FABRIZIO MATTEUCCI VICENTE

***ARBITRAGEM E NULIDADES:
UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO***

Tese para obtenção de doutorado

Professor Orientador: Antonio Carlos Marcato

Área de Concentração: Direito Processual

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2010

SUMÁRIO

Introdução.....	4
Capítulo I - Esboço das Invalidades.....	8
1. Fatos Jurídicos.....	9
1.1 Existência, Validade e Eficácia dos fatos jurídicos.....	11
1.2. Existência, Validade e Eficácia segundo a gradação dos fatos jurídicos.....	13
1.2.1. Plano da Existência.....	13
1.2.2. Plano da Validade.....	15
1.2.3. Plano da Eficácia.....	19
2. Variação da teoria das invalidades conforme o ramo do direito em que se enquadram.....	21
2.1. Invalidades e o direito civil.....	22
2.1.1. Nulidade Absoluta.....	23
2.1.2. Nulidade Relativa (anulabilidades).....	29
2.1.3. Conseqüências das Invalidades no direito civil.....	31
2.2. Invalidades e o direito processual.....	37
2.2.1. Anulabilidades e direito processual.....	41
2.2.2. Princípios do direito processual aplicáveis ao estudo da validade dos atos processuais e sua incidência na arbitragem.....	42
2.2.2.1. Princípios informativos do processo.....	44
2.2.2.2. Princípio do contraditório.....	49
2.2.2.3. Princípio da igualdade das partes.....	54
2.2.2.4. Princípio da imparcialidade do árbitro.....	55
2.2.2.5 Princípio do livre-convencimento.....	58
2.2.2.6. Princípio da instrumentalidade das formas.....	62
 Capítulo II – Jurisdição, Juiz Natural e Pressupostos Processuais na Arbitragem.....	 66
1. Arbitragem e Jurisdição.....	66
2. Jurisdição: Poder, Escopos, Função e Características.....	71
3. Por um novo conceito de jurisdição.....	82

4. Arbitragem e Juiz Natural.....	84
5. Arbitragem e Pressupostos Processuais.....	87
Capítulo III – Existência e Validade da Sentença Arbitral.....	93
1. Consequências da aplicação dos pressupostos processuais de existência na arbitragem.....	93
2. Existência e validade da convenção de arbitragem.....	99
3. Existência e validade da sentença arbitral.....	103
Capítulo IV – Hipóteses de “Nulidade” da Sentença Arbitral.....	109
1. O art. 32 da Lei de Arbitragem e a legislação estrangeira.....	109
2. Anulação dos Atos Processuais?.....	114
3. Hipóteses de Nulidades, “Anulabilidade” e Inexistência da Sentença Arbitral..	118
3.1. Nulidade do Compromisso.....	118
3.2. Sentença Arbitral proferida por quem não podia ser árbitro.....	138
3.3. Ausência dos requisitos da sentença arbitral.....	153
3.4. Sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.....	168
3.5. Sentença arbitral que não decide todo o litígio submetido à arbitragem.....	177
3.6. Sentença proferida em prevaricação, concussão e corrupção passiva.....	182
3.7. Sentença arbitral proferida fora do prazo.....	188
3.8. Desrespeito aos princípios que garantem o devido processo legal.....	194
3.9. Hipótese adicional: Inarbitrabilidades.....	207
Capítulo V – Conclusões.....	215
Bibliografia.....	224
Resumo.....	239
Abstract.....	241
Síntese.....	243

INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente estudo analisar o envolvimento da arbitragem com o tema das invalidades. Pela Lei nº 9.307/96, regulamentadora da arbitragem no Brasil, a nulidade é mencionada especificamente em seu artigo 32, embora os artigos 30 e seguintes tratem de vícios da sentença arbitral.

Verifica-se, inicialmente, que a Lei de Arbitragem trata especificamente da nulidade da sentença arbitral, ainda que por consequência da nulidade de atos anteriores, como é o caso dos incisos I e VIII do artigo 32. Portanto, a primeira questão que se faz é no sentido de se saber se o rol de nulidades da Lei de Arbitragem é exaustivo ou não. Outra pergunta a ser feita é se o tratamento das nulidades do Código de Processo Civil ou mesmo do Código Civil podem ser aplicados aos institutos da arbitragem.

Também se questiona se todas as hipóteses tratadas nos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem (que também será tratada neste estudo simplesmente como LA) são efetivamente hipóteses de nulidade¹.

Embora a análise gramatical do texto leve à conclusão de que seriam todas hipóteses de nulidade, não parece que se trata da melhor interpretação a ser dada ao referido dispositivo. Conforme se pretende demonstrar neste estudo, sob a denominação de nulidade, classificou a lei de arbitragem vícios da sentença – ou do processo arbitral – com gravidades e consequências distintas.

Não é a primeira vez que na análise de dispositivos legais se enfrenta essa espécie de dúvida na interpretação da lei.

É conhecida a crítica à redação do art. 485 do Código de Processo Civil. Ao tempo da redação do referido dispositivo discutia-se o tratamento legal das hipóteses

¹ A dúvida doutrinária é manifesta: ora se fala em nulidade, ora em anulabilidade, como se verifica, por exemplo, de artigo de autoria de Rodrigo Garcia da Fonseca, *Reflexões sobre a sentença arbitral*, in Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 6, em especial p. 63.

de rescisão com hipóteses de nulidade, de maneira que não se podia, como ainda não se pode fazer confusão entre situações de nulidade e situações de rescindibilidade.

Com efeito, da mais simples e superficial análise do artigo 485 do Código de Processo Civil já se verifica a existência de situações em que se pode afirmar que não houve qualquer espécie de nulidade, nem mesmo de erro por parte do julgador, mas que configuram situações de rescindibilidade, como é o caso do artigo 485, inciso VII da lei processual em comento. De outro turno, no mesmo dispositivo encontram-se situações de manifesta nulidade da sentença, como é o caso do artigo 485, inciso I, por exemplo.

Como se vê, sob a denominação de rescindibilidade da sentença, o legislador do Código de Processo Civil envolveu situação de nulidade do julgamento, mesclando com situações de validade da sentença, embora sejam, nestes casos, situações de extrema injustiça.

Por outro lado, retomando a análise do tema do presente estudo, conforme será desenvolvido no curso do trabalho, parece que a expressão “É nula a sentença arbitral se”, contida no *caput* do artigo 32 da LA acabou por tratar sob a denominação da nulidade, situações absolutamente díspares, que podem, inclusive, influir na forma de correção da nulidade, ou mesmo no prazo que a lei deve conferir para tanto.

Com objetivo de responder às questões anteriormente apresentadas e analisar as hipóteses do artigo 32 da LA, bem como para avaliar o artigo 33 da mesma Lei, em especial a incidência do prazo previsto em seu parágrafo primeiro, estruturou-se o trabalho a partir das premissas que se deverá ter em mente para o desenvolvimento do trabalho, quais sejam, a análise das hipóteses de vícios e invalidades dos atos jurídicos segundo o direito civil e também de acordo com o direito processual.

A opção por esses dois ramos do direito se deve às hipóteses de nulidade da sentença, previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. Nelas se verifica, além de nulidades da sentença propriamente dita, ou do processo arbitral – matérias regradas pelo direito processual – também a hipótese de nulidade do compromisso que,

conforme se verá adiante, deve ser tratado como negócio jurídico, obedecendo, portanto, às normas do direito civil.

Entretanto, estabelecer as premissas para o desenvolvimento do estudo, além de tarefa complexa, não envolverá a tentativa de pacificação do tema. Isto porque o tema das nulidades não é pacífico desde os tempos da edição do Código Civil de 1916, tendo Clóvis Bevilacqua adjetivado o tema de intrincado e fragoroso, conforme notícia de EDUARDO ESPÍNOLA². As dificuldades relacionam-se desde a divergência sobre a classificação dos fatos jurídicos, passando pelos conceitos a serem atribuídos aos atos jurídicos e aos atos processuais, até chegarem aos efeitos dos vícios que os atingem.

Sabendo dessa dificuldade e sem a pretensão de pacificá-la, serão adotadas, justificadamente, posturas doutrinárias que tenham por fator relevante a condução do estudo ao seu real objetivo: sistematizar as hipóteses de vícios da sentença arbitral.

Estabelecidas as premissas acerca do tema das invalidades, passar-se-á ao estudo do processo arbitral: seus princípios e em especial a natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo árbitro. Esse estudo tem por objetivo estabelecer as necessárias distinções que devem ser feitas, a fim de que não se atribua – pura e simplesmente ao processo arbitral – conceitos desenvolvidos para o processo estatal.

O que se procura evitar, nesse caso, é a judicialização da arbitragem e o risco de levar para o processo arbitral todos os problemas já enfrentados no processo civil. Assim, espera-se estabelecer os princípios e as características dos institutos da teoria geral do processo que sejam relevantes para o presente estudo no processo arbitral, separando-se dos institutos aplicáveis ao processo estatal.

Estabelecidas as características e a natureza jurídica da atividade dos árbitros, bem como desenvolvido um esboço da teoria das invalidades, nos termos que se

² in *Dos Factos Jurídicos no Código Civil Brasileiro*, pp. 34 e 35: “Essas confusões do regulamento [737], como é natural, reflectiram-se na jurisprudência e na doutrina, conquistando para a *theoria* das nulidades os foros de *intrincada e fragorosa*. E ainda continua a inconsistência, quando passa a estabelecer as distinções entre as nulidades de pleno direito e nulidades dependentes de rescisão, pois os caracteres, que assignalam uma das especies, podem existir nas outras”.

entende aplicáveis ao direito processual, será realizada a análise de cada uma das hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem, a fim de determinar se as hipóteses referem-se a situações de efetiva nulidade. Caso sejam encontradas situações não classificáveis como nulidades, buscar-se-á estabelecer a espécie de vício, verificando, ainda, se mais de uma espécie de defeito não se encontra cumulada na mesma hipótese.

A fim de verificar se o rol é de fato taxativo ou não, será realizada, no desenvolver de todo o trabalho, análise jurisprudencial da matéria³, com o objetivo de detectar hipóteses eventualmente não tratadas no referido dispositivo legal. Caso sejam encontradas essas hipóteses adicionais, serão incluídas após a análise das hipóteses do art. 32 da LA, buscando-se estabelecer alguma explicação científica para a omissão legal e, se verificada a indevida omissão, estabelecendo se há necessidade de alteração na Lei de Arbitragem ou se a questão poderá ser resolvida por meio de interpretação.

Encerrando este estudo, será apresentada a conclusão, não só para responder às questões que estabelecem o objetivo de seu desenvolvimento, mas também para buscar alguma sistematização das invalidades da sentença arbitral que possam colaborar com o estudo, compreensão do fenômeno e aplicação no exame judicial das sentenças arbitrais.

³ Interessante levantamento foi realizado Daniela Monteiro Gabbay; Rafael Francisco Alves; Selma Ferreira Lemes; Adriana Braghetta; Eleonora Pitombo; Eduardo Damião Gonçalves; Gustavo Santos Kulesza; Patrícia Shiguemi Kobayashi; Vera Cecília Monteiro de Barros; Paulo Eduardo Alves da Silva em Parceria Institucional acadêmico científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) - *2a fase da Pesquisa Arbitragem e Judiciário. Relatório do tema: Invalidade de sentença arbitral*: nesse importante levantamento foram detectados 790 acórdãos em tribunais de segunda instância, tratando da arbitragem, feito o corte metodológico acerca do tema das invalidades, especificamente nos casos em que a invalidade foi decidida, buscou-se, com base nesse estudo as ementas relevantes para este trabalho, citadas durante o seu desenvolvimento e combinadas com outras, notadamente do Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO I – ESBOÇO DAS INVALIDADES

Já houve oportunidade anterior ao presente estudo em que o tema das nulidades foi tratado⁴. Entretanto, por ter o tratamento voltado a outros objetivos – estudo restrito às hipóteses de inexistência do processo judicial e de sua sentença, para fins de atribuição do cabimento da *actio nullitatis insanabilis* - e segundo cortes metodológicos diversos dos necessários ao presente trabalho, merece uma revisitação do tema, partindo de análise ainda mais ampla⁵.

Sabe-se que o estudo das invalidades no âmbito jurídico possui diferenciações que se distanciam à medida em que são aprofundados os ramos do direito estudados e se especificam os atos jurídicos objeto da análise. Isto porque os princípios que regem cada um desses ramos são diversos, gerando distinções acerca do tratamento a ser aplicado a atos jurídicos viciados.

São de duas espécies, portanto, o enfoque da análise da teoria das invalidades: a) a espécie de ato analisado e sua classificação quanto à espécie de fato jurídico; e, b) o ramo do direito que normatiza o ato estudado.

Entende-se que um dos fatores para as mais diversas opiniões doutrinárias que cercam o tema das invalidades é justamente a tentativa – muitas vezes despercebida - de combinação desses dois critérios, os quais, não raras vezes, se apresentam em circunstâncias e características inconciliáveis. Por essa razão, entende-se que a análise deve iniciar-se separadamente em cada um desses dois critérios, para posteriormente combiná-los conforme a situação a ser analisada.

A primeira análise a ser realizada é de natureza estrutural, partindo de uma teoria geral do direito, a fim de que as várias espécies de fatos jurídicos possam ser visualizados dentro de suas próprias características. Feita essa análise estrutural, passa-se às observações em relação aos ramos do direito relevantes a este trabalho.

⁴ Fabrizzio Matteucci Vicente, *A Actio Nullitatis Insanabilis*, Dissertação de Mestrado defendida em 2006 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁵ No estudo em questão as invalidades foram estudadas exclusivamente no campo do direito processual e com aplicação restrita ao processo estatal.

1. Classificação dos Fatos Jurídicos

A classificação dos fatos jurídicos não é unânime na doutrina⁶. Entende-se, entretanto, que com a vigência do Código Civil de 2002, deve ser adotada para os fins deste estudo a classificação escolhida pelo legislador na elaboração do código vigente.

Nesse sentido, a classificação que mais se aproxima da classificação disposta nos artigos 104 a 188 do Código Civil é aquela desenvolvida por SILVIO RODRIGUES⁷, para quem os fatos jurídicos se classificam em fatos jurídicos e fatos não jurídicos. São fatos jurídicos quaisquer acontecimentos que tenham relevância para o sistema jurídico. Essa relevância é determinada pela possibilidade que determinado fato tem de gerar consequências jurídicas.

Assim, tem-se, por exemplo, a ocorrência de fatos naturais (por mais heterodoxo que seja o exemplo, este vale pela fixação do conceito): Se um meteoro atinge o planeta marte, esse fato, em tese, não traz qualquer consequência jurídica. É, portanto, um fato não jurídico, é um mero acontecimento.

Entretanto, se esse mesmo meteoro atinge o Planeta Terra, atravessa a atmosfera e se impacta contra um edifício, destruindo-o por completo ou parcialmente, ter-se-á uma série de consequências jurídicas, tais como a cobrança de seguros, ações indenizatórias, prejuízos de ordem material e moral, mortes com a consequente sucessão e necessidade de aberturas de inventários, investimento público na recuperação da área atingida, etc.

Nesse caso, como se vê, há inequivocamente um fato jurídico⁸. Mas, deve-se ainda questionar, de qual espécie? Os fatos jurídicos são a primeira e mais superficial percepção dos acontecimentos. Assim, eles também têm sua própria classificação. A

⁶ Para Washington de Barros Monteiro a classificação não é tão relevante, a ponto de referir-se aos negócios jurídicos como mera espécie dos fatos jurídicos, in *Curso de Direito Civil*, vol. 1, p. 195. Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, dá relevância ao tema, classificando os atos ilícitos como espécie de atos jurídicos em sentido amplo, in *Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, p.274. Demonstrando a ausência de pacificidade nesse tema, Roberto Senise Lisboa, *Manual de Direito Civil*, vol. I, pp. 451 a 453, desenvolve sua própria classificação, concentrando-a no negócio jurídico.

⁷ *Direito Civil*, Vol. 1, pp. 155 a 159.

⁸ Cf. Sebastião José Roque, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 113.

classificação dos fatos jurídicos leva em consideração, primeiramente, se o fato é originário de uma conduta humana ou não⁹.

Segundo essa distinção, os fatos jurídicos, até aqui considerados *lato sensu*, se classificam em fatos jurídicos *stricto sensu*, atos jurídicos *lato sensu* e atos ilícitos.

Os fatos jurídicos *stricto sensu* são todos os acontecimentos naturais, sem interferência humana, com consequências jurídicas. É o caso do exemplo anteriormente mencionado, do meteoro que atinge um edifício.

Já os atos jurídicos possuem necessariamente a participação ativa de seres humanos, ainda que representando pessoas jurídicas ou entes despersonalizados. Nesses casos, sem a atividade humana não há ato¹⁰. A essa característica soma-se a necessária presença de consequências jurídicas para o ato jurídico. Não é por outra razão, aliás, que os atos jurídicos são subespécie de fatos jurídicos em sentido amplo.

Por fim, os atos também podem ser ilícitos, tendo optado o legislador de 2002 em separá-los dos atos jurídicos¹¹. Em princípio os atos ilícitos também são provenientes de atividade humana e possuem consequências jurídicas, mas se diferenciam dos atos jurídicos justamente por que não estão de acordo com o direito e sim violando ele. Por essa razão, abandonou-se a classificação dos atos jurídicos ilícitos – para alguns, um contra senso – para adotar a separação de atos jurídicos e atos não jurídicos, estes, os atos ilícitos.

Mas os atos jurídicos também têm suas subespécies, classificando-se em negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito¹². Diferenciam-se os negócios jurídicos por vincularem a manifestação de vontade das partes nele envolvidas aos resultados e efeitos que serão produzidos pelo negócio jurídico. Já os atos jurídicos *stricto sensu* são atividades humanas com consequências jurídicas sem que a vontade

⁹ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, Tomo I, p. 7.

¹⁰ Cf. Sebastião José Roque, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 114.

¹¹ O Livro III do Código Civil, que trata dos Fatos Jurídicos, dedica o Título I aos Negócios Jurídicos, o Título II aos Atos Jurídicos Lícitos e o Título III aos Atos Ilícitos.

¹² Conforme a classificação da nota anterior, o Título II do Livro III do Código Civil, na classificação utilizada no presente estudo, corresponde aos atos jurídicos em sentido estrito.

das partes seja relevante para os efeitos que os atos produzirão. Em outras palavras, nessa espécie, produzido o ato jurídico, suas consequências são previstas na lei.

É por essa razão que os vícios de consentimento são estudados apenas nas hipóteses de negócios jurídicos, pois somente para estes a vontade das partes é relevante, podendo ocorrer erro, dolo, coação, simulação ou fraude que os tornem anuláveis¹³.

1.1. Existência, Validade e Eficácia dos fatos jurídicos

O estudo das validades dos atos jurídicos envolve a análise de três planos distintos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.

Em cada um desses planos a lei, de forma direta ou indireta, apresenta requisitos para a plena atividade dos atos jurídicos. Na hipótese da ausência de algum desses requisitos, ter-se-á, respectivamente, a inexistência, a invalidade e/ou a ineficácia dos mesmos.

O desenvolvimento da ciência, entretanto, recomenda a utilização de palavras distintas para fenômenos distintos¹⁴, de tal maneira que não se faça confusão sobre a premissa tratada ou sobre o assunto desenvolvido em determinado estudo. Talvez o descuido com essa necessidade da ciência, muitas vezes, leve a visões tão distintas acerca de determinados fenômenos jurídicos que fica confusa a conclusão que muitas vezes se pretende extrair da combinação desses mesmos fenômenos. No caso do estudo das invalidades, talvez também por essa razão, se está diante de um campo pouco pacífico na ciência jurídica.

¹³ É por essa razão que os atos jurídicos *stricto sensu* não são anuláveis, apenas nulos – absoluta ou relativamente, conforme a gravidade do vício e sua possibilidade ou não de convalidação, conforme será demonstrado oportunamente.

¹⁴ Cf. Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, pp. 49 e 50: Nessa obra, diante da confusão entre fato gerador e fato impositivo o autor tece a crítica de que (...) *não se pode aceitar essa confusão terminológica, consistente em designar duas realidades tão distintas pelo mesmo nome. Não é possível desenvolver trabalho científico sem o emprego de um vocabulário técnico rigoroso, objetivo e unívoco. Por isso parece errado designar tanto a previsão legal de um fato, quanto ele próprio, pelo mesmo termo (...)*. Por isso, valendo-se da nomenclatura de Antonio Junqueira de Azevedo, é que se separam elementos para existência, requisitos para validade e fatores para eficácia.

Tal fato leva à necessidade de especificação da linguagem tratada, com o objetivo de fazer as necessárias distinções no estudo da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos. Valendo-se de uma linguagem criada por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹⁵, que atribui ao plano da existência a denominação dos componentes de *elementos*; ao plano da validade, a denominação de *requisitos* e ao plano da eficácia a denominação de *fatores* é que o presente estudo será desenvolvido¹⁶.

Segundo a perspectiva estrutural dos atos jurídicos, portanto, ter-se-á a necessária presença de elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia, de tal maneira que um ato poderá ser existente, válido e eficaz, existente, válido e ineficaz, existente, inválido e eficaz, existente, inválido e ineficaz ou simplesmente inexistente.

Como se vê das hipóteses acima, o ato, quando inexistente, nem chega a ser classificado como válido ou eficaz¹⁷. Isto pela simples razão de que se o ato é inexistente é porque se trata de um nada jurídico, o que torna inócuo - e até mesmo impossível - a classificação quanto à validade e eficácia do que não existe.

A respeito dos atos inexistentes pode-se questionar a razão de ser da distinção e de seu estudo, se é verdade que o inexistente é um nada jurídico. A esse respeito cumpre esclarecer que embora juridicamente inexistente, há várias situações em que o vício grave não é perceptível imediatamente, tornando possível a aparência de existência, levando os entes a ele relacionados à prática de outros atos jurídicos que pressuponham a existência do ato que, na verdade, é meramente aparente.

Não foi por outra razão que a teoria da inexistência jurídica surgiu no ordenamento jurídico, no conhecido caso ocorrido na França, em que o casamento, embora aparentemente existente, foi declarado inexistente por não existir diferença de

¹⁵ in *Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia*, p. 30.

¹⁶ A mesma distinção foi base para o desenvolvimento do estudo que já foi feito sobre a *actio nullitatis insanabilis*. José Carlos Barbosa Moreira, entretanto, parece discordar dessa nomenclatura, ao tratar da estrutura da sentença in *Temas de Direito Processual Civil, Oitava Série*, p. 184.

¹⁷ Cf. Ricardo Perlingero Mendes da Silva, *Teoria da Inexistência no Direito Processual Civil*, p. 27.

sexo entre os cônjuges, situação esta que, segundo o ordenamento francês em vigor na época, não era tratada como hipótese de nulidade.

Por outro lado, caso o ato jurídico venha a preencher os elementos mínimos para sua existência, poderá ser válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, sem que a validade ou a eficácia mantenham entre si qualquer relação de dependência.

1.2. Existência, Validade e Eficácia segundo a gradação dos fatos jurídicos

1.2.1 Plano da Existência

Estruturalmente, dentro da classificação já analisada dos fatos jurídicos pode-se afirmar que os fatos jurídicos têm maior ou menor número de elementos, requisitos e fatores, conforme a localização em que se encontram na classificação dos fatos jurídicos.

Assim, quanto mais específico for o fato jurídico estudado – dentro das espécies e subespécies, maior número de elementos e requisitos deverão ser preenchidos para a existência e a validade do fato jurídico e maior será o número de fatores capazes de torná-los eficazes ou não¹⁸.

A afirmação em questão se apresenta verdadeira na medida em que, independentemente do ramo do direito em que determinado fato jurídico se encontra, para que exista, enquanto mero fato jurídico *lato sensu*, basta que tenha consequências jurídicas para receber essa classificação. A existência de acontecimento somado a consequências jurídicas, nesse aspecto, é elemento de existência dos fatos jurídicos, os únicos, diga-se adicionalmente.

Entretanto, para que receba a classificação quanto a fato jurídico *stricto sensu*, já não basta que existam acontecimento e consequências jurídicas, mas também que o fato seja realizado sem atividade humana.

¹⁸ Cf. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negocio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, p. 31.

De outro turno, a existência de atos jurídicos, exige, além da do acontecimento e da consequência jurídica, que também o ato tenha agente (na medida em que se diferencia dos fatos jurídicos em sentido estrito). Qualquer atividade humana que tenha consequências jurídicas lícitas, é considerado um ato jurídico *lato sensu*.

A existência do ato jurídico exige também a presença de outros elementos. Trata-se, em verdade da consequência de serem os atos fruto da atividade humana. Assim, se há a atividade humana, é preciso que ela seja revestida de alguma forma e tenha determinado conteúdo. Exige o ato jurídico objeto lícito e forma, pois sem esses dois elementos não será capaz de produzir qualquer consequência jurídica.

Já os atos ilícitos também exigem agente, objeto e forma, mas o objeto é necessariamente contrário ao ordenamento jurídico, o que lhe permite a classificação diferenciada em relação aos atos jurídicos.

No que se refere aos atos jurídicos, as duas subespécies em que se subdivide são diferenciadas especialmente pela presença do elemento vontade, essencial para a existência dos negócios jurídicos e que, por sua vez, não se apresenta nos atos jurídicos em sentido estrito ou, quando se apresenta, é totalmente irrelevante para as consequências do ato jurídico em sentido estrito.

Como se vê, à medida em que se aprofunda o estudo do fato jurídico, no sentido das espécies de atos jurídicos, maior número de elementos vão se apresentando no sentido da especificação feita. Este aumento de elementos também se observa na medida em que se amplia a especificidade da análise dos fatos jurídicos¹⁹.

Assim, se o estudo é dirigido às espécies dos atos jurídicos em sentido estrito, parece claro o fato de que novos elementos de existência vão se apresentando, de tal forma a permitir a individualização do ato estudado em relação aos demais.

¹⁹ Cf. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia*, p. 32. A idéia tratada pelo autor especificamente quanto ao negócio jurídico pode ser expandida para os fatos jurídicos *lato sensu*: à medida em que se desce na classificação para os atos mais específicos, maior número de elementos, requisitos e fatores vão se apresentando.

1.2.2. Plano da Validade

Também no que se refere ao plano da validade, verifica-se que estruturalmente os fatos jurídicos sofrem acréscimo de requisitos à medida em que a análise dos atos se dirige na classificação dos atos jurídicos em sentido amplo para os atos jurídicos em sentido estrito.

Não se deve tratar, portanto, da análise de requisitos de validade no âmbito dos fatos jurídicos em sentido amplo, em sentido estrito ou mesmo dos atos ilícitos. Nos dois primeiros casos, por se tratarem de meros fatos jurídicos, basta a existência de conseqüências jurídicas para que seus efeitos sejam observados, não havendo razão para a atribuição legal de requisitos²⁰.

Com relação aos atos ilícitos, justamente porque violadores do ordenamento jurídico é impossível analisá-los no plano da validade. Assim, a exemplo dos fatos jurídicos, não se os classifica como atos válidos ou inválidos. Em regra, aliás, os atos ilícitos são sempre inválidos – o requisito fundamental da validade é, portanto, a licitude.

Entretanto, quando analisada a classificação dos atos jurídicos, estes, para que possam permanecer produzindo regularmente seus efeitos, de acordo com o ordenamento jurídico, devem, também, preencher todos os requisitos de validade estipulados pela lei.

Assim, para que um ato jurídico seja válido, não basta que tenha agente, objeto lícito e forma, mas deverá ter agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.²¹

Já os atos jurídicos em sentido estrito precisarão preencher além dos mesmos requisitos estabelecidos para os atos jurídicos em geral, também aqueles previstos pela lei em cada caso específico. Isto porque, como já mencionando anteriormente, os

²⁰ “No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência”. Marcos Bernardes de Melo, *Teoria do Fato jurídico, Plano da Existência*, p. 96.

²¹ Cf. Roque Komatsu, *Da invalidade no Processo Civil*, p. 107.

atos jurídicos em sentido estrito não dependem da manifestação de vontade para produzirem efeitos. Aliás, esses efeitos não estão necessariamente vinculados à manifestação de vontade do agente – fala-se em vontade superficial apenas relacionada à vontade de praticar o ato.

Não se está a afirmar que o ato jurídico em sentido estrito é absolutamente independente de vontade do agente. O que se está afirmando é que essa vontade é irrelevante para a produção dos efeitos que o ato jurídico é capaz de produzir. Assim, é claro que há alguma vontade na realização do ato jurídico em sentido estrito. Mas essa vontade é limitada à prática do ato, a vontade de agir que caracteriza alguém como agente. Entretanto, os efeitos do ato jurídico não são determinados, nem determináveis pelo agente. Os efeitos decorrem da lei.

Os efeitos dos atos jurídicos em sentido estrito são produzidos independentemente de manifestação de vontade específica porque uma vez realizado o ato a própria lei já estabelece quais serão as conseqüências que serão produzidas por ele.

Por essa razão, o ato jurídico em sentido estrito é revestido por um número maior de requisitos de validade, existentes na lei com o objetivo de controlar a possibilidade de produção de efeitos e a validade dos efeitos produzidos.

Isto não significa, entretanto, afirmar-se que os requisitos de validade devam ser confundidos com os fatores de eficácia. O que ocorre é que se determinado ato é nulo ou anulável, igualmente nulos ou anuláveis serão seus efeitos. Esta situação em nada se confunde com a capacidade que o ato – válido ou inválido – tem de produzir efeitos²².

A ocorrência destes dependerá ou não dependerá da existência de fatores de eficácia, conforme será adiante analisado.

²² Cf. Zeno Veloso, *Invalidade do Negócio Jurídico nulidade e anulabilidade*, p. 146: *Não devemos, todavia, identificar nulidade e ineficácia. A ineficácia é a principal sanção, a conseqüência mais notável da nulidade. Para produzir efeitos, em princípio, o negócio precisa ser válido. (...) em regra, o negócio nulo é ineficaz, deixando de produzir os efeitos que lhe seriam próprios. Mas nem todo negócio ineficaz é nulo, ou é ineficaz por ser nulo.*

A título de exemplo, tome-se um dos atos processuais: A sentença é inequivocamente um ato processual e, como tal, encontra-se classificado como ato jurídico em sentido estrito, conforme demonstrado adiante neste estudo. Assim, não basta que a sentença tenha agente, objeto e forma. Nem mesmo que a sentença tenha agente capaz, objeto lícito e possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. A sentença tem como agente um juiz, como objeto o julgamento e como forma a escrita. Mas a validade da sentença ainda depende da competência do órgão julgador, da presença de relatório e da existência de fundamentação²³.

Estes são requisitos de validade próprios da sentença, mas que ilustram a quantidade maior de requisitos de validade presente na medida em que se especializa o ato a ser estudado.

Presentes ou não os requisitos de validade – tais como a fundamentação e o relatório da sentença – esta produzirá efeitos, salvo se o recurso cabível for capaz de lhe manter suspensos os efeitos. Como se vê, a produção dos efeitos, pela sentença, não depende da sua própria validade, mas sim de outros fatores, previstos em lei, para que esses efeitos sejam produzidos.

Uma vez produzidos, poderá ocorrer que – em razão da nulidade (v.g. ausência de relatório ou de fundamentação) os efeitos, no futuro, poderão ser apagados em função da posterior declaração de nulidade – eficácia *ex tunc* da decisão declara nula a sentença – mas a impugnação da sentença, por essa razão, não impede a produção de seus efeitos.

Por outro lado, no plano do direito material, os negócios jurídicos, como atos jurídicos *lato sensu*, também possuem agente, objeto e forma. Diferenciam-se dos atos jurídicos em sentido estrito pela vinculação que deve haver entre a vontade declarada no negócio jurídico e os efeitos que o ato produzirá.

²³ Conforme determina o art. 458 do Código de Processo Civil, combinando-se com os critérios de definição da competência e com a rescindibilidade da sentença prevista no art. 485 do mesmo Código.

No campo dos negócios jurídicos, portanto, também há requisitos de validade, ligados a agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Há, entretanto, também o elemento vontade que não se restringe à vontade de produzir o ato jurídico. Ela é determinante para os efeitos produzidos, fazendo com que vícios na manifestação de vontade sejam capazes de tornar um ato nulo ou mesmo anulável²⁴.

Como a vontade é determinante para os negócios jurídicos, têm como requisito para a validade dos negócios jurídicos a liberdade para ser manifestada. A plena validade do negócio jurídico, portanto, depende da livre manifestação de vontade, de tal forma que qualquer indício de que a vontade não é livre pode macular a validade de todo o negócio jurídico.

