidamente compreendido como exigência de um processo *razoável*). Nem se diga que o

Spaccaquerche. A sentença arbitral parcial e o seu controle judicial. In: PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY (Coord.). *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 107-125; JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 262-267; ALVES, op. cit., p. 170-177; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio. A arbitragem e o mito da sentença parcial. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; _____ (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 273-284.

Alguns autores entendem, porém, que apenas após a edição da Lei n.º 11.232/2005 a prolatação de sentenças parciais em arbitragens teria se tornado possível no ordenamento brasileiro – em razão da alteração no conceito de sentença e do “padrão do devido processo legal em que se espelhava a Lei de Arbitragem”. É o que sustenta, v.g.: CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a sentença parcial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 18, abr./jun. 2008. p. 15-16 e 19. As mesmas considerações do autor podem ser encontradas em: CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 382. Não se concorda, neste trabalho, com esse entendimento. Conforme exposto no texto, considera-se, aqui, que antes mesmo da edição da Lei n.º 11.232 as sentenças parciais já eram admitidas no ordenamento nacional. Entende-se, ademais, que a referida Lei nem sequer fez com que se passasse a admitir a possibilidade de haver sentenças parciais em processos judiciais (vide a nota 260). Nesse mesmo sentido, por exemplo: MONTORO, op. cit., p. 337 e seguintes. PARENTE, da mesma forma, reputa que a admissibilidade de sentenças arbitrais em arbitragem não foi uma consequência da pretensa alteração no conceito de sentença promovida pela Lei n.º 11.232. O autor observa, ademais, que a questão das sentenças parciais em processos judiciais é ainda hoje muito polêmica (PARENTE, op. cit., p. 278-280).

procedimento em discurso violaria as regras da Lei 9.307/1996, que aludem a uma única sentença no curso da arbitragem – especialmente o art. 29, que em sua parte inicial prevê que, *proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem*. As regras procedimentais contidas na Lei de Arbitragem destinam-se apenas a estabelecer um parâmetro para aqueles casos em que partes e árbitros – em vez de definir especificamente as regras processuais que seguirão ou de recorrer ao regramento de alguma câmara de arbitragem (como explicitamente autorizado pela própria Lei n.º 9.307: arts. 2º, §§ 1º e 2º, e 11, inciso IV) – optam de modo expresso ou tácito por apenas seguir a legislação brasileira sobre o tema. Vale dizer, é uma disciplina subsidiária. Reitere-se: outros arranjos procedimentais podem ser estabelecidos, desde que devidamente ajustados entre partes e árbitros e consentâneos com as garantias constitucionais do processo.”⁴⁷⁴

Portanto, nos casos em que houver (ressalte-se, com a autorização das partes⁴⁷⁵) a prolação de sentenças parciais, a arbitragem se encerrará apenas no momento em que “transitar em julgado” a última delas (*i.e.*, a “sentença parcial final”) e os árbitros estiverem dispensados de, em seguida, praticar novos atos no processo.

⁴⁷⁴ TALAMINI; WLADECK, *Liquidação da sentença arbitral...*, p. 149.

⁴⁷⁵ BATISTA MARTINS, *A arbitragem e o mito...*, p. 280-281; ARMELIN, *Notas sobre sentença parcial...*, p. 291; CARMONA, *Ensaio sobre...*, p. 18-19. Conforme observa este último autor, o ordenamento brasileiro possui disciplina diversa da que se verifica, por exemplo, na Ley de Arbitraje espanhola – na qual se prevê como regra geral a possibilidade de os árbitros proferirem sentenças parciais. No Brasil, a regra geral é a de que os árbitros devem julgar a causa por uma única sentença. Apenas com a autorização das partes é que os árbitros poderão proferir sentenças parciais.

Os árbitros estarão autorizados a proferir sentenças parciais se, por exemplo, as partes escolherem, para reger o procedimento, regulamento de instituição arbitral no qual esteja prevista essa possibilidade. Mas, como observa CARMONA: “À falta de previsão regulamentar, de qualquer modo, nada impede que as partes – na convenção de arbitragem, no termo de arbitragem, na ata de missão, ou em qualquer outro documento que expresse vontade – façam constar que os árbitros poderão proferir sentenças parciais” (CARMONA, *Ensaio sobre...*, p. 22).

Em sentido diverso, entendendo que os árbitros poderão proferir sentenças parciais mesmo quando não autorizados pelas partes: PARENTE, *op. cit.*, p. 277. Segundo o autor, o poder que os árbitros possuem de integrar o procedimento arbitral (art. 21, § 1º, da Lei n.º 9.307) lhes permitiria proferir sentenças parciais sempre que julgassem conveniente para a causa. PARENTE ressalva, porém, que “...os árbitros somente devem passar a uma sentença parcial quando possível identificar a ausência de uma relação de prejudicialidade entre o que será decidido antecipadamente e o que sobrar.”

9.3.1 – Prazo para a prolação das sentenças parciais

Quanto ao prazo para o proferimento das sentenças parciais: podem as partes discipliná-lo, estabelecendo prazos específicos para cada sentença ou um só, dentro do qual todas as sentenças deverão ser proferidas. No silêncio da convenção, devem os árbitros definir a questão preliminarmente, junto com as partes. Não havendo um consenso entre as partes e/ou árbitros, entende-se que o prazo legal ou que tiver sido indicado na convenção é o prazo para o proferimento da “sentença parcial final”⁴⁷⁶ – podendo as demais sentenças parciais ser proferidas em qualquer prazo dentro do prazo total da arbitragem.

As sentenças arbitrais parciais proferidas fora do prazo que lhes houver sido fixado não serão, por isso, juridicamente inexistentes. Inexistentes serão, entretanto, as sentenças parciais e as demais decisões arbitrais que vierem a ser proferidas depois do encerramento *do prazo total* estipulado para a arbitragem – quando o “compromisso arbitral se extingue”, conforme o art. 12, inciso III (vide o item 4.4.2.1, acima).

Isso não significa que as sentenças parciais proferidas fora do prazo que lhes tiver sido fixado não possam ser controladas pelo Judiciário. Na verdade, as sentenças parciais proferidas dentro do prazo total da arbitragem, mas fora de seu prazo específico, poderão, em tese, ser anuladas com fundamento no inciso IV do art. 32 da Lei n.º 9.307. A parte interessada deverá, porém, além de comprovar a observância ao dever de notificação a que se refere o inciso III do art. 12, demonstrar que do descumprimento do prazo específico para a prolação da sentença parcial resultou-lhe prejuízo.

A declaração da inexistência das sentenças parciais proferidas fora do prazo total estipulado para a arbitragem não deve repercutir sobre a regularidade das sentenças parciais tempestivas. Isso porque as sentenças anteriores não serão (*rectius*, não deverão ser, por uma questão de lógica e coerência) dependentes das posteriores. Logo, as sentenças parciais tempestivas não poderão ser declaradas inexistentes em razão da intempestividade das sentenças parciais que lhe forem posteriores – o que não quer dizer

⁴⁷⁶ ARMELIN, Notas sobre sentença parcial..., p. 299. O autor considera que o prazo fixado para a arbitragem é o prazo dentro do qual todas as sentenças parciais previstas (da primeira até a última) devem ser proferidas. CARMONA, depois de indicar que as partes podem convencionar tanto o prazo para prolação da sentença final quanto o das sentenças parciais, conclui: “Nada impedirá, também, que as partes dêem autorização genérica aos árbitros para proferirem, se necessário, sentenças parciais, fixando apenas prazo para o término do procedimento (ou seja, para que seja proferida a sentença arbitral final). Esta última hipótese será certamente a mais adequada para dinamizar a arbitragem” (CARMONA, Ensaio sobre..., p. 25).

que não possam ser inexistentes por outras razões, evidentemente (ver o item 9.3.3.2, abaixo).