Mas não é só: não basta, para a validade dos negócios jurídicos, que a manifestação de vontade seja livre. Deve haver lícita vinculação da vontade manifestada com os efeitos que o negócio jurídico é capaz de produzir.

A ausência de liberdade na manifestação de vontade ou mesmo a ausência de lícita vinculação da vontade manifestada com os efeitos do negócio jurídico implicam nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

São os casos previstos no Código Civil, como hipóteses de nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos, quais sejam, erro, dolo e coação – como hipóteses de ausência de liberdade de manifestação de vontade – ou de simulação ou fraude – como hipóteses de ilicitude do negócio jurídico manifestado com os efeitos por ele produzidos ou a serem produzidos.

Ainda assim, a exemplo dos atos processuais, conforme anteriormente demonstrado, a ausência de validade do negócio jurídico, igualmente não significa

²⁴ *Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também seu exame pode ser feito nesses dois planos [existência e validade]. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida.* Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, p. 24.

que não serão produzidos seus efeitos. Estes, também dependem de fatores de eficácia, previstos pelos próprios sujeitos de direito nele envolvidos, ou ainda pela lei.

Entretanto, demonstrado, na seara competente, a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, os efeitos por ele até então produzidos, serão respectivamente, apagados com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*²⁵.

Assim, não se deve confundir a validade dos atos jurídicos, com a capacidade de produzir efeitos. A validade, entretanto, é determinante para que os atos jurídicos produzam efeitos válidos, de tal forma que, realizado o negócio jurídico válido, seus efeitos não serão judicialmente anulados ou declarados nulos, casos em que serão apagados do sistema jurídico e, se possível, fático²⁶. Esta é a verdadeira função da avaliação da validade dos atos jurídicos: nesta análise se determina a segurança jurídica que ele oferece.

1.2.3. Plano da Eficácia

Conforme já afirmado anteriormente o plano da eficácia não é vinculado ao plano da validade. A eficácia dos atos jurídicos está diretamente atrelada a fatores de eficácia, que podem existir independentemente da validade dos atos jurídicos, embora dependentes de sua existência.

²⁵ Cf. Marcos Bernardes de Melo, *Teoria do Fato Jurídico Plano da Validade*, pp. 60 e 61: A estruturação em cada ordenamento jurídico do sistema das invalidades é uma questão de técnica legislativa. No direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) nulidade, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras conseqüências, em geral, a ineficácia erga omnes do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) anulabilidade, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo decurso do tempo. Em outra obra, *Teoria do Fato Jurídico Plano da Eficácia, 1ª Parte*, pp. 55 a 57, o autor explica que as sentenças constitutivas – como o caso das ações anulatórias, geram efeitos *ex nunc*, mas há também ações constitutivas com eficácia *ex tunc*. Por outro lado, entende os autor que as ações desconstitutivas – categoria que, separada da anterior, até enquadraria melhor a anulatória – também teria eficácia *ex tunc*, não havendo distinção entre a anulatória e a declaração de nulidade. A questão não é pacífica e, para efeitos deste estudo, dependerá de outra questão a ser resolvida em tópico próprio: a questão da anulabilidade dos atos processuais. Por ora e para fins de esclarecimento, embora se concorde que tanto o reconhecimento da nulidade quanto o reconhecimento da anulabilidade e sua decretação geram efeitos *ex tunc*, no primeiro caso a eficácia retroativa está ligada à invalidade desde o início do ato jurídico, enquanto que no segundo – anulabilidade – o efeito é válido, mas passível de se tornar inválido caso impugnado tempestivamente.

²⁶ Na impossibilidade fática de retornar ao *status quo*, converter-se-á os prejuízos decorrentes do ato em perdas e danos (art. 182 do Código Civil).

Assim, conforme já afirmado anteriormente, um ato jurídico pode ser existente, válido e eficaz; existente, inválido, mas eficaz; existente, inválido e ineficaz; ou, ainda, existente, válido, porém ineficaz. O que se deve admitir, entretanto, é que se o ato é inexistente, corresponde ao não ato, e, por isso, não é classificado como válido ou inválido e não poderá produzir efeitos – neste caso, a aparência de existência justifica a respectiva declaração para que nenhuma aparência de efeitos seja gerada.

Os fatores de eficácia, por sua vez, estão determinados em previsões legais específicas ou a manifestações de vontade das partes e variam conforme a espécie de ato analisado e sua gradação na classificação dos atos jurídicos já indicados.

A título de exemplo, retome-se uma vez mais o ato sentencial. Este ato jurídico, espécie de atos judiciais, os quais, por sua vez, são atos processuais, que se enquadram nos atos jurídicos em sentido estrito, são, portanto, atos cujos efeitos não dependem da manifestação de vontade de seu agente, decorrem, portanto, da lei.

Essa classificação atribui à lei a previsão de eficácia ou não do ato jurídico analisado. Para efeitos de eficácia da sentença, tem-se que o art. 520 do Código de Processo Civil, em regra, retira da sentença a eficácia, se houver recurso de apelação, mas estabelece em seus incisos, fatores de eficácia imediata (situações em que a apelação não retira da sentença a capacidade de produzir efeitos imediatamente).

Se imaginado outro exemplo, a consequência será totalmente diversa. Tenha-se, por hipótese, um contrato de compra e venda, com eficácia condicionada a evento futuro e incerto, como o casamento do vendedor. Se o vendedor se casar, compromete-se a vender ao comprador determinado veículo. Nesse caso, ter-se-á um ato jurídico que se classifica como negócio jurídico na classificação geral dos atos jurídicos, classificação esta que determina os efeitos do ato de forma vinculada à manifestação de vontade dos agentes que o criaram. Assim a criação ou não da condição do ato, capaz de gerar ou não seus efeitos (a eficácia do ato), estará

diretamente vinculada à manifestação de vontade das partes, no sentido de estabelecer termo ou condição²⁷.

Como se pode observar, o enquadramento dos atos jurídicos²⁸ influi diretamente na origem de eventuais fatores de eficácia seja para sobrestar a eficácia de determinado ato, seja para possibilitar sua eficácia imediata. Assim, como se vê, a eficácia dos atos jurídicos não depende e não está vinculada a requisitos de validade, embora se possa suspender ou atribuir eficácia a determinados atos, se estes de alguma forma, reunirem os elementos mínimos para sua existência²⁹.

Estabelecidas as premissas necessárias quanto à existência, validade e eficácia dos atos jurídicos, é preciso, antes de prosseguir, realizar outra espécie de análise: o estudo das validades quanto ao ramo do direito em que determinado ato é produzido.

2. Variação da teoria das invalidades conforme o ramo do direito em que se enquadrarem

De acordo com o enunciado deste capítulo a análise do tema das invalidades dos atos jurídicos é distribuída sob dois enfoques distintos, sendo o primeiro já analisado neste capítulo, referente à classificação dos atos jurídicos e o segundo, ainda por analisar, referente à localização dos atos jurídicos nos ramos do direito e o tratamento das invalidades atribuído em cada ramo.

Obviamente não se oferecerá neste estudo a análise da incidência das invalidades em todos os diversos ramos do direito, análise esta que fugiria ao escopo do trabalho e levaria o leitor à passagem de várias páginas cujas conclusões não seriam aproveitadas no desenvolver do trabalho, nem nas conclusões deste.

Necessário é que se faça, portanto, um corte metodológico para que se tragam nas próximas páginas apenas os ramos do direito que direta ou indiretamente se

²⁷ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negocio Jurídico Existência, Validade e Eficácia*, p. 55.

²⁸ Embora o enquadramento seja determinante, o ramo do direito não é: Marcos Bernardes de Melo, *Teoria do Fato Jurídico plano da existência 1ª parte*, p. 31.

²⁹ A liberdade do legislador para reger essa matéria é tão ampla que chega ser confundida com arbitrariedade, conforme lição de Marcos Bernardes de Melo, *ibidem*, p. 53.

relacionem com o tema a ser abordado nos próximos capítulos e que sejam relevantes para as conclusões almejadas.

Nesse aspecto, logo de antemão já se pode prever o necessário conhecimento do tema das invalidades no âmbito do direito civil e também no processo civil, não só pelo fato de que, neste último caso estar-se-á tratando da nulidade de um ato processual (sentença), como também porque uma das hipóteses de nulidade da sentença é a nulidade de um negócio jurídico (convenção de arbitragem). Isto não significa que eventualmente não seja relevante no direito do trabalho, no direito do consumidor e também no direito internacional. Fato é, entretanto, que como aplicação geral, merecem destaque, neste capítulo o estudo das invalidades no direito civil e processual civil.

Ademais, tanto em um caso, como em outro, tem-se leis de aplicação subsidiária a outros ramos do direito – como é o caso do direito civil, eventualmente aplicável em caráter subsidiário a contratos de trabalho, de direito comercial, de direito do consumidor, etc. No que se refere ao direito processual civil, é no respectivo Código que se observa a disciplina legal dada à Teoria Geral do Processo e à teoria das invalidades, aplicável, subsidiariamente ao processo do trabalho, ao processo penal, etc.

Daí porque se confere, neste capítulo, especial estudo à teoria das invalidades no direito civil e no direito processual civil. Destaca-se, ainda, que a análise das hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem leva também a essa análise, visto que as hipóteses de “nulidade” ali tratadas, como já afirmado, ou são nulidades ocorridas no plano do direito civil, ou o são no plano do direito processual.

2.1. Invalidades e o direito civil

No âmbito do direito civil, com o advento do Código de 2002, passou o Código a reunir a regulamentação não só do direito civil, mas também do direito comercial, especialmente no que se refere ao direito contratual.

Conforme já demonstrado anteriormente, o estudo da teoria das invalidades, envolve o plano da existência, da validade e da eficácia. No que se refere ao plano da existência, trata-se de análise da estrutura do ato, envolvendo, como já visto, a presença de elementos necessários à existência do próprio ato.

Por outro lado, no que se refere aos fatores de eficácia, também já se apreciou que são fatores que podem estar presentes ou não, conforme determinações específicas, seja da lei, seja da manifestação de vontade das partes.

A grande distinção que se observa quanto ao ramo do direito civil encontra-se, portanto, no plano da validade dos atos jurídicos. Isto porque na legislação material, os atos jurídicos podem padecer de nulidade absoluta, ou relativa – também denominada de anulabilidade, sendo que cada uma dessas situações gera suas próprias conseqüências.

2.1.1. Nulidade Absoluta

A declaração de nulidade absoluta impõe a negativa de produção de qualquer efeito ao negócio jurídico, por ofender princípios de ordem pública. Assim, será absolutamente nulo o negócio jurídico em que faltar qualquer requisito essencial.

Ensinava EDUARDO ESPÍNOLA³⁰ que as nulidades absolutas podem ser propostas ou alegadas por todos aqueles a quem interessam ou prejudicam, podendo ser pronunciadas *ex officio*³¹. Mais adiante em sua obra, ensinava o civilista que a nulidade absoluta era tão grave que, quanto aos efeitos, era equiparada à inexistência³², embora desta se distinguísse por reunir os elementos jurídicos mínimos para que existisse³³.

³⁰ *In dos Factos Jurídicos no Código Civil Brasileiro*, Vol. IV, p. 30, nota (10).

³¹ *idem, ibidem*, p. 31, nota (12).

³² *Idem, ibidem*, p. 45.

³³ Wilson de Souza Campos Batalha afirma que as nulidades absolutas são tão graves que não se subordinam a prazos de decadência ou de prescrição. Cf. *Defeitos dos Negócios Jurídicos*, p. 26.

No mesmo sentido é a lição de GEORGES LUTZESCO³⁴, para quem, após análise de uma série de situações de nulidade absoluta para testar suas idéias, conclui que a nulidade absoluta é o meio destinado a fazer ineficazes as relações jurídicas celebradas contrariamente aos interesses da sociedade.

Invocando o brocardo latino *quod nullum est nullum producit effectum*, não distoa dessa conclusão GIUSEPPE STOLFI, equiparando o negócio nulo ao negócio natimorto. Entretanto, ensina o mestre italiano que se trata essa idéia de mera equiparação, a qual tem por objetivo considerar o negócio nulo como não celebrado e, assim, negar-lhe toda eficácia³⁵. Mesmo na existência de uma nulidade absoluta, conclui, é possível reconhecer no ato nulo a capacidade de extrair uma confissão contrária ao interesse de alguma das partes³⁶. Portanto, o ato existe, o que não podem existir são os efeitos que dele eram originariamente esperados.

Por essa razão, necessário será conhecer quais são os elementos essenciais de qualquer negócio jurídico.

Pode-se afirmar que os elementos necessários à existência dos negócios jurídicos são agente, objeto lícito, forma e manifestação de vontade. Significa dizer que havendo agente, objeto lícito, forma e manifestação de vontade será possível tratar de um determinado negócio jurídico.

Tais elementos, entretanto, não implicam a conclusão acerca da validade do negócio jurídico. A validade estará relacionada, como já afirmado, a requisitos, atribuídos a cada um desses elementos. Assim, ter-se-á a capacidade do agente, a possibilidade e determinação (ou possibilidade de determinação) do objeto, o respeito à forma prescrita ou não proibida por lei e a licitude da manifestação de vontade³⁷.

³⁴ in *Teoría y Práctica de las nulidades*, p. 267.

³⁵ in *Teoria Del Negocio Jurídico*, p. 83.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 83.

³⁷ Cf. art. 167 do Código Civil.

Com efeito, caso o agente não seja capaz, o negócio jurídico por ele realizado será absolutamente nulo, conforme determinam o artigo 3º e o art. 166, inciso I do Código Civil Brasileiro³⁸. Nesse sentido também entende a jurisprudência³⁹ nacional.

Por outro lado, também será absolutamente nulo o negócio jurídico que contiver objeto ilícito⁴⁰, impossível ou indeterminável não distoando também dessa lição a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴¹.

Também será absolutamente nulo o negócio que não respeitar a forma definida em lei para sua validade ou valer-se de prova proibida por lei⁴².

Outra hipótese de nulidade absoluta, segundo o art. 166, inciso III do Código Civil ocorre quando os motivos que geraram a manifestação de vontade de ambas as partes for ilícito. DINAMARCO⁴³ faz interessante explicação a respeito do fenômeno que se observa, por exemplo, na fraude contra credores. Explica o autor que em

³⁸ Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, p. 531. Neste caso, como já afirmado nem ato jurídico será. Ter-se-á ato ilícito.

³⁹ *CIVIL. NEGÓCIO JURÍDICO. INCAPACIDADE MENTAL DO VENDEDOR. NULIDADE. Nulidade de compra e venda em face da 'insanidade mental' de uma das partes (CC, art. 5º, II), ainda que o fato seja desconhecido da outra. Hipótese, todavia, em que o status quo ante só será restabelecido, quando os herdeiros do incapaz restituírem o montante do preço recebido, corrigido monetariamente, bem assim indenizarem as benfeitorias úteis, sob pena de enriquecimento sem causa. Recurso especial conhecido e provido.*(REsp 38.353/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 23/04/2001 p. 158)

⁴⁰ Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, p. 531.

⁴¹ *CIVIL. COMPRA E VENDA. LESÃO. DESPROPORÇÃO ENTRE O PREÇO E O VALOR DO BEM. ILICITUDE DO OBJETO. 1. A legislação esporádica e extravagante, diversamente do Código Civil de 1916, deu abrigo ao instituto da lesão, de modo a permitir não só a recuperação do pagamento a maior, mas também o rompimento do contrato por via de nulidade pela ilicitude do objeto. Decidindo o Tribunal de origem dentro desta perspectiva, com a declaração de nulidade do negócio jurídico por ilicitude de seu objeto, em face do contexto probatório extraído do laudo pericial, a adoção de posicionamento diverso pelo Superior Tribunal de Justiça encontra obstáculo na súmula 7, bastando, portanto, a afirmativa daquela instância no sentido da desproporção entre o preço avençado e o vero valor do imóvel. 2. Recurso especial não conhecido.*(REsp 434.687/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2004, DJ 11/10/2004 p. 330)

⁴² Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 531. Assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: *Direito civil. Compra e venda de imóvel. Nulidade decretada ex officio. inobservância da forma prescrita em lei. Efeitos. Indenização por lucros cessantes. descabimento.* Arts. 158 e 1.059, cc. recurso não conhecido. *I - reconhecida a nulidade de contrato de compra e venda de imóvel e ausente definição acerca de qual das partes convenientes lhe teria dado causa, não há que se cogitar do pagamento por qualquer delas de lucros cessantes a outra, impondo-se tão-somente restituí-las ao estado em que se encontravam antes da celebração do ajuste declarado nulo (art. 158, cc). II - hipótese que não se confunde com a de resolução contratual por inexecução culposa (inadimplemento voluntário), quando devidas perdas e danos nos moldes em que preconizadas no art. 1.059, cc.* (REsp 23.088/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/1994, DJ 21/11/1994 p. 31769)

⁴³ in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I, pp. 550 a 555.

situações como essa a mera anulabilidade – que restituiria as partes ao *status quo* – seria injusta, pois permitiria o retorno do bem ao patrimônio do alienante.

Nesses casos, continua, dever-se-ia tratar o vício como de atribuição de ineficácia. Pensa-se, neste estudo que o vício em questão não é de anulabilidade, concordando, portanto, com o processualista, nem só de ineficácia: o vício é de nulidade, situação esta que, uma vez declarada judicialmente, impõe a ineficácia do ato desde o seu nascedouro⁴⁴.

Também é nulo o ato jurídico que não preencher a solenidade prevista em lei para a sua realização⁴⁵, desde que a formalidade que se deixou de cumprir não seja reparável.

O rol do art. 166 do Código Civil, por outro lado, não é exaustivo. Conforme expressamente previsto no inciso VII do artigo em questão, também podem ser causas de nulidade outras situações expressamente previstas em lei ou lhes proibir a prática sem sanção específica.

⁴⁴ A nulidade prova o negócio jurídico de qualquer efeito que tenha estado na intenção das partes” Cf. Wilson de Souza Campos Batalha, in **Defeitos dos Negócios Jurídicos**, p. 26.

⁴⁵ **DIREITO CIVIL. TESTAMENTO PÚBLICO. FALECIMENTO DA HERDEIRA TESTAMENTÁRIA ANTES DA TESTADORA. NOMEAÇÃO POSTERIOR DAS FILHAS DA HERDEIRA POR PROCURAÇÃO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. RIGOR FORMAL. SOLENIDADE ESSENCIAL. ARTS. 1.592, II, 1.717 E 1.746, CC. CONVERSÃO DE INVENTÁRIO EM HERANÇA JACENTE. POSSIBILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. ART. 1.142, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I - A mitigação do rigor formal em prol da finalidade é critério que se impõe na interpretação dos textos legais. Entretanto, no caso dos testamentos, deve-se redobrar o zelo na observância da forma, tanto por não viver o testador no momento de esclarecer suas intenções, quanto pela suscetibilidade de fraudes na elaboração do instrumento e, conseqüentemente, na deturpação da vontade de quem dispõe dos bens para após a morte. II - A revogação parcial do testamento, para substituir a herdeira anteriormente nomeada e já falecida, deve dar-se pelo mesmo modo e forma do anterior (art. 1.746 do Código Civil), não tendo a procuração ad judicia por instrumento particular esse condão revogador. III - A capacidade para adquirir por testamento pressupõe a existência do herdeiro, ou legatário, à época da morte do testador. Tendo falecido antes o herdeiro, perde validade a cédula testamentária. IV - Na lição de Pontes, "a nulidade dos atos jurídicos de intercâmbio ou inter vivos é, praticamente, reparável: fazem-se outros, com as formalidades legais, ou se intentam ações que compensem o prejuízo, como a ação de in rem verso. Não se dá o mesmo com as declarações de última vontade: nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas, pois morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo" (Tratado de Direito Privado, t. LVIII, 2a ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, § 5.849, p. 283). V - Iniciado o inventário e, no seu curso, verificada a inexistência de herdeiro testamentário, é de considerar-se jacente a herança, nos termos do art. 1.592, II, CC, caso em que "o juiz, em cuja comarca tiver domicílio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens" (art. 1.142, CPC). A conversão do procedimento e a nomeação do curador dá cumprimento a essa norma e atende ao princípio da economia processual, nele expressamente assentado. (REsp 147.959/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2000, DJ 19/03/2001 p. 111)**

Por fim, o negócio jurídico que possuir manifestação de vontade com sua licitude prejudicada pela vontade de prejudicar a real aplicação da lei, isto é, se o ato é praticado por simulação (isto é, com a intenção de desviar a vontade manifestada pelos agentes da suas respectivas e reais intenções) ter-se-á negócio jurídico absolutamente nulo, nos termos do art. 167 do Código Civil⁴⁶.

A questão, não era pacífica na jurisprudência, entendendo o Superior Tribunal de Justiça nos dois sentidos⁴⁷.

Com o advento do Código Civil de 2002, entretanto, a legislação procurou resolver o impasse jurisprudencial, tratando da simulação, expressamente, como vício de nulidade absoluta⁴⁸.

⁴⁶ Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 531.

⁴⁷ *Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação anulatória de venda direta de ascendente a descendente. Alegação da ocorrência de simulação na venda, contraditada por alegação de que houve pagamento de preço justo. Prescrição. Súmula nº 494/STF. Discussão a respeito da nulidade ou da anulabilidade do ato, neste caso dependente da prova do prejuízo. Julgamento antecipado da lide, sem produção das provas requeridas no sentido de se demonstrar o pagamento de preço justo. Cerceamento de defesa reconhecido pelo acórdão recorrido.*

- O TJ/MT, em embargos de declaração, alterou o teor do acórdão anterior e decidiu extirpar deste a análise que havia feito a respeito da ocorrência ou não de prescrição, porque tal exame seria contraditório com a conclusão do julgado, haja vista a necessidade de anulação da sentença e reabertura da fase instrutória. A parte interessada, contudo, não se insurgiu no recurso especial contra tal supressão, apesar de tal medida não ter sido pleiteada nos embargos declaratórios.

- Como resultado, toma-se o acórdão com a integração realizada em embargos de declaração, de forma que a eventual análise da questão prescricional, nesta sede, significaria supressão de instância.

- **A definição a respeito da nulidade ou da anulabilidade da venda direta de ascendente a descendente é questão das mais controvertidas no âmbito do CC/16. Precedentes nos dois sentidos.**

- Apesar da afirmação feita pelo acórdão recorrido de que estaria analisando em conjunto o mérito e a preliminar de cerceamento de defesa, na verdade o Tribunal de Justiça limitou-se à questão preliminar e reconheceu ter ocorrido vício processual. Portanto, disso não decorre que ficou estabelecida, desde logo, posição favorável à tese de mera anulabilidade do ato praticado.

- Sem dúvida, a adoção da tese referente à nulidade do ato levaria à desnecessidade da produção de prova a respeito do prejuízo, legitimando o julgamento antecipado da lide. Porém, não há como inverter a ordem natural de análise das preliminares e do mérito. O TJ/MT, de forma prudente, apenas afirmou a necessidade de produção das provas para que seja possível, no futuro, concluir por uma tese jurídica ou por outra, dispondo nos autos de todos os elementos de convicção necessários, já que os próprios precedentes do STJ demonstram que as duas teses são plausíveis.

- Assim, correta a conclusão do acórdão no sentido de que houve cerceamento de defesa, porque a divergência é concreta, o que sustenta o entendimento de que o processo deve estar suficientemente instrumentalizado para o futuro ato decisório.

- Se o Tribunal de Justiça, no âmbito de sua atuação, entendeu que determinada prova era essencial ao deslinde da controvérsia, não cabe ao STJ reformar esse entendimento para dizer que aquela prova era desnecessária, pois tal não é possível sem que seja feito um exame valorativo de todos os elementos de convicção. Recurso especial não conhecido.

(REsp 918.794/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2007, DJ 22/10/2007 p. 265). Grifou-se.

Nesses casos, afirma MARIA HELENA DINIZ⁴⁹, a nulidade absoluta implica a ineficácia do negócio jurídico viciado. Entende-se, entretanto, que a eficácia é um plano de análise dos negócios jurídicos independente do plano da validade, conforme afirmado anteriormente. O que ocorre no caso em apreço, portanto, é que nesses casos a nulidade absoluta do negócio jurídico implica a afirmação de que a lei ou a ordem pública não permitem que o negócio jurídico produza regularmente seus efeitos – o que não significa que esses efeitos simplesmente não tenham ocorrido no plano fático.

Geralmente, aliás, esses efeitos são gerados pelos negócios jurídicos absolutamente nulos, com a especial característica de estarem igualmente maculados com a nulidade absoluta, isto é, os efeitos desses negócios jurídicos são igualmente nulos e – na hipótese de seu reconhecimento – seus efeitos serão juridicamente apagados do sistema, de tal forma que após o reconhecimento da nulidade, tais efeitos serão equiparados a não efeitos, fazendo com que o negócio jurídico seja considerado ineficaz⁵⁰.

Por essa razão, é perfeitamente possível afirmar que na hipótese de nulidade absoluta o seu reconhecimento gera efeitos *ex tunc*, para determinar a ineficácia do ato a partir de seu surgimento no plano fenomênico⁵¹.

⁴⁸ A exemplo do quanto já defendido, ao se comentar a posição de Cândido Rangel Dinamarco, não se vê, quanto à espécie de vício de vontade, grande distinção entre a fraude e a simulação, isto é, ambas são ilícitas, daí porque merecem a classificação de nulidade absoluta.

⁴⁹ **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 532.

⁵⁰ Entretanto, Zeno Veloso ressalva que “o negócio nulo não é, ou não é sempre, ou não é necessariamente, ou não é totalmente ineficaz. No geral dos casos, o inválido nulo não produz efeito jurídico. Excepcionalmente, porém, o nulo produz algum efeito, efeito indireto, efeito reflexo. Fala-se de ‘efeitos mínimos’ do negócio nulo. Isto ocorre muito raramente, poucos são os casos, apontando-se na doutrina: a) casamento putativo (art. 1561); b) a citação, mesmo nula por incompetência do juiz, interrompe a prescrição e constitui o devedor em mora (CPC, art. 219); c) a declaração feita em instrumento nulo serve como começo de prova; d) o negócio translativo de propriedade nulo funciona, não obstante, como causa justificativa da posse” **Invalidez do negócio jurídico Nulidade e Anulabilidade**, p. 146.

⁵¹ Maria Helena Diniz, lembrando lições de Serpa Lopes, destaca, ainda, que a circunstância que gerou a nulidade absoluta deve existir a partir do momento em que o negócio jurídico surgiu, visto que não é possível cominar de nulidade absoluta o negócio jurídico que surgiu válido pelo simples fato do plano normativo ter sofrido alteração posterior que passou a considerá-lo sob qualquer aspecto, nulo de pleno direito – in **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. I, p. 532.

2.1.2. Nulidade Relativa (anulabilidades)

Na hipótese da nulidade relativa o ato jurídico contém vício capaz de fazer com que venha a perder o reconhecimento da sua capacidade de produzir efeitos, embora, enquanto não se dê essa declaração⁵² o ato produzirá seus efeitos. Nesses casos o vício não é tão grave e por essa razão sua constatação não impõe a necessária perda de eficácia imediata do ato a ser anulado, embora sua anulação posterior retire a eficácia do ato com efeitos *ex tunc*.

Nesses casos, diferentemente do que se observa em relação aos atos nulos, pode-se ratificar o ato – respeitado o terceiro prejudicado. Quando ocorre, a ratificação retroage à data do ato⁵³.

São, portanto, hipóteses de descumprimento de requisitos de validade de potência inferior àqueles capazes de gerar a nulidade absoluta. Por essa razão, enquanto não reconhecida a nulidade relativa, esses atos jurídicos produzem regularmente seus efeitos, mas a nulidade relativa, quando declarada, operará efeitos *ex tunc*, nos termos dos arts. 177 e 182 do Código Civil⁵⁴.

Conforme salienta MARIA HELENA DINIZ⁵⁵, diversamente do que ocorre na nulidade absoluta – que, como visto, incide em situações de violação a normas de ordem pública – os interesses violados na hipótese da nulidade relativa são situações em que as normas infringidas são garantidoras de direitos ou interesses individuais⁵⁶. Dessa forma, se o prejudicado pela nulidade nada alegar, não será a nulidade relativa declarada e, passado o respectivo prazo para declaração, ter-se-á a manutenção do ato, capaz de ser convalidado, em ato jurídico válido⁵⁷.

⁵² Cf. Zeno Veloso, *Invalidez do Negócio jurídico Nulidade e Anulabilidade*, p. 265.

⁵³ Cf. Sebastião José Roque, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 147.

⁵⁴ “Por lo tanto, se trata de un estadio intermedio entre los actos válidos ‘qui habent sua essentialia’ y los nulos ‘qui deficiunt suis essentialibus’: - a diferencia de los primeros, pueden ser impugnados porque afecte algún vicio a su constitución interna; - a diferencia de los segundos, existen ‘ab origine’ y producen sus efectos” Giuseppe Stolfi, *Teoria del Negocio Jurídico*, p. 95.

⁵⁵ in *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, p. 532.

⁵⁶ Cf. Martinho Garcez, *Nullidades dos Actos Jurídicos*, p. 44.

⁵⁷ O paralelismo em questão não é exato nos dois sentidos, como explica Juan José Amézaga: *La falta de consentimiento es tan de interés privado, como lo son sus vicios. Más aún: si cabe, es más de interés privado, porque puede no mediar delito alguno, mientras que en los casos de violencia o de dolo probablemente existirá un delito castigado por el Código Penal. Luego, puede haber nulidades*

Nesse sentido, são anuláveis os negócios jurídicos firmados por pessoa relativamente capaz. Embora o ato seja anulável, poderá vir a ser convalidado, seja pelo decurso do tempo para sua impugnação, seja pela tardia autorização do representante legal do menor⁵⁸.

De outro lado, se o menor age com má-fé, fazendo-se passar por maior e ludibriando o outro agente do negócio jurídico, não poderá alegar, em seu favor, a nulidade do negócio jurídico, conforme determinam os artigos 180, 928, 932, 933 e 942 os quais responsabilizam até mesmo o representante legal, ainda que não tenha concorrido diretamente para a realização do negócio jurídico⁵⁹.

No que se refere à manifestação de vontade também será anulável o negócio jurídico se decorrer de erro, dolo, coação ou fraude⁶⁰. Em todos esses casos o que se observa é a dissonância subjetiva da vontade de ao menos um dos agentes e a finalidade ou as consequências do negócio jurídico realizado.

A explicação para esse tratamento da lei é de relativa simplicidade: se o agente do ato jurídico sabe que há dissonância entre os efeitos que esse ato está produzindo e a intenção em produzi-lo, caberá a ele a alegação da nulidade relativa (erro, dolo ou coação). Trata-se, portanto, de interesse do próprio envolvido no ato relativamente nulo.

A fraude, entretanto, gera maiores discussões⁶¹. DINAMARCO, tratando especificamente da fraude contra credores, entende que o tratamento atribuído pela lei não deve satisfazer a questão da fraude como hipótese de anulabilidade. Isto porque, em alguns casos a anulabilidade certamente protegeria os interesses do devedor fraudulento, permitindo a anulação *ex tunc* dos efeitos do negócio fraudulento. Assim,

absolutas que no estén fundadas en motivos de orden público, sino en motivos de interés privado, como las relativas. In De las Nulidades en General, p. 51. O autor ainda ressalva que ainda que se diga que a diferença esteja em motivos de ordem pública e motivos de interesse privado, tanto as nulidades relativas quanto as absolutas sempre terão algum fundamento na ordem pública.

⁵⁸ Art. 176 do Código Civil Brasileiro.

⁵⁹ Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 533.

⁶⁰ Cf. doutrina civilista em comento. Entretanto, já se manifestou neste estudo a opinião de que fraude merece o mesmo tratamento da simulação, isto é, deve ser considerado nulo.

⁶¹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I, p. 546.

conclui o processualista, à questão da fraude deve-se reconhecer ineficácia do ato, não mera anulabilidade⁶².

A questão da fraude, conclui, – especificamente aquela que tem por objetivo prejudicar os interesses de credores – deve ser resolvida no plano da eficácia, não da validade, permitindo-se que nenhum credor seja prejudicado pelo ato fraudulento tentado pelo devedor⁶³.

Como visto anteriormente, tem-se que o negócio jurídico se diferencia das demais espécies de ato jurídico justamente pela necessária vinculação entre a vontade livremente manifestada pelas partes e os efeitos do negócio jurídico. Se essa vinculação for prejudicada por situação, característica ou fato alheio ao conhecimento de qualquer dos agentes que, caso conhecido, evitaria a realização do negócio jurídico, este poderá vir a ser anulado, bastando, para isso a necessária impugnação do ato pela parte interessada.