9.3.2 – Sentenças parciais de naturezas diversas

Autorizados pelas partes, os árbitros poderão julgar o mérito da causa a eles submetida em etapas, por sentenças parciais. As sentenças parciais poderão, evidentemente, apresentar naturezas diversas – declaratória, constitutiva ou condenatória. O fundamental, em qualquer caso, sob pena de ofensa ao devido processo legal e seus corolários, é que guardem coerência entre si – não fazendo sentido, por exemplo, julgar um pedido dependente antes do pedido principal, condicionante ou dominante⁴⁷⁷.

O julgamento de um pedido dependente antes do julgamento do pedido principal poderia, v.g., resultar em ofensa aos direitos de ampla defesa e contraditório. Imagine-se que uma das partes pede, em cumulação sucessiva eventual, a anulação do contrato (pedido principal) e a consequente devolução do bem objeto do contrato (pedido sucessivo). Condenar a parte demandada a devolver o bem antes de se decidir, por sentença parcial, pela anulação do contrato seria subverter a ordem do procedimento convencionado, em detrimento dos direitos de ampla defesa e contraditório da parte condenada. Eventualmente, o julgamento havido poderá ser até mesmo *extra petita* – na medida em que tenha se pautado em causa de pedir não deduzida pela parte (com o que a demanda julgada terá sido diversa da formulada).

É possível que, com a autorização das partes, havendo acordo sobre parcela do objeto da arbitragem, os árbitros homologuem-no desde logo por sentença, dando continuidade ao processo em relação ao restante da causa – para julgá-lo por uma ou mais sentenças⁴⁷⁸. Nesse caso, haverá diversas sentenças de mérito, cada qual referente a uma parcela do conflito.

A propósito, quando se fala em “sentenças parciais” fala-se, necessariamente, em sentenças *de mérito*⁴⁷⁹. Não existem sentenças parciais “terminativas”. O provimento que declara a inadmissibilidade do julgamento de

⁴⁷⁷ ARMELIN, Notas sobre sentença parcial..., p. 295; PARENTE, op. cit., p. 277 e 279.

⁴⁷⁸ JOSÉ CAHALI, op. cit., p. 207.

⁴⁷⁹ Conforme, por exemplo: BARBOSA, op. cit., p. 111-112.

determinada pretensão sem extinguir o processo arbitral (*rectius*, o procedimento cognitivo arbitral em primeira ou única instância) não configura sentença, mas decisão interlocutória⁴⁸⁰. É que – diversamente do que se passa em relação a questões de mérito e o próprio mérito, os quais, por força do chamado “princípio da unidade estrutural da sentença”, devem, de regra, ser apreciados por sentença⁴⁸¹ – as questões processuais são ordinariamente decididas ao longo de todo arco procedimental, inclusive (mas não somente) por sentença. Pois as decisões que resolvem questões processuais incidentalmente, mesmo que para declarar a impossibilidade do julgamento de parte do mérito do processo, mas sem extingui-lo, são apenas interlocutórias (vide a nota 260).

As decisões arbitrais interlocutórias que declararem a inadmissibilidade do julgamento de parte do objeto processual não se sujeitam a controle judicial. Vale dizer, nem mesmo depois de proferida a sentença arbitral – ou, claro, a sentença parcial final. Até mesmo porque a decisão que julga faltar requisito de admissibilidade ao julgamento de pedido(s) não tem o condão de fazer “coisa julgada” – e, por conseguinte, de impedir que o pedido volte a ser deduzido em novo processo (arbitral ou judicial, conforme o caso).

9.3.3 – Controle judicial das sentenças arbitrais parciais nacionais

As sentenças arbitrais parciais nacionais estão sujeitas a controle judicial da mesma forma que as sentenças arbitrais em geral. Ou seja, aplicam-se, para o seu controle judicial, exatamente os mesmos limites dos arts. 32 e 33 da Lei n.º 9.307/1996.

Portanto, é perfeitamente possível que sentenças arbitrais parciais sejam impugnadas por ação de anulação, quando inquinadas de vícios de nulidade; ação declaratória de sua inexistência ou ineficácia jurídica; ação destinada a eliminar erros materiais relevantes para sua identificação; embargos ou impugnação ao seu cumprimento; *etc.* Não existem, em tese, restrições quanto ao uso dos meios de controle judicial disponíveis no ordenamento para o controle de sentenças arbitrais em geral.

⁴⁸⁰ DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, p. 401.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 700-701.

9.3.3.1 – Momento para a impugnação de sentenças parciais

Põem-se, em tese, duas possibilidades, quando se trata de verificar o momento adequado para a impugnação judicial de sentenças arbitrais parciais. Ou se considera que elas apenas podem ser impugnadas depois de proferida a “sentença parcial final” (*i.e.*, a última sentença parcial) ou, então, entende-se que cada sentença parcial tem o seu próprio momento de controle, independente do momento de controle das demais.

A Lei n.º 9.307 não trata expressamente da questão. Mas, ainda assim, permite chegar a uma resposta segura a seu respeito. A doutrina é firme em afirmar que as sentenças arbitrais parciais podem ser impugnadas antes mesmo de proferida a “sentença parcial final”⁴⁸². Isso se explica pelo fato de a Lei de Arbitragem ter estabelecido, sem ressalvas, que o prazo de noventa dias para o ajuizamento da ação de anulação inicia-se com a intimação da sentença ou de seu aditamento. Ora, se assim é, exigir a espera da prolação da última sentença parcial no processo não seria razoável, pois colocaria em xeque o prazo para impugnar as sentenças parciais anteriores.

Ademais, observe-se que as sentenças arbitrais parciais são aptas a “transitar em julgado” em momentos distintos; podem produzir seus efeitos em (a partir de) momentos diversos; eventualmente, reunindo os atributos de um título executivo, a sentença parcial pode até mesmo ser executada antes de proferidas as demais sentenças na arbitragem⁴⁸³. Diante disso tudo, é lógico e razoável que as sentenças parciais viciadas possam ser controladas judicialmente de imediato, antes mesmo de proferida a sentença final na arbitragem. Do contrário, não haveria como afastar os possíveis prejuízos/danos por elas gerados.

A conclusão não se altera nos casos em que a sentença parcial estiver inquinada de vícios que não possam ficar sanados com o decurso do tempo. É que mesmo nesses casos a sentença parcial (ou pretensa sentença parcial) poderá gerar efeitos ou repercussões práticas prejudiciais, que precisem ser imediatamente afastados, antes de proferida a sentença final. Basta pensar na hipótese de uma sentença parcial proferida contra quem não pactuou nem fez parte da arbitragem. É evidente que o terceiro

⁴⁸² Por exemplo: MONTORO, *op. cit.*, p. 349; ARMELIN, *Notas sobre sentença parcial...*, p. 298-299; BARBOSA, *op. cit.*, p. 114; CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 431; BATISTA MARTINS, *A arbitragem e o mito...*, p. 274.