2.1.3. Consequências das Invalidades no Direito Civil

No âmbito do direito civil, as consequências das invalidades são determinadas conforme o enquadramento do vício no âmbito da invalidade absoluta ou relativa, estabelecidas nos itens anteriores. Entretanto, ainda assim dependerão de eventual regramento específico definido por lei.

⁶² Cf. *idem, ibidem*, p. 550.

⁶³ *Idem, ibidem*, p. 551. Dinamarco ainda recupera a lição distintiva de Clóvis Beviláqua. Com efeito, em outra obra, diversa daquela citada por Dinamarco, o civilista ensinava que: *Os credores, a quem a lei confere acção revogatória ou pauliana, para annular as fraudulentas alienações ou remissões, nos termos do art. 106, e de toda a seção agora examinada, são os que já o era, ao tempo desses actos, porque esses é que soffreram diminuição na garantia de seus direitos. Aquelles, cujos créditos são posteriores, já encontraram o patrimônio do devedor no estado em que o deixaram essas liberalidades; não podem allegar que, em consequência dellas, os bens do devedor se tornaram insufficientes para o seu pagamento. A anterioridade do credito ao acto fraudulento é uma das condições da legitimidade da acção pauliana.* Como se vê, há uma distinção de tratamento entre os interesses dos credores, na hipótese da ação pauliana, na medida em que a fraude vicia o ato desde seu nascedouro, o que a diferencia dos demais vícios de manifestação de vontade, em que a produção de determinados efeitos é que é percebida posteriormente à realização do ato. Aqui, ainda que intencionalmente – na hipótese do dolo, por exemplo – o prejudicado pelo vício deve demonstrar que foi induzido em erro e que os efeitos do ato praticado não eram aqueles produzidos pelo ato viciado. Já na hipótese da fraude, a intenção de lesar terceiros é manifesta e integra a manifestação de vontade. Daí porque os prejudicados por ele, não podem sofrer seus efeitos.

O que ambas as invalidades têm em comum é o objetivo de tornar sem eficácia o negócio jurídico viciado por qualquer daqueles vícios. Entretanto, conforme seja o ato nulo ou anulável, consequências distintas serão aplicadas aos efeitos já gerados pelo ato objeto da análise.

Assim, se o vício de um determinado ato gera nulidade absoluta, o decreto judicial que o reconhecer tem eficácia *ex tunc*, isto é, apagando qualquer efeito que aquele ato tenha gerado com relevância jurídica e desde logo atingindo o ato no momento de seu nascedouro.

Já a sentença que reconhece que determinado ato é anulável, determinando sua respectiva anulação, produzirá efeitos *ex tunc*, isto é, retroage a declaração à data de formação do ato jurídico, de tal forma que igualmente não serão respeitados os efeitos produzidos pelo ato anulado até a determinação da anulação, embora a anulação dependa de provocação do interessado e em prazo certo.

Essa é a distinção feita por DINAMARCO⁶⁴, ao demonstrar que o ato anulável é provisoriamente eficaz e só cessa de produzir efeitos programados quando atingido pela sanção consistente na anulação, de forma que enquanto não anulado o ato anulável é plenamente eficaz⁶⁵.

Em ambos os casos, com a cessação dos efeitos do ato jurídico inválido, as partes devem retornar ao *status quo*, sendo que na impossibilidade desse retorno, a parte prejudicada deve ser indenizada, na forma do art. 182 do Código Civil. Devem,

⁶⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 546

⁶⁵ A lição retoma a distinção entre nulidade e ineficácia já tratada em tópico anterior. Emílio Betti, em sua conhecida *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo III*, ensina que: “Um negócio da vida real pode não ser idôneo para valer como preceito da autonomia privada (§17), e portanto para explicar, pelo menos de forma duradoura e irremovível, todos os efeitos que o direito liga ao tipo abstracto de negócio a que ele pertence. A qualificação de inválido ou de ineficaz, que então lhe é dada, pressupõe, precisamente, um confronto entre o concreto regulamento de interesses que se considera e o tipo ou gênero de negócio a que ele deve corresponder. E exprime uma valoração negativa que é, de certo modo, o reverso da outra, positiva, que a lei faz relativamente ao negócio-tipo a que liga a produção de novas situações jurídicas. A valoração negativa tanto pode depender do facto de os elementos constitutivos e os pressupostos concomitantes do negócio concreto não corresponderem aos elementos essenciais e aos pressupostos necessários do tipo legal, como de facto de, embora não faltando a necessária correspondência entre uns e outros, um impedimento estranho ao negócio concretamente celebrado, olhado em si mesmo, se opor, todavia, à produção dos efeitos próprios do tipo legal respectivo. Daqui resulta a distinção elaborada pela doutrina entre invalidade e ineficácia em sentido estrito, sob o aspecto do não valer do preceito diferente, ou da falta de efeitos...” p. 9.

entretanto, ser ressalvadas duas situações: a do menor incapaz a quem não se aproveitou a importância paga e a do possuidor de boa-fé, que aproveita em seu benefício os frutos percebidos e as benfeitorias realizadas (arts. 181, 1.214 e 1.219, todos do Código Civil).

Por outro lado, nem sempre se dará a retroatividade da declaração de invalidade na hipótese de nulidade absoluta do ato impugnado. Isto porque mesmo nas hipóteses de nulidade absoluta, deverá ser observado o princípio da boa-fé, ou seja, se o ato é praticado de forma nula, mas ausente a ocorrência de dolo ou culpa na sua realização, não haverá retroatividade da declaração de nulidade, respeitando-se os benefícios que o ato gerou para as partes envolvidas. Esse também é o caso do já mencionado art. 181 do Código Civil, e também do possuidor de boa-fé.

As distinções quanto aos efeitos da nulidade absoluta e da anulabilidade tem sua razão de existir. Assim, as hipóteses de nulidade absoluta são estatuídas no interesse de toda a coletividade, de tal forma que a declaração da nulidade absoluta opera *erga omnes*. Já a nulidade relativa é estatuída sempre no melhor interesse das partes envolvidas, sendo que seus efeitos aproveitam apenas a estas⁶⁶.

Outra distinção que se pode estabelecer entre a nulidade e a anulabilidade diz respeito a quem pode alegá-la e em proveito de quem será decretada. Quanto à possibilidade de sua alegação, a nulidade poderá ser argüida por qualquer interessado, pelo Ministério Público ou de ofício, pelo juiz, quando este último tiver acesso ao negócio jurídico nulo. Como visto, a declaração de nulidade tem efeitos *erga omnes*, razão pela qual sua decretação a todos atinge.

Já na hipótese da anulabilidade, somente poderá ser pleiteada pelos prejudicados e jamais poderá ser decretada de ofício pelo juiz. Como seus efeitos somente atingem as partes envolvidas, em regra, a anulabilidade somente atingirá a parte que a alegou e em face de quem foi alegada, ressalvada a hipótese de indivisibilidade e/ou solidariedade, que, pela própria natureza do objeto do ato, poderá atingir todos os envolvidos no ato (art. 177 do Código Civil).

⁶⁶ Cf. Marcos Bernardes de Melo, *Teoria do Fato jurídico plano da validade*, pp. 60 e 61.

Por outro lado, diferentemente da anulabilidade, que admite a convalidação pela ausência de impugnação ou pelo decurso do tempo para fazê-la, na hipótese de nulidade absoluta, não se admite convalidação, nem mesmo por determinação judicial, de tal forma que o decurso do tempo não é suficiente para o aproveitamento do ato (art. 169 do Código Civil)⁶⁷.

Entretanto, nem sempre a nulidade absoluta será passível de discussão *ad eternum*: há casos em que a lei estabelece prazo para pleitear-se a declaração da nulidade. É o caso, por exemplo, citado por ZENO VELOSO⁶⁸ do direito das sucessões em que o Código Civil em vigor, em seu artigo 1.859, estabelece que a validade do testamento somente poderá ser questionada no prazo de 5 (cinco) anos, contado do registro do negócio *mortis causa*. O prazo, acrescenta o autor, é de caducidade, hipótese, portanto, de decadência.

Conforme lição de MARIA HELENA DINIZ⁶⁹, ressalvadas as situações tratadas especialmente pela lei, como o ato nulo não pode ser convalidado, se houver interesse das partes no sentido de que o ato deva produzir regularmente seus efeitos, deverão praticá-lo novamente, respeitando a todos os requisitos de validade. Entretanto, ainda assim, o novo ato somente produzirá regularmente os efeitos do ato esperado pelas partes a partir da sua renovação, e não do ato que nasceu absolutamente nulo.

Questão tangencial ao tema ora analisado é o da possibilidade de aplicação da teoria da conversão dos atos jurídicos, estabelecida pela nova redação do Código Civil, especificamente pelo art. 170 do referido diploma legal.

Isto porque, em respeito ao princípio da conservação dos atos jurídicos e ao aproveitamento de atos jurídicos já realizados, caso as partes pretendam realizar um determinado negócio jurídico e esse ato é viciado com nulidade, nada impedirá que seja aproveitado como se outro ato jurídico fosse, produzindo os efeitos atinentes a

⁶⁷ Cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *Defeitos dos Negócios Jurídicos*, p. 26.

⁶⁸ *Invalidez do Negócio Jurídico Nulidades e Anulabilidades*, p. 161.

⁶⁹ *In Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, p. 543.

este último, se não houver proibição legal e se os requisitos deste último foram respeitados.

A hipótese, é sempre bom destacar, não se confunde com a fungibilidade de determinados atos jurídicos. Trata-se de hipótese de conversão do ato jurídico. Não é que os efeitos almejados pelas partes possam ser atingidos por mais de um meio possível. O que se afirma é que os efeitos que o ato viciado poderá produzir são diversos daquele ato desejado inicialmente pelas partes. Entretanto, se estas soubessem da nulidade, jamais teriam praticado o ato nulo, mas poderão atingir os mesmos efeitos se praticassem outro ato. Este último, se encontrar no ato viciado os requisitos necessários à sua existência e validade, dará lugar ao ato viciado, como se essa fosse a intenção inicial das partes.

Não há, portanto, mais de um mecanismo possível para atingir o objetivo almejado, o que se opera é a mera conversão de um ato em outro. A idéia é de transformação e não de paralelismo de oportunidades.

Tal possibilidade, nessa análise inicial, poderia significar que se estaria reduzindo a aplicação dos princípios da autonomia da vontade, da inalterabilidade contratual ou da boa-fé dos contratantes. Entretanto, o que se está viabilizando é exatamente o inverso. Em respeito a todos esses princípios, protege o art. 170 do Código Civil que, sempre que possível, os fins desejados sejam de fato atingidos, ainda que para tanto o ato jurídico invalidamente praticado precise ser convertido em outro.

Nem sempre, entretanto, será possível a conversão de um ato jurídico em outro. Para que tal se opere, far-se-á necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: a) ineficácia da manifestação de vontade das partes; b) a manifestação de vontade contém os elementos formais ou substanciais exigidos para o outro negócio jurídico; c) pressuposição hipotética de que as partes pretendiam realizar o contrato diverso⁷⁰.

⁷⁰ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 544.

A respeito desse último requisito, caso a pressuposição seja correspondente à manifestação de vontade das partes, isto é, caso elas realmente quisessem realizar modalidade contratual diversa daquela que realizaram, ter-se-á a denominada conversão própria. Embora não seja possível a decretação de ofício pelo juiz da conversão, esta poderá ser pleiteada por qualquer terceiro interessado, isto é, qualquer que seja atingido direta ou indiretamente pelo negócio jurídico entabulado pelas partes ou por estas últimas.

Já a conversão imprópria se opera quando as partes, conhecendo as várias possibilidades contratuais que têm para atender determinados objetivos, escolhem forma mais rigorosa e não atendem seus respectivos requisitos. Nesse caso, o ato praticado pelas partes será aproveitado como se outro contrato, menos rigoroso, fosse.

Não sendo possível a conversão, no que se refere especificamente à nulidade relativa, será possível sua convalidação, ainda, se suprido pelo magistrado competente o requisito necessário ou, ainda, quando confirmado o ato, expressa ou tacitamente. Assim, embora seja ato diverso e futuro em relação ao ato viciado, a confirmação desaparece com os vícios do ato originariamente maculado.

A confirmação, por sua vez, pode ser tácita ou expressa. Será tácita quando as partes simplesmente executam voluntariamente o quanto acordado no instrumento relativamente nulo. Será expressa quando manifestada a intenção de confirmar o negócio jurídico que se sabe ou se vem a saber ser anulável. Exige a lei que sendo a confirmação expressa, deverá observar os mesmos requisitos formais atribuídos ao ato anulável.

No que se refere ao prazo para argüir as invalidades, em regra as nulidades absolutas não prescrevem, salvo quando previstas em lei ou quando o negócio jurídico for de fundo patrimonial ou pessoal⁷¹.

⁷¹ Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 547.

Por outro lado, as anulabilidades são prescritíveis e, geralmente, podem ser debatidas judicialmente desde que a ação cabível seja ajuizada dentro de prazos exíguos estabelecidos em lei.

2.2. Invalidades e o direito processual

Para tratar do tema das invalidades no direito processual deve-se ter em mente que a razão de existir, o conceito e as características dos atos processuais não são as mesmas dos atos jurídicos de direito material anteriormente estudados⁷².

Como no direito material, em regra, os atos jurídicos são praticados para atender a manifestações de vontade entre as partes que têm em comum um determinado interesse, há, nos negócios jurídicos uma particular necessidade de vinculação entre os efeitos que o negócio jurídico produzirá e a vontade manifestada pelas partes⁷³.

Essa relevância é tamanha que, como visto anteriormente, muitas vezes a forma negocial ou o contrato utilizado são verdadeiramente postos à parte da vontade das partes e dos efeitos que o ato praticado é capaz de produzir, razão pela qual admite a lei que se converta o ato praticado naquele que produzirá os efeitos desejados inicialmente.

Quando se volta os olhos para outra espécie de fenômeno jurídico, isto é, para o processo, novas idéias e princípios próprios passam a reger o raciocínio do intérprete e operador do direito, em detrimento daquelas estudadas para o direito material. Para que se tenha melhor percepção da distinção, é preciso que se estabeleçam as premissas próprias do direito processual.

⁷² Borges da Rosa afirma a distinção de efeitos, partindo do pressuposto de que no direito processual vigoram princípios próprios aplicáveis às nulidades. Assim, estabelece que no direito material é nulo o ato jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei, quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade ou quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito. A partir daí afirma que no direito material a lei presume o prejuízo, ao passo que no direito adjetivo os critérios da finalidade e do prejuízo são capazes de flexibilizar a forma do ato processual. *in Questões Essenciais do Direito e Nulidades Processuais*, p. 386.

⁷³ Cf. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia*, p. 16.

Para partir do início, é preciso que se estabeleça o que é processo. Se o objeto do estudo passa a ser a validade de atos processuais, é preciso identificar em qual medida o ato processual se distingue dos demais atos jurídicos.

A primeira distinção que se tem, a mais evidente e superficial nessa fase da análise proposta, é o fato de que o diferencial entre o ato jurídico e o ato processual é justamente o processo⁷⁴. O ato processual somente recebe essa qualificação porque no seu elemento conceitual distingue-se um elemento próprio e particular, qual seja, o processo⁷⁵.

Há várias teorias que já buscaram e continuam buscando um conceito para o processo. Desde a teoria linear contratual, passando pela teoria do quase-contrato, do processo como instituição e do processo como relação jurídica, novos valores, características e críticas são estabelecidos em cada conceito, os quais variam conforme a ênfase que atribuem a determinadas características do processo.

À parte de outras teorias menos utilizadas⁷⁶ ELIO FAZZALARI, por exemplo, ensina que o processo deve ser considerado como o procedimento realizado em contraditório⁷⁷.

⁷⁴ “Como tal se entende qualquer acontecimento suscetível de produzir efeitos jurídicos processuais” Cf. Eduardo Couture, **Fundamentos de Direito Processual**, p. 110.

⁷⁵ J. J. Calmon de Passos. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**, p. 43: “Donde conceituar o ato processual como aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”. Não é diverso o conceito de Liebman, afirmando que os atos processuais *si distinguono dagli atti giuridici in genere per il fatto di appartenere al processo, e di esercitare un effetto giuridico diretto ed immediato sul rapporto processuale, in quanto lo costituiscono, lo svolgono o lo concludono. In altri parole gli atti processuale sono gli atti del processo.* in **Manuale di Diritto Processuale Civile**, p. 211.

⁷⁶ Cf. Antonio Carlos Marcato, **Procedimentos Especiais**, pp.37 a 40. O processualista narra nestas páginas as várias naturezas jurídicas já atribuídas ao processo, chegando, por fim, à doutrina dominante atualmente. Explica o processo quando era entendido como contrato, quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica e como instituição. Conclui, assim, que a teoria dominante: “*expostas as principais teorias existentes a respeito da natureza jurídica do processo, esclareça-se que a da relação jurídica processual é a mais acatada em sede doutrinária*”. Carnelutti tinha outro conceito de processo, relacionando-o diretamente com o conceito de jurisdição e dificultando o posicionamento adotado para a arbitragem. Isto porque, como visto, ao mesmo tempo em que recusava natureza jurisdicional à arbitragem, vinculando-a a processo, chega a conceituar este como *o método, mediante o qual se obtém o pronunciamento oficial de ordens jurídicas (concretas), já preexistentes ou não leis, das quais os mandados concretos constituam aplicação*, in **Derecho e Proceso**, p. 23. O conceito leva à inevitável pergunta: se arbitragem não seria jurisdição, como defende Carnelutti, será possível afirmar que também não é processo? Não é distinta a crítica que pode ser feita ao conceito de jurisdição de Chiovenda, que afirma a inexistência de relação jurídica processual se não existir órgão que exerça jurisdição na relação com as partes (**Istituzioni di Diritto Processuale**, p. 290). Nessa linha, também

De todas, no Brasil, ainda tem prevalecido a teoria da relação jurídica⁷⁸, estabelecida por ENRICO TULLIO LIEBMAN⁷⁹, para quem o processo é uma relação jurídica, iniciada por provocação do autor, completada com a citação do réu, desenvolvendo-se em atos processuais logicamente encadeados, destinados à entrega de uma tutela jurisdicional.

O conceito de LIEBMAN deixa, propositadamente, evidenciada, a razão de ser do processo, isto é, sua finalidade específica de servir como instrumento à pacificação social, realizada pela imposição da tutela jurisdicional. Entretanto, não é só essa a característica que faz do conceito em destaque o mais completo. LIEBMAN também teve a particular preocupação de fazer constar no conceito de processo sua forma de desenvolvimento (o procedimento), representado pela forma como os atos processuais são encadeados.

Destaca-se, ainda, que a natureza jurídica do processo, segundo o mestre italiano em comento, é de uma relação jurídica, capaz de criar direitos, obrigações e ônus entre as partes e o julgador, tratando esta de outro elemento para a estipulação do conceito em exame.

Sendo, portanto, uma relação jurídica dinâmica, porque seu desenvolvimento se dá por meio de atos distintos, estes atos somente podem ser considerados processuais (atos jurídicos processuais), porque praticados no processo e para o processo⁸⁰.

para Chiovenda a ausência de jurisdição arbitral levaria à ausência de relação jurídica processual e, por consequência, de processo.

⁷⁷ Elio Fazzalari, *Istituzione di diritto processuali*, p. 8: *Se, poi, al procedimento di formazione del provvedimento, alle attività preparatorie attraverso le quali si verificano i presupposti del provvedimento stesso, sono chiamati a partecipare, in una o più fasi, anche gli 'interessati', in contraddittorio, cogliamo fra loro, gli 'interessati', cioè i destinatari degli effetti di tale atto*".

⁷⁸ Oskar Von Bülow, anteriormente a Liebman, já ensinava que: *Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponem en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. in La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, p. 1.

⁷⁹ Cf. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. 1, p. 34

⁸⁰ Cf. J.J. Calmon de Passos. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 43.

Assim, os atos jurídicos processuais têm como traço distintivo o fato de que não são praticados para atender a vontades específicas eventualmente manifestadas pelas partes⁸¹. É preciso destacar que essa manifestação de vontade sequer é relevante para a prática do ato, na medida em que a finalidade do ato é cumprir o ônus processual estabelecido por lei e sua causa é o fato do processo ter atingido o momento oportuno e relevante à sua prática.

Não é por outro motivo que LIEBMAN afirma que nos atos processuais a vontade das partes é absolutamente irrelevante, limitando-se à superficial vontade de praticar o ato, visto que seus efeitos são previstos em lei⁸².

Essa característica, em primeiro lugar, desqualifica os atos processuais dos negócios jurídicos, e os vincula a outra categoria de atos jurídicos, os denominados atos jurídicos em sentido estrito.

Tal fato impõe uma alteração de premissa: para os atos processuais, em detrimento da manifestação de vontades, ganha relevância o requisito formal⁸³, não raras vezes criando a lei forma específica para que o ato possa produzir todos os efeitos que a lei lhe atribui. Mais que isso: a nulidade de um ato não se encerra nele mesmo, mas afeta todos os atos processuais seguintes dele dependentes⁸⁴.

Não há dúvidas que esse conjunto de características transforma o mecanismo de apreciação do fenômeno das invalidades no ramo do direito processual, mas as alterações desse tratamento legal e interpretativo também decorrem dos princípios que regem esse ramo específico do direito.

⁸¹ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 414.

⁸² *Manuale de Diritto Processuale*, p. 216.

⁸³ O requisito da forma somente se justifica como garantia de que o ato será capaz de produzir a finalidade para a qual foi previsto na lei, cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 421.

⁸⁴ “*Dichiarato nullo un atto, esso perde ogni suo effetto giuridico; ma è logico che se in seguito al medesimo sono stati compiuti altri atti, la nullità influisca anche rispetto ad essi: ciò è da intendere solo in quanto gli atti successivi siano dipendenti da quello nullo*”. Lodovico Mortara, *Istituzioni di Procedura Civile*, p. 97.

2.2.1. Anulabilidades e Direito Processual

Antes de enfrentá-los, entretanto, vale a observação de ordem estrutural dos atos processuais, feita por DINAMARCO⁸⁵. De acordo com o professor brasileiro, a anulabilidade de atos jurídicos é própria dos atos de direito privado. A natureza dos negócios jurídicos envolve a análise de vícios radicais e vícios menos radicais (entre estes, a incapacidade relativa do agente e os vícios de manifestação de vontade).

Observa, ainda, o autor das *Instituições de Direito Processual Civil* que, se alguém quisesse transpor para o direito processual o tema das anulabilidades, não restariam atos nulos no processo, todos seriam anuláveis! Isto porque no direito processual, os atos nulos não estão impedidos de produzirem efeitos, até que sua nulidade seja reconhecida, neutralizando o ato viciado.

Nestes casos, poder-se-ia argumentar que a existência, eventual, de prazos estipulando tempo para impugnação da nulidade, conferiria a caracterização de anulabilidade a atos viciados. Não é bem assim: a uma porque se isso fosse verdade, o tema da preclusão, a força da coisa julgada e o prazo decadencial da rescisória levaria todos os atos ao campo da anulabilidade, como bem observado por DINAMARCO.

A duas, porque, como visto, mesmo no direito material se encontram nulidades com prazo para impugnação – como é o caso do já citado tema da nulidade de testamento, cujo prazo de impugnação é de 5 (cinco) anos. A existência de prazos decadenciais, portanto, não transforma os atos nulos em anuláveis.

De outro lado, o fato do ato produzir algum efeito para depois ser decretada a nulidade e apagados os efeitos supostamente produzidos não significa que os atos sejam anuláveis. Como em direito processual, como visto, a vontade é irrelevante do ponto de vista dos efeitos que o ato é capaz de gerar (alguma vontade o ato deve ter até mesmo porque precisa de agente para ser caracterizado como ato jurídico), não se examina o ato processual no campo dos vícios de consentimento. O tratamento dado pela lei processual aos atos praticados por agente incapaz (absoluta ou relativamente)

⁸⁵ *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. II, p. 591.

é exatamente o mesmo: havendo defeito de forma, de objeto ou de agente, o ato processual será sempre nulo⁸⁶.

Assim, se o direito processual é regido pelos seus próprios princípios⁸⁷ – porque destinado à regulamentação e estudo do exercício da atividade jurisdicional – princípios próprios se aplicam à validade ou não dos atos jurídicos processuais, interferindo diretamente na possibilidade/interesse de reconhecimento da invalidade de um determinado ato processual.

2.2.2. Princípios do direito processual aplicáveis ao estudo da validade dos atos processuais e sua existência na arbitragem

São princípios que regem o sistema das invalidades dos atos processuais os seguintes: a) princípio da especificidade; b) princípio do prejuízo; c) princípio da convalidação; d) princípio da proteção; e) princípio da conservação; f) princípio da causalidade; g) princípio da instrumentalidade; h) princípio do interesse; i) princípio da economia processual⁸⁸.

O princípio da especificidade não foi claramente adotado na legislação brasileira e impõe que somente deverão ser decretadas as nulidades expressamente previstas na legislação. Já o princípio do prejuízo impõe que só haverá nulidade se a violação gerar prejuízo a qualquer das partes (*pás de nullité sans grief*).

O princípio da convalidação determina, por sua vez, que se a parte expressa ou tacitamente concorda com o ato nulo, perderá o direito de pleitear o reconhecimento

⁸⁶ Conforme observação de Dinamarco na obra e trecho já citados, há vozes afirmando que os atos processuais sejam também passíveis de anulabilidade. De fato, Vicente Greco filho, por exemplo, afirma que os atos processuais são passíveis de meras irregularidades, anulabilidades (se desrespeitadas normas dispositivas processuais), nulidades relativas (se desrespeitadas normas cogentes de interesse das partes), e nulidades absolutas, para as violações a normas de ordem pública (*in direito processual civil brasileiro*, 2º vol., pp. 45 e 46). Nesse sentido também é a lição de Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, p. 68. Galeno Lacerda trata do tema no plano dos pressupostos processuais, entendendo que a sanabilidade de alguns vícios no curso do processo justifica a atribuição de anulabilidade ao ato processual, o qual se encontraria em situação de condição resolutiva. Explica Galeno Lacerda, ainda, que se a norma violada gerar vício sanável mas ofenda norma de ordem pública, ter-se-á nulidade relativa, caso a norma seja de interesse das partes, haverá anulabilidade.

⁸⁷ Oskar Von Bülow, *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, pp. 3 a 6.

⁸⁸ Cf. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *Teoria da Inexistência no Direito Processual Civil*, p. 31.

da nulidade – isto se dá por declaração expressa da parte ou pelo fenômeno da preclusão (convalidação por reconhecimento tácito).

Aplica-se, ainda, ao direito processual a regra de que a nulidade somente poderá ser reconhecida se gerada por ato do julgador ou da parte contrária, a fim de que a invalidade não seja causada pela própria parte que a causou e a ela própria venha a beneficiar.

Pelo princípio da conservação, entende-se que se deve aproveitar os atos processuais ainda que inválidos, em benefício da economia e da celeridade processuais. Deste princípio é possível extrair o princípio da causalidade, de acordo com o qual a nulidade de um ato processual causa a nulidade dos atos processuais que dele dependam⁸⁹.

Como o processo não é um fim em si mesmo, mas método de realização da justiça, caso a nulidade tenha gerado prejuízo a quem por ela não será prejudicado, poderá o julgador afastar a nulidade. Ligado a este princípio há, ainda, o princípio da finalidade, de acordo com o qual se o ato processual nulo atinge sua finalidade e não gera prejuízo a qualquer das partes, dever-se-á afastá-la.

Por fim, rege o sistema das nulidades processuais o princípio do interesse e da economia processuais, de acordo com os quais somente se deve reconhecer as invalidades que tragam consequências relevantes para o processo – as meras irregularidades não precisam ser declaradas – e os atos processuais devem ser aproveitados para economizar a sua repetição, sempre que possível for.

O rol de princípios processuais relacionados por RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA⁹⁰ deve ser ligado, ainda, a outros princípios que regem todo o sistema processual, aos quais estão ligados e que também se aplicam à arbitragem. É desses princípios que se passa a tratar nos tópicos seguintes.

⁸⁹ José Roberto dos Santos Bedaque ensina que: “*Já se disse que o equilíbrio entre o formalismo extremo e a liberdade formal absoluta está na legalidade da forma, temperada pelo princípio da adaptabilidade, ao qual pode ser acrescentado o da economia processual. Isso leva, em outras palavras, à simplificação da forma, com a conseqüente eliminação do formalismo inútil e a valorização da finalidade*” in *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 423.

⁹⁰ No já citado *Teoria da Inexistência no Direito Processual Civil*, pp. 31 e 32.

2.2.2.1. Princípios informativos do processo

Já se afirmou que o processo não é um fim em si mesmo. Principalmente após o advento do trabalho de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁹¹, pensa-se o processo não só como um fenômeno necessário à aplicação do direito, ou, pelo conceito, como uma relação jurídica estabelecida entre as partes e o Estado-juiz.

O processo vem sendo pensado como meio para a realização do direito e pacificação social. Nessa visão, o processo não é só técnica jurídica e evolução científica aplicada: o processo tem fins diversos que o mero atendimento do resultado final – em sentido amplo, sentença.

Assim, conforme destacam ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTONIO CARLOS ARAÚJO CINTRA⁹², são quatro os princípios formativos (ou informativos) do processo: o princípio jurídico, o princípio lógico, o princípio econômico e o princípio político.

Todos os princípios em questão estão fundados na idéia principal de que o processo é instrumento, meio e mecanismo de solução de conflitos não podendo ser utilizado apenas para atingir o final, mas sim o melhor final que puder ser entregue às partes⁹³.

De acordo com o princípio econômico, o processo deve ser formado para atingir o melhor resultado, impondo o menor custo possível às partes e ao Estado. Isto

⁹¹ **Instrumentalidade do processo**, pp. 265 a 270: “afirmar a instrumentalidade, sem as especificações que se prepararam, é quase um lugar comum na doutrina (...) o lado negativo do princípio da instrumentalidade corresponde ao refluxo da escalada processualística que sucedeu às grandes descobertas dos processualistas na segunda metade do século passado (...) favorece o formalismo (...) A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em plenitude todos os seus escopos institucionais”.

⁹² **Teoria Geral do Processo**, p.51.

⁹³ Segundo a lição de Cândido Rangel Dinamarco, **Limites da Sentença Arbitral**, in **A Nova era do Processo Civil**, p. 30, sobre o processo arbitral há plena incidência dos princípios e garantias constitucionais inerentes à segurança interna do sistema processual. Continua o autor: “Quando se pensa no acesso à justiça, que é magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais”.

significa que o processo, por ser método de solução de conflitos, não pode ser custoso o suficiente a impedir o acesso à realização da jurisdição pelas partes. Também não pode o processo ser custoso para o Estado, sob pena de inviabilizar sua realização e dificultar a entrega da tutela jurisdicional.

Referido princípio aplica-se não só ao processo destinado à aplicação da jurisdição estatal. Aplica-se, também, à jurisdição privada na medida em que não se pode admitir que um processo, ainda que arbitral seja custoso o suficiente para impedir a qualquer das partes o acesso aos mecanismos de exercício dos direitos e ônus processuais, sob pena de violação, por consequência, aos princípios do contraditório, da imparcialidade e da igualdade⁹⁴.

Pelo princípio lógico, o processo deve ser formado para que contenha os meios mais eficazes à obtenção dos resultados almejados pelo sistema processual, de forma que sejam evitados, ao máximo, os erros que geram injustiças e, conseqüentemente, instabilidades.

Trata-se, também, de princípio aplicável tanto à jurisdição estatal quanto à jurisdição arbitral. O processo deve ser formatado de tal forma que os atos e procedimentos estabelecidos conduzam o menor caminho entre o início do processo e a obtenção do resultado justo.

Essa é a preocupação do legislador tanto na criação dos procedimentos do processo estatal, quanto ao entregar às partes o direito de regulamentarem como se desenvolverá o procedimento na arbitragem. Tanto assim é que o legislador, apesar dessa entrega, não deixou de regulamentar a necessidade do cumprimento de certos princípios processuais, bem como que a sentença será produzida em determinada forma e determinado tempo.

Pelo princípio jurídico o processo deve respeitar a igualdade das partes, como causa e também consequência do cumprimento do dever de imparcialidade do

⁹⁴ Esta é uma das razões que justificam a não obrigatoriedade da arbitragem em qualquer hipótese e a própria existência do art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal: como ninguém pode ser forçado a seguir o sistema da arbitragem, a parte que o escolhe tem o ônus de certificar-se do custo que ele gerará para o debate de direitos.

julgador. Mas o princípio em questão também determina que o sistema processual deve ser criado para atender ao que determina a legislação material, não podendo o sistema de solução de conflitos deixar de atender o que determina o direito substancial.