⁴⁸³ CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 431-434; BATISTA MARTINS, *A arbitragem e o mito...*, p. 274; BARBOSA, *op. cit.*, p. 116.

prejudicado poderá lançar mão da ação declaratória de inexistência jurídica da sentença parcial de imediato, não se podendo dele exigir que espere a decisão final da arbitragem de que não participa.

9.3.3.2 – Efeitos do julgamento da medida judicial de impugnação da sentença parcial sobre outras sentenças parciais e sobre a arbitragem em curso

A questão do controle de sentenças arbitrais parciais se complica quando se trata das possíveis consequências que o julgamento de uma medida judicial pode gerar sobre outras sentenças parciais e/ou sobre o processo arbitral ainda em curso. A esse respeito, podem ser formuladas, em termos gerais⁴⁸⁴, as seguintes conclusões:

(a) A impugnação judicial de sentença arbitral parcial anterior não condiciona a impugnação de sentença(s) posterior(es). Ou seja, uma sentença arbitral parcial pode, em tese, ser impugnada mesmo que a(s) sentença(s) anterior(es) a ela, oriunda(s) da mesma arbitragem, não o tenha(m) sido. Assim, v.g., uma sentença parcial dependente pode ser anulada mesmo que a sentença principal ou condicionante, a ela anterior, não tenha sido, embora nula, objeto de anterior ação de anulação.

(b) O julgamento de eventual impugnação judicial de sentença arbitral parcial pode ou não repercutir sobre outras sentenças parciais que já tenham sido proferidas. Tudo a depender do resultado do julgamento, da natureza do vício identificado na sentença parcial e da relação entre a decisão impugnada e as demais sentenças parciais.

(b.1) Primeiramente, observe-se que apenas se o mérito da medida judicial formulada tiver sido apreciado é que o seu resultado poderá impactar sobre sentenças parciais já proferidas.

(b.2) Em caso de acolhimento da medida judicial contra a sentença parcial, será necessário verificar a natureza do vício alegado. Conforme a natureza do vício, as outras sentenças já proferidas na arbitragem (dependendo da relação que tiverem com a sentença sob impugnação) poderão ou não ser afetadas.

⁴⁸⁴ Como observa PARENTE, “somente a prática” permitirá visualizar plenamente os resultados das possíveis influências que eventual “anulação” de sentenças arbitrais parciais pode gerar sobre arbitragens ainda em curso (PARENTE, op. cit., p. 280).

(b.2.1) Anulada ou declarada inexistente ou, então, juridicamente ineficaz a sentença principal, a dependente (na medida da relação lógico-jurídica que tiver com aquela) será automaticamente afetada – ficará prejudicada. Já se a sentença principal estiver inquinada de algum erro material que não importe a sua nulidade ou inexistência, a sentença dependente não poderá ser atingida pela correção que naquela se vier a realizar.

(b.2.2) Anulada ou declarada inexistente ou juridicamente ineficaz a sentença dependente, a principal não será automaticamente afetada⁴⁸⁵. Se for o caso, *o sujeito interessado deverá (na forma e prazo devidos) impugná-la (a sentença principal) especificamente*. Será preciso verificar no caso concreto se algum defeito (eventualmente o mesmo da sentença dependente) a contamina. Por exemplo, se a sentença dependente for *citra petita*, a principal não será afetada. Mas se aquela for inexistente por conta de invalidade da convenção arbitral, então a principal (na medida em que o processo, no que lhe diz respeito, também esteja afetado pela invalidade da convenção) será igualmente inexistente – não por conta, propriamente, de uma pretensa “relação de prejudicialidade” entre as sentenças parciais, mas pura e simplesmente porque o mesmo defeito que atinge a sentença dependente se verifica também na sentença principal.

(b.2.3) Sendo autônomas as sentenças parciais, aplicam-se as mesmas considerações do parágrafo anterior. Ou seja, não será o acolhimento da impugnação formulada contra uma sentença parcial que definirá o destino da(s) outra(s). Cada sentença autônoma deverá ser analisada isoladamente, a fim de se verificar se possui ela ou não algum defeito. Eventualmente, todas estarão inquinadas do mesmo defeito.

(b.3) A rejeição (no mérito) de medida judicial formulada contra uma sentença parcial não definirá o destino das demais sentenças parciais do processo arbitral. Assim, por exemplo, julgada improcedente ação de anulação de uma sentença arbitral parcial, nada impedirá que a(s) outra(s) sentença(s) proferida(s) no processo venha(m) a ser impugnada(s) pelo mesmo fundamento já rejeitado – seja(m) ela(s) principal(is), dependente(s) ou autônoma(s) em face da

⁴⁸⁵ CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 431. O autor observa que a sentença parcial inatacada não fica automaticamente afetada pelo acolhimento de ação de anulação da sentença parcial final. Nas suas palavras: “...não impugnada a sentença parcial, ainda que a parte vencida maneje a demanda de anulação contra a sentença arbitral final, o resultado não afetará o que foi julgado em outro provimento.”

sentença arbitral anteriormente impugnada. Não haverá coisa julgada material a impedir a nova demanda anulatória, a qual terá pedido diverso do formulado na demanda anterior. E a fundamentação da sentença da demanda anulatória anterior não vinculará o juízo da nova ação de anulação.

(c) O resultado do julgamento de eventual impugnação judicial de sentença arbitral parcial pode ou não repercutir sobre a arbitragem em curso⁴⁸⁶.

(c.1) Se a medida judicial for acolhida por conta de defeito formal apto a contaminar todo o processo ainda em curso, este poderá ficar sem condições de prosseguir.

(c.1.1) O processo arbitral ficará sem condições de prosseguir, *v.g.*, se, ao declarar a inexistência da sentença parcial, o Judiciário – a pedido da parte, na forma do item 7.2.2 – anular ou declarar a nulidade da convenção de arbitragem. Da mesma forma, ficará sem condições de prosseguir se da sentença parcial anulada ou declarada inexistente ou juridicamente ineficaz depender(em) a(s) sentença(s) a ser(em) proferidas posteriormente no processo.

(c.1.2) Não ficará, rigorosamente, impedido o prosseguimento da arbitragem se a questão da validade da convenção tiver sido decidida apenas incidentalmente no bojo do processo judicial voltado ao reconhecimento da inexistência da sentença parcial – a não ser que, como se disse no item “c.1.1”, a(s) sentença(s) a ser(em) proferida(s) na arbitragem sejam dependentes da sentença julgada irregular. Porém, será possível impugnar, por ação própria, a(s) futura(s) sentença(s) proferida(s) na arbitragem, na medida em que o defeito na convenção arbitral a(s) contamine também.

(c.1.3) Nos casos em que o acolhimento da demanda formulada contra a sentença parcial inviabilizar o prosseguimento da arbitragem, espera-se que os árbitros a encerrem. Mas, como os árbitros não terão feito parte do processo judicial instaurado, não poderão eles ser compelidos (*i.e.*, forçados, por atos coercitivos) a encerrar a arbitragem. Seja como for, se os árbitros ignorarem a decisão judicial e derem seguimento ao processo, as decisões que nele vierem a ser

⁴⁸⁶ CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 432; BARBOSA, *op. cit.*, p. 116.

proferidas serão ineficazes para o direito, na medida em juridicamente inexistentes⁴⁸⁷.

(c.2) Por outro lado, se o defeito que levar ao acolhimento da medida judicial não for apto a contaminar todo o processo arbitral, este terá condições de prosseguir, com o refazimento dos atos eventualmente viciados. Essa solução se aplicará não apenas nos casos em que o vício for apenas da sentença arbitral, mas sempre que, com o acolhimento da medida judicial, for viável a devolução da causa aos árbitros – conforme o art. 33, § 2º, da Lei n.º 9.307/1996 (vide os itens 7.1.15 e 7.2.10, acima).

(c.3) Se a medida judicial formulada contra a sentença parcial for julgada improcedente, a arbitragem ainda em curso poderá prosseguir normalmente. As sentenças arbitrais parciais que vierem a ser subsequentemente proferidas poderão ser impugnadas pelo mesmo fundamento da medida judicial anterior, rejeitada – conforme exposto no item (b.3), acima.

9.3.3.3 – Sobre a possibilidade de concessão de medida urgente nos procedimentos de controle de sentenças parciais

No capítulo 7, mencionou-se a possibilidade de concessão de medidas urgentes nos procedimentos de controle de sentenças arbitrais nacionais. Evidentemente, também quando se tratar de controle de sentença arbitral parcial a concessão de medidas urgentes será, em tese, possível. O desafio é saber quais os limites que se põem em face dessa possibilidade, *i.e.*, até onde a medida urgente pode ir nos casos em que a sentença parcial impugnada for condicionante de outras já proferidas no processo ou nos casos em que a arbitragem ainda estiver em curso no momento do controle judicial.

Sobre as repercussões geradas pela suspensão dos efeitos de uma sentença parcial sobre outras sentenças parciais já proferidas, pode-se dizer o seguinte:

(i) A suspensão, por medida judicial urgente, de efeitos de uma sentença arbitral parcial dependente não é, logicamente, capaz de neutralizar automaticamente efeitos da sentença parcial condicionante ou principal. A questão

⁴⁸⁷ Não se pode descartar, ainda, a hipótese de responsabilização dos árbitros que, com dolo ou culpa grave, deixarem de encerrar a arbitragem na referida situação.

se define pela ausência de relação de prejudicialidade no caso – na linha do que se expôs em (b.2.2) do item anterior.

(ii) As sentenças parciais autônomas em face da sentença arbitral impugnada também não serão automaticamente afetadas pela suspensão provisória de efeitos desta. Assim será mesmo que possam elas estar inquinadas do mesmo defeito alegado em juízo. A neutralização de possíveis efeitos seus deverá ser pleiteada por medida própria, conforme exposto em (b.2.3) do item anterior.

(iii) Diversa será a solução quando for concedida medida urgente suspendendo efeitos de uma sentença arbitral parcial condicionante de outras sentenças parciais. Nessa hipótese, *na medida da relação de prejudicialidade* (ou seja, da relação lógico-jurídica) existente entre a sentença condicionante e a dependente, esta também terá seus efeitos suspensos. Imagine-se, por exemplo, caso de cumulação sucessiva eventual entre pedido de rescisão contratual e pedido de devolução do bem objeto do contrato. Sendo suspensos os efeitos da sentença parcial que julgou procedente pedido de rescisão contratual, a sentença parcial que tiver julgado procedente o pedido eventual de condenação a devolução de bem objeto do contrato rescindido fica com seus efeitos automaticamente suspensos.

Mais delicada é a questão da possibilidade de o Judiciário, no âmbito do procedimento de controle de uma sentença arbitral parcial, determinar a suspensão de processo arbitral ainda em curso. Ou seja, se o acolhimento da impugnação formulada contra a sentença parcial tiver o condão de afetar o procedimento arbitral em curso, poderá o Judiciário, a pedido da parte interessada, determinar a suspensão da arbitragem – até que se decida a medida judicial? Diverge a doutrina a esse respeito.

(a) Há quem entenda, sem ressalvas, que jamais haverá essa possibilidade. É, por exemplo, o caso de ALVES. Nas palavras desse autor, ainda que o juiz “...anule a sentença parcial por entender que a convenção é inexistente, inválida ou ineficaz, não poderá tomar qualquer medida quanto à arbitragem em curso, sendo vedada a prolação de medida antiarbitragem também aqui.”⁴⁸⁸

(b) BARBOSA, em semelhante sentido, afirma que, por força do princípio da competência-competência, o Judiciário não poderia, em regra, determinar a suspensão da arbitragem – segundo o autor, seja por medida urgente ou por decisão definitiva. A decisão sobre dar ou não prosseguimento ao processo

⁴⁸⁸ ALVES, op. cit., p. 213.

arbitral, diante da possibilidade de restar ele prejudicado por eventual acolhimento de medida judicial formulada contra sentença parcial, competiria aos árbitros, a pedido das partes (ou uma das partes) da arbitragem. Mas BARBOSA ressalva a existência de situações “excepcionais”, “teratológicas”, nas quais a “inexistência” da arbitragem possa ser constatada de plano. Nessas situações, diz o autor, o prosseguimento da arbitragem poderia ser suspenso por medida judicial⁴⁸⁹.

(c) CARMONA, por sua vez, entende ser, em tese, possível o Judiciário conceder medida urgente no âmbito do processo de controle da sentença parcial, para o fim de suspender o procedimento arbitral em curso. Mas, a seu ver, deve-se ter muita cautela com esse tipo de deliberação, sob pena de se inviabilizar “...o desenvolvimento saudável da arbitragem no Brasil.”⁴⁹⁰

Não se nega que compete aos árbitros, na pendência da arbitragem, decidir sobre a sua própria competência e sobre a regularidade da convenção de arbitragem. Isso não impede, porém, que, diante de medida formulada contra sentença parcial, o Poder Judiciário, identificando a elevada probabilidade de a sentença impugnada ser de fato irregular e que a aparente irregularidade tem o condão de repercutir sobre todo ou parte do procedimento arbitral, profira (a pedido da parte interessada e respeitados os limites objetivos da ação ajuizada) decisão urgente determinando, em caráter provisório, a necessidade de suspensão (total ou parcial, conforme o caso) da arbitragem em curso – visando, com isso, evitar seu prosseguimento inútil e custoso.

São diversas as situações em que o eventual acolhimento da impugnação judicial formulada contra a sentença parcial pode impactar sobre a arbitragem em curso, a ponto de justificar uma medida urgente declarando a necessidade de sua suspensão até o julgamento final da causa. Imagine-se, por exemplo, que a sentença condenatória genérica (sentença parcial principal) foi proferida por árbitro impedido. Em caso como esse, o prosseguimento da arbitragem seria inútil, pois resultaria na prolação de uma sentença de liquidação (sentença parcial dependente) igualmente nula.

Para a apuração da necessidade ou não de concessão de medida urgente destinada a obstar o prosseguimento da arbitragem pendente, é necessário verificar, em primeiro lugar, se o pleito se adéqua aos limites objetivos do processo de controle da

⁴⁸⁹ BARBOSA, op. cit., p. 118-122.