Vislumbra-se, também em relação ao princípio em comento aplicação nas duas espécies de jurisdição – pública e particular. Nesta última, apresenta-se com nuances menos evidentes, embora presentes. De fato, o sistema da arbitragem estabelece textualmente a necessidade de atendimento ao princípio de igualdade das partes, a representar a denominada paridade de armas, que evita a condução do processo e do procedimento em benefício de apenas uma das partes.

Com relação à observância do direito material, até mesmo em consequência do fato de que o árbitro não tem, necessariamente, o mesmo conhecimento do juiz a respeito da legislação, verifica-se em relação ao árbitro liberdade maior para o julgamento da causa, não estando adstrito a critério de legalidade estrita, como se observa na jurisdição estatal, mas devendo respeitar a ordem pública e os bons costumes⁹⁵.

Entretanto, o controle da validade da sentença arbitral, seja com a utilização dos embargos de declaração⁹⁶, seja com a possibilidade da ação prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem, verifica-se *a posteriori* das invalidades que se fundam tanto no direito processual quanto no sistema de direito material (art. 32, inciso I da Lei de Arbitragem).

Discute-se, ainda, conforme se verá adiante, que no sistema da arbitragem possa ser possível a impugnação judicial da sentença arbitral que viola norma de ordem pública, a exemplo do que se observa em relação à sentença estrangeira.

⁹⁵ Cf. art. 2º, §1º da LA.

⁹⁶ Selma Ferreira Lemes vê nos embargos declaratórios apenas uma forma de continuidade do processo arbitral, cf. Os “*embargos arbitrais*” e a *revitalização da sentença arbitral*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, pp. 37-39, jul./set. 2005, p.38.

Como se vê, embora com maior amplitude se comparado à jurisdição estatal, o sistema da arbitragem também obedece ao princípio jurídico, formativo do sistema processual.

Atentando-se, por fim, ao princípio político, tem-se que se trata do valor segundo o qual o sistema processual busca o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício pessoal.

Tal princípio também é buscado pelo sistema da jurisdição estatal e pela jurisdição privada. A só existência do sistema de arbitragem implica atendimento ao princípio em questão.

Como se sabe, a decisão pela adoção do sistema da arbitragem não foi simples, como também não o foi o reconhecimento de sua constitucionalidade e a desnecessidade de homologação judicial posterior. Todas essas questões, ultrapassadas pelo legislador de 1996, são o reconhecimento de que o sistema da arbitragem favorece a obtenção de melhores resultados, juntamente com o sistema judicial, para que o Estado atinja o máximo de garantia social.

De fato, o crescimento da arbitragem no Brasil⁹⁷ indica que o sistema da arbitragem favorece a obtenção de soluções para conflitos numa série de questões em que o sistema da jurisdição estatal não se mostrava célere ou adequadamente instruído para uma pronta e definitiva decisão.

De outro lado, a criação desse sistema não significa prejuízo para o reconhecimento da qualidade e importância do sistema de solução de conflitos da jurisdição estatal. Nem significa que compete ou pretende ser solução para crises que a jurisdição estatal enfrenta⁹⁸.

⁹⁷ Cf. recentes dados publicados em artigo de Marco Maciel, *Treze anos da Lei de Arbitragem*, in Revista de Arbitragem e Mediação, n. 23, p. 30, se na legislação anterior o Brasil ocupava posições próximas do 20º lugar na CCI, após a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo STF, o Brasil passou a ocupar posições próximas da 10ª posição, chegando a estar em 4º em 2006.

⁹⁸ Discorda-se aqui da opinião de Joel Dias Figueira Júnior, *Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional*, p. 14. Mauro Cappeletti e Bryant Garth, entretanto, colocam de outra forma o tema, dentro de uma série de medidas que vêm sendo adotadas por vários países, tais como a valorização do princípio da oralidade, do livre convencimento, a imediatidade e a concentração de atos. Dessa forma, a utilização de soluções alternativas de conflitos que – segundo os autores que ao

Isto porque apesar de conferir uma série de benefícios às partes, tais como a celeridade, a ausência de recursos, o sigilo e a especificidade dos julgamentos, a arbitragem não perdeu, nem perderá, a característica de ser método alternativo de solução de conflitos. Em outras palavras, não havendo opção expressa por esse sistema, tem-se que a jurisdição estatal é o método de solução de conflitos a ser utilizado.

A Arbitragem, nesse aspecto até impõe mais sacrifício pessoal – muitas vezes econômico – das partes se comparado com a jurisdição estatal, que em alguns casos chega até a ser gratuita. Entretanto, tal fato não significa que a arbitragem não seja instituída em favor da obtenção de maior garantia social, isto é, tende para a pacificação de conflitos, com utilização cada vez mais freqüente no Brasil e no mundo.

Os princípios formativos do processo, portanto, são valores que incidem sobre todas as espécies de processo do sistema geral de solução de conflitos do Brasil. São valores que se destinam não só aos operadores de direito, mas também ao legislador, na formação das leis que regem esses sistemas.

Não é por outro razão, aliás, que são estudados no âmbito de uma teoria geral do processo, que permite a identificação de valores que se observam em todos os sistemas processuais.

Assim, como se verifica da conjugação dos princípios estudados neste item, verifica-se que o sistema do processo arbitral atende integralmente aos princípios informativos do sistema processual, princípios estes que norteiam o estudo não só do processo, como também dos atos que são praticados no seu curso, impondo ou restringindo a incidência de valores próprios do sistema processual.

escreverem não se ativeram especificamente ao sistema brasileiro, podem ser obrigatórias ou não – são hipóteses que também vêm para aumentar o leque de instrumentos passíveis de resolverem, juntos, a crise que os sistemas judiciários em geral vêm sofrendo. in *Acesso à Justiça*, p. 81.

Por se tratarem de princípios informativos do sistema processual, seu direcionamento é ainda mais amplo que os princípios pertencentes à aplicação do processo. Tendo atendimento aos ditames desses princípios, reafirma-se a constitucionalidade – e por isso a validade – do processo arbitral. Assim, a aplicação da arbitragem não deve se distanciar dessas linhas mestras para o atendimento de um resultado justo e constitucional.

Por essa razão, faz-se necessária a análise de princípios do sistema processual que, apesar de não adotados expressamente na legislação da arbitragem, são valores que também devem incidir em determinadas análises desse sistema de solução de conflitos.

2.2.2.2. Princípio do Contraditório

No princípio do contraditório a ciência processual encontra um dos principais fundamentos que viabilizam a justiça das decisões e sua própria legitimidade.

De acordo com esse princípio, deve ser garantido às partes direito à manifestação sobre os fatos e provas produzidos no processo, bem como sobre as decisões produzidas pelo órgão julgador.

Assim, na lição de DINAMARCO⁹⁹, o contraditório é composto por um binômio. A ausência de qualquer um dos itens que compõem esse binômio gera ausência de contraditório nos moldes desenhados pela Constituição Federal.

O contraditório é composto por informação e oportunidade de defesa. Isto é, para que se tenha contraditório, deve-se, primeiramente, informar a parte da existência do processo, bem como do ato sobre o qual terá a oportunidade de se manifestar. Além dessa informação é necessário que a parte tenha efetiva oportunidade de manifestação, isto é, oportunidade para que possa contradizer o que foi afirmado pela parte contrária ou o que foi julgado pelo órgão julgador.

⁹⁹ in *Instituições de Direito Processual*, Vol. 1, p. 218.

De acordo com o que determina o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, aos litigantes em processo administrativo e judicial são garantidos o contraditório e a ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Pouco importa se haverá ou não formação de coisa julgada ao final do processo, se a decisão a ser produzida será imutável ou indiscutível. O que importa é que a decisão seja fruto da real oportunidade de manifestação das partes envolvidas e sujeitas ao comando a ser estabelecido pelo órgão julgador, seja qual for o processo.

Por essa razão, como já enunciado anteriormente, FAZZALARI¹⁰⁰ ensina que o próprio conceito processo é composto pelos elementos procedimento e contraditório. Assim, sem contraditório, não se tem processo, mas mero procedimento – como o que ocorre, no Brasil, no curso dos inquéritos policiais, em que não se tem contraditório, apenas procedimento administrativo de busca de indícios de autoria e materialidade, a cargo da polícia judiciária.

A ordem constitucional exige, portanto, contraditório tanto para processos administrativos quanto para os processos judiciais. Isto porque sem contraditório não se pode falar em processo – seja ele administrativo ou judicial.

Entretanto, observa-se um verdadeiro silêncio constitucional ao mencionar a garantia em questão em relação à arbitragem, capaz de gerar processo, que não é administrativo, tampouco judicial.

Questiona-se, portanto, se a garantia constitucional em questão abrange os processos arbitrais.

Nesse aspecto, deve-se destacar que o processo arbitral não é processo administrativo, na medida em que não é processado – nem julgado – por órgão ligado ao poder executivo. Além disso, as decisões arbitrais são capazes de formar coisa julgada material – que não poderá ser revista pelo Poder Judiciário, como ocorre com

¹⁰⁰ in *Instituzioni di Diritto Processuale*, p. 8

as decisões administrativas, e capaz de formar título executivo judicial (na forma do art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil).

Por outro lado, também não se pode afirmar que o processo arbitral tem natureza judicial. Embora o Código de Processo Civil dê essa sensação com a previsão do art. 475-N, retro mencionado, o que se observa na redação do referido dispositivo foi a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial.

Essa equiparação tem sua razão de ser: como o processo arbitral é capaz de gerar coisa julgada material – isto é, a sentença arbitral, ainda que eventualmente corrigida por embargos de declaração e não sujeita a qualquer das hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem, será definitiva e não poderá ser objeto de novo julgamento, reforma ou recurso perante o Poder Judiciário – com sua equiparação à sentença judicial garante-se à sentença arbitral, quando de sua execução, a mesma eficácia da sentença judicial.

Assim, ao incluir a sentença arbitral na relação de títulos executivos judiciais, o que fez o legislador foi atribuir à sentença arbitral o mesmo tratamento executivo dado à sentença judicial. Ou seja, a execução da sentença arbitral – que como visto é reservada ao Poder Judiciário – se dará na forma de execução por cumprimento de sentença, prevista no Código de Processo Civil nos artigos 475-I e seguintes deste diploma legal.

Ao iniciar o cumprimento de sentença, não poderá o Poder Judiciário voltar a decidir as questões já julgadas pelo árbitro na sentença arbitral, mantendo-se, assim, intocável este resultado, respeitando-se, a coisa julgada material dele decorrente. Sendo o cumprimento de sentença a forma de executar a sentença arbitral, a defesa do executado se dera somente por meio da impugnação, nas restritas hipóteses do art. 475-L do mesmo Código.

Por essa razão, o artigo 475-N, inciso IV, não pode ser argumento para enquadrar o processo arbitral no rol de processos judiciais. Estes, como já afirmado, são aqueles conduzidos pelo Poder Judiciário.

Poder-se-ia, por outro lado, tentar afirmar que a Lei de Arbitragem estabelece textualmente que o árbitro é *juiz* de fato e de direito da causa e que esse *status* do árbitro garantiria ao processo arbitral a condição de processo judicial.

Não parece, ainda assim, que essa tenha sido a *mens legis* ao prever a regra contida no art. 18 da Lei de Arbitragem. A razão de ser desse dispositivo é justificada pela necessidade de deixar legalmente prevista a possibilidade do árbitro de julgar tanto a matéria de fato quanto de direito.

Entretanto, essa regra não transforma o árbitro em juiz, mesmo porque, como será demonstrado, o árbitro não é juiz natural. Também será visto que o árbitro não exerce jurisdição estatal, mas sim jurisdição privada, de tal forma que não se pode vincular a atividade dos árbitros a uma efetiva atividade judicial.

A exemplo da jurisdição – que neste estudo foi dividida em jurisdição estatal ou jurisdição privada – também o processo que gravitará em torno dessa jurisdição é o processo privado.

Isto não significa, entretanto, que deixou de ser processo. Assim, como visto na lição de FAZZALARI, este processo, para que exista como tal, torna necessário que se realize também nele o contraditório, sem o que será mero procedimento.

Portanto, pode-se afirmar que a garantia constitucional, estatuída pelo Constituinte de 1988 não procurou restringir o contraditório em nenhum de seus termos, de tal forma a merecer interpretação extensiva que abarque também o processo privado da arbitragem.

Deve-se destacar que ao estabelecer a garantia constitucional do contraditório, em 1988, o processo arbitral ainda era sujeito à homologação judicial, nos termos até então previstos no Código de Processo Civil. Assim, observava-se, até então, efetiva atividade judicial na homologação dos julgados arbitrais, a fortalecer a idéia de que a garantia constitucional em questão era aplicável ao processo arbitral.

Com o advento da Lei de Arbitragem deixou de existir aquela atividade judicial necessária à eficácia dos comandos arbitrais, mas nem por isso o contraditório deixou de integrar uma garantia necessária à constitucionalidade do comando contido na sentença arbitral.

Deve-se entender, portanto, que a garantia do contraditório estabelecida no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal também se aplica ao processo arbitral – acima de tudo por que é processo, mas, além disso, porque somente se pode admitir constitucionalidade da sentença arbitral se as partes a ela sujeitas o exerceram efetivamente.

Outras consequências também podem ser extraídas das conclusões até aqui extraídas da aplicação do princípio – e da garantia – do contraditório no processo arbitral: sem o atendimento desse princípio, como visto, não se terá processo e, portanto, seria inadmissível que o Poder Judiciário a ele desse execução.

Também não se poderia admitir qualquer legitimação do julgado que ofende o contraditório a tal ponto que não se pode sujeitar o condenado sem contraditório ao comando estabelecido na sentença.

Mas para que não se tenha dúvidas acerca dessa necessidade, ainda assim estabeleceu o legislador que o processo arbitral não será admitido se não for consequência da aplicação desse princípio, conforme determina o art. 21, §2º da Lei de Arbitragem.

Por essas razões, não é a necessidade da aplicação do contraditório no processo arbitral apenas uma exigência legal para que se lhe dê cumprimento, é antes de tudo uma exigência constitucional igualmente aplicável ao processo arbitral, na forma da interpretação extensiva retro mencionada.

Também é importante destacar que o contraditório não é voltado apenas para o pólo passivo do processo arbitral. O contraditório deve ser exercido por ambas as partes, sempre que no processo surgir alegação nova de fato.

Deve-se, por outro lado, ter a cautela para que o contraditório, sob uma conservadora visão de oportunidade ampla, seja causa de demora processual. Pode-se, sem prejuízo para o contraditório, proceder-se à concentração dos momentos em que o contraditório será exercido, viabilizando – a par do cumprimento da exigência – também a celeridade processual tão almejada pelas partes no decorrer e na própria escolha da arbitragem como método de solução do conflito.

Como se vê, o não atendimento desse princípio, por constituir um dos elementos do próprio processo, poderá prejudicar a sua própria existência – quando totalmente ausente – ou a sua validade, se presente parcialmente, razão pela qual sua realização deve ser integralmente cumprida.

2.2.2.3. Princípio da Igualdade das Partes

De acordo com o princípio da igualdade das partes, deve-se garantir às duas partes da relação processual as mesmas oportunidades processuais, para que a condução do processo não penda para qualquer das partes, a não ser em função do direito ou da razão que qualquer delas possuir no processo.

Nesses termos, o princípio da igualdade aplicado no processo significa paridade de armas, como já estabelecido na doutrina processual, de tal forma que ambas as partes terão, a todo instante, as mesmas oportunidades processuais.

O procedimento arbitral a ser estatuído pelas partes, entre si, ou juntamente com o árbitro, deverá refletir a aplicação do princípio em questão, concedendo a ambas as partes não só a oportunidade de manifestação, como também que essas oportunidades sejam as mesmas para todas as manifestações, ônus e direitos exercidos no processo arbitral.

Assim, se de um lado é concedido prazo para uma manifestação de qualquer das partes, à outra deve ser estabelecido o mesmo prazo. Se uma das partes tem direito à escolha das provas que serão produzidas, a mesma oportunidade deve ser atribuída à outra parte. Se uma é obrigada a apresentar todas as provas que dispuser, a outra deverá possuir o mesmo ônus, e assim por diante.

O princípio em questão também corresponde à aplicação no campo do direito processual da garantia constitucional estabelecida no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, de tal forma que não deve ser estudado apenas como uma regra estabelecida pela Lei de Arbitragem, mas principalmente por ser uma exigência constitucional que, como tal é fundamental para a validade da sentença arbitral.

O não atendimento a esse princípio leva à invalidade do processo arbitral, não só pelo descumprimento da norma do art. 21, §2º da LA, mas também pelo descumprimento do que determina o art. 5º da Constituição Federal.

2.2.2.4. Princípio da Imparcialidade do árbitro

Pelo princípio da imparcialidade o julgador não deve pender para qualquer das partes no curso do processo, até que seja definitivamente julgado. É claro que no momento da entrega da tutela jurisdicional haverá a necessária tomada de partido pelo julgador, obrigado a decidir em favor de alguma das partes.

Entretanto, tal se dará em função da aplicação do direito ao caso concreto – isto é, por meio da atividade jurisdicional, e não por opção, discricionária, do julgador. Surgem, aqui, influências de cunho social, político e até religioso na mente do julgador, razão pela qual se entende que o julgador, embora imparcial, não pode ser neutro. Na arbitragem, entretanto, é outro o conceito de neutralidade. A neutralidade é idéia ligada à concepção de nacionalidade do árbitro¹⁰¹.

Trata-se de princípio igualmente amparado pela Constituição Federal, mas que encontra aplicação, fundamentalmente, no processo judicial e também no processo arbitral.

A garantia de que o julgador será imparcial é definida não só pelo mandamento de que deverá ser imparcial, como também pelo sistema de impedimentos e suspeições que viabilizam o afastamento de julgadores que – ainda de

¹⁰¹ Cf. Selma Ferreira Lemes, *Árbitro princípios da independência e imparcialidade*, p. 68.

forma indireta – possam pender para qualquer das partes no curso do processo arbitral.

A questão em análise também é tratada pela legislação processual. Fundamentalmente nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil são relacionadas as hipóteses de impedimento e suspeição, respectivamente.

Nesses dois dispositivos, verifica-se uma clara separação feita pelo legislador, a qual permite o estabelecimento de uma linha divisória entre eles: No artigo 134 do Código de Processo Civil, ao tratar das hipóteses de impedimento, o legislador relacionou uma série de situações em que é possível verificar a necessária quebra de imparcialidade do juiz, nas quais as provas poderão ser realizadas objetivamente.

Assim, será considerado impedido o juiz casado, irmão, ascendente, descendente ou parente em até 3º grau de qualquer das partes, bem assim o cônjuge de seus patronos, etc. Como se vê, em todas essas situações é possível demonstrar, objetivamente, a situação jurídica de impedimento do juiz.

O vício do impedimento do juiz, não apontado, recusado ou afastado indevidamente no curso do processo é tão grave que é tratado pelo Código de Processo Civil como hipótese de rescindibilidade da sentença judicial, como comprova o art. 485, inciso I do mesmo Código.

Já a situação da suspeição, embora seja capaz de levar à quebra da imparcialidade recebe tratamento legislativo mais ameno. Tanto assim é que não se verifica nas hipóteses de suspeição o mesmo tratamento da lei previsto para o impedimento judicial, quando trata das suas consequências. Conforme se observa do art. 485 do mesmo Código, a suspeição não é capaz de gerar rescindibilidade da sentença judicial – diferentemente, como visto, do impedimento.

Isto ocorre em função da natureza jurídica dos vínculos capazes de gerar suspeição. Conforme a própria denominação indica, se no impedimento judicial se verificam hipóteses de certeza jurídica quanto à parcialidade do juiz, nas hipóteses de suspeição o que se tem são situações de dúvida.

Nestas, caso verificadas, deverão ser alegadas por qualquer das partes. Em sendo provadas, implicam a remessa dos autos do processo a outro juiz – não suspeito ou impedido. A diferença entre esses institutos se apresenta no fato de que se a suspeição não alegada até o trânsito em julgado, não poderá ser causa de rescisão da sentença judicial, ao passo que o impedimento o é. Em suma, a suspeição gera dúvida quanto à parcialidade do juiz, sendo que essa dúvida, caso existente, deverá ser resolvida no curso do processo. Já na hipótese do impedimento, por se tratar de certeza jurídica, a imparcialidade certa não pode ser admitida, a não ser na hipótese de surgimento da coisa soberanamente julgada – aquela surgida após o decurso do prazo decadencial da ação rescisória.

Como se vê, o tratamento legal da suspeição e do impedimento se assemelham por se tratarem de situações em que a lei rechaça a participação do juiz sobre o qual penda qualquer dúvida quanto à sua imparcialidade. Entretanto, entre elas estabelece-se a diferença entre a certeza jurídica da parcialidade e a dúvida – que pode ser afastada pela inércia das partes.

Esse tratamento legal, segundo é de parecer, não deve ser totalmente aproveitado na Lei de Arbitragem. Embora as hipóteses de suspeição e impedimento também existam no âmbito da arbitragem, não devem ser relacionadas com aquelas previsões do Código de Processo Civil.

Isto porque a aceitação da função de árbitro não é automática como é a do juiz quando recebe o pedido do autor. Na arbitragem é necessário o cumprimento do dever de revelação, isto é, o dever de informar as partes sobre qualquer contato ou vínculo mantido pelo árbitro com qualquer das partes, a fim de que a vontade das partes prevaleça sobre a escolha do árbitro ou sua substituição.

Por outro lado, não cumprido adequadamente esse dever de revelação, poderá qualquer das partes impugnar o árbitro por impedimento ou suspeição, fundando-se na quebra do dever de imparcialidade, restando, nesse caso, violado o princípio da imparcialidade.

Pode-se afirmar, portanto, que esse princípio da imparcialidade está, no processo arbitral, atrelado a dois requisitos fundamentais: o cumprimento do dever de revelação do árbitro e a manifestação de vontade pelas partes.

O não atendimento desse princípio levaria a resultado injusto e, principalmente, inválido, não admitido pela Lei de Arbitragem e passível, portanto, de impugnação.

2.2.2.5. Princípio do Livre Convencimento

Outro princípio que deve ser necessariamente atendido pelas partes na formação e no curso do processo arbitral é o princípio do livre convencimento do árbitro.

Dois sistemas de formação do convencimento do julgador formaram-se na evolução do sistema processual. Um é o chamado sistema da prova tarifada, outro é o sistema do livre convencimento.

No sistema da prova tarifada a legislação processual estabelece o valor de cada um dos meios de prova utilizados no processo. Assim, a título de exemplo, no sistema da prova tarifada, uma prova documental poderá gerar maior valor probatório em relação à prova pericial, esta com maior valor em relação à prova testemunhal e assim por diante.

Por outro lado, no sistema do livre convencimento, atribui-se ao julgador liberdade para avaliação de todo o complexo probatório gerado no processo, a ponto de poder definir quais os meios de prova que serão mais ou menos decisivos na atividade de julgamento. De acordo com esse sistema, diante do conjunto probatório o julgador poderá atribuir maior relevância à prova testemunhal, em relação à documental, por exemplo, levando em consideração a credibilidade e a importância que cada meio de prova possui para o sistema processual.

O sistema do livre convencimento permite, portanto, maior liberdade ao julgador para atribuir à apreciação das provas a avaliação daquelas que, com justiça,

melhor representam os fatos debatidos do processo, aproximando, assim, o julgador do resultado mais coerente com todo o complexo probatório.

Assim, a opção pelo sistema do livre convencimento ampara melhor o objetivo de um processo justo équo, na medida em que o julgador não estará obrigado a respeitar regras de definição do valor das provas previamente estabelecido por lei.

O sistema adotado pela Lei de Arbitragem, que obriga o atendimento do princípio em questão em seu art. 21, §2º, portanto, procura garantir ao árbitro toda essa liberdade na avaliação do conjunto probatório, a exemplo do que igualmente determina o art. 131 do Código de Processo Civil¹⁰².

Mas o atendimento desse princípio, no processo arbitral ganha nuances ainda mais ampliativas dos poderes do árbitro se comparados em relação ao sistema probatório judicial.

Isto é perceptível em função do sistema da prova legal existente nos processos judiciais, que só admite a instrução do processo com a utilização, pelas partes, de algum dos meios de prova previamente estabelecidos na lei. Por essa razão, no processo judicial, poderão as partes valer-se da prova documental, do depoimento pessoal, da prova testemunhal, da prova pericial, da exibição e da inspeção judicial.

Já no que se refere ao sistema probatório da arbitragem, vislumbram-se oportunidades mais diversas. Conforme se verifica do art. 22, *caput* da Lei de Arbitragem, o sistema probatório do processo arbitral não está adstrito aos meios de prova estatuídos na lei processual. Daí porque a lei de arbitragem se vale não só do depoimento das partes, da prova testemunhal, produção de prova pericial, como também de *outros* meios de prova.

¹⁰² “Trata-se de regra que dá liberdade ao julgador para apreciar a prova e valorá-la para efeito de seu convencimento, mas não permite arbitrariedade ou imotivação na sua conclusão. Por isso as razões de seu convencimento devem ser indicadas. A indicação dos motivos é indispensável para a demonstração da racionalidade de sua persuasão” Francisco Cláudio de Almeida Santos, *As provas no procedimento arbitral*, p. 85.

CARMONA¹⁰³ ensina que os mecanismos de prova no processo arbitral podem até ser outros não conhecidos na legislação brasileira, em razão da autorização legal em questão. É o caso, segundo o autor, da *Discovery*, ao qual se pode incluir, também, a utilização de *expert witnesses*.

Trata-se de mecanismos não conhecidos na legislação brasileira, embora extremamente úteis para a rápida solução do conflito.

Entretanto, mesmo a criação de novos meios de prova para o processo arbitral não poderá interferir na ausência de hierarquia entre os meios de prova, sistema que, como visto, garante o livre convencimento do árbitro na atividade de julgamento do processo arbitral.

Discute-se, ainda, a respeito do livre convencimento do árbitro, se esse princípio é capaz de garantir a ele a imposição de realização de mecanismos de prova ou mesmo a imposição de sua realização.

Neste aspecto, o enfoque dos debates se volta para o limite da atividade do árbitro na instrução probatória do processo arbitral, por força do que determina o art. 22, §4º da Lei de Arbitragem.

Verifica-se uma clara distinção entre o tratamento dado a essa questão nos países de *common law* e nos países de *civil law*. Naqueles a tendência se dirige no sentido de atribuir ao julgador uma maior amplitude de poderes, chegando a se estabelecer o debate acerca da possibilidade do árbitro atribuir imposição pena a terceiros que não cooperam com a produção das provas (v.g. os casos de testemunhas renitentes). A questão, nesses países ainda está longe de uma definição, embora a maioria ainda rechace essa possibilidade – como é o caso da maioria das câmaras da *American Arbitration Association* dos Estados Unidos, embora na Inglaterra ainda se verifique essa possibilidade¹⁰⁴.

¹⁰³ in *Arbitragem e Processo*, p. 314.

¹⁰⁴ Cf. Bryant Yang Fu Yang e Diane Chen Dai, *Tipping the Scale to Bring a Balanced Approach Evidence Disclosure in Chinese International Arbitration*, in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Janeiro de 2008, p. 6.

Já nos países de *civil law* a tendência segue o sentido de uma maior restrição desses poderes do árbitro, reconhecendo-se nele o exercício de uma jurisdição limitada à esfera jurídica daqueles que entregaram ao árbitro a jurisdição necessária à atividade de julgamento. É o que se observa na França, na Alemanha e também no Brasil¹⁰⁵.

Tal fato explica a redação do art. 22, §4º da Lei de Arbitragem, ao estabelecer que a necessidade de qualquer espécie de medida coercitiva – v.g. a condução de uma testemunha renitente a uma audiência – deverá ser objeto de requerimento do árbitro (ou da parte interessada) ao juiz que seria competente para julgar a causa, não fosse pela opção das partes pelo sistema da arbitragem.

Assim, entende-se o princípio do livre convencimento como o princípio segundo o qual se deve atribuir ao árbitro liberdade para estabelecer seu convencimento sobre as provas produzidas no processo arbitral, sem vinculá-lo a qualquer espécie de valoração prévia do sistema probatório – que pudesse interferir nessa liberdade –, bem como sem atribuir-lhe poderes coercitivos além daqueles permitidos por lei.

Esse princípio do livre convencimento, por outro lado, não significa discricionariedade do árbitro na valoração dessas provas para realizar essa atividade de julgamento. Isto porque embora não existam valores previamente estabelecidos para a atividade de julgamento segundo a instrução probatória, o art. 26, inciso II da Lei de Arbitragem exige a fundamentação da sentença, onde o(s) árbitro(s) deverá(ão) realizar a demonstração das *questões de fato* e de direito que nortearam o dispositivo da sentença arbitral.

Trata-se, portanto, de livre convencimento motivado, isto é, explicado na atividade de julgamento, estabelecendo-se os fatores decisivos e as provas, como foram valoradas, na atividade de julgamento, cujo cumprimento é essencial à validade da atividade realizada pelo árbitro no processo.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 4.

2.2.2.6. Princípio da Instrumentalidade das Formas

Dentro da análise da validade dos atos processuais, como visto anteriormente, deve-se nortear a análise ao cumprimento dos quatro princípios informativos do processo. Neles, verifica-se a presença dos valores fundamentais para que um processo atenda a sua razão de existir como sistema de solução de conflitos.

Nesse sentido, se o sistema da arbitragem tem por objetivo a entrega de resultado final, capaz de impor a pacificação do conflito existente entre as partes e essa entrega, conforme a expectativa das partes – até porque escolheram a arbitragem como método de solução de conflitos – deve realizar-se com celeridade, parece absolutamente coerente com o sistema em questão que o descumprimento das formas seja relevante apenas se lhes prejudicar o atendimento da finalidade para o qual foram criados.

Deve-se questionar, entretanto, se num sistema como o da arbitragem, é possível tratar de forma ou formalismo para a condução do processo arbitral. Sobre esta questão, faz-se necessária a análise da importância da forma no sistema processual e em especial na arbitragem.

Já se afirmou anteriormente que os atos processuais diferenciam-se dos atos jurídicos materiais pela menor relevância da vontade para o atendimento de seus fins e produção de seus efeitos. Também já foi dito anteriormente que em substituição ao elemento vontade para a realização dos atos processuais, encontra-se a forma como elemento relevante para se reconhecer ao ato a capacidade de produzir efeitos.

É por essa razão que a legislação procura estabelecer forma específica para a validade de atos processuais de tal forma que, atendida a forma, os efeitos deles esperados serão necessariamente produzidos.

A lei de arbitragem, nessa esteira, previu cuidadosamente a forma a ser atendida pela convenção de arbitragem e também para a sentença arbitral.

Embora a convenção de arbitragem não seja um ato processual, visto que sua natureza jurídica é contratual – a cláusula compromissória é cláusula contratual e o compromisso arbitral é um verdadeiro contrato entre as partes que já possuem entre si um litígio – trata-se de ato material que tem por consequência o mecanismo por meio do qual se dará a formação de um processo.

Já a sentença arbitral, além de constituir o ato que veicula os julgamentos do processo arbitral, capaz por si só de formar coisa julgada material, também será o título executivo judicial para, perante o Poder Judiciário, se for o caso, proceder-se à execução do julgado (art. 475-N, inciso IV combinado com os arts. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil).

Por outro lado, quanto aos demais atos processuais, o que se observa é uma *deformalização* dos atos e do procedimento, tendendo, com isso, para maior celeridade de todo o sistema.

Esses atos processuais, entretanto, devem cumprir alguma forma para que existam. Conforme já afirmado os atos processuais arbitrais, além de atos processuais, são também atos jurídicos em sentido amplo. Portanto, levam a necessidade de preencher alguns elementos de existência: agente, objeto e forma.

Assim sendo, ainda que não se tenha forma definida em lei para a realização do ato processual arbitral, alguma forma deverá ser cumprida, para que o ato tenha alguma apresentação ou representação no processo. O ato processual pode ser oral, gestual ou escrito, sendo certo que no processo arbitral é possível a realização de qualquer dessas formas, ressalvadas as exigências legais estabelecidas na Lei de Arbitragem, por qualquer desses meios.

Tenha-se, por exemplo, o ato da contestação. Embora seja o meio necessário para a realização do contraditório, a Lei de Arbitragem não faz qualquer menção quanto à forma que esse ato deverá revestir. Assim, poderá a contestação ser realizada pelos meios oral ou formal – sendo possível até mesmo o gestual, v.g. valendo-se o réu do sistema de libras.

O que de fato importará para determinar a capacidade que o meio escolhido terá para permitir ao ato que produza seus regulares efeitos será o atendimento de uma das seguintes situações: primeiramente, se a forma escolhida para a realização do ato está de acordo com o que foi originariamente acordado entre as partes ou determinado pelo árbitro no início do processo arbitral – o que se dará, se for o caso, quando da realização da ata de missão; ou, não tendo ocorrido esse atendimento, se o árbitro entender que a forma utilizada não prejudica a finalidade que o ato pretende atingir (princípio da instrumentalidade das formas).

Se a contestação for apresentada oralmente, por exemplo, não basta que o árbitro a admita: a fim de que a finalidade do ato não seja prejudicada – numa futura e eventual discussão da validade da sentença arbitral quanto ao cumprimento do princípio do contraditório, será necessário documentar por meio de ata de apresentação que a contestação foi feita oralmente, bem como que o réu alegou toda a defesa de que dispunha no momento de sua apresentação.

Diante de tudo quanto afirmado, verifica-se que se deve aplicar ao sistema da arbitragem, por ser extremamente favorável aos objetivos dela, o princípio da instrumentalidade das formas, sem, entretanto, vincular-se a aplicação desse princípio às exigências do Código de Processo Civil.

O atendimento dessa observação, por outro lado, deve ser ligado à segurança jurídica que a prática de cada ato deve estabelecer. Assim, ainda que as formas no processo arbitral sejam extremamente flexíveis, alguns atos devem ser documentados de alguma forma, a fim de que registrem o atendimento dos princípios processuais aplicáveis e exigidos por Lei no processo arbitral: Deve-se documentar, ainda que feitos por outro meio que não o escrito, o cumprimento do dever de revelação do árbitro – ligado ao atendimento do princípio da imparcialidade; a contestação ofertada, a fim de que se comprove o atendimento do contraditório, que deverá ser combinado, também, à documentação das oportunidades que as partes tiveram para se manifestar nos autos – documentação esta que também atenderá à prova de atendimento do princípio da igualdade.

Já o princípio do livre convencimento poderá ser documentado na própria sentença, na medida em que na fundamentação é o que árbitro deixará claro como apreciou as provas fornecidas no processo arbitral.

CAPÍTULO II – JURISDIÇÃO, JUIZ NATURAL E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NA ARBITRAGEM

1. Arbitragem e Jurisdição

Embora o tema da arbitragem como atividade jurisdicional tenha ganhado cada vez menor relevância, à medida que a natureza jurisdicional da arbitragem vai se tornando cada vez mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência, é necessário revisitar o tema a fim de determinar quais características revestem a jurisdição arbitral.

Tratando dos elementos que compõem a jurisdição, CARMONA¹⁰⁶, inspirado nas lições de ADOLFO ARMANDO RIVAS, apresenta cinco elementos, quais sejam: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* e *executio*¹⁰⁷, sendo que, hoje, apenas os dois primeiros e o quarto estão presentes na arbitragem. Isto porque além da atividade cognitiva¹⁰⁸ e da sujeição do pólo passivo, a sentença arbitral tem força executiva, embora ainda dependa da atividade estatal para proceder à execução do julgado. A sentença arbitral não está mais sujeita à homologação judicial nem a qualquer discussão sobre o seu conteúdo, cabendo ao Estado, portanto, somente a execução material do julgado.

Buscando sempre extrair de cada análise do poder jurisdicional a necessidade de que emanasse do Estado o exercício dessa função, tem-se que ressalvada a coerção e a execução, cujo monopólio estatal ainda se mostra presente na legislação vigente,

¹⁰⁶ Cf. Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, p. 35.

¹⁰⁷ Esses elementos também foram tratados por Giuseppe Saredo, *Istituzioni di Procedura Civile*, V. I, 3ª edizione, Firenze, Giuseppe Pellas Editore, 1887, p. 198, conforme notícia de Pedro Antonio Batista Martins, *Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92*, in *Revista de Processo*, nº 77, p. 34: “*Notio*: facoltà di conoscere di una causa, de essere regolarmente investito della facoltà di decidere una controversia. *Vocation*: facoltà di far intervenire in giudizio tutti quei la cui presenza sia utile alla giustizia, al conoscimento della verità. *Coertio*: il diritto di farsi rispettare, de reprimere le offese a lei fatte nell’esercizio delle sue funzioni. *Iudicium*: diritto di giudicare e di pronunziare sentenze. *Executio*: diritto di rendere obbligatoria e coattiva, in nome del potere sovrano, l’ubbidienza ai propri ordini, alle propri decisioni”.

¹⁰⁸ A cognição processual também é existente no processo arbitral. Isto porque também na arbitragem o árbitro realiza atos de inteligência, consistentes em analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, conforme conceito de cognição de Kazuo Watanabe, *da cognição no processo civil*, pp. 58 e 59.

segundo a doutrina, todos os demais elementos da jurisdição são amplamente observados no exercício dessa função por meio da arbitragem.

Seguindo-se o objeto da análise posto em discussão CARLOS ALBERTO CARMONA explica que há duas correntes tratando do tema da natureza jurídica da arbitragem: a privatista e a publicista¹⁰⁹.

Segundo a primeira teoria, da qual são adeptos Satta¹¹⁰, Chiovenda e Carnelutti¹¹¹, a arbitragem seria um fenômeno privado, sem qualquer elemento publicista. Nesse sentido, Satta enxergava na arbitragem um mero acordo que tem por objetivo a renúncia à atividade jurisdicional. Isto porque a origem do poder de decidir dos árbitros se encontra na escolha das partes, que não conferem qualquer elemento publicista à atividade jurisdicional¹¹².

CARMONA critica essa posição¹¹³ explicando que tanto o árbitro quanto o juiz aplicam a lei ao caso concreto, de tal forma que o juízo de equidade seria mera possibilidade e não a regra.

Seguindo a mesma linha de SATTA, CHIOVENDA não vislumbra nos árbitros qualquer traço de exercício da função jurisdicional, na medida em que os árbitros não possuem atividade coativa. Ao tempo dos comentários de CHIOVENDA a sentença arbitral necessitava de posterior homologação judicial, fato este que reforçava a teoria de que a sentença arbitral seria mero parecer. Assim, concluía

¹⁰⁹ O tema, embora tenha hoje sua importância reduzida em função da aceitação pelos tribunais brasileiros da natureza jurisdicional da arbitragem, quando ainda era polêmica, foi também tratada por Pedro Antonio Batista Martins, *Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92*, in Revista de Processo, nº 77, pp. 25 a 64.

¹¹⁰ Satta extraía o conceito de dois dispositivos: um do Código de Processo Civil Italiano (art. 1º) e outro do Código Civil (art. 2907), concluindo que da combinação desses dois textos, extrai-se que a jurisdição é a tutela jurisdicional dos direitos realizada pelo juiz ordinário que é dela investido.

¹¹¹ A opinião de Carnelutti, a exemplo da de Chiovenda, vinha enfatizada pela necessária homologação do laudo (Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, Tomo II, pp. 340 e 341).

¹¹² O autor espanhol Jaime Guasp parece seguir essa orientação ao afirmar que *igualmente debe tenerse en cuenta que la Jurisdicción puede sustraerse por la voluntad de las partes, cuando se trate de materias de su libre disposición, acudiendo a la institución del arbitraje*. Jaime Guasp e Pedro Aragoneses, *Derecho Procesal Civil*, p. 101.

¹¹³ Cf. *A Arbitragem no Processo Civil*, p. 30.

CHIOVENDA que o laudo arbitral apenas apresentava a conclusão fática do caso, sendo que a homologação judicial tornava-a jurídica¹¹⁴.

Hoje, no Brasil, esse argumento é desprovido de fundamentação. Isto porque a sentença arbitral não necessita de posterior homologação judicial e, inclusive, é equiparada ao título executivo judicial no que se refere à execução da sentença.

Mesmo ao tempo em que CHIOVENDA desenvolvia a crítica, já se consideravam os casos de sentenças declaratórias, cujo objeto se restringia apenas a declarar a regra jurídica aplicável em determinada hipótese, sendo que essa espécie de sentença era passível de ser emitida tanto pelo Poder Judiciário, quanto por meio da arbitragem. Não bastasse o argumento, a força vinculativa do julgado arbitral não permitia ao juiz, no momento da homologação (que, frise-se, hoje é dispensada), que deixasse de homologá-la, fato este que demonstra a força jurisdicional do julgado¹¹⁵.

CARMONA ainda aponta os entendimentos de CARNELUTTI e FAZZALARI. Para o primeiro a arbitragem seria um “equivalente do processo civil”, na medida em que a composição da lide (conceito carnelutiano de jurisdição) não teria caráter público. Mais uma vez o argumento é baseado na ausência de coerção dos árbitros e no fato de que os árbitros não compõem o poder jurisdicional.

Já para FAZZALARI, noticia o autor brasileiro, a sentença arbitral teria natureza contratual¹¹⁶. Este fato, combinado à ausência de investidura, na lição do autor italiano, retiraria da arbitragem a natureza pública.

Seguindo a lição de PEDRO A. BATISTA MARTINS, o que a teoria privatística de todos os seus seguidores tem em comum é o fato de aos árbitros falta *coertio* e *executio*, que seria para que se lhes assegurasse competência para imposição de sanções, oitiva de testemunhas, determinação de medidas cautelares e, também, por

¹¹⁴ Giuseppe Chiovenda via na jurisdição a forma de atuação da vontade concreta da lei. Conforme lição de Luis Eulálio de Bueno Vidigial, analisando-se as diversas doutrinas sob o enfoque do escopo da jurisdição, as distinções seriam meros pontos de vista. in *Direito Processual Civil*, p. 307.

¹¹⁵ Cf. Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Processo Civil*, p. 31.

¹¹⁶ Elio Fazzalari, *Istituzione di Diritto Processuali*, pp. 518 e 519.

que era, ao tempo das críticas – como já afirmado – necessária a homologação de sentença.

Comentando a legislação anterior à vigente, CARMONA¹¹⁷ já explicava a argumentação da teoria publicista¹¹⁸, bem como os entraves que essa teoria encontrava na legislação brasileira. De fato, explica o professor que a teoria que enxerga na arbitragem o efetivo exercício de função jurisdicional¹¹⁹ destaca que o contrato de compromisso arbitral não gera apenas efeitos no âmbito do direito privado, atingindo, também o direito público ao derrogar regras de competência estatais¹²⁰.

Ademais já se destacava que a ausência de *coertio* não prejudicava, como ainda não prejudica, o conceito de atividade jurisdicional¹²¹. Frise-se que ao ser nomeado pelas partes para julgar um dado conflito o árbitro exerce poder de decidir, questões de fato e de direito, de tal forma que sua decisão passa a ser de cumprimento obrigatório das partes. Não há, pois, como negar que o árbitro exerce verdadeiro *ius dicere* no caso concreto, atividade esta que apenas não possui *coertio*, a qual é obtida junto ao Poder Judiciário.

Por outro lado, a crítica antes feita por CARMONA¹²² no sentido de que, no sistema anterior ao vigente, a necessidade de homologação para o laudo arbitral implicava ausência de reconhecimento legislativo sobre a natureza jurisdicional da

¹¹⁷ Cf. Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Processo Civil*, pp. 35 e 36.

¹¹⁸ Enrico Redenti e Mario Vellani mostram que as modificações ocorridas na legislação italiana a partir da década de 80 levaram à maior autonomia da sentença arbitral, vinculando as partes ao resultado do processo arbitral. *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, pp. 23 e 24.

¹¹⁹ Nesse sentido, também Giovanni Verde, *Profili Del Processo Civile*, Tomo I, p. 42.

¹²⁰ Parece acompanhar esse raciocínio Alcides de Mendonça Lima, ao afirmar que *desde que sejam direitos disponíveis, as partes podem resolver seus conflitos de interesses por atos delas próprias, se tiverem capacidade e for obedecida a forma prescrita ou não vedada por lei. Segundo esse raciocínio, entende-se que as partes podem confiar livremente a solução a terceiro, fora do Poder Judiciário. Entretanto, para que tal julgamento tenha eficácia legal e seja exequível, a lei traça normas expressas para a formação do juízo, seu procedimento e sua executoriedade. Institui, assim, o chamado juízo arbitral. Direito Processual Civil*, p. 273.

¹²¹ Também segue o raciocínio, reconhecendo verdadeiro juízo de fato e de direito na arbitragem Crisanto Mandrioli, *Corso Di Diritto Processuale Civile*, Tomo III, pp. 354 a 356: “*Il giudizio arbitrale (rituale) è dunque un giudizio privato, effettuato da soggetti che operano come giudici, pur essendo privi dei poteri autoritativi del giudice, ma provvisti soltanto di poteri conferiti contractualmente, un giudizio che, d'altra parte, può dar luogo già per stesso, all'efficacia piena che è propria della sentenza...*”.

¹²² Cf. Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Processo Civil*, p. 35.

arbitragem é tema que hoje já está superado¹²³. Assim, mesmo este empecilho já não se encontra mais vigente na legislação a tal ponto que, não só foi removida a necessidade de posterior homologação do laudo arbitral, como também não profere o árbitro apenas um laudo. O árbitro prolata efetiva sentença, inclusive equiparada aos títulos executivos judiciais, de maneira que a crítica está hoje superada, permitindo-se a conclusão de que no sistema vigente o árbitro efetivamente exerce jurisdição¹²⁴.

No mesmo sentido é a conclusão de EDUARDO SILVA DA SILVA, frisando ainda que atividade jurisdicional da arbitragem se destaca pela força vinculativa do julgado e a imparcialidade do árbitro¹²⁵.

Essa afirmação, entretanto, deixa pendente a questão do conceito de jurisdição¹²⁶, isto é, se é possível afirmar que a arbitragem constitui efetivo exercício de atividade jurisdicional, resta saber como estabelecer o conceito de jurisdição sem a presença do elemento estatal¹²⁷. A questão, que num primeiro momento parece de fácil solução esbarra em um problema mais complexo: se não exigida a atividade estatal¹²⁸ para o exercício da jurisdição, então sempre que um particular avocar para si um *ius dicere* estará exercendo atividade jurisdicional?

¹²³ José Carlos Barbosa Moreira tem a mesma opinião, ao afirmar que *Certamente, a partir da Lei nº 9.307, de 23-9-1996, a argumentação favorável à tese da jurisdicionalidade ganha reforço na atribuição imediata, ao pronunciamento do(s) árbitro(s), de eficácia idêntica à da sentença do juiz estatal, abolida a necessidade de homologação por este (art.31). Privatização do processo?, Temas de Direito Processual, Sétima Série*, p. 11.

¹²⁴ Federico Carpi, Vitorio Colesanti e Michele Taruffo, em *Breve Commentario al Codice di Procedura Civile*, explicam a natureza substitutiva da função do árbitro e a renúncia à jurisdição estatal que significa a arbitragem, p. 444.

¹²⁵ Cf. Eduardo Silva da Silva, *Constituição, Jurisdição e Arbitragem*, p. 410.

¹²⁶ Crê-se que a nova realidade processual, envolvendo processos estatais e não estatais exige a revisão do conceito, para uma moderna Teoria Geral do Processo. Heitor Vitor Mendonça Sica chega a mencionar uma nova teoria geral, em que haveria a teoria geral do processo composta pela teoria geral do processo jurisdicional e este último seria estatal ou não, cf. *perspectivas atuais da “teoria geral do processo”*, p. 52.

¹²⁷ Não se pretende, com essa busca, resolver todas as dúvidas e debates existentes acerca do conceito de jurisdição. Piero Calamandrei, em suas *Istituzioni di Diritto Processuali Civile*, p. 24, já ensinava que: “*Del concetto di giurisdizione non si può dare una definizione assoluta, valevole per tutti i tempi e per tutti i popoli*”.

¹²⁸ Enrico Tullio Liebman também considerava o elemento em questão ao conceituar a jurisdição: “*Per conto nostro, riassumendo, possiamo considerare la giurisdizione come l’attività degli organi dello Stato diretta a formulare e ad attuare praticamente la regola giuridica concreta che, a norma del diritto vigente, disciplina una determinata situazione giuridica. In Manuale di Diritto Processuale Civile*, pp. 6 e 7.

2. Jurisdição: Poder, Escopos, Função e Características

Para compreender melhor esse tema, faz-se necessário o estudo da jurisdição enquanto poder estatal, cujo moderno desenvolvimento foi realizado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹²⁹, conforme se passará a verificar adiante.

Se o monopólio jurisdicional não deve ser interpretado como uma verdade absoluta e incontestável, a consequência natural é a revisita ao próprio conceito de jurisdição, a fim de que sejam delimitados, numa visão contemporânea do que se deve entender por este instituto fundamental da Teoria Geral do Processo.

O estudo com o objetivo ora proposto, deve passar pela origem da jurisdição, passando por seus elementos e chegando, finalmente a suas características.

Acerca da origem da jurisdição, enquanto poder, DINAMARCO a entende não como um dos institutos que circundam a ação sendo esta estudada como o centro de toda a Teoria Geral do Processo. De acordo o autor em comento, essa forma de se estudar os institutos da teoria geral do processo peca pelo individualismo, quando todo o sistema jurídico-político é marcado pelo publicismo¹³⁰.

Assim sendo, considerando-se que todo o sistema processual tem por objetivo fazer atuar, controlar e impor os limites da atividade jurisdicional é porque é a jurisdição que está no centro de toda a teoria geral do processo, em torno da qual gravitam todos os demais institutos¹³¹.

A tentativa de colocação do próprio processo ao centro de toda a teoria geral também não procede, na medida em que não é o processo fonte de toda a emanção e alvo de convergência de idéias que compõem todo esse ramo do direito público. Isto porque, segundo a lição de FAZZALARI, processo é procedimento realizado em contraditório, sendo, portanto, o procedimento um elemento indispensável ao

¹²⁹ in *A Instrumentalidade do Processo*. Nesta obra o autor trouxe para a compreensão do sistema processual todos os elementos extra jurídicos que interferem na realização e nos escopos do processo. Assim, ao tratar da jurisdição o autor tratou de um Poder Estatal, acima dos aspectos jurídicos e levando o estudo do processo a uma nova dimensão.

¹³⁰ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p.77.

¹³¹ Cf. *idem, ibidem*, p. 78.

processo, na medida em que é o procedimento que lhe dá forma¹³². Assim, caso o processo fosse o centro da teoria geral, em torno do qual gravitassem todos os demais institutos, ter-se-ia o procedimento – mero rito – como o núcleo de toda a teoria.

Não seria diverso o problema se o conceito de processo utilizado para por à prova o processo como centro da teoria geral do processo fosse aquele defendido por LIEBMAN, para quem o processo é relação jurídica que se inicia com a provocação do autor perante o Estado-Juiz e se completa com a citação do réu, desenvolvendo-se em procedimento até a entrega de uma tutela jurisdicional. Assim entendido o processo, como se entende neste estudo, se o processo fosse mesmo o centro de toda a teoria que rege esse ramo do direito, ter-se-ia ao centro uma relação jurídica. Esta jamais poderia ser o centro, visto que é regulada pelo próprio Estado que compõe a relação.

Falta, portanto, ao processo a convergência dos princípios que se irradiam para os demais institutos processuais.

Por outro lado, se compreendida a jurisdição como centro de toda a teoria geral fica possível compreender o compromisso do Estado em prestar seu serviço somando-se o mesmo às limitações impostas pela ordem político-jurídica à extensão e intensidade dos meios pelos quais essa função é exercida¹³³.

Como se pode observar das lições de DINAMARCO, verifica-se a preocupação deste em demonstrar, a todo momento, a vinculação entre essa função e o Estado, demonstrando, a partir dessa premissa que a função jurisdicional não está vinculada somente ao escopo jurídico de que se tem notícia, mas possui, também, escopos sociais e políticos.

Com efeito, de todos os grandes benefícios gerados pela apresentação da instrumentalidade do processo, um dos maiores é a demonstração científica feita pelo seu autor no Brasil, de que o processo não encerra seus escopos apenas com fins jurídicos, realizando, também benefícios de ordem social e política.

¹³² Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 79.

¹³³ Cf. *idem, ibidem*, p. 80.

Na apresentação dessas idéias era imprescindível, portanto, demonstrar a estrita vinculação das atividades estatais com o exercício da jurisdição, mesmo porque a instrumentalidade do processo somente pode ser observada com a amplitude apresentada por DINAMARCO, após a correta colocação de seus institutos dentro da teoria geral do processo, alterando-se a antiga visão individualista da ação como centro de todos os estudos, para posicioná-la gravitando em torno da jurisdição, que é o verdadeiro centro da ciência processual.

Daí porque se fez necessária a constante referência à característica estatal/pública da jurisdição: para que essa mudança de posição não permitisse conclusões equivocadas sobre todo o sistema processual e seu publicismo.

Hoje, firmada a idéia de instrumentalidade processual e posicionada a jurisdição ao centro de toda a teoria, parece possível ir adiante na lição em vários aspectos. Também aqui, se crê, é possível revisitar o tema da jurisdição enquanto monopólio estatal, conforme anteriormente apontado.

De fato, somente a partir da concepção da jurisdição como atividade estatal é que se pode concluir, como fez o autor, no sentido de que o direito processual condensa a disciplina do exercício do poder mediante atos imperativos¹³⁴.

Partindo-se dessa premissa, passa-se a estudar a jurisdição como fenômeno do poder e império estatal, dentro de um sistema aberto que compõe a vida em sociedade.

Assim, o estudo do processo se aproxima do estudo da política. Esta, por sua vez, entendida como "o processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado"¹³⁵, impõe, segundo o processualista, que as decisões que representam a política partem de um número restrito de sujeitos encarregados dessas decisões no Estado e são dirigidas a todos os membros da população. Além disso, também é necessário que os sujeitos que emanam referidas decisões sejam capazes de impô-las.

¹³⁴ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 82.

¹³⁵ Cf. *idem, ibidem*, p. 84

É tão grande a importância da capacidade de impor as decisões que, muitas vezes, a ciência política é definida como o estudo da formação e distribuição do poder¹³⁶.

Não se pode afirmar, entretanto, que todo o poder estatal é originário de uma opção política, muito menos que é fenômeno totalmente jurídico, sob o argumento de que ao editar normas e ao sujeitar todos a elas o Estado teria um poder exclusivamente jurídico (como defendia Kelsen em sua conhecida Teoria Pura do Direito). Analisando-se a questão pode-se afirmar que o poder estatal é decorrência da própria organização humana. Organizar-se em sociedade significa constituir poder¹³⁷.

Assim, verifica-se também uma íntima relação entre poder e autoridade. No momento em que a sociedade se organiza, é preciso que alguém, mesmo nas sociedades mais rudimentares, dite as regras a serem respeitadas pelos demais, sem o que a organização se torna escopo inatingível. Essa necessidade social acabou por determinar o aparecimento do poder, concomitantemente à eleição de uma autoridade, desde que fundada no consentimento da massa social¹³⁸.

Assim, segundo é de parecer, a origem do poder não está nem exclusivamente no direito, nem exclusivamente na política. A origem do poder está na organização humana, sendo dela, portanto, decorrência. Essa forma de estudar o poder permite a conclusão, já neste momento, no sentido de que o poder emana do povo, nos exatos termos do que define o art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

Essa conclusão inicial já permite extrair da jurisdição arbitral uma primeira característica. Se é verdade que o poder emana do povo que, organizadamente constitui um Estado, o Poder Jurisdicional estatal também encontra sua origem no povo que o entrega ao Estado para exercê-lo de forma obrigatória e indelegável.

Se o próprio Estado admite que os membros do povo, em determinadas situações, submetam a terceiros o exercício da jurisdição então não se está falando em delegação de poder: a arbitragem não é o exercício de jurisdição delegada do Estado.

¹³⁶ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, pp. 84 e 85.

¹³⁷ Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 99

¹³⁸ Cf. Darcy Azambuja, *Teoria Geral do Estado*, pp. 89 e 90.

A origem da jurisdição, nesse aspecto está no próprio povo e sendo as partes parcela deste povo é delas que a jurisdição surge para ser entregue ao árbitro.

A primeira característica da jurisdição arbitral, portanto, é *ser originária*, por partir diretamente da origem do poder.

Por outro lado, no que se refere ao conceito de poder, vale a lição de DINAMARCO, afirmando que poder "é a capacidade de produzir os efeitos pretendidos"¹³⁹.

Entendidos, nos termos acima examinados jurisdição, poder e política, bem como que sendo o monopólio estatal da jurisdição uma opção política, nada obsta que a ciência que estuda a formação e a distribuição do poder, dentro de determinados valores observados numa dada região e em um determinado tempo adote distintas escolhas.

Dentro dessa possibilidade, que somente deve ocorrer na intenção de melhor atingir os escopos da atividade jurisdicional, nada impede que o próprio Estado tenha por opção viabilizar o exercício dessa função a particulares.

Assim, quando o legislador estabeleceu, em 1997, o instituto da arbitragem independente de posterior homologação do julgado, conferiu o exercício da jurisdição a pessoas não vinculadas ao Estado, sem, entretanto, abrir mão do exercício dessa atividade, o que, também não era possível, conforme já anteriormente demonstrado – porque a jurisdição estatal é indelegável e irrenunciável.

Percebe-se, portanto, que o monopólio estatal da jurisdição é antes uma opção que uma necessidade no Estado moderno. Necessidade esta que, por sua vez não é mais absoluta. Isto porque estando já o Estado devidamente constituído e enraizado como necessidade social, política e jurídica, a viabilização do exercício da atividade jurisdicional *também* por terceiros – árbitros – não reduz nem prejudica a soberania estatal (desde que mantenha entre as funções estatais, também a função

¹³⁹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 85.

jurisdicional)¹⁴⁰. Em outras palavras, não pode haver nem renúncia nem delegação de qualquer de suas funções.

Por essa razão, não se permite compreender o Estado sem o exercício da jurisdição. Enquanto consequência do exercício do poder o Estado não pode delegar, sem reservar para si, grande parte do exercício dessa função, que corresponde ao próprio poder político do Estado¹⁴¹.

Por outro lado, não se observa que o exercício do poder deva ser exclusivo do Estado. Mesmo na administração pública é possível observar certas hipóteses de concessão ou permissão que delegam poderes, inclusive os de polícia, com o objetivo de aumentar a eficácia do serviço prestado (v.g. polícia de trânsito, concessionárias de rodovias estatais, etc.).

Também no que se refere ao exercício da jurisdição a arbitragem é exemplo da outorga de poderes a terceiros que, no lugar do Estado, exercem essa função, inclusive de maneira definitiva. Não se quer dizer com isso, entretanto, que é o Estado quem delegará poder jurisdicional a particulares.

A propósito, tratando do poder jurisdicional, DINAMARCO¹⁴² destaca que a imutabilidade das decisões constitui enérgica afirmação do próprio poder exercido. Pois é justamente isso que se observa na arbitragem, cujo resultado também se torna imutável (a sentença arbitral definitiva, inclusive, é protegida pela coisa julgada, não admitindo reforma nem mesmo pelo Poder Judiciário, sendo, para efeitos de execução civil, equiparada a título executivo judicial).

¹⁴⁰ Cândido Rangel Dinamarco comenta que já é antiquado o *fetichismo* da jurisdição que por muito tempo impediu o aperfeiçoamento de outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflito. Concluindo pela coincidência de objetivos entre a jurisdição estatal e a arbitragem (pacificação social), acaba por concluir, em nota de rodapé, que não é difícil reconhecer a natureza jurisdicional da arbitragem, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo II*, pp. 836 e 837.

¹⁴¹ No sentido da necessidade da jurisdição para o Estado: Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 89. No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 96.

¹⁴² Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 95.

Dessa afirmação é possível extrair a segunda característica da arbitragem, qual seja, a jurisdição arbitral é também **definitiva**, na medida em que é plenamente capaz de produzir coisa julgada material.

Ao tratar da arbitragem DINAMARCO¹⁴³ afirma que concorda, *ao menos em parte*, com sua natureza jurisdicional, na medida em que se o poder é exercido *sub specie jurisdictionis*, gerando a pacificação de pessoas e a eliminação de conflitos, “*boa parte do caminho está vencida*”, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem¹⁴⁴.

A reforçar essa “caminhada”, fenômeno semelhante se observa no que tange à imperatividade das decisões arbitrais. Isto porque, sendo imutável, a exemplo das decisões judiciais, não cabe, nem mesmo ao Poder Judiciário modificar os termos da decisão proferida. Ocorre que somente o Estado detém a força e o império necessários para executar suas decisões e as decisões arbitrais, ao menos no sistema vigente.

De fato, somente o Estado, no sistema atual (ressalvados os casos em que a autotutela é admitida) tem o poder de fazer impor, inclusive pela força, o comando contido em suas decisões e nas decisões arbitrais¹⁴⁵.

Com base nessas premissas, conclui DINAMARCO que o Estado moderno não pode jamais renunciar à incontestável supremacia exercida no plano interno, razão pela qual a coerção lhe deve ser exclusiva¹⁴⁶.

¹⁴³ *Nova Era do Processo Civil*, p. 28. Aqui, o autor ainda destaca uma natureza parajurisdicional da arbitragem, na medida em que o árbitro não exerce suas funções *com o escopo 'jurídico' de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo 'social' e pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal*.

¹⁴⁴ Parece se aproximar dessa idéia a lição de Beatriz Quintero e Eugênio Prieto, ao afirmar que a arbitragem seria um *equivalente jurisdicional*, isto é, os órgãos arbitrais seriam organismos administrativos com funções jurisdicionais. in *Teoría General del Proceso*, p. 187.

¹⁴⁵ No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 96. Seguindo a mesma linha, ensina o professor que: “*Entre o poder estatal, assim considerado em sua posição de inevitabilidade e supremacia (soberania) e o poder não-estatal, que é derivado e se expressa em decisões não auto-executáveis, existe uma diferença de magnitude, ou, como também se diz em ciência política, de peso. O primado do ordenamento jurídico estatal, 'cuja expressão é o direito objetivo propriamente dito', constitui reflexo, afinal, da supremacia do pólo de poder de que irradia, ou seja, do Estado (soberania); isso quer dizer que, muito embora as entidades intermediárias sejam legitimadas a exercer o poder em suas respectivas áreas de influência, esse poder é derivado do estatal e portanto condicionado a este, positivando-se em ordenamentos necessariamente modelados em conformidade com as diretrizes superiormente traçadas pelo Estado, único detentor da soberania*”. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 97.

Veja-se que, em princípio, somente o Estado pode exercer a coerção, na medida em que é o detentor não exclusivo do poder. Sobre este e sua justificativa DINAMARCO destaca duas grandes teorias que explicam o poder pela decisão, isto é, pela capacidade de levar outros a adotarem as suas decisões e há quem entenda que o poder emana da capacidade de dominação, significando com isto dizer que o poder se impõe quando é obedecido¹⁴⁷.

Após demonstrar que a obediência não é necessária para que o poder seja exercido (valendo-se, para tanto de diversos exemplos, dos quais se destaca a sentença constitutiva), o autor demonstra que o exercício do poder pelo Estado institucionalizado "com vocação à permanência" viabiliza e legitima a aceitação de suas decisões.

Ocorre que o mesmo se dá, não só em relação ao poder jurisdicional, mas também no âmbito dos poderes administrativo e legislativo. De fato, embora nem todos tenham conhecimento acerca da auto-executividade das decisões emitidas pelo Poder Executivo, o índice de descumprimento dessas ordens é extremamente baixo. De outro turno, não deixa de ser opção política as diversas leis que regulamentam condutas e que são espontaneamente cumpridas pelos jurisdicionados.

Nesse sentido é o ensinamento de DALLARI¹⁴⁸, ao explicar que o poder do Estado se reveste de características que não são encontradas em outro lugar, pois seu modo de enraizamento no grupo lhe dá uma originalidade que repercute na situação dos governantes e sua finalidade o liberta da arbitrariedade das vontades individuais.

Assim, para fins de análise do exercício do poder jurisdicional por agentes do Estado e compará-lo com o exercício do poder do árbitro, logo se observa grande

¹⁴⁶ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 97. O autor continua concluindo que permitir e franquear a coerção a terceiros e permitir as decisões incensuráveis valeria por renunciar à soberania. É o mesmo sentido da lição de Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 96, ao explicar que o Estado é o próprio poder. Além da reserva da coerção, Eduardo Silva da Silva, em artigo intitulado *Constituição, Jurisdição e Arbitragem*, na obra *Processo e Constituição*, lembra, reforçando o argumento da constitucionalidade da arbitragem, que o Estado também reservou para si, além da coercitividade, as ações de nulidade do julgado arbitral, p. 403.

¹⁴⁷ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 99.