⁴⁹⁰ CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 432-433.

sentença parcial. Não se poderá conceder a medida urgente se ela não se prestar, de alguma forma, a assegurar o resultado útil do processo.

Assim, por exemplo, se a parte se limitou a pedir a declaração da inexistência da sentença parcial sob o fundamento de que a convenção é nula, o Judiciário não poderá declarar em caráter principal a nulidade da convenção arbitral. Em tese, portanto, o acolhimento da demanda não impedirá o prosseguimento da arbitragem, com a prolação de sentenças parciais autônomas (não-dependentes) da sentença parcial declarada inexistente (vide o item 9.3.3.2, “c.1”). Logo, a concessão de medida urgente para obstar o prosseguimento da arbitragem na hipótese não seria útil para assegurar o resultado útil do processo.

Além disso, para a concessão da medida urgente será necessário verificar a presença dos requisitos legais das medidas urgentes em geral, *i.e.*, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. A parte autora deve demonstrar que existe forte probabilidade de a sentença parcial impugnada estar inquinada de algum dos vícios elencados no art. 32 da Lei n.º 9.307 e, além disso, que o vício alegado é capaz de comprometer o prosseguimento de toda ou parte da arbitragem. Presentes esses requisitos, deverá o Judiciário determinar a necessidade de suspensão total ou parcial da arbitragem – no que for preciso para evitar prejuízos. Portanto, não existe a necessidade de demonstração de que a sentença parcial é “teratológica” ou coisa que o valha. Valem, na hipótese, os requisitos gerais do art. 273 do Código de Processo Civil para a concessão de medidas urgentes.

Observados os requisitos legais, a concessão da medida urgente não implicará qualquer tipo de ofensa ao princípio da competência-competência. Na verdade, a medida urgente consistirá em providência instrumental (acautelatória) em relação ao objeto da impugnação formulada em face da sentença parcial – de competência do Poder Judiciário. A medida urgente que declara a necessidade de suspensão da arbitragem tem por fim evitar a prolação de sentenças parciais que, na hipótese de acolhimento da impugnação contra a sentença parcial já proferida, serão automaticamente nulas, inexistentes ou juridicamente ineficazes. Logo, o poder de declarar (na presença dos requisitos legais) a necessidade de suspensão do curso da arbitragem integra a esfera de competências que o Judiciário exerce quando realiza o controle de sentenças arbitrais parciais.

Uma vez que os árbitros não terão participado do processo de impugnação da sentença parcial, as medidas urgentes nele concedidas para o fim de suspender a

arbitragem *não lhes poderão ser impostas*. Ou seja, a “determinação” judicial de suspensão da arbitragem não poderá ser acompanhada de atos voltados a forçar os árbitros a parar a arbitragem. Mas se espera que os árbitros observem a decisão judicial, seja em respeito à autoridade do Poder Judiciário, seja porque eventual prosseguimento da arbitragem poderá ser em vão – afinal, as decisões nela proferidas serão irregulares em caso de confirmação da medida urgente por sentença judicial.

Por outro lado, qualquer das partes da arbitragem pode pedir aos árbitros a suspensão do processo (e, assim, do prazo para ele ajustado) quando houver a formulação de impugnação judicial contra sentença parcial que possa prejudicar o seu curso – tenha ou não já havido concessão de medida judicial urgente determinando a suspensão da arbitragem ou dos efeitos da sentença parcial impugnada. Ademais, em razão da relação de prejudicialidade externa existente entre a arbitragem e o processo judicial em curso, aos árbitros é dado suspender aquela de ofício, a fim de evitar a realização de atos inúteis e custosos. Embora tal deliberação não se sujeite a controle judicial, espera-se que seja motivada – com a exposição das razões pelas quais se entende que existe risco concreto de o prosseguimento da arbitragem ser inútil.

9.3.4 – Sentenças parciais de nacionalidades diversas

Conforme exposto no item 2.1.1, o que define a nacionalidade da sentença arbitral, segundo a Lei n.º 9.307/1996, é o local de sua prolação. Ainda naquele item, apontou-se que existe a possibilidade de haver sentenças de diversas nacionalidades oriundas de um mesmo processo arbitral. Nada impede, portanto, que, admitida a possibilidade de sentenças parciais em uma determinada arbitragem, sejam elas proferidas em locais (*i.e.*, países) diversos – com o que terão nacionalidades distintas.

Tendo em vista os limites do presente trabalho, interessa expor as particularidades que se põem em relação ao controle judicial das sentenças arbitrais parciais quando entre elas houver sentença(s) estrangeira(s) e sentença(s) nacional(ais)⁴⁹¹.

Inicialmente, cumpre observar que as sentenças parciais de nacionalidades diversas podem ser autônomas entre si. Nesse caso, não havendo entre elas relação de

⁴⁹¹ Soluções análogas às que são abaixo expostas se aplicam aos casos em que houver sentenças de nacionalidades diversas em razão da interposição de recurso integral que é apenas parcialmente conhecido/admitido e aos casos de recurso parcial conhecido/admitido – vide o item 2.3.2.

dependência/prejudicialidade, a nacional poderá produzir seus efeitos no Brasil independentemente da homologação da estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça. A prévia homologação na forma dos arts. 35 e seguintes da Lei n.º 9.307 será necessária apenas para garantir que a sentença *estrangeira* produza seus efeitos no território nacional.

Havendo, porém, relação de dependência entre as sentenças parciais, a nacional, sendo dependente, apenas poderá produzir os seus efeitos jurídicos no Brasil depois que a estrangeira, sendo principal/condicionante/dominante, for homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Já se a sentença parcial principal for a nacional, a estrangeira poderá ser submetida ao procedimento de homologação judicial de imediato – não dependendo, para tanto, de qualquer providência prévia acerca da sentença nacional (a qual é eficaz, no Brasil, independentemente de juízo de delibação).

Imagine-se, por exemplo, caso em que a sentença parcial estrangeira tenha imposto condenação genérica a uma das partes da arbitragem e a nacional, por sua vez, deliberado sobre o *quantum debeatur*. A sentença nacional não poderá ser executada no Brasil antes de a sentença estrangeira ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. A sentença de liquidação não constituirá, por si só, título executivo, pois não reunirá todos os atributos de um (em especial, a certeza e exigibilidade do crédito por ela definido). Se, ao contrário, a sentença de liquidação fosse a estrangeira, sua homologação não dependeria de qualquer ato voltado a tornar eficaz, no Brasil, a sentença nacional condenatória genérica⁴⁹².

O fato de a sentença parcial nacional dependente não produzir seus efeitos jurídicos no Brasil antes da homologação da sentença parcial estrangeira principal não significa, todavia, que não possa ela ser desde logo objeto de medidas judiciais de controle. Pense-se, por exemplo, na hipótese de a sentença parcial nacional dependente estar inquinada de vício que a torne nula (conforme o art. 32). Esperar a anterior homologação da sentença parcial estrangeira principal poderia comprometer o prazo para o ajuizamento da ação de anulação de que trata o art. 33. Afinal, o prazo para a propositura da demanda anulatória não depende, para ter início, da anterior homologação da sentença parcial estrangeira. O prazo de noventa dias se inicia na data da intimação da sentença ou da notificação de seu “aditamento” (vide o item 7.1.6, acima).

⁴⁹² Evidentemente, a sentença nacional condenatória genérica não poderá ser executada até que a sentença estrangeira de liquidação seja homologada. Mas ainda assim ela será desde logo eficaz no Brasil. Para todos os fins de direito, o sujeito condenado terá sido julgado inadimplente perante seu adversário na arbitragem.

É verdade que o eventual decurso do prazo para ajuizamento da ação de anulação não obstará que o sujeito interessado lançasse mão da via cabível para oposição ao processo executivo (para os fins do § 3º do art. 33 da Lei de Arbitragem) que viesse a ser instaurado após a homologação da sentença parcial estrangeira – claro, nos casos de sentença arbitral condenatória. Mas esse argumento jamais serviria para excluir o direito a uma das medidas judiciais de controle das sentenças nacionais disponíveis no ordenamento jurídico, qual seja, a ação anulatória. O direito ao ajuizamento da ação de anulação, no prazo e forma legais, é inarredável – *ex vi* do art. 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal.

Nos casos em que a sentença parcial nacional dependente estiver inquinada de vício não passível de ficar superado com o decurso do tempo, não se fará necessário impugná-la de imediato, antes mesmo da prolação da sentença parcial estrangeira principal, com a finalidade de preservar o direito ao controle judicial da arbitragem. Isso não significa, porém, que qualquer controle sobre a sentença nacional apenas possa se dar depois de homologada a sentença parcial estrangeira principal. Diante de possíveis repercussões práticas prejudiciais advindas da sentença nacional irregular, o sujeito interessado poderá desde logo lançar mão dos meios de controle que lhe estiverem disponíveis.

O acolhimento da ação de impugnação da sentença parcial nacional dependente poderá tornar inútil (ao menos temporariamente) a sentença parcial estrangeira principal já homologada ou pendente de homologação ou, então, retirar-lhe (total ou parcialmente) a capacidade de produzir efeitos no Brasil. Por exemplo, a sentença estrangeira que houver condenado genericamente uma das partes da arbitragem não poderá, mesmo depois de homologada, ser executada no Brasil se a sentença nacional de liquidação tiver sido anulada pelo Judiciário brasileiro – a menos até que uma nova sentença de liquidação seja proferida pelos árbitros (nos casos em que a retomada da arbitragem for possível e realizada) ou pelo Judiciário (quando a retomada da arbitragem não for viável).

De outro lado, a simples rejeição da medida de controle judicial da sentença parcial nacional dependente não significará que esta terá, só por isso, condições de produzir efeitos no Brasil. Enquanto a sentença parcial estrangeira principal (ou condicionante/dominante) não for devidamente homologada pelo Superior Tribunal de

Justiça, a sentença parcial nacional dependente será ineficaz no Brasil. E essa ineficácia poderá ser declarada a qualquer tempo a pedido de quem tenha o competente interesse jurídico. Aliás, a ineficácia poderá ser reconhecida até mesmo de ofício pelo Judiciário, em caráter incidental, em processo no qual se pretenda levar a efeito, antes da homologação (ou, logicamente, após o indeferimento do pedido de homologação) da sentença parcial estrangeira principal, a sentença parcial nacional dependente.

Se a sentença parcial nacional principal for anulada por decisão judicial transitada em julgado, a sentença parcial estrangeira dependente (na medida da relação de prejudicialidade que possuir com a sentença principal) não estará em condições de ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça ou, se já homologada, ficará privada de seus efeitos no Brasil. Da mesma forma, se a sentença parcial nacional principal for juridicamente ineficaz ou inexistente, a sentença parcial estrangeira dependente também não poderá ser homologada. Mas neste caso a recusa de homologação não dependerá de prévio reconhecimento judicial do vício da sentença nacional por decisão transitada em julgado. O defeito na sentença nacional (e, assim, a contaminação da estrangeira) poderá ser reconhecido *incidentalmente* pelo Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício – haja vista a natureza do vício, conforme exposto nos itens 4.4.2 e 4.4.3⁴⁹³.

Vê-se, pois, que a decisão a respeito da regularidade da sentença parcial estrangeira ou nacional dependente não vincula o órgão competente para a decisão a respeito da regularidade da sentença parcial principal nacional ou estrangeira – o que não significa que aquela decisão não seja relevante para definir os limites da eficácia ou utilidade da sentença principal ou condicionante. Já a decisão acerca da regularidade da sentença parcial estrangeira ou nacional principal deve ser observada pelo órgão competente para julgar sobre a regularidade da sentença parcial nacional ou estrangeira dependente – especialmente nos casos em que a sentença parcial principal for julgada irregular, quando o defeito verificado contaminará automaticamente (nos limites do nexo lógico-jurídico existente entre a sentença condicionante e a dependente) a sentença parcial dependente. Tramitando simultaneamente processos para controle de sentenças nacional e estrangeira entre as quais haja relação de dependência, razoável aplicar-se a regra do art. 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil.

⁴⁹³ Nesse caso, a sentença arbitral nacional principal ainda poderá vir a ser posteriormente declarada existente ou juridicamente eficaz pelo órgão competente para o seu controle. Mas isso não será capaz de afastar a decisão já dada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a sentença arbitral estrangeira dependente.

9.3.5 – Controle das sentenças parciais não convencionadas pelas partes

Como se disse mais acima, a prolação de sentenças parciais em processo arbitral, de acordo com a legislação nacional, depende de autorização das partes. A prolação de sentenças parciais sem a autorização das partes permite, em tese, impugná-las com fundamento no art. 32, incisos IV, V e/ou VIII, da Lei n.º 9.307/1996 – ressalvada, evidentemente, a possibilidade de outros vícios do art. 32 as contaminarem.

O fundamento do inciso IV pode ser utilizado, uma vez que o procedimento convencionado para a arbitragem terá sido descumprido pelos árbitros. O fundamento do inciso V também pode ser invocado, na medida em que a sentença proferida terá decidido apenas parte da causa. Mas, para que a demanda judicial possa ser acolhida, parece indispensável, ainda, a demonstração da necessidade/utilidade do julgamento do mérito por uma só sentença arbitral. Do contrário, o acolhimento da impugnação – com a consequente determinação de devolução da causa aos árbitros, na forma do art. 33, § 2º, inciso II, da Lei n.º 9.307/1996 – não se justificará. Afinal, também na hipótese de rejeição da demanda, a arbitragem terá seguimento, para a decisão do restante da causa.

Por isso, a alegação de que a sentença arbitral “parcial” proferida é *citra petita* e/ou de que foi ela proferida em descompasso com o procedimento convencionado para a arbitragem deve vir acompanhada da demonstração de ofensa a algum dos princípios essenciais da arbitragem, como, v.g., o do contraditório (art. 32, inciso VIII). Ou seja, é preciso demonstrar que a devolução da causa aos árbitros (para que decidam toda a causa por uma só sentença) é necessária/útil para evitar ou afastar prejuízos gerados pelo fato de os árbitros terem proferido (em descompasso com a convenção arbitral) sentença parcial.

Inclusive, se, antes de impugnada a sentença parcial não autorizada, a arbitragem prosseguir e vier a ser concluída a tempo com o julgamento integral da causa, o vício verificado poderá ficar superado. Não fará sentido, por exemplo, impugnar a primeira sentença parcial mediante a simples alegação de que ela é *citra petita* quando a causa já tiver sido integralmente julgada pelos árbitros – pela(s) outra(s) sentença(s) parcial(ais). Será necessário demonstrar que o fracionamento do julgamento da causa consubstancia defeito não superado com o encerramento da arbitragem.