¹⁴⁸ Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 96.

medida de distinção: não porque a estes últimos falta a jurisdição, mas sim por que lhes falta a característica estatal, o que é bem diferente.

Os árbitros atuam apenas no âmbito da esfera jurídica das partes, ao passo que o Estado já se encontra natural e socialmente enraizado, gerando um “estado de sujeição”, com efeitos até mesmo psicológicos na sociedade. Quando o poder é estatal, sua constituição e aceitação é tão natural quanto a própria sociedade¹⁴⁹. Por essa razão, justamente por comporem realidades distintas é que não é possível justificar uma suposta ausência de jurisdição dos árbitros para defender uma exclusiva jurisdição estatal.

O tema ora tratado é de imprescindível importância para este estudo: se a jurisdição arbitral difere no aspecto analisado da jurisdição estatal enquanto esta última encontra seus limites nas raias do território nacional, envolvendo terra, ar e mar, a jurisdição arbitral encontra outra espécie de limites.

Não se pode tratar, nessa esfera, de uma jurisdição estatal internacional, na medida em que a jurisdição do Estado encontra-se ligada ao limites da soberania da cada pessoa pública. Já a jurisdição arbitral pode ser nacional ou internacional sem que isso cause qualquer espécie ao estudioso. Então se questiona: qual a razão da distinção?

A jurisdição arbitral não está vinculada ao Estado nem à sua soberania, mas sim às partes das quais emana (em função da origem dessa função). Por essa razão, a jurisdição arbitral não tem limites territoriais – não está atrelada à soberania do Estado – mas sim a três ordens de limitação:

A primeira limitação diz respeito às partes que se submeterão à jurisdição arbitral. Se é delas que a jurisdição emana e é entregue ao árbitro, então somente elas poderão ser atingidas pela decisão do árbitro.

¹⁴⁹

Cf. Darcy Azambuja, *Teoria Geral do Estado*, p. 91.

De outro lado, a jurisdição arbitral não se sobrepõe à jurisdição de qualquer Estado e depende desta para ser imposta às partes que se submetem ao conflito: a jurisdição arbitral, portanto, também é limitada em sua própria função: não é coercitiva nem executiva.

Por fim, conforme o ordenamento jurídico de cada país, a jurisdição também sofre limitações de ordem legal. No Brasil, a jurisdição arbitral é limitada às questões de direito patrimonial disponível (art. 1º da LA) e também a não ofender matéria de ordem pública e os bons costumes (art. 2º, §1º, da LA).

De tudo quanto exposto, extrai-se a próxima característica da jurisdição arbitral, isto é, a jurisdição privada é *limitada subjetiva e objetivamente*. Nesse aspecto, a jurisdição arbitral prevê sanção, mas não a impõe.

Poder-se-ia até mesmo entrar no campo da previsão de sanções normativas, na medida em que o Estado cria normas de conduta e as aplica na sociedade. Neste campo, como se sabe, é a previsão de sanção que torna aplicável o mandamento normativo.

Entretanto, a espontânea sujeição não decorre de qualquer atividade coercitiva do Estado, já que a sua própria organização viabiliza o estado de sujeição que somente se encontra na figura estatal. Por outro lado, esse estado de sujeição, decorrência da própria organização social, não garante a absoluta aceitação das normas regulamentadoras do convívio social.

Daí porque, explica DINAMARCO que mediante a sanção o titular do poder objetiva a eficácia de suas decisões¹⁵⁰.

Nesse aspecto, a sanção prevista no próprio plano normativo por decisão do poder estatal é forma de indução psicológica ao adimplemento das determinações estatais, estejam elas previstas no plano jurisdicional, executivo ou legislativo. Por outro lado, fica claro que a sanção somente encontra espaço para aplicação quando a

¹⁵⁰ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 104.

substituição de vontade não decorre da própria *auctoritas* do Estado – essa substituição não se observa, por exemplo, nas sentenças constitutivas em que a vontade do substituído fica sendo absolutamente irrelevante para que o Estado exerça seu poder.

Quando a mera previsão sancionatória não é suficiente, verifica-se, então, a necessidade da coerção que corresponde à aplicação concreta das medidas sancionatórias previstas em grau normativo¹⁵¹.

Já a jurisdição também é influência, na medida em que influir significa a capacidade de alterar uma determinada realidade. O conceito de influência, portanto, é mais amplo que o de coerção, na medida em que altera uma realidade sem que, necessariamente possa impor aos outros essa nova realidade. Quando isso é possível, tem-se poder¹⁵².

Por essa razão jurisdição é influência no gênero e na espécie é poder. E isso tanto é possível perante o Estado quanto perante quem o Estado reconheça como capaz de exercer esse mesmo poder (a influência é, assim, anterior a esse reconhecimento).

Mais uma vez tem-se que na arbitragem o que se observa é influência e, portanto, **poder** (pois é capaz de alterar uma dada realidade, ao mesmo tempo em que pode impor suas decisões às partes de maneira definitiva e imutável). Esse poder, entretanto, é desprovido de *executio*, não de previsão de sanção, cabendo ainda exclusivamente ao Estado o exercício da execução quando e como cabível, segundo a ordem normativa em vigor e de acordo com o comando contido na sentença arbitral.

Entende DINAMARCO que quando a influência é desprovida de imperatividade poder não é¹⁵³. Ocorre que a imperatividade, em si, não decorre puramente da execução. Não é a execução que gera a imperatividade, mas sim a previsão de sanção para o seu descumprimento. Assim, tem-se que havendo medidas

¹⁵¹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 107: "coercibilidade, com bastante simplicidade, [pode ser] conceituada como 'capacidade física de execução'".

¹⁵² Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 109.

¹⁵³ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p.109.

sancionatórias ao descumprimento de um comando, este é imperativo (pois, caso contrário, a sanção poderá ser aplicada, ainda que por ente distinto).

A execução, portanto, não precisa estar reunida no mesmo agente criador da sanção e do comando. Basta que seja passível de ser aplicada. Isto não ocorre somente no que se refere ao exercício da jurisdição. Sendo o poder uno e indivisível, esse raciocínio também se aplica ao Poder Executivo. Assim, a título de exemplo, tem-se a hipótese da concessionária que fiscaliza a rodovia e cobra o pedágio. O não pagamento deste último sujeita o administrado à incidência de uma série de sanções que variam entre as normas de trânsito e as normas tributárias. As sanções serão aplicadas imperativa e coercitivamente apenas pelo Estado, mas não é válido afirmar que a concessionária não tenha qualquer medida sancionatória à sua disposição na execução da cobrança (inclusive bloqueando a passagem do veículo).

Verifica-se, assim, que a jurisdição privada, apesar de não possuir *executio*, em nada perde para a jurisdição estatal: não é melhor, mas também não é pior que esta última. Apenas mantém vínculo de cooperação com a última, na medida em que depende da atividade estatal para realizar a execução, quando necessária¹⁵⁴. A jurisdição arbitral é, portanto, também *imperativa* e *substitutiva*.

Questiona-se, ainda, se a jurisdição exercida por entidades não-estatais prejudicaria a sua própria legitimidade. A resposta a essa questão deve ser negativa, na medida em que não é a institucionalização quem legitima o exercício da jurisdição, mas sim as variações do grau de sua eficiência. Atingindo-se os escopos sociais, políticos e jurídicos, não importando quem a exerça (desde que social e politicamente reconhecida como válida) seu exercício estará devidamente legitimado¹⁵⁵.

3. Por um novo conceito de jurisdição

Até aqui o presente estudo buscou, em primeiro lugar analisar os diversos conceitos atribuídos pela doutrina à jurisdição. Verificou-se que todos eles, tanto na

¹⁵⁴ Cf. Edoardo Ricci, *Lei de Arbitragem Brasileira Oito anos de Reflexão*, p. 67.

¹⁵⁵ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 145.

doutrina estrangeira, quanto na nacional; tanto na clássica, quanto na moderna, estipulam conceitos que mostram como elemento presente a figura estatal.

A partir do estudo específico da arbitragem, entretanto, verificou-se que a figura estatal afastada dessa forma alternativa de solução de conflitos não impede que se reconheça na arbitragem um efetivo exercício da jurisdição¹⁵⁶. Partindo dessa premissa, voltou-se os olhos para o estudo da relação jurisdição e poder estatal, quando então foi possível verificar que o exercício do poder, predominantemente estatal e ligado à soberania não impõe exclusividade no seu exercício, nada impedindo que o Estado, por opção político-jurídica possibilite o exercício desse poder por particulares (desde que não renuncie ao seu exercício).

Ademais, enquanto atividade jurisdicional, a arbitragem é plenamente capaz de produzir resultado hábil a formar coisa julgada material, fator este que reforça na arbitragem sua natureza jurisdicional¹⁵⁷.

De tudo quanto exposto, é possível extrair, para um novo conceito de jurisdição, adequado à existência da arbitragem como mecanismo de exercício cooperativo da atividade jurisdicional que jurisdição deve ser entendida como a atividade de realização dos escopos do direito, pacificando conflitos de forma definitiva e imutável. O conceito ora proposto não tem a pretensão de se tornar uma nova verdade a respeito da matéria, sempre lembrando da lição de CALAMANDREI¹⁵⁸. O objetivo ora traçado é, reconhecida a jurisdição arbitral, como a teoria geral do processo deve entender a atividade para uma nova teoria geral, cabendo a definição do novo conceito de jurisdição a estudo específico.

¹⁵⁶ Apesar dos vários argumentos favoráveis, ainda há doutrina contrária. Nesse sentido confira-se Alexandre Freitas Câmara, *Arbitragem*, p. 100.

¹⁵⁷ Athos Gusmão Carneiro explica que a “a jurisdição como a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto. A atividade jurisdicional revela-se por decisão dotada de eficácia vinculativa plena porquanto a sentença de mérito faz ‘coisa julgada’ entre as partes, i.e., a eficácia da sentença, ao conceder ou denegar à parte o bem da vida objeto do litígio, reveste-se do caráter de definitividade, vinculando as partes e (seus sucessores) para sempre. in *Jurisdição e Competência*, 14ª edição, p. 6.

¹⁵⁸ Já mencionada anteriormente no sentido de que: “Del concetto di giurisdizione non si può dare una definizione assoluta, valevole per tutti i tempi e per tutti i popoli” Piero Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuali Civile*, p. 24,

4. Arbitragem e Juiz Natural

Sendo, portanto, atividade jurisdicional aquela realizada pelos árbitros no curso do processo arbitral, é preciso verificar se a eles se aplica o princípio do juiz natural.

Como já se sabe, o princípio do juiz natural consiste na adequação de três itens: a) juiz competente; b) órgão julgador previamente constituído em relação ao conflito; e, c) juiz constitucionalmente investido na função jurisdicional e imparcial¹⁵⁹.

Esses três itens, conjugados permitem que o Estado de forma lícita, constitucional e absolutamente imparcial defina, dentre os vários órgãos julgadores que formam o Poder Judiciário, qual será o órgão que realizará o julgamento de determinado conflito, isto é, seguindo regras previamente definidas, sem a possibilidade de criar novo órgão para dirimir o conflito (tribunais de exceção) e valendo-se dos magistrados já investidos da função jurisdicional¹⁶⁰.

Já a arbitragem segue princípio diverso. Como são as próprias partes que definem o árbitro que julgará a controvérsia, não se pode admitir, em primeiro lugar, que sejam aplicadas as regras legais para definição de competência. A competência – assim entendida como atribuição de atividade jurisdicional - de um árbitro será definida pelas próprias partes, nos termos do quanto estabelecido no contrato, respeitado o art. 13 da Lei de Arbitragem e respectivos parágrafos.

Pode ser também estudada a competência de um árbitro de acordo com o conhecimento e a capacidade que tem para dirimir a controvérsia que lhe é

¹⁵⁹De acordo com Nelson Nery Júnior: *A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; 2) Todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial.* in **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, pp. 97 e 98.

¹⁶⁰Olivar Augusto Roberti Coneglian, Juiz no Estado do Mato Grosso do Sul, chega a afirmar que o juiz natural “está e ‘deve estar’ presente sempre que há um julgamento de determinado caso por um órgão com poderes cuja investidura, que deve ser de acordo com o ordenamento constitucional, ocorreu prévia e abstratamente, e de forma geral” in **Princípio do Juiz Natural, Princípios Processuais Cíveis na Constituição**, p. 157.

apresentada¹⁶¹. Em outras palavras, o estudo da competência de um determinado árbitro para julgar uma causa está em saber se o árbitro agiu nos limites estabelecidos pelas partes e se está apto a realizar esse julgamento – no sentido do conhecimento que possui para essa atividade.

Assim, é inaplicável o conceito estatal de competência – atribuição legal para exercício da jurisdição – aos árbitros. Não porque os árbitros não exerçam jurisdição, mas sim porque a exercem por escolha das partes e também por sua própria aceitação. Deverá o árbitro, entretanto, aceitar a realização dessa função se detiver conhecimento técnico suficiente para exercê-la, residindo aí sua competência para o processo arbitral – a competência é, portanto, da pessoa julgadora, não de órgão, como ocorre na jurisdição estatal.

Não se pode tratar da arbitragem, também, como se o árbitro fosse um órgão julgador previamente constituído em relação ao surgimento do conflito. Embora as partes possam constituir por contrato e na cláusula compromissória qual será o órgão arbitral institucional ou entidade especializada para o julgamento de qualquer conflito que venha a surgir entre as partes (art. 13, §3º da Lei de Arbitragem), em primeiro lugar não se tem aqui uma obrigatoriedade, mas mera faculdade das partes.

Essa escolha, entretanto, nada tem a ver com a pré-constituição do órgão julgador. Isto porque, como já se sabe, a arbitragem pode ser instituída pelas partes sob duas formas distintas: a arbitragem *ad hoc*, quando as partes optam pela arbitragem mediante a escolha de um árbitro específico, ou arbitragem institucional, na qual as partes escolhem um órgão arbitral onde será instituída e processada a arbitragem.

Ocorre que na arbitragem institucional as partes não estão entregando a um órgão previamente constituído a função de exercer a jurisdição e julgar o litígio que entre elas existirá ou já se apresenta existente. Na arbitragem institucional as partes apenas acordam que se submeterão, durante o processo arbitral, a árbitros que componham esse órgão, ou, ainda, ao seu regulamento.

¹⁶¹ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª edição, p. 209.

Quem exercerá a jurisdição e será responsável pelo processo arbitral, nesse caso, não será o órgão, mas sim o árbitro que segundo as regras do órgão, ou mediante oportuna escolha das partes, julgará a causa.

Portanto, as partes ainda podem definir qual será o árbitro que julgará ou seu conflito de comum acordo, conforme as regras do órgão ou entidade escolhida. Por outro lado, caso não tenham optado por qualquer órgão no contrato, deverão definir o árbitro após o surgimento do conflito.

Por fim, conforme já demonstrado neste tópico, o árbitro não exerce jurisdição porque foi constitucionalmente investido dessa função, nos moldes do que se observa com a jurisdição estatal. O árbitro exerce jurisdição porque a recebeu das partes, estando nestas, como membros do povo, a origem de todo o poder.

Nem poderia ser diversa a conclusão. É constantemente afirmado pela doutrina e aceito, que a jurisdição tem como característica ser indelegável. Assim, não é pela lei de arbitragem que o Estado entrega a particulares o exercício da atividade jurisdicional, mas sim porque as partes assim definiram na convenção.

Por essa razão, ao se referir a árbitros, não se pode falar em princípio do juiz natural¹⁶², conclusão esta que é essencial para a determinação das conseqüências a respeito de situações de invalidade e ou ineficácia da convenção de arbitragem

Antes de enfrentar essa questão, fica em aberto outra questão: como conferir legitimidade aos julgamentos proferidos por um árbitro? Mais que isso: como igualar a eficácia de uma sentença arbitral a uma sentença judicial se aquela é desprovida desse princípio?

¹⁶² Essa conclusão não deve desmerecer a atividade cognitiva realizada pelos árbitros, a qual, no processo civil, está relacionada ao juiz natural, conforme lição de Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, pp. 63 a 70. Isto porque todos os princípios que se aplicam ao Estado na definição do juiz que julgará a causa e realização envolve, além do silogismo intelectual, também todas as outras atividades não intelectuais que estão envolvidas no julgamento. Na arbitragem a tarefa é realizada por alguém de confiança das partes, o que, entretanto, não altera a natureza cognitiva – nem sua complexidade, em relação ao julgamento que será proferido. Eduardo J. Couture, em bonita passagem, explica que: *La sentencia no es un pedazo de lógica, ni es tampoco una pura norma. La sentencia es una obra humana, una creación de la inteligencia y de la voluntad, es decir, una criatura de espíritu del hombre. In Introducción al Estudio del Proceso Civil*, p. 73.

A resposta a essas perguntas decorre do sistema fundamental à arbitragem: a opção contratual. Por estar fundada em um contrato, é fundamental para a validade de todo o processo arbitral que desde a sua opção, passando pela escolha do árbitro e pela definição do procedimento até a obtenção da sentença arbitral as partes estejam de acordo.

Assim, a manifestação de vontade das partes substitui de forma eficaz a necessidade do juiz natural (“árbitro natural”) e até mesmo da publicidade dos atos do árbitro na medida em que sua atividade é fiscalizada pelas próprias partes (não aplicação da garantia do art. 93, inciso IX da Constituição Federal em relação à publicidade das decisões judiciais)¹⁶³.

Por essa razão o art. 21, §2º da Lei de Arbitragem refere-se apenas aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento, não fazendo qualquer referência ao juiz natural.

5. Arbitragem e Pressupostos Processuais

Já se discutiu que a denominação conferida aos requisitos necessários à existência e à validade do processo não deveriam ser denominados *pressupostos*, como ficou estabelecido pela doutrina e pela jurisprudência. A crítica feita levava em consideração o fato de que os “pré” supostos, na verdade, somente poderiam ser verificados no processo judicial já iniciado, de tal forma que não poderiam ser “pré”, mas meros supostos do processo, requisitos deste, para que pudesse se desenvolver de forma válida e regular¹⁶⁴.

¹⁶³ Nesse sentido a afirmação de Edoardo Flavio Ricci: “*A Liberdade de escolher juiz privado tem natureza processual e é tema típico de Direito Constitucional, considerando-se que permitira arbitragem significa disciplinar certo aspecto da função jurisdicional e, portanto, à estrutura fundamental (mais ou menos liberal) do Estado.* Cf. **Lei de Arbitragem Brasileira**, p. 23. Também trata do assunto Eduardo Silva da Silva, in **Constituição Jurisdição e Arbitragem – Processo e Constituição**, p. 391.

¹⁶⁴ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, **Efetividade do Processo e Técnica Processual**, p. 211.

Com efeito, embora sejam requisitos da própria existência do processo, esses “pressupostos” somente são aferidos após o estabelecimento do processo, isto é, após a apresentação da petição inicial perante um determinado órgão jurisdicional.

O processo, conforme conceito utilizado pela doutrina majoritária e já mencionado neste estudo, é relação jurídica, iniciada pela provocação do autor perante órgão jurisdicional, desenvolvendo-se em atos processuais logicamente encadeados e em busca da entrega de uma tutela jurisdicional¹⁶⁵.

Assim sendo, somente se pode tratar de atos processuais, para a existência ou no curso do processo. Uma petição inicial não o será senão após a sua apresentação perante um órgão que exerça jurisdição.

Somente com a formação da relação jurídica mínima – autor x juiz – é que se tem processo e é possível verificar a existência dos pressupostos processuais de existência. Daí a razão da crítica feita à expressão “pressupostos” no âmbito do processo judicial.

Por outro lado, no que se refere ao processo arbitral, tem-se a formação do processo de forma completamente distinta. A formação do processo arbitral envolve a necessária ocorrência de atos preparatórios, necessários à instauração do momento definido no artigo 19 da Lei de Arbitragem como o marco inicial do processo arbitral.

Portanto, no âmbito do processo arbitral existem verdadeiros “pressupostos” necessários à formação do processo arbitral. São os atos preparatórios para a existência, futura, do processo arbitral.

Diferentemente do que se observa no processo judicial, em que a mera apresentação da petição inicial perante órgão jurisdicional já é suficiente à formação do processo judicial – porque, de acordo com o princípio do juiz natural, o órgão jurisdicional pré-existe ao conflito, no processo arbitral é preciso que as partes tomem

¹⁶⁵ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manuale de Diritto Processuale Civile*, p. 211.

os atos necessários à entrega da jurisdição, sem a qual o processo arbitral não pode se formar.

Assim, o primeiro ato necessário à formação do processo arbitral é a convenção de arbitragem, tanto pela formação da cláusula compromissória inserta no contrato existente entre as partes, quanto pela formação do compromisso arbitral.

Sem a existência de qualquer dessas espécies de convenção de arbitragem não é possível a formação do processo arbitral. Isto se deve ao artigo 3º da Lei de Arbitragem que determina a necessária convenção de arbitragem para que o processo arbitral seja possível.

Criada a convenção de arbitragem, pelas partes, estará apenas viabilizada a possibilidade do processo arbitral, na hipótese de uma lide existente entre elas na execução do contrato ou, ainda, em razão da ocorrência de um fato que estas pretendam submeter à decisão arbitral.

Só a convenção de arbitragem, entretanto, não é suficiente para o surgimento do processo arbitral. Ocorrido o conflito insolúvel apenas com as regras do direito material, o passo seguinte poderá preencher duas hipóteses: tratando de uma convenção de arbitragem com opção pela arbitragem institucional, a notificação da parte interessada poderá ser dirigida à parte adversa ou ao órgão arbitral escolhido na convenção.

Em sendo a arbitragem *ad hoc*, a notificação em questão poderá ser dirigida à parte adversa ou ao árbitro escolhido. Na hipótese da cláusula compromissória vazia, a notificação deverá ser endereçada à parte adversa, para definição do órgão arbitral ou do árbitro que conduzirá o processo arbitral.

De toda forma, o ato jurídico seguinte, necessário à formação do processo arbitral é o ato de comunicação da parte interessada na formação do processo arbitral, que deve ser dirigido ao árbitro, ao órgão arbitral ou à parte adversa. Estabelece-se, portanto, um contraditório pré-arbitral, seja para escolha do árbitro, seja para a

formação da relação jurídica mediante a convocação do árbitro escolhido, ou ainda para comunicação do órgão arbitral responsável pela formação do processo.

Feita a comunicação e, não se tratando de arbitragem *ad hoc*, o ato seguinte é a definição do árbitro que será responsável pelo processo e julgamento arbitral. Na ausência de acordo entre as partes e sendo inaplicáveis eventual regra de órgão arbitral para a definição do árbitro, restará apenas a via judicial, estabelecida no art. 7º da Lei de Arbitragem.

Trata-se da ação de definição do árbitro, de natureza constitutiva, na medida em que estabelece a relação jurídica a ser formada entre o árbitro definido judicialmente e as partes que irão compor os dois pólos da relação processual¹⁶⁶.

Vencida a etapa da definição do árbitro¹⁶⁷, o último evento necessário à formação do processo arbitral é a aceitação, pelo nome indicado ou escolhido judicialmente, para exercer a função de árbitro no processo. Aceita a função, na forma do art. 19 da Lei de Arbitragem, a relação jurídica processual estará formada.

Assim, como se vê, a relação jurídica típica de processo somente se forma, de fato, a partir do momento em que o árbitro aceita a indicação das partes ou a nomeação do órgão arbitral ou do juiz.

Além disso, é com a aceitação dessa função que o árbitro recebe, das partes, a jurisdição necessária para a condução do processo que, ao final, culminará com um comando jurisdicional capaz de produzir coisa julgada material.

¹⁶⁶ “Tanto quanto o do processo ordinário, o objeto arbitral é a matéria sobre a qual se pede um julgamento. Mas como o processo arbitral não se forma necessariamente mediante o pedido endereçado por um dos sujeitos, o modo de colocar esse objeto também varia”. Cândido Rangel Dinamarco, *Limites da Sentença Arbitral*, in *A Nova Era do Processo Civil*, p. 37. Na p. 38 o autor ainda esclarece que esse é o momento de definição do objeto do processo arbitral: “Seja como for, o objeto do processo arbitral é determinado sempre pelo pedido endereçado aos árbitros, qualquer que haja sido o iter de sua formulação. Quando o pedido não for claro, o pedido será especificado por solicitação dos árbitros, chegando-se com isso à estabilização da demanda (CPC, art. 294), que outra coisa não é senão a definitiva delimitação do objeto do processo arbitral”.

¹⁶⁷ Que também poderá ocorrer, na hipótese de resistência de qualquer das partes, por meio judicial, valendo-se o interessado da ação a que se refere o art. 7º, §7º da LA.

Diante de tudo quanto até aqui afirmado, pode-se estabelecer os seguintes pressupostos processuais de existência da arbitragem: a) convenção de arbitragem¹⁶⁸; b) notificação entre as partes ou entre qualquer delas e o árbitro ou órgão arbitral (contraditório pré-arbitral)¹⁶⁹ com a definição do árbitro; e, d) aceitação, pelo árbitro escolhido, da função no processo arbitral, para recebimento da jurisdição (esta última é que configura o pressuposto necessário para a formação do processo arbitral)¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Nesse sentido, Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, p. 66, embora classificando os pressupostos como objetivos e subjetivos – no caso em questão, objetivos.

¹⁶⁹ *CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E CRIMINAL. 'SENTENÇA' PROFERIDA POR TRIBUNAL DE MEDIAÇÃO E JUSTIÇA ARBITRAL DO DF. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO NÃO INVESTIDA DE JURISDIÇÃO, SEM QUALQUER VÍNCULO COM O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. VERDADEIRO 'TRIBUNAL PARTICULAR', OFICIOSO E ILEGAL.*

1. Não foi observado o procedimento previsto no art. 6º, da Lei n. 9.307/96 que, em caso de não haver acordo prévio sobre a forma de instituição da arbitragem, determina que a parte interessada manifeste à outra sua intenção de dar início ao juízo arbitral, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, convocando-a para firma o necessário compromisso. A sentença arbitral não observou sequer os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em verdade, mostrou-se verdadeira aberração jurídica, despida de qualquer fundamentação de fato ou de direito. Verdadeiro absurdo! É evidente que a parte foi enganada pelos aspectos estéticos e fantasiosos dos 'procedimentos' adotados pelo TMJTA-DF: tudo dava a entender que estava litigando na esfera do Poder Judiciário. É inviável do leigo o conhecimento dos pressupostos e consequências jurídicas do compromisso de arbitragem. Da forma como realizada a 'citação', outro não seria o pensamento do autor senão de que estava diante de órgão judicial. A utilização das armas da República nos documentos e a imperatividade que lastreou a mencionada 'citação' são suficientes para conduzir a parte a uma falsa percepção da realidade. Ainda que a sentença arbitral possua os mesmos efeitos da sentença judicial (!) – como consta no texto expresso da lei; texto, aliás, de duvidosa constitucionalidade – não autoriza a conversão do 'TRIBUNAL DE MEDIAÇÃO E JUSTIÇA ARBITRAL DO DF' em órgão do Poder Judiciário. 2. Os artifícios utilizados pelo Apelante, os quais induziram o recorrido acreditar estar diante de órgão oficial, retiraram-lhe a facultatividade inerente à arbitragem, porquanto a inevitabilidade é princípio fundamental da jurisdição. Estabelece o art. 13, § 2º, da CF/88: 'São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e os selos nacionais'. Aliás, constitui crime: 'Art. 296. Falsificar, fabricando-os ou alternando-os: I - selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, do Estado ou de Município; II - selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião. Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa. § 1º. Incorre nas mesmas penas: I – quem faz uso do selo ou sinal falsificado; II – quem utiliza indevidamente o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio; III – quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública; § 2º. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.' 3. De sua vez, caracteriza crime praticado por particular contra a Administração em geral: 'Art. 328. Usurpar o exercício da função pública: Pena – detenção, de três meses a dois anos; e multa. Parágrafo único. Se do fato o agente auferir vantagem: Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa.' Voltando ao aspecto cível da questão, o consentimento está revestido de componentes internos (discernimento, intenção e liberdade) e externo (manifestação). A ausência dos primeiros importa erro, dolo ou coação, caracterizando vício de consentimento. Este é bastante para inquinar de nulidade a convenção de arbitragem. 4. Prestigiada a decisão monocrática do relator, que negou seguimento ao recurso porque manifestamente improcedente e determinou providências. Unânime." (Proc. nº 2004.08.1.000132-9, 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Relator: Waldir Leôncio Júnior, julgado em 28.2.2005).

¹⁷⁰ Embora não se tenha localizado qualquer estudo específico sobre os pressupostos processuais da arbitragem, Jorge Fontoura relaciona dois pressupostos da arbitragem enquanto método de solução de conflitos: a livre manifestação de vontade das partes e a sujeição delas à sentença arbitral, *in Os pressupostos da arbitragem e a solução de controvérsias em blocos econômicos*, p. 128. Interessante

Somados todos esses pressupostos, ter-se-á entregue ao árbitro a função jurisdicional que, somada à participação das partes na formação da relação jurídica processual, estabelece a relação jurídica processual.

Sem que algum desses pressupostos esteja presente, não se terá a entrega da função jurisdicional ao árbitro, nem o início do processo arbitral, razão pela qual não se terá, juridicamente existente o processo arbitral, nem atividade jurisdicional.

A conclusão até aqui extraída é essencial para que se verifique a existência do processo e conseqüentemente da atividade jurisdicional nele exercida. Se um suposto processo eventualmente não preenche qualquer dos pressupostos processuais anteriormente assinalados, ter-se-á vício na entrega da função jurisdicional ao árbitro.

Este vício, conforme será demonstrado a seguir, poderá representar a inexistência jurídica dos atos supostamente processuais no curso da arbitragem, culminando, até mesmo, com a uma sentença arbitral inexistente.

Por outro lado, quaisquer outros vícios eventualmente perceptíveis no curso do processo arbitral poderão representar invalidades, passíveis de impugnação por meios diversos daqueles utilizados para a hipótese de inexistência.

Antes, porém, de enfrentar essas hipóteses, será necessária uma breve passagem sobre os planos da existência, validade e eficácia e a relação existente entre eles e as características da sentença arbitral, conforme será verificado a seguir.

notar que embora as visões se diferenciem, parece haver nítida aproximação de conceitos: como se está desenvolvendo os pressupostos *processuais* da arbitragem, busca-se a identificação dos atos jurídicos que levam à sua formação. Mas não há dúvidas de que ao se exigir a convenção de arbitragem, o conteúdo dela será a livre manifestação de vontade, tratada por Jorge Fontoura como pressuposto da arbitragem.

CAPÍTULO III – EXISTÊNCIA E VALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

A arbitragem é um micro sistema de solução de conflitos extrajudicialmente com a mesma eficácia e força dos julgados proferidos judicialmente. Realiza-se, portanto, através de um verdadeiro processo arbitral, cujo objetivo é alcançar o julgado que resolva o conflito existente entre as partes por elas atribuído ao árbitro.

Resolvendo-se através de via processual submete-se a arbitragem, para que exista, também a determinados pressupostos processuais de existência e validade próprios, diversos daqueles observados para os processos em juízo¹⁷¹.

A presença ou não desses pressupostos também configura limites à atividade arbitral, à sua existência e à validade dos atos praticados pelos árbitros. Assim, no presente estudo também se justifica o enfrentamento dessa relevante questão.

1. Consequências da aplicação dos pressupostos processuais de existência da arbitragem

Os pressupostos processuais de existência, como visto, constituem os requisitos necessários à própria existência do processo arbitral. A ausência desses requisitos pode levar à inexistência jurídica do processo e, conseqüentemente, dos atos processuais supostamente praticados, incluindo a ausência de sentença arbitral.

Imaginando-se, por exemplo, a necessidade de se reconhecer juridicamente que um determinado ato arbitral é consequência de um mero aparente processo arbitral, é possível que se conclua que o meio para obter esse reconhecimento jurídico seja diverso do meio para obter o reconhecimento de uma invalidade. Daí a importância e necessidade de enfrentamento desse tema.

¹⁷¹ Os pressupostos processuais também podem ser classificados de outra forma, como se pode verificar em Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, pp. 52 e 53, que os classifica em pressupostos objetivos e subjetivos.

Nesse sentido, tratar dos pressupostos para existência do processo arbitral significa verificar os requisitos necessários à jurídica existência de um processo arbitral, isto é, somente devem ser considerados pressupostos processuais de existência do processo arbitral os elementos que, caso ausentes, impeçam a formação desse processo.

Surgido o conflito entre as partes, cuja solução esteja contratualmente prevista para se processar pela via arbitral, o conflito será submetido ao árbitro ou órgão arbitral definidos na convenção. Na ausência da previsão contratual acerca de quem será o árbitro ou órgão arbitral – cláusula vazia -, deverá a parte, interessada em dar início ao processo arbitral, notificar a parte contrária para definição do árbitro que resolverá o conflito.

Verifica-se que o primeiro pressuposto processual de existência da arbitragem conforme já mencionado, é a existência de convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, previstos por escrito. Sem a prévia estipulação de uma convenção de arbitragem não houve renúncia à solução de conflitos na via judicial, de maneira que esta será a via adequada para a solução do conflito.

Assim, sem convenção de arbitragem resta inviabilizada a realização da arbitragem, sendo obrigatória a utilização da via judicial para solução do conflito. De outro lado, havendo a opção pela arbitragem, através de uma convenção de arbitragem, claro está que será plenamente viável a solução do conflito por este meio, sendo vedada a utilização da via judicial, a não ser nos casos e limites definidos pela própria Lei de Arbitragem – que permite, ainda que existente a convenção de arbitragem, a via judicial para questões urgentes pré-arbitrais, ou a via judicial para determinação de quem será o árbitro, quando não houver concordância entre as partes a esse respeito.

Entendida dessa forma, a convenção de arbitragem acaba por configurar um inequívoco pressuposto processual negativo para o julgamento judicial do conflito.

Interessante notar que sendo a convenção de arbitragem um pressuposto processual negativo para a entrega de tutela jurisdicional estatal, nem sempre será reconhecida de ofício pelo juiz. É o que determina o art. 301 do Código de Processo Civil.

De acordo com o referido dispositivo, ao elaborar a contestação, incumbe ao réu, antes de alegar o mérito, discutir as denominadas preliminares, constituídas por questões técnicas, de defesa indireta, que podem levar um processo à sua extinção, ou, ao menos, à dilação do procedimento – v.g. a hipótese de incompetência absoluta do juízo.

Qualquer dessas matérias é passível de reconhecimento de ofício pelo juiz, principalmente por constituírem matéria de ordem pública, ressalvada apenas uma hipótese prevista no art. 301, §4º do referido Código. A ressalva em questão leva em consideração o momento e a forma como o compromisso arbitral será apresentado em juízo e sua razão de existir é perceptível com relativa simplicidade:

Ao estabelecer a matéria passível de indicação como preliminar de contestação, o legislador não estabeleceu uma forma específica de instituição de arbitragem. Preferiu-se o gênero, no lugar da indicação de suas espécies. Assim referiu-se o legislador à convenção de arbitragem.

Ocorre que, como visto, a convenção de arbitragem se forma em duas espécies de instituição da arbitragem distintas a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é uma cláusula inserida em um contrato celebrado entre as partes e que, na hipótese de conflito em sua execução, gerará a necessidade de instituição da arbitragem.

Nesse caso, se as partes instituíram a convenção de arbitragem, valendo-se de uma cláusula compromissória, a discussão judicial da controvérsia existente exigirá do autor a apresentação do contrato, conforme preceitua o art. 283 do Código de Processo Civil. Assim, será possível ao juiz conhecer, de ofício, a existência da convenção de arbitragem e, se for o caso, com base nela extinguir o processo sem resolução do mérito.

Por outro lado, o compromisso arbitral é documento – quiçá conjunto de documentos, como será visto a seguir - celebrado pelas partes após a existência do conflito, mediante o preenchimento dos requisitos previstos no art. 10 da Lei de Arbitragem e, eventualmente, do art. 11 da mesma Lei.

Assim sendo, não estará o autor obrigado a apresentar desde logo o compromisso arbitral, pois sequer será necessariamente informada a sua existência nos fatos mencionáveis na petição inicial. Daí porque incumbirá ao réu sua apresentação em juízo, caso o autor da ação busque descumprir o compromisso arbitral. Sem a manifestação do réu, no prazo da contestação, não será possível ao juiz saber da sua existência.

Descoberta, entretanto, a existência do compromisso arbitral, outra não pode a ser a solução, senão a de que o processo também deverá ser extinto sem julgamento de mérito, pois, conforme o art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil, também aqui se estará diante de uma convenção de arbitragem.

Por outro lado, deve-se questionar se é possível, mesmo diante do silêncio do réu, em momento posterior, o juiz vir a saber da existência do compromisso arbitral e, ainda que tardiamente, vir a extinguir o processo sem julgamento de mérito. Em outras palavras, o silêncio do réu no prazo da contestação torna preclusa a matéria no processo judicial?

A resposta a essa questão se afigura negativa, isto é, não fica a matéria em questão preclusa, sendo possível ao juiz, posteriormente estabelecer a extinção do processo sem julgamento de mérito. Tratando-se de matéria de ordem pública, poderá ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Nesse caso, entretanto, caso a não apresentação do compromisso arbitral no prazo da contestação seja responsabilidade do réu, isto é, negligência sua, deverá o réu arcar com as custas da sua própria desídia.

Por outro lado, demonstrada a impossibilidade de fazê-lo anteriormente, não poderá ser responsabilizado pela demora. Assim, de qualquer forma, parece perfeitamente possível ao juiz, em qualquer fase do processo, decretar a extinção do processo sem julgamento de mérito, ante a descoberta da existência de convenção de arbitragem, situação jurídica esta que demonstra a natureza de ordem pública da matéria indicada no inciso IX do art. 301 do Código de Processo Civil.

Também parece fortalecida a idéia de que a convenção de arbitragem deve, de fato, estar relacionada entre os pressupostos processuais negativos do processo judicial, pois sua existência, a exemplo da litispendência, da coisa julgada e da perempção, impõe a extinção do processo sem julgamento de mérito. Neste caso, havendo a convenção de arbitragem, o processo judicial deverá ser extinto sem resolução do mérito e as partes serão remetidas à via da arbitragem na forma por elas estabelecida quando da celebração da convenção de arbitragem.

O segundo pressuposto processual de existência da arbitragem é a provocação da parte interessada, que pode se manifestar através de pedido dirigido ao árbitro ou ao órgão arbitral definido pelas partes na própria convenção de arbitragem, ou ainda pode consistir numa notificação à parte contrária para que promovam as partes a escolha conjunta do árbitro ou órgão arbitral que julgará o conflito já existente – contraditório pré-arbitral.

Trata-se do primeiro ato tendente à formação do processo arbitral. Sem a provocação do interessado não há como formar-se o processo arbitral, assim como sem petição inicial não se forma o processo judicial. Essa simples comparação, entretanto, não significa afirmar que essa atitude do interessado no sentido da formação do processo arbitral deva ser entendida como uma petição inicial. Não é. Essa atitude inicial tem por objetivo, apenas, dar início ao conjunto de relações jurídicas que formarão a relação jurídica processual da arbitragem. Após o início desta é que os pedidos são apresentados aos árbitros pelas partes.

É por essa razão que, diferentemente do Código de Processo Civil, que, em seu artigo 262 determina que o processo judicial se forma pela provocação da parte ao

órgão jurisdicional, a Lei de Arbitragem determinou momento distinto para o início do processo arbitral: a aceitação, pelo árbitro, da nomeação feita pelas partes (art. 19).

Assim, embora o processo arbitral em si somente se forme após a nomeação e respectiva aceitação pelo árbitro, sem a provocação prévia de uma parte à outra, ou mesmo ao árbitro ou órgão arbitral previamente escolhido pelas partes, a fim de que se promova o início do processo arbitral, este não poderá existir juridicamente, na medida em que não é lícito crer que havendo um conflito o árbitro possa agir de ofício, dando origem a um processo arbitral ou mesmo este se forme sem a participação das partes que celebraram a convenção de arbitragem.

O terceiro pressuposto processual de existência, conforme expressamente determina o art. 19 da Lei de Arbitragem, anteriormente indicado, é a aceitação pelo árbitro escolhido pelas partes para o processamento e julgamento da arbitragem, sendo que a partir desse momento é que se pode afirmar iniciado o processo arbitral, pois só com ele se dá a entrega da jurisdição privada.

A escolha do legislador deste momento para o início da arbitragem é altamente relevante. Isto porque é a partir do momento da aceitação do árbitro que a jurisdição delimitada pelas partes é transferida ao árbitro, com todas as características que lhe são inerentes, conforme anteriormente estudado (originária, definitiva, limitada subjetiva e objetivamente, constituindo poder imperativo e substitutivo).

É, também, por essa razão que, instituída a arbitragem o árbitro já encontra os poderes necessários para, sendo o caso, convocar as partes para melhor determinação dos limites da arbitragem ou para esclarecer qualquer outra questão a ela relacionada, o que será feito através de competente adendo.

Assim sendo, é perfeitamente possível afirmar que a jurisdição também é pressuposto processual de existência da arbitragem¹⁷², embora, para que exista, necessário é que as partes definam quem é o árbitro que resolverá o conflito –

¹⁷² A jurisdição é essencial à existência de processo, conforme lição de Ada Pellegrini Grinover, *As Nulidades no Processo Penal*, p. 162. No mesmo sentido, Roque Komatsu, *Da Invalidade no Processo Civil*, p. 232; e Luigi Montesano e Giovanni Arieta *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, p. 271.

podendo ser também um órgão colegiado – bem como que o árbitro aceite a nomeação.

Somente com o ato de nomeação e respectiva aceitação, portanto, é que a jurisdição privada está formada, como se afirmou anteriormente, com as características da definitividade, limitação e imperatividade.

Nem se diga que na hipótese do art. 7º da Lei de Arbitragem não seriam aplicáveis as conclusões até aqui extraídas do sistema da arbitragem. Isto porque neste caso, não havendo concordância entre as partes quanto à instituição da arbitragem, qualquer delas poderá recorrer ao Poder Judiciário para que, citada a parte contrária seja judicialmente definido o compromisso arbitral, bem como, se for o caso, definir o árbitro que solucionará o conflito.

Nesse caso, a partir da provocação pelo interessado será iniciado o processo judicial a que se refere o art. 7º da Lei de Arbitragem, mas não o processo arbitral – que somente se iniciará após a definição do compromisso arbitral, com a aceitação pelo árbitro nomeado, sendo que a jurisdição lhe é entregue por meio do Poder Judiciário – substituindo aqui a vontade da parte renitente, mas com origem no poder que as partes têm de escolher a arbitragem como meio de solução de conflitos.

Entretanto, nem sempre a aceitação é expressa, fazendo com que sejam aceitos quaisquer meios para que se comprove a aceitação, pelo árbitro, da nomeação¹⁷³, tais como a prática de qualquer ato relacionado ao procedimento. Em juízo, entretanto, a aceitação deve ser expressa.

2. Existência e Validade da Convenção de Arbitragem

Analisado o momento em que a arbitragem passa a existir e os pressupostos processuais necessários à sua existência, necessário que se analise também a existência e a validade de dois elementos imprescindíveis ao processo arbitral: a convenção de arbitragem e a sentença arbitral.

¹⁷³

Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, p. 240.

Sendo a convenção de arbitragem um ato que encerra consequências jurídicas, não há como negar que se enquadra nas hipóteses de fato jurídico. Retoma-se, aqui, a classificação desenvolvida inicialmente por SILVIO RODRIGUES¹⁷⁴ e que, segundo entendimento, deve ser aplicada a uma teoria geral do direito, não se restringindo, portanto, à teoria geral do direito civil.

De acordo com essa classificação entende-se que os atos relacionados à arbitragem, além de fatos jurídicos, encontram-se na categoria dos atos jurídicos em sentido amplo, isto é, atos praticados por agentes humanos com consequências jurídicas, de acordo com o ordenamento jurídico.

Os atos relacionados à arbitragem, portanto, exigem, ao menos, três elementos essenciais: agente, objeto e forma¹⁷⁵. Mas conforme se deixa de analisar os atos relacionados à arbitragem e se faz análise com gradação cada vez mais específica, altera-se a categoria a que cada ato pertence, variando os elementos necessários à existência ou mesmo à validade dos atos analisados.

Assim, a título de exemplo, tenha-se por base a análise de duas espécies desses atos. Tomando-se por base os mais relevantes aos objetivos do presente estudo, analisa-se a convenção de arbitragem em comparação com a sentença arbitral.

Dentro do quadro dos fatos jurídicos, a convenção de arbitragem se enquadra entre os atos jurídicos em sentido amplo na subcategoria negócios jurídicos¹⁷⁶. Essa categoria tem por fator distintivo o fato de que, além de agente, forma e objeto¹⁷⁷, sua validade depende da manifestação de vontade das partes e da correspondência entre essa manifestação de vontade e os resultados dela esperados.

¹⁷⁴ Cf. Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. I, p. 135.

¹⁷⁵ Cf. *Da Invalidade no Processo Civil*, p. 122.

¹⁷⁶ Cf. Marcos Bernardes de Melo, *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, p. 111.

¹⁷⁷ Cf. Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, p. 105.

Assim sendo, uma convenção de arbitragem, para que exista, precisa preencher os seguintes elementos¹⁷⁸ de existência: agente, objeto e forma e manifestação de vontade.

Quanto aos agentes, devem ser as partes que celebraram o acordo ou a obrigação que poderá ser submetida à arbitragem, pessoalmente, ou por procuração com poderes específicos para a assinatura da convenção.

Por ser a convenção não só um instrumento de escolha da arbitragem, mas também uma renúncia à jurisdição estatal para a solução do conflito, entende-se que ou as partes a celebram pessoalmente, ou o fazem por procurador legalmente habilitado para essa finalidade.

Mas a exigência que se faz quanto à pessoalidade para a prática desse ato ou mesmo dos poderes que o procurador deve ter para celebrá-lo dizem respeito aos requisitos para a validade da convenção. Explica-se: no que se refere à existência da convenção quanto aos agentes, basta que alguém o celebre para que se tenha convenção de arbitragem.

Por outro lado, para que se saiba se os efeitos que ela gera são válidos ou não, quanto aos agentes, quanto aos agentes é preciso que se verifique se quem celebrou a convenção tinha poderes e capacidade para isso.

No que diz respeito ao objeto, sem ele não há ato jurídico. Sem a opção da solução de conflitos por arbitragem, não há convenção de arbitragem, pois essa escolha é própria da convenção.

Também se recomenda, agora não mais para que exista, mas para que se previnam nulidades no curso do processo arbitral, que a convenção contenha as margens dentro das quais exercerá o árbitro a sua função. Sem a delimitação desses liames, deverá o árbitro esclarecê-los, por força do que determina o parágrafo único do art. 19 da Lei de Arbitragem.

¹⁷⁸ Cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 2.

Isto porque, sem a definição desses limites com clareza há o evidente risco de que seja proferida sentença arbitral que ultrapasse os limites desejados pelas partes, comprometendo, assim, a validade de todo o processo arbitral.

Quanto à forma, a Lei de Arbitragem é muito clara ao exigir que a convenção seja estipulada por escrito, não existindo convenção de arbitragem por outra forma. No que tange aos contratos de adesão, a Lei de Arbitragem contém requisito de validade específico, ao determinar que a cláusula compromissória nessa espécie de contrato deve vir acompanhada da assinatura das partes.

Por fim, por se tratar de negócio jurídico, para que exista a convenção de arbitragem é preciso que esta seja decorrente manifestação de vontade das partes, sendo que sua validade é decorrência da liberdade dessa manifestação¹⁷⁹.

Assim, a convenção de arbitragem assinada sob os vícios do erro, do dolo, da coação ou mesmo da fraude ou simulação, é convenção anulável ou nula, que macula todo o processo arbitral, podendo ser afastada pela parte prejudicada ou pelo próprio árbitro, este no próprio processo arbitral, aquela no processo arbitral ou mesmo em juízo¹⁸⁰.

Mas o requisito acima não é o único essencial para a validade da convenção de arbitragem. O art. 10 da Lei de Arbitragem também exige, na hipótese do compromisso arbitral, que se faça constar a qualificação das partes, do árbitro e o local onde será proferida a sentença. Deixa-se de mencionar aqui a matéria que será objeto da arbitragem por ser questão relacionada ao objeto da convenção da arbitragem que, como já visto, compõe um dos elementos de existência da convenção e cuja clareza de limites é necessária à sua validade.

Grande controvérsia se verifica, aliás, no que se refere à competência/jurisdição para o reconhecimento da nulidade ou inexistência da

¹⁷⁹ Cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 16.

¹⁸⁰ A favor da liberdade de escolha/recusa como pressuposto da arbitragem, confira-se Jorge Fontoura, *Os pressupostos da Arbitragem e a Solução de Controvérsias em Blocos Econômicos*, in *Arbitragem*, p. 128.

convenção de arbitragem. Isto porque, de acordo com o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, adotado pelo parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, cabe ao próprio árbitro decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Comentando essa questão, CARLOS ALBERTO CARMONA¹⁸¹ explica que embora a decisão pertença ao árbitro, por isso não se deve entender que seja inatacável judicialmente, sendo que, se reconhecida pelo árbitro a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, nada impedirá a propositura da ação de anulação a que se referem os arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem.¹⁸²

3. Existência e Validade da Sentença Arbitral

Também no que se refere à sentença arbitral é preciso que se a analise dentro do contexto de sua própria natureza jurídica e elementos de existência. Para tanto, faz-se necessário enquadrar os atos processuais arbitrais dentro da classificação dos fatos jurídicos¹⁸³.

O enquadramento de que ora se trata se faz necessário na medida em que dependendo da categoria a que pertença determinado fato jurídico, alteram-se os elementos e requisitos necessários à sua existência e validade.

Analisados os elementos de existência e de validade da convenção de arbitragem, cabe analisar a existência dessas condições em relação à sentença, a fim de que se verifique, com precisão, quando se está diante de cada categoria de requisitos.

Nesse sentido, retomando-se a classificação dos fatos jurídicos adotada anteriormente, tem-se que, a exemplo da convenção de arbitragem, a sentença arbitral também é ato jurídico em sentido amplo, de maneira que sua existência está

¹⁸¹ *Arbitragem e Processo*, 2ª edição, p. 160.

¹⁸² Segundo, ainda, a lição de CARMONA, não está excluída a possibilidade de que o juiz togado venha a decidir acerca das questões em comento, na medida em que sendo aplicável o art. 7º da Lei de Arbitragem, será o juiz togado o primeiro a ter contato com a convenção.

¹⁸³ Cf. Emílio Betti, *Teoria General Del Negócio Jurídico*, p. 10.

condicionada a um agente, um objeto e uma forma determinada. Mas dentre os atos jurídicos, pode-se afirmar que a sentença arbitral não é, como a convenção de arbitragem, um negócio jurídico, na medida em que para que exista é irrelevante a manifestação de vontade.

Mais que isso: a sentença arbitral é ato jurídico proferido como consequência da função assumida pelo árbitro quando aceita a nomeação feita pelas partes, dando origem ao processo arbitral. Assim, a sentença arbitral é ato não só previsto pela Lei de Arbitragem, mas por ela regulado não só quanto às suas características, requisitos e efeitos (estes também previstos no Código de Processo Civil – art. 475-N).

Por essa razão, é a sentença arbitral ato jurídico processual em sentido estrito, o que a caracteriza como ato sujeito às consequências previamente estipuladas em lei, *desde que preenchidos os requisitos para ela legalmente previstos*.

Mas para que um ato seja considerado sentença arbitral, não basta apenas a existência de agente, objeto e forma. Como já dito anteriormente estes são elementos de existência dos atos jurídicos em sentido amplo e não são capazes de identificar a sentença arbitral.

Para identificar a sentença arbitral e detectar os seus elementos de existência é preciso verificar, dentro das categorias “agente”, “objeto” e “forma” o que, efetivamente, caracteriza a sentença arbitral, permitindo distingui-la dos demais atos arbitrais.

Nessa linha, tem-se que não basta um agente. Para que se tenha sentença arbitral é preciso que a sentença seja emanada de um árbitro – não qualquer árbitro, mas sim aquele ou aqueles que foi(ram) escolhido(s) pelas partes. A exigência possui várias razões de ser. Poder-se-ia simplesmente afirmar que assim exige a lei. Entretanto, o que se tem é verdadeira idéia coerente com os próprios fins da arbitragem.

Já se teve, neste estudo, a oportunidade de se analisar a atividade dos árbitros no curso do processo arbitral, tendo-se concluído que se está diante de efetiva

atividade jurisdicional. Sendo a atividade dos árbitros uma atividade jurisdicional, verifica-se que a sentença arbitral, de fato, somente pode ser proferida por árbitros, na medida em que somente eles receberam das partes a jurisdição necessária à prolação de sentença arbitral.

Por outro lado, para que se sentença arbitral seja válida, não basta que seja proferida por um árbitro, deve ser proferida por árbitro capaz e dentro dos limites estabelecidos pelas partes na convenção de arbitragem ou em acordo posterior (art. 19, parágrafo único da Lei de Arbitragem).

Para que a sentença arbitral exista, é preciso, também, que contenha um objeto. Mas não qualquer objeto, e sim o objeto que caracteriza e diferencia a sentença dos demais atos arbitrais. Assim, toda sentença deve possuir, como elemento de existência, um ou mais julgamentos, que podem conter a totalidade dos julgamentos reclamados pelas partes ou apenas parte deles (sentenças arbitrais integrais e sentenças arbitrais parciais¹⁸⁴).

Sem julgamento, não há como reconhecer em qualquer ato arbitral a natureza jurídica de sentença arbitral. Assim, nos termos do art. 26 da Lei de Arbitragem, exige-se que a sentença arbitral deverá conter, obrigatoriamente, relatório, fundamentação, dispositivo, data e lugar em que foi proferida e assinatura.

Não significa afirmar que todos os itens previstos no art. 26 sejam elementos de existência. Na verdade, sob a terminologia “requisitos”, a Lei de Arbitragem reuniu itens relacionados à validade e à existência da sentença arbitral. Dentre esses requisitos, combinando-os com o quanto já afirmado, verifica-se que somente o dispositivo é que conterá efetivamente a atividade de julgamento que esperam as partes com o processo arbitral.

De fato, o próprio art. 26 da Lei de Arbitragem define o dispositivo, como sendo o item em que os árbitros resolverão as questões que lhes foram submetidas e

¹⁸⁴ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, 3ª edição, pp. 353 e 354. No mesmo sentido, Luiz Roberto Ayoub e Antônio Pedro Pellegrino, *A sentença parcial*, *Revista de Mediação e Arbitragem*, nº 22, pp. 33 a 53.

estabelecerão o prazo para cumprimento da decisão, se for o caso. Interessante notar que, com as recentes modificações promovidas no Código de Processo Civil, a linguagem que se utiliza para julgamento é a mesma, isto é, “resolver” a questão. Em outras palavras, ao explicar o dispositivo, a Lei de Arbitragem deixa claro que é no dispositivo que serão encontrados os julgamentos almejados pelas partes.

Assim sendo, o dispositivo é elemento de existência da sentença arbitral, pois sem ele não há julgamento e, conseqüentemente não haverá sentença. Já os demais elementos (relatório, fundamentação, data e local) são elementos necessários à validade da sentença arbitral.

Outro elemento que se vincula a tudo quanto anteriormente afirmado e que, portanto, deve ser entendido como elemento de existência da sentença arbitral é a assinatura do árbitro a que se refere o parágrafo único do art. 26 da Lei de Arbitragem.

Isto porque a assinatura do árbitro é essencial para provar que, primeiramente, foi o árbitro quem a proferiu. Sem essa prova não há como se obter a certeza necessária de que o agente do ato é aquele exigido por lei. Mais que isso: sem essa assinatura, não há prova de que a sentença foi proferida por quem tinha jurisdição para realizar o julgamento privado, tornando a existência da sentença impossível de ser confirmada.

Tanto assim é que, uma sentença sem assinatura não é passível de execução na forma de cumprimento de sentença, como exige o Código de Processo Civil. Isto porque, sendo juridicamente inexistente, a sentença não produz qualquer efeito, não correspondendo a título executivo hábil ao processo de execução.

No que tange aos demais requisitos previstos no art. 26 da Lei de Arbitragem, verifica-se que são instituídos pela Lei de Arbitragem como condições complementares, necessárias ao exercício pleno da atividade jurisdicional e que interferirão não só na avaliação da correção do procedimento (relatório), como também das razões que levaram o árbitro a proferir um determinado julgamento (fundamentação). Bem assim se deve entender o requisito de data e lugar em que foi

proferida a sentença. Através deste último requisito é possível verificar se a convenção de arbitragem foi integralmente cumprida e se o prazo legal foi observado pelo árbitro para proferir a sentença.

Em suma, todos os demais requisitos da sentença arbitral encontram-se no plano da validade¹⁸⁵, estejam eles no mesmo documento ou em documentos apartados¹⁸⁶. Sem o atendimento desses requisitos é possível que se tenha sentença nula, mas sem os requisitos de validade, ainda assim se tem sentença (a sentença é existente).

Demonstrados os elementos de existência da sentença arbitral e seus requisitos de validade, passa-se à análise dos vícios que podem atingir o processo arbitral e, na dicção legal, podem fulminar a sentença arbitral de “nulidade”, passível de impugnação através da denominada ação de anulação, na forma do art. 33 da Lei de

¹⁸⁵ Diferentemente desse posicionamento, Nelmo Versiani defende que a hipótese se refere apenas à ineficácia da sentença, in *Ação rescisória de sentença arbitral*, p. 92.

¹⁸⁶ Sendo a sentença arbitral desvinculada das normas processuais, admite-se sua prolação parcial. Nesse sentido: *APELAÇÃO CÍVEL. FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO DO RECURSO NÃO EXPLICITADOS NAS RAZÕES DO RECURSO. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO DE QUE ESTÁ SATISFEITO O REQUISITO DA FUNDAMENTAÇÃO SE O APELANTE SE REPORTA, SEM REPRODUZÍ-LOS POR EXTENSO AOS ARGUMENTOS UTILIZADOS EM ATO POSTULATÓRIO. CONHECE-SE DO RECURSO. NULIDADES NO LAUDO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA. NA AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO DE QUE O VALOR DO ALUGUEL A SER ARBITRADO PELO ÁRBITRO TERIA QUE SER EM VALOR FIXO. PREVALECE A FIXAÇÃO EM PERCENTUAL SOBRE O LUCRO AUFERIDO PELO APELANTE. MODIFICAÇÃO DA DATA DE PAGAMENTO VISOU ADEQUAR O PRAZO MÉDIO DE RECEBIMENTO DOS COMBUSTÍVEIS VENDIDOS COM A DATA DO PAGAMENTO DO VALOR CONTRATADO ENTRE AS PARTES E NÃO ERA OBSTADA PELO INSTRUMENTO PARTICULAR DE ACORDO EXTRAJUDICIAL REALIZADO ENTRE AS PARTES. RECURSO DESPROVIDO. "Não se pode reconhecer nulidade no laudo arbitral, pelo fato do mesmo ter sido oferecido em partes, pois o mesmo deve ser interpretado como um todo, e assim considerado obedeceu aos requisitos previstos no art. 26 da lei n. 9.307/96". "Não estipulando as partes que o valor a que deveria chegar o árbitro à título de aluguel a ser pago pelo apelante ao apelado deveria ser valor fixo prevalece a fixação em percentual sobre o lucro auferido pelo apelante, uma vez que tal sistema é adotado em atividade ligada a venda de combustível". "Não se vedou, também, pudesse o árbitro modificar o dia do pagamento da obrigação, o que só veio em benefício do apelante, pois elasteceu em dez dias o prazo para cumprimento de sua obrigação para com o apelado". (TAPR - Sexta C.Cível (TA) - AC 0168888-6 - Cornélio Procópio - Rel.: Desª Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - J. 09.04.2001) *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO LEVANTADA. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. NEGAÇÃO À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 9.307/96. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.* "Não há obscuridade ou contradição no acórdão embargado e a omissão apontada no mesmo constitui matéria não levantada pelo embargante, no processo de conhecimento." "Não se negou vigência a Lei Federal nº 9.307/96, apenas se abrandou formalismo exagerado, já que o laudo arbitral atingiu os fins a que se propôs." (TAPR - Sexta C.Cível (TA) - EDC 0168888-6/01 - Cornélio Procópio - Rel.: Desª Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - J. 11.06.2001).*

Arbitragem. São hipóteses que constituem violação, mau uso ou excesso na utilização dos poderes arbitrais, razão pela qual devem ser estudadas neste trabalho.

CAPÍTULO IV – HIPÓTESES DE “NULIDADE” DA SENTENÇA ARBITRAL

1. O Art. 32 da Lei de Arbitragem e a legislação estrangeira

A Lei de Arbitragem relaciona em seu art. 32 oito situações em que considera ser nula a sentença arbitral¹⁸⁷. A jurisprudência tem se inclinado pela taxatividade das hipóteses¹⁸⁸, sendo que todas essas situações, ainda de acordo com o art. 33, permitem o ajuizamento da ação de anulação (ou seria de nulidade?), ou ainda da impugnação¹⁸⁹ ao cumprimento de sentença – adaptando-se a expressão “embargos do devedor” do art. 33 para as recentes modificações do Código de Processo Civil¹⁹⁰.

Diante dessas situações, deve-se questionar, primeiramente, se todas as hipóteses relacionadas no artigo 32 da referida lei encontram-se efetivamente dentro de uma mesma categoria jurídica de nulidade, tal qual enunciado no referido dispositivo legal.

¹⁸⁷ As hipóteses de nulidade da sentença arbitral não são situações que permitem a qualquer das partes recorrer ao Poder Judiciário para rever as decisões proferidas pelos árbitros, pois sobre essas questões o Poder Judiciário não julgará o mérito. O objetivo do dispositivo é garantir que o nascimento, desenvolvimento e conclusão do procedimento arbitral se ajustem à Lei e que a sentença arbitral não seja contrária à ordem pública – Cf. Ana Maria Chocrón Giráldez, in *Los Principios Procesales en el Arbitraje*, p. 211.

¹⁸⁸ **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. SENTENÇA ARBITRAL. Uma vez eleito o Juízo Arbitral para dirimir a controvérsia entre as partes, descabida a rediscussão, através do Poder Judiciário, do mérito da decisão, sendo permitido questionar o julgamento apenas no que diz respeito às hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70019761170, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 05/09/2007). No mesmo sentido: DO PROCESSO: 200230002891 APELACAO CIVEL ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ RELATOR: SONIA MARIA DE MACEDO PARENTE, JULGADO EM 21.10.2004.

¹⁸⁹ Não se está afirmando que as hipóteses de cabimento da impugnação devam ser somadas àquelas do art. 475-L do Código de Processo Civil. Isto somente será possível se a impugnação for apresentada no mesmo prazo em que caberia a ação declaratória de nulidade, conforme advertência de Marcus Vinícius Tenório da Costa Fernandes, *Anulação da Sentença Arbitral*, pp. 84 e 85. Crítica semelhante se encontra em Arnoldo Wald, *Os meios judiciais de controle da sentença arbitral*, p. 55.

¹⁹⁰ Cf. Nelmo Versiani, *Ação Rescisória de Sentença Arbitral*, p. 91. Não se concorda, entretanto, com a posição de que caiba, na hipótese, a ação rescisória (p. 95), visto que esta somente caberá nas hipóteses de rescindibilidade da sentença a que se refere o art. 485 do Código de Processo Civil. Ademais, a Lei de Arbitragem restringiu as hipóteses de impugnação à ação de nulidade, atribuindo-lhe execução por via do cumprimento de sentença, nada dispondo a respeito de rescisão do julgado.

Retomando o tema do primeiro capítulo, as invalidades dos atos jurídicos, como tema do direito voltado ao estudo dos vícios desses atos, são classificadas em três planos distintos: o primeiro plano, da existência, que é requisito para que seja concebível a análise dos demais planos: o segundo, da validade, e o terceiro, da eficácia.

Se um determinado ato é inexistente, não há como se avaliar sua validade ou eficácia, justamente por que é um nada jurídico, ou seja, é um não-ato. A inexistência jurídica, portanto, gera ineficácia – no máximo uma eficácia aparente, que exige a *declaração* de inexistência que reconheça que o ato jamais existiu e que a suposta eficácia jamais poderia ter existido, por consequência. Nessa hipótese, não há o que anular ou desconstituir.

Mas se o ato é juridicamente existente, então pode ocorrer que exista, seja válido e eficaz; exista, seja inválido e eficaz; exista, seja válido e ineficaz; ou, ainda, exista, seja inválido e ineficaz. Em outras palavras, embora a existência jurídica seja condição *sine qua non* para a validade e a eficácia, estes dois planos são independentes entre si, de maneira que a invalidade não implica, necessariamente, a ineficácia.

A Lei de Arbitragem brasileira não seguiu, em linhas gerais a lei da Espanha que, ao tempo de sua redação, regia a matéria.