Finalmente, observe-se que, proferida a sentença parcial não autorizada pelas partes, a parte interessada deverá manifestar – na primeira oportunidade que tiver na

arbitragem – a sua discordância com o fracionamento do julgamento da causa. Não o fazendo, a matéria ficará preclusa: a parte não poderá mais impugnar a sentença parcial sob o fundamento de que os árbitros não estavam autorizados a proferi-la⁴⁹⁴. Ou seja, as partes podem aceitar o fracionamento do julgamento da causa que não haviam convencionado. E seu silêncio diante da prolação de sentença parcial representa sua aceitação.

⁴⁹⁴ A menos que a impugnação judicial seja realizada antes mesmo de a parte interessada se manifestar na arbitragem – o que é improvável.

10 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n.º 9.307/1996 disciplina os limites e meios de controle judicial das sentenças arbitrais nacionais basicamente em dois dispositivos, os arts. 32 e 33. Optou-se por um regramento bastante sucinto, mas que é suficiente para resolver as situações práticas que se podem verificar quando uma sentença arbitral nacional é impugnada.

Com efeito, compreendido que a arbitragem é processo de origem convencional (privada) e que – por força daquelas e outras regras, como os arts. 17, 18, 20, § 2º, e 31 – ela⁴⁹⁵ se insere no círculo da teoria geral do processo (aplicando-se-lhe, por conseguinte, os respectivos princípios e conceitos) e se sujeita aos ditames do devido processo legal, torna-se possível, a partir das técnicas interpretativas existentes, solucionar as diversas questões envolvendo o controle judicial das sentenças arbitrais nacionais das quais a Lei n.º 9.307/1996 não tratou expressamente. Mais ainda, torna-se possível contornar imprecisões técnicas verificadas na Lei que são capazes de repercutir diretamente na disciplina jurídica dos meios de impugnação das sentenças arbitrais, como, por exemplo, a que se verifica na qualificação dos *errores in procedendo* arrolados no art. 32 – que, como se viu, não configuram, todos, casos de verdadeira e própria “nulidade”.

As soluções dadas pela doutrina aos diversos problemas que o tema envolve são de fato, ainda hoje, em alguns pontos, bastante variadas – o que se procurou expor ao longo deste trabalho. Muitas dessas divergências se devem justamente ao fato de a Lei n.º 9.307 não dar uma resposta textual a todas as questões que envolve. Mas isso não significa que a Lei precise ser reformada ou deva ser substituída por outro diploma normativo. A Lei n.º 9.307 é relativamente nova e, além de ser considerada uma das mais avançadas entre os diplomas normativos de arbitragem existentes no mundo, ainda tem efetivamente correspondido às expectativas que existiam ao tempo de sua elaboração – aliás, cada vez mais, na medida em que uso da arbitragem vem, desde que a Lei foi editada, crescendo⁴⁹⁶ e

⁴⁹⁵ Conforme lição de DINAMARCO mencionada no item 4.3.

⁴⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da lei n.º 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 45-56. WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos da lei de arbitragem. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-3; WALD, Arnoldo. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: _____. (Organ.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei n.º 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-43;

as discussões a seu respeito se intensificando e amadurecendo, tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial⁴⁹⁷.

Diante dessas circunstâncias, a hora é de prosseguir na luta pela divulgação da disciplina arbitral vigente, incutindo nas mentes mais conservadoras a eficiência e segurança proporcionadas por tal mecanismo de resolução de conflitos – atributos estes que se põem pelas diversas qualidades da arbitragem (incorporadas e muito bem definidas pela legislação brasileira) e pela existência de meios efetivos e (se bem compreendidos) bastantes para um controle judicial adequado dos aspectos que a legitimam constitucionalmente como via de realização de justiça e pacificação social.

CARMONA, *Arbitragem e processo...*, p. 1-4; TIBURCIO, Carmen. Arbitragem no Brasil: panorama dos últimos 15 anos. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 75-101.

⁴⁹⁷ Concorde-se, portanto, com o entendimento de CARMONA – manifestado quando a Lei n.º 9.307 tinha ainda onze anos de vigência, mas a nosso ver ainda atual: “...não chegou ainda o momento de rever ou reformar a Lei n.º 9.307/1996. A Lei de Arbitragem brasileira tem texto bastante aberto e flexível, de forma que o estudo das múltiplas oportunidades conferidas pelos dispositivos legais certamente levará o intérprete capacitado a deles extrair a base legal para a aplicação e implementação das novas técnicas que paulatinamente vão se desenvolvendo para a solução das controvérsias. É preciso resistir à impressão de que o texto envelheceu precocemente: depois de onze anos de vigência, a lei de Arbitragem tornou-se familiar para todos os operadores, estando definitivamente consolidada no Brasil a ideia de que não cabe apenas ao Estado resolver os problemas da nação, sendo razoável procurar, fora do Poder Público, alternativas viáveis para a solução de todo o tipo de crise. A doutrina, portanto, deve encarregar-se de demonstrar, neste momento de maturidade da arbitragem no Brasil, o exato alcance do direito posto, usando a melhor ferramenta à disposição do estudioso para potencializar a lei: a interpretação” (CARMONA, *Ensaio sobre...*, p. 17).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 9, p. 262-276, abr./jun. 2006.

ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Execução e impugnação da sentença arbitral. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 685-721.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 744, p. 725-750, out. 1997.

ANTUNES DA COSTA, Nilton César. *Poderes do árbitro: de acordo com a lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 9, p. 108-119, abr./jun. 2006.

_____. Notas sobre ação rescisória em matéria arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 11-20, jan./mar. 2004.

_____. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 18, p. 275-300, jul./set. 2008.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ATTARDI, Aldo. Preclusione [principio di]. *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1985, v. XXXIV.

BARBOSA, Flávio Spaccaquerche. A sentença arbitral parcial e o seu controle judicial. In: PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY (Coord.). *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 107-125.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5.

_____. Estrutura da sentença arbitral. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 344-353.

_____. Sentença executiva? In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 179-197.

_____. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, p. 88-97, nov. 2006.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

BATISTA MARTINS, Pedro Antonio. A arbitragem e o mito da sentença parcial. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; _____ (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 267-284.

_____. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: _____; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 383-419.

_____. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 33, p. 245-269, abr./jun. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; _____ (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13-52.

_____. Prorrogação legal da competência: aspectos teóricos e práticos, *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, p. 128-144, nov. 2006.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERMUDES, Sergio. Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 276-282.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma (leis n.ºs 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06)*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Reconvenção no processo civil*. Saraiva: São Paulo, 2009.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RSC Editora, 2006.

_____. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – lei n.º 9.307/96*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Cumprimento da sentença arbitral após a reforma do CPC. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5-15.

_____. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 6, p. 18-28, abr./jun. 2005.

CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15-61.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da lei n.º 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 45-56

_____. Arbitragem e juizados especiais: uma miragem? In: BATISTA MARTINS, Pedro Antonio; LEMES, Selma Maria Ferreira; _____ (Coord.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 53-71.

_____. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n.º 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; _____; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33-46.