Referida lei espanhola (Ley 36/1988), em seu item 45, dispunha que o laudo arbitral poderia ser anulado: a) quando a convenção de arbitragem fosse nula; b) quando a nomeação dos árbitros ou o desenvolvimento do processo arbitral não tivessem observado todas as formalidades legais; c) quando o laudo fosse proferido fora do prazo; d) quando os árbitros tivessem resolvido pontos não submetidos a sua decisão ou que, embora tenham sido submetidos a sua decisão, não poderiam ser objeto de arbitragem. Nestes casos a anulação afetava somente os pontos não submetidos à decisão do árbitro ou não suscetíveis de arbitragem, desde que fossem independentes dos demais e estes não dependam daqueles; e e) quando o laudo arbitral fosse contrário à ordem pública.

Nela se verifica especial preocupação com a manutenção da ordem pública – que não foi relacionada como hipótese de nulidade da sentença arbitral brasileira. Ademais, procurou a lei espanhola, da época, estabelecer a possibilidade de separar-se na sentença a parte que deveria ser anulada daquela que deveria ser mantida.

Segundo a nova lei de arbitragem (Ley 60/2003), entretanto, a lei espanhola passou a seguir em grande parte, a legislação brasileira ao prever em seu art. 41 que o laudo arbitral poderá ser anulado quando: a) a convenção de arbitragem não existir ou for inválida; b) qualquer das partes não pode participar da designação do árbitro ou das atuações arbitrais ou não tenha podido, por qualquer razão, discutir seus direitos; c) os árbitros tenham decidido questões não submetidas à arbitragem; d) a designação dos árbitros ou o procedimento arbitral não tenham sido objeto de ajuste entre as partes, salvo se o referido ajuste foi contrário a uma norma cogente da Ley, ou a falta desse ajuste, que não se tenha ajustado à Ley de Arbitraje; e) os árbitros tenham decidido sobre questões não sujeitas à arbitragem; f) o laudo arbitral seja contrário à ordem pública¹⁹¹.

Como se vê, embora a Ley de Arbitraje da Espanha tenha mantido a tradição de algumas previsões existentes na legislação anterior, embora não existentes na legislação brasileira, a lei estrangeira em questão passou a prever a hipótese de nulidade da convenção e maior reforço ao princípio do contraditório.

Já a legislação alemã prevê no §1059 da ZPO¹⁹² que as hipóteses de anulação da sentença arbitral devem ser divididas em dois grupos. Um primeiro, relacionando as hipóteses em que o requerente poderá argumentar que: a) alguma das partes que tenham celebrado a convenção de arbitragem era incapaz ou o direito submetido à arbitragem não poderia ser objeto dessa forma de solução, ou, ainda, a ausência de convenção de arbitragem; b) ausência de exercício do contraditório ou não participação na escolha do árbitro ou do procedimento arbitral; c) a sentença arbitral atinge um conflito que não foi objeto de convenção de arbitragem ou que contém

¹⁹¹ O que mais chama a atenção em relação à legislação espanhola a respeito do tema, entretanto, não são as hipóteses de invalidade da sentença, mas sim a clara tentativa de evitar que as partes se dirijam ao Poder Judiciário, atribuindo às partes a necessidade de resolver a maioria das discordâncias e na sua impossibilidade, atribuindo ao árbitro esse dever. Cf. Heitor Vitor Mendonça Sica, *A Nova Legislação Espanhola em Matéria de Arbitragem*, p. 150.

¹⁹² Código Procesal Civil Aleman, p. 317.

disposições que ultrapassam os limites da convenção de arbitragem, anulando-se, nestes casos, somente os pontos viciados; d) a constituição do órgão julgador ou do processo arbitral não tenham respeitado algum aspecto da legislação ou da convenção arbitral a tal ponto que tenha viciado a sentença arbitral.

O segundo grupo de vícios são cognoscíveis de ofício pelo Tribunal judicial no sentido de que: a) o objeto do litígio não é suscetível de arbitragem segundo o direito alemão; ou, b) o reconhecimento ou execução da sentença arbitral conduzem a um resultado que ofende a ordem pública¹⁹³.

É interessante a classificação adotada pela legislação alemã, pois a segunda categoria de vícios é nitidamente mais grave que na primeira¹⁹⁴, podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício pelo Tribunal judicial.

Já, a legislação portuguesa estabelece na Lei n° 31/86¹⁹⁵, art. 27° que a sentença arbitral só pode ser anulada nas seguintes hipóteses: a) não ser possível a utilização da arbitragem no conflito ; b) ter sido a sentença proferida por tribunal incompetente ou irregularmente constituído; c) ter havido no processo violação dos princípios referidos no artigo 16° (princípios fundamentais do processo); d) ter-se verificado a violação do artigo 23°, nos. 1, alínea f, 2 e 3 (requisitos da sentença arbitral, especificamente a ausência de assinatura dos árbitros ou ausência de fundamentação); e) ter o tribunal arbitral conhecido questões que não poderia julgar, ou ter deixado de apreciar questões que lhe foram submetidas.

¹⁹³ Stefan Leible e Mathias Lehmann, *El Arbitraje en Alemania*, in Revista de Processo n° 162, p. 42, explicam que a pesar da distinção de situações, a lei alemã não prevê hipótese de nulidade em função da aplicação errônea de um direito (*errores in iudicando*). Assim, não é possível impugnar a sentença arbitral por erros de julgamento, de tal forma que os tribunais estatais não julgam novamente o mérito da causa.

¹⁹⁴ Conforme lição de Othmar Jauernig: *Contra a sentença arbitral não há recurso para o tribunal, nem sequer por acordo das partes. É apenas admissível o requerimento ao tribunal, vinculado a prazo, para anular a sentença arbitral, por verificação de certos fundamentos (§1059). Os fundamentos da anulação têm de ser alegados pelo requerente (§1059 II n° 1) ou de ser atendidos oficiosamente pelo tribunal (§ 1059 II n° 2). Os últimos dizem respeito a graves infracções: falta de (objectiva) suscetibilidade de arbitragem (p. ex., a dissolução dum casamento) segundo o direito o alemão ou ofensa à ordem pública (inobservância do direito a ser ouvido).* in Direito Processual Civil, p. 467, tradução de F. Silveira Ramos, negrito no original, sublinhado neste estudo.

¹⁹⁵ De acordo com José Lebre de Freitas, *O caso julgado na arbitragem internacional que tem lugar em território português*, p. 191, em Portugal as normas da arbitragem devem ser combinadas com o Código de Processo Civil Português “*que em conjunto constituem o estatuto da arbitragem*”.

Já o Código de Processo Civil Italiano regula as hipóteses de nulidade da sentença arbitral em seu art. 829, tratando das seguintes situações: a) nulidade do compromisso; b) nulidade da nomeação do árbitro; c) sentença fora dos limites do compromisso, omissão na sentença, contrariedade e nulidade formal por falta dos requisitos; d) violação a sentença anterior; e) violação ao princípio do contraditório; f) violação a normas¹⁹⁶ jurídicas¹⁹⁷.

Sobre a legislação italiana, PISANI¹⁹⁸ explica que há três meios de impugnação: *impugnazione per nullità, per revocazione e* oposição de terceiro. Na ação de nulidade, continua o professor italiano, o Judiciário poderá determinar a suspensão da execução da sentença e da decisão de qualquer desses meios impugnativos caberá recurso de cassação.

Como se vê, a legislação brasileira não distoa muito da legislação estrangeira quanto às hipóteses de cabimento da anulação da sentença arbitral, embora o procedimento de impugnação sofra grandes alterações se comparado ao sistema italiano. Entretanto, parecem ter ocorrido omissões curiosas na legislação brasileira que serão oportunamente apontadas, principalmente em relação ao tratamento que recebem da legislação estrangeira, notadamente a questão da nulidade parcial¹⁹⁹ e da violação de matéria de ordem pública.

Interessante notar, neste momento, entretanto, que a exemplo da dicção legal utilizada em outros países, a redação do art. 32 da Lei de Arbitragem classifica todos os vícios da sentença como nulidades, na medida em que presumiu a Lei em questão que, em todos os casos ali relacionados, a sentença arbitral é juridicamente existente. Mas a Lei vai além, não só pressupondo a existência, mas também restringindo as hipóteses a situações de nulidades.

¹⁹⁶ Carlos Alberto Carmona, quando da tradução de texto de Vincenzo Vigoriti, já alertava que no direito italiano, diferentemente do brasileiro, permite-se a impugnação da sentença arbitral por *errori in iudicando*, in **Em Busca de um direito comum arbitral**, p. 21.

¹⁹⁷ A falta de clareza da última previsão exige a explicação dada por Federico Carpi, Vittorio Colesanti e Michele Taruffo, in **Breve Commentario al Codice di Procedura Civile**, no sentido de que não basta a alegação de inobservância das regras de direito *in iudicando*, devendo ter ocorrido alegação de expressa violação a cânones de direito – texto expresso de lei, p. 463.

¹⁹⁸ Andrea Proto Pisani, **Lezioni di Diritto Processuale Civile**, p. 843.

¹⁹⁹ As leis estrangeiras fazem expressa referência ao fato de que a nulidade parcial não prejudica a parte válida da sentença. Selma Ferreira Lemes, **A Sentença Arbitral, in Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 4, p.30, entende que o mesmo se deu na legislação brasileira.

Na opinião de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁰⁰, não é correta a afirmação legal de que as hipóteses em questão constituem nulidades da sentença arbitral. Isto porque há várias situações que constituem apenas anulabilidades. Segundo o autor – que não chega a enfrentar com maiores minúcias a questão, nestes casos a sentença arbitral permanece íntegra até que venha a ser impugnada pela competente ação de anulação²⁰¹.

2. Anulação dos atos processuais?

Discute-se muito a possibilidade da anulação da sentença arbitral. Se é verdade que a sentença é o objeto da impugnação na ação a que se refere o art. 33 da LA, bem como que a sentença arbitral é ato processual, questiona-se se é possível entendê-la como um ato anulável.

Entende-se que não²⁰². O ato processual não é anulável²⁰³, mas sim nulo, nas hipóteses em que não preencher os requisitos legais. Embora exista divergência, hoje a doutrina majoritária compreende que os atos processuais prescindem de vontade relevante para seus efeitos. Como já visto anteriormente, o fator distintivo dos atos processuais em relação aos negócios jurídicos – onde a vontade é relevante – é justamente o fato de que aqueles se enquadram na categoria de atos jurídicos em sentido estrito, isto é, seus efeitos são determinados pela lei, sempre que o ato é realizado com o preenchimento dos requisitos legais²⁰⁴.

²⁰⁰ In *La nueva Ley de Arbitraje Brasileña*, p. 106.

²⁰¹ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, 2ª edição, p. 317.

²⁰² Pedro Antonio Batista Martins argumenta que as hipóteses variam entre nulidades absolutas e relativas, sendo estas últimas nulidades relativas por forçarem novo processo arbitral, caso seja declarada sua nulidade em juízo. in *Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92*, p. 50.

²⁰³ No mesmo sentido, Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 224.

²⁰⁴ No sentido da anulabilidade dos atos processuais, confira-se Jorge W. Peyrano, *Nulidades Procesales con especial referencia a los distintos vicios que pueden generarlas*, pp. 163 e 164. Como se vê, nesses casos, não é capacidade de produzir efeitos imediatamente que gera a anulabilidade do ato, como a opinião de Barbosa Moreira deixa entrever. O que define essa anulabilidade é a presença de manifestação de vontade no ato – daí porque, diferentemente dos atos processuais, os negócios jurídicos são anuláveis.

Por outro lado, há também quem diga que nas mesmas hipóteses do art. 32 são encontradas verdadeiras situações de inexistência jurídica. O problema, entretanto, é que reconhecida a possibilidade de inexistência jurídica da sentença arbitral, não se estará diante de hipóteses que admitam a ação de anulação (ou nulidade) propriamente dita.

Conforme já afirmado anteriormente, se a sentença é viciada por alguma hipótese que atinja algum dos elementos essenciais à existência da sentença arbitral, o máximo que se poderá buscar é a declaração judicial da inexistência jurídica. Não se diga que a inexistência jurídica tornaria desnecessário o respectivo reconhecimento judicial. Isto porque, tratando-se de ato processual, a sentença arbitral, a exemplo do que se observa da sentença judicial, pode possuir aparência de existência. Muitas vezes essa aparência é capaz de gerar uma série de prejuízos a alguma das partes, tornando necessária a tutela jurisdicional declaratória da inexistência.

A título de exemplo, imagine-se a tentativa da parte supostamente vencedora de executar a sentença arbitral juridicamente inexistente. Até que venha a ser declarada a inexistência jurídica da sentença arbitral, estará a parte vencida sujeita aos aparentes efeitos da sentença viciada.

Por essa razão, nesses casos, deverá a parte prejudicada valer-se da ação declaratória de inexistência da sentença arbitral²⁰⁵. Por se tratar de ação declaratória, é imprescritível e, ao menos em princípio, não estaria sujeita ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias para o ajuizamento da ação de anulação a que se refere o art. 33 da Lei de Arbitragem²⁰⁶²⁰⁷.

²⁰⁵ Valendo, aqui, a utilização da *querela nullitatis insanabilis* de que já se tratou em dissertação de mestrado – *A actio nullitatis insanabilis*.

²⁰⁶ Não se tem por objetivo, neste trabalho, estudar a natureza jurídica do prazo para impugnação da sentença arbitral – se é prescricional ou decadencial. Entretanto, adotou-se aqui a linha da opinião do prazo decadencial, não só pela opinião majoritária da doutrina, como também pela adoção dos critérios desenvolvidos por Agnelo Amorim Filho, Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, publicado na Revista dos Tribunais, Vol. 360, p. 37: *Reunindo-se as três regras deduzidas acima, tem-se um critério dotado de bases científicas, extremamente simples e de fácil aplicação, que permite, com absoluta segurança, identificar, a priori, as ações sujeitas a prescrição ou a decadência, e as ações perpétuas (imprescritíveis). Assim: 1ª Estão sujeitas a prescrição todas as ações condenatórias e somente elas (...); 2ª – Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem): as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; 3ª – São perpétuas (imprescritíveis): a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações*

Entendimento semelhante é o adotado por DONALDO ARMELIN²⁰⁸, para quem o árbitro, ao proferir a sentença arbitral e julgar eventuais embargos de declaração, exaure sua função jurisdicional, quando, então, a sentença arbitral se sujeita à jurisdição estatal. Para tanto, necessário é que a sentença arbitral seja questionada por meio da ação anulatória prevista na Lei de Arbitragem, especificamente nas hipóteses mencionadas.

Explica o autor que após o decurso do prazo para a propositura da ação anulatória não restaria outro meio de impugnação da sentença arbitral. Entretanto, DONALDO ARMELIN faz a ressalva de que embora não se admita o cabimento de ação rescisória para nova impugnação da sentença judicial – o que implicaria submeter a sentença arbitral a uma apreciação judicial de segundo grau, passível de novos recursos aos Tribunais Superiores, é possível, sim, imaginar a impugnação da sentença via impugnação ao seu cumprimento, na forma do art. 475-L do Código de Processo Civil²⁰⁹.

Apesar da respeitável opinião, neste trabalho se entende que a não propositura da ação anulatória no prazo de 90 (noventa) dias implica a impossibilidade de questionamento das mesmas matérias que poderiam ser aventadas por aquele meio, através da impugnação ao cumprimento de sentença.

declaratórias. Como as ações declaratórias são perpétuas, porque imprescritíveis, o prazo do art. 33 refere-se exclusivamente ao direito de obtenção da declaração de nulidade, que se extingue em 90 (noventa) dias. Neste aspecto, a ação de nulidade deverá ser proposta no prazo decadencial de 90 (noventa) dias, ao passo que as ações declaratórias de inexistência jurídica são perpétuas, na medida em que ante a inexistência jurídica da sentença, o prazo de 90 (noventa) dias jamais inicia seu curso.

²⁰⁷ *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DO ART. 33, DA LEI Nº. 9.307/96. PRESCRIÇÃO CONSUMADA. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.* Processo : 0006628-88.2005.8.19.0207 (2007.001.02875) - APELAÇÃO DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES - Julgamento: 31/01/2007 - QUARTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. A decisão chama a atenção por considerar, equivocadamente, o prazo de 90 (noventa) dias a que se refere o art. 33 da LA como sendo prazo prescricional.

²⁰⁸ *Notas Sobre a Ação Rescisória*, pp. 12 a 17, in Revista de Arbitragem e Mediação, nº 1.

²⁰⁹ O artigo em comento não faz a referência à impugnação ao cumprimento de sentença, mas sim aos embargos à execução, que eram, ao tempo em que foi escrito o artigo, o meio cabível para a defesa do executado em execução de títulos judiciais. Mas a alteração do procedimento e do meio impugnativo, nesse aspecto, não alterou o tratamento das idéias defendidas pelo autor, para quem “*Se a matéria referente à nulidade não for suscitada em ação que deveria ter sido proposta nos noventa dias seja decadencial para a anulação de sentenças arbitrais declaratórias ‘stricto sensu’ e constitutivas, não o é para aquelas condenatórias, que são passíveis de serem atacadas por vício de nulidade. A exaustão do prazo para a propositura da ação anulatória deixa aberta a oportunidade para propor a mesma ação, agora rotulada de embargos de executado*” *idem, ibidem*, p. 15.

Entende-se que se o prazo é decadencial para a propositura da ação anulatória (ou de nulidade), opera-se a perda do direito à impugnação das matérias discutíveis através desta ação, principalmente se considerada a natureza material do instituto da decadência. Uma vez perdido o direito, este não renasce com o início do cumprimento da sentença.

Ademais, ter-se-ia, aqui, a mesma crítica que DONALDO ARMELIN faz para rejeitar a ação rescisória em matéria arbitral. Neste tópico, o autor defende que não se deve permitir um *bis in idem* de meios para obter o mesmo resultado jurídico²¹⁰. Também por essa razão entende-se que não se deve permitir que o que seria passível de discussão por meio da ação de anulação seja viabilizado por meio da impugnação ao cumprimento de sentença, tendo em vista que a matéria foi atingida pela decadência.

Essa afirmação, entretanto, não significa concluir-se que não será possível a utilização da impugnação ao cumprimento de sentença quando o título executivo for uma sentença arbitral. Será cabível essa impugnação quando as hipóteses do art. 475-L do Código de Processo Civil não equivalerem às hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem, ou desde que a impugnação seja apresentada no mesmo prazo previsto no art. 33 da LA²¹¹.

Ainda assim, não se terá o novo julgamento da causa submetida à arbitragem, mas sim a sua anulação. Fosse a ação rescisória cabível no processo arbitral, ter-se-ia

²¹⁰ “Sem dúvida, se o julgamento cingir-se à anulação, não haverá a necessidade de re-julgamento, mas, nessa hipótese, a ação rescisória estará atingindo o mesmo resultado que emerge, em regra, da procedência da ação anulatória. Haveria, assim, inaceitável *bis in idem*, com a duplicação de remédios processuais para a mesma situação jurídica e com o alongamento do prazo para anulação da decisão arbitral...”. **Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral**, in Revista de Mediação e Arbitragem, nº 1, p. 14. Ainda sobre o cabimento da ação rescisória, dependendo do que se entenda do processo de homologação de sentença estrangeira – se tem natureza de jurisdição contenciosa ou voluntária – pode-se chegar à conclusão de que será admitida a ação rescisória da decisão que homologar a sentença estrangeira (para quem reconheça a natureza contenciosa desse processo, idéia com a qual não se concorda).

²¹¹ Tenha-se, como exemplo, a possibilidade de impugnação por excesso de execução (art. 475-L, inciso V, do Código de Processo Civil). Como exemplo de impossibilidade da impugnação, por decadência da matéria alegada, tenha-se a impugnação fundada em inexigibilidade da sentença arbitral proferida em hipótese de nulidade do compromisso arbitral.

a possibilidade do *ius rescissorium*, a ser realizado pela jurisdição estatal, impedindo a necessária prevalência da sentença arbitral.

Mas DONALDO ARMELIN²¹² também trata da possibilidade de propositura da *querela nullitatis insanabilis* para impugnação da sentença arbitral que se mostrar inexistente ou ineficaz. Nesse aspecto, explica o autor, a *querela nullitatis insanabilis* se prestaria a impugnar a sentença arbitral cuja exigibilidade estaria prejudicada pela posterior declaração de inconstitucionalidade da norma que serve de fundamento ao título executivo em questão.

Mas o autor vai além dessa análise, explicando que algumas das hipóteses de nulidade da sentença arbitral consistem, na verdade, em hipóteses de sua inexistência jurídica, a justificar uma ação não sujeita ao prazo nonagesimal da Lei de Arbitragem²¹³.

Assim sendo, a sistematização das invalidades da sentença arbitral depende da verificação de quais hipóteses são as que justificariam o uso desse excepcional remédio impugnativo, ou, ainda, aqueles previstos no art. 33 da LA. Passa-se, portanto, à análise de cada uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem.

3. Hipóteses de Nulidade, Anulabilidade e Inexistência da Sentença Arbitral

3.1. Nulidade do Compromisso

Conforme lição de CARLOS ALBERTO CARMONA²¹⁴, a Lei de Arbitragem cometeu a impropriedade de se referir somente ao compromisso arbitral, quando, na verdade, deveria considerar também a nulidade da cláusula compromissória. Assim, seria mais adequado falar-se em nulidade da convenção de arbitragem²¹⁵, razão pela

²¹² *Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral*, in Revista de Mediação e Arbitragem, n° 1, p. 14.

²¹³ Idem, *ibidem*, p. 15.

²¹⁴ *Arbitragem e Processo*, p. 319.

²¹⁵ Nesse mesmo sentido é a opinião de Paulo Issamu Nagao, em dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2008, p. 147.

qual se deve realizar na hipótese em questão, uma interpretação extensiva do dispositivo.

Compreendido que se está tratando da nulidade de uma convenção de arbitragem, resta questionar se a hipótese é de efetiva nulidade, de anulabilidade ou de inexistência da sentença arbitral fundada nessa espécie de vício.

Entretanto, deve-se destacar que embora a impugnação seja dirigida a uma suposta sentença arbitral nula (art. 32, inciso I, da LA), a causa dessa nulidade está fundada em uma invalidade de um ato jurídico que se enquadra em outra categoria dos fatos jurídicos, nos termos já analisados²¹⁶.

Diferentemente das demais hipóteses de invalidade da sentença arbitral, aquela relacionada no primeiro inciso do artigo em análise refere-se a ato jurídico que não se encontra realizado no curso do processo arbitral. Assim, valendo-se do conceito de atos jurídicos processuais anteriormente apresentado, nessa hipótese não se está diante de um ato processual, visto que não foi praticado pelos sujeitos da relação processual – porque esta, ao tempo de sua realização, sequer existia – nem foi praticado no processo ou para o processo.

Na verdade, a convenção de arbitragem, como visto anteriormente, é um pressuposto processual de existência do processo arbitral, de tal forma que existe, necessariamente, anteriormente a ele²¹⁷. Assim, não se pode estudar a convenção de

²¹⁶ Nesse mesmo sentido, Cláudio de Melo Valença Filho, *Da sentença arbitral inexistente*, in *Estudos de Arbitragem*, p. 189.

²¹⁷ SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. OFENSA À ORDEM PÚBLICA NACIONAL.

I - O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento.

II - Não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida.

III - A decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c art. 39, II, da Lei nº 9.307/96). Precedente do c. Supremo Tribunal Federal.

IV - *In casu*, a requerida apresentou defesa no juízo arbitral alegando, preliminarmente, a incompetência daquela instituição, de modo que não se pode ter como aceita a convenção de arbitragem, ainda que tacitamente.

Homologação indeferida. (SEC .866/GB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/05/2006, DJ 16/10/2006 p. 273). A decisão menciona competência quando o vício, na verdade, corresponde a absoluta ausência de jurisdição.

arbitragem – seja ela uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral – como se fosse passível dos mesmos vícios e segundo o mesmo tratamento dos demais atos processuais²¹⁸.

A análise a ser feita, neste aspecto, deve, portanto, referir-se às hipóteses de invalidade aplicáveis aos negócios jurídicos²¹⁹²²⁰. Com efeito, a convenção de arbitragem é ato de vontade das partes quer procuram na arbitragem resolver eventuais conflitos a surgir ou já surgidos entre elas, respectivamente devendo valer-se da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral²²¹.

²¹⁸ Nesse sentido também é a opinião de Paulo Issamu Nagao, Do controle judicial da sentença arbitral, p. 147 a 151. Não se concorda, entretanto, com a opinião manifestada no trabalho, no sentido de que deva existir alguma correlação entre atos jurídicos em sentido estrito e a unilateralidade dos atos, pois o que diferencia o ato jurídico em sentido estrito do negócio jurídico não é unilateralidade ou a bilateralidade dos atos, mas sim a relevância do elemento vontade para a produção dos efeitos dele esperados. Também há discordância de que os efeitos dos atos jurídicos processuais, por não se enquadrarem na espécie negócio jurídico, não estariam sujeitos a fatores de ineficácia (p. 152). Tenha-se, por exemplo, o art. 520 do Código de Processo Civil, que relaciona as hipóteses de eficácia imediata da sentença judicial. Ali se vê fatores de eficácia imediata, enquanto o *caput* trata de fator geral de ineficácia imediata da sentença judicial. Assim, bem se vê, os atos processuais – ainda que não sejam negócios jurídicos, estão tão sujeitos a exames de fatores de eficácia quanto os negócios jurídicos.

²¹⁹ Embora a natureza jurídica de negócio jurídico pareça muito clara, Carlos Alberto Carmona, em seu *A Arbitragem no Processo civil*, noticia que alguns civilistas brasileiros refutam a natureza contratual do compromisso arbitral, seguindo a linha de Clóvis Beviláqua, feita nos Comentários ao Código Civil, Vol. 4, publicado pela Livraria Francisco Alves, em 1954 e para quem o compromisso era apenas um acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Segue Carmona explicando que os publicistas brasileiros não titubeiam em reconhecer a natureza contratual do compromisso arbitral, embora atribua ao compromisso a natureza jurídica de negócio jurídico processual. O autor ainda acrescenta exemplos (cláusula de eleição de foro e cláusula compromissória), *in Considerações sobre a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória*, p. 36. Sobre esta última posição, tem-se que não se pode reconhecer ao compromisso arbitral a natureza jurídica de negócio jurídico processual, pois não é nem se enquadra entre os atos jurídicos processuais que, como já dito anteriormente, somente se praticam no processo e para o processo. Entende-se, portanto, que os compromissos arbitrais são negócios jurídicos praticados no âmbito do direito material (contratos), cujos efeitos são capazes de determinar as regras que formarão a relação jurídica processual.

²²⁰ Defendendo a existência de negócios jurídicos processuais, Bernardo Silva de Lima cita como exemplo a ata da audiência de conciliação. O exemplo, neste estudo, não convence, na medida em que mesmo a conciliação dependerá da sentença homologatória para que produza seus efeitos. Tecnicamente, o objeto da conciliação até poderia ser objeto de contrato entre as partes. Mas, no processo, somente produz efeitos como a sentença homologatória – antes disso o processo não se encerra! Daí porque se insiste na ausência de negócio jurídico processual. *in Sobre o Negócio Jurídico Processual, Revisitando a Teoria do Fato Jurídico...*, p. 121. No mesmo sentido, mas por razão diversa, alegando que de negócio jurídico processual se trata por envolver direitos patrimoniais disponíveis, confira-se Antonio José de Mattos Neto, *Direitos Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei de Arbitragem*, p. 158.

²²¹ José Carlos Barbosa Moreira, em artigo escrito em 1977, explicava a dúvida que existia sobre a matéria, pois a lei não previa uma solução clara para o descumprimento da cláusula compromissória. Havia dois entendimentos: um, segundo o qual o descumprimento do pacto daria lugar, apenas, à exigibilidade, em face da parte inadimplente, de uma prestação pecuniária, resolvendo-se a obrigação em perdas e danos, de acordo com a concepção tradicional em matéria de obrigações de fazer; a segunda, contava com a possibilidade de se exigir a satisfação *in natura*, cabendo-lhe na hipótese de resistência, o pedido ao órgão judicial, a emissão de sentença que substitua o compromisso arbitral. *in Juízo Arbitral, Cláusula Compromissória: Efeitos, in Temas de Direito Processual, Segunda Série*,

Assim, se dois sujeitos de direitos pretendem realizar determinado negócio jurídico e prever que, na existência de conflitos ocorridos na execução desse mesmo negócio jurídico, tais conflitos serão submetidos à solução por meio de arbitragem, deverão valer-se de cláusula compromissória²²². Na hipótese do surgimento do conflito e, posteriormente, decidirem as partes o sujeitarem à solução por meio da arbitragem, estas deverão celebrar compromisso arbitral, valendo-se – no mínimo – dos requisitos estabelecidos no art. 10 da LA.

Como se vê, tanto na hipótese de instituição da arbitragem via cláusula compromissória, quanto na situação do compromisso arbitral, está-se diante de ato jurídico pré-processual – não processual, portanto – que deve ser categorizado como negócio jurídico²²³.

Sendo a convenção de arbitragem um negócio jurídico é na teoria destes que se deve encontrar as hipóteses em que a convenção de arbitragem será nula, valendo-se, portanto, não só da estrutura dos negócios jurídicos para que se proceda a essa análise, como também dos princípios e regras atinentes ao ramo do direito que regulamenta a realização de negócios jurídicos, isto é, o direito civil.

Assim, ter-se-á a análise de casos em que o negócio jurídico em questão será inexistente, inválido e/ou ineficaz, vícios ou situações estas que trarão sérias consequências para a existência, validade e eficácia do processo e da sentença arbitrais.

p. 196. A opção do legislador, como se sabe, foi pela segunda doutrina, embora isso não descaracterize a natureza jurídica contratual do instituto.

²²² Essa premissa em nada prejudica a natureza jurisdicional da arbitragem, conforme se depreende da lição de Selma Ferreira Lemes, *Árbitro Princípios da Imparcialidade e da Independência*, p. 50, em especial citando Philippe Fouchard, que vê, na convenção de arbitragem um contrato, quanto à sua fonte e judicial quanto ao objeto.

²²³ José Carlos Barbosa Moreira trata, inclusive, da importância do elemento vontade na formação do processo arbitral, afirmando que a lei brasileira confere espaço muito mais amplo ao processo arbitral se comparado ao sistema anterior, in *La Nueva Ley de Arbitraje Brasileña*, p. 101. A importância da vontade, como fundamental à formação do processo arbitral também é tratada por Eugênia C. G. de Jesus Zerbini, in *Cláusulas Arbitrais: Transferência e vinculação de terceiros à arbitragem*, pp. 142 e 143.

Dois serão os enfoques para o estudo dessa espécie de vício: um primeiro de cunho estrutural, outro relacionado aos já examinados aspectos do direito civil.

No que se refere à estrutura da convenção de arbitragem, como negócio jurídico que é, para que exista exigirá a presença dos seguintes elementos: agente, objeto, forma e manifestação de vontade. A extração de qualquer desses elementos prejudica a própria existência da convenção de arbitragem e retiraria do árbitro a possibilidade de realizar qualquer espécie de julgamento.

O tratamento dado à espécie é diverso daquele em que a convenção de arbitragem é nula – na medida em que nessa hipótese poderá o próprio árbitro reconhecer, no curso do processo arbitral, a nulidade eventualmente alegada por qualquer das partes. Tal fato se explica porque, existente a convenção de arbitragem, ainda que nula, restará preenchido o pressuposto processual de existência do processo arbitral²²⁴. A ausência dos elementos de existência da convenção, a prejudicar a própria existência desta última, gera a não convenção de arbitragem, gerando, por consequência, a ausência do pressuposto processual de existência do processo arbitral²²⁵.

²²⁴ Eugênia C. G. de Jesus Zerbini, in Cláusulas Arbitrais: Transferência e Vinculação de Terceiros à Arbitragem, p. 143, trata da relativização da importância da convenção de arbitragem para a formação do processo arbitral: *Esse pressuposto teórico, porém, tem sido relativizado nas últimas décadas, principalmente naquilo que diz respeito à arbitragem sobre investimentos. Apesar desta última se enquadrar na classe híbrida das arbitragens transestatais, na classificação de CUMBACU, a conhecida como arbitragem investidor-Estado muito se avizinha da arbitragem comercial internacional por aquela primeira ser considerada extensão desta última. O princípio basilar da vontade das partes como fundamento da arbitragem foi desafiado pela primeira vez pelo conhecido como Tribunal Irã-Estados Unidos, constituído pelos Acordos de Argel, de 1981, celebrados entre os dois países que lhe emprestaram o nome. Por meio de três câmaras arbitrais foram julgados 3.839 casos, no valor agregado de 10 bilhões