_____. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 87, p. 80-89, jul./set. 1997.

_____. Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 119, p. 11-34, jan. 2005.

_____. Ensaio sobre a sentença parcial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 18, p. 7-26, abr./jun. 2008.

_____. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 21-31, jan./abr. 2004.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Intervenção de terceiros na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 261-275.

CBar – Comitê Brasileiro de Arbitragem; Escola de Direito de São Paulo da FGV – Fundação Getúlio Vargas. 2ª Etapa da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”. Relatório dos Temas: Invalidade da Sentença Arbitral; Execução e Cumprimento da Sentença Arbitral; Medidas de Urgência e Coercitivas. Disponível no site: http://www.cbar.org.br/bib_pesquisa_fgv_cbar.html

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e estado: interesses divergentes?* São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Decadência do direito ao mandado de segurança. Decisão que não examina o mérito. Precedente recente do STJ. Crítica. Disponível no site: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-142/>

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 5.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV.

_____. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 327-343.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sobre o dever de revelar na lei n.º 9.307/1996 *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 28, p. 65-82, jan./mar. 2011.

FERREIRA FILHO, Manuel Caetano. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 7.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 40-74, jul./set. 2005.

FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral. Apontamentos sobre os reflexos da lei n.º 11.232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, p. 76-86, set. 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais (10 anos de jurisprudência). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7. p. 185-203.

_____. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, p. 189-216, abr./jun. 2002.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras – direito brasileiro e comparado. In: _____. BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 441-484.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei n.º 11.232/2005. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 36, p. 70-86, mar. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer – arbitragem e litisconsórcio necessário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 10, p. 7-38, abr./jun. 2006.

GUERRERO, Luis Fernando. Cumprimento da sentença arbitral e a lei n.º 11.232/2005. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 15, p. 102-116, out./dez. 2007.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil: comentários às leis n.ºs 11.187 e 11.232, de 2005; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2006.

JOSÉ CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-109.

LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato – il sistema e l'esperienza*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2004.

LEÃO, Fernanda de Gouvêa. *Arbitragem e execução*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. O conceito de sentença. In: Susana Henriques da Costa. (Org.). *A nova execução civil: lei n.º 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 69-94.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. A sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 4, p. 26-33, jan./mar. 2005.

_____. Os embargos arbitrais e a revitalização da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 37-39, jul./set. 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença – e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução e anotações de: Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 9, p. 62-71, abr./jun. 2006.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira; LEPORACE, Guilherme. Cumprimento e impugnação da sentença arbitral no poder judiciário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 30, p. 199-226, jul./set., 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 84, p. 145-167, dez. 2005.

_____. Perfil histórico da execução civil. Texto inédito, divulgado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco no primeiro semestre de 2010.

_____. Títulos executivos e multa de 10%. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 986-1.003.

MAGALHÃES, José Carlos de. Do procedimento arbitral. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 155-169.

_____. Parecer: Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da justiça brasileira. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 135-148, jan./abr. 2004.

MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008 – comentários de Antonio Carlos MARCATO ao art. 265.

_____. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008 – comentários de Carlos Alberto Carmona ao art. 475-P.

_____. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008 – comentários de Cassio Scarpinella Bueno ao art. 488.

_____. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008 – comentários de José Roberto dos Santos Bedaque ao art. 70.

_____. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008 – comentários de Pedro da Silva Dinamarco ao art. 259.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle da sentença arbitral*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Um novo conceito de sentença? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 149, p. 120-138, jul. 2007.

OLIVEIRA, Guilherme Paes de. Novo conceito de sentença: análise da jurisprudência acerca do recurso cabível nas situações duvidosas e aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, p. 296-308, out. 2008.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 161-176, set./dez. 2004.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães Pereira. In: ____; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131-149.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e poder público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: ____; ____ (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7-12.

PITOMBO, Eleonora Coelho. Arbitragem e poder judiciário: aspectos relevantes. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 105-124.

RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

RICCI, Edoardo Flavio. A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional. In: _____. *Lei de arbitragem brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 69-91.

_____. A sentença arbitral brasileira com nacionalidade de outros países. In: _____. *Lei de arbitragem brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 217-238.

_____. Reflexões sobre o art. 33 da lei de arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 93, p. 45-59, jan./mar. 1999.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a lei n.º 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 187-209.

SPACCAPELO, Chiara. *L'imparzialità dell'arbitro*. Milão: Giuffrè, 2009.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, p. 59-77, out. 2005.

_____. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Direito processual concretizado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, p. 38-83, abr./jun. 2002.

_____. Embargos de declaração: efeitos. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 651-663.

_____. Nota sobre a atual natureza jurídica da suspensão de decisões contrárias ao “poder público”, à luz do seu regime e eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 67, p. 43-53, out. 2008.

_____. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 29, p. 38-56, ago. 2005.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TALAMINI, Eduardo; WLADECK, Felipe Sripes. Liquidação da sentença arbitral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7. p. 143-157.

_____; _____. Sentença arbitral e liquidez. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159-175.

TARZIA, Giuseppe. L'intervento del terzo nell'arbitrato. In: YARHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 590-600.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2006.

_____. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani; BATISTA MARTINS, Pedro Antonio (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 227-260.

_____. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I.

_____. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. II.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem no Brasil: panorama dos últimos 15 anos. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 75-101.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Sentença arbitral e juízo de execuções. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, p. 36-45, set. 2006.

_____. *Poder judiciário e sentença arbitral: de acordo com a nova jurisprudência constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

VARGAS, Jorge de Oliveira. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 148, p. 111-118, jun. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERDE, Giovanni. *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

VICENTE, Fabrizio Matteucci. *Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

VIDAL, Rodrigo C. Nasser. Breves reflexões sobre a execução da sentença arbitral à luz da lei n.º 11.232/05. In: NALIN, Paulo; VIANNA, Guilherme Borba (Coord.). *Direito em movimento*: por Popp & Nalin Advogados. Curitiba: Juruá, 2007. p. 205-223.

VIGORITI, Vincenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e a sua impugnação. Tradução e anotação de: Carlos Alberto Carmona. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 91, p. 11-26, jul./set. 1998.

WALD, Arnoldo. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: _____. (Organ.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da lei n.º 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-43

_____. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 40-65, jan./abr. 2004.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 13, p. 11-15, abr./jun. 2007.

WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos da lei de arbitragem. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem*: aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-3.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

_____; _____. *Curso avançado de processo civil*: execução. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

WLADECK, Felipe Sripes; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 74, p. 131-148, abr./jun. 2011.

_____; _____. Arbitration in Brazil. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; JUSTEN FILHO, Marçal. *Infrastructure Law of Brazil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v. 1. p. 221-235.

WLADECK, Felipe Sripes. Abuso quanto ao direito de demandar no direito processual civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 96, p. 34-64, mar. 2011.

_____. Os meios de controle judicial da sentença arbitral nacional previstos na lei n.º 9.307/1996. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241-299.

_____. O conteúdo da causa de pedir no processual civil brasileiro e o projeto de novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 131-148, out./dez. 2010.

_____. Sobre o pleito de anulação da sentença arbitral nacional em sede de execução, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 16, p. 98-108, jan./mar. 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 5, p. 95-99, abr./jun. 2005.

_____. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS Editora, 2006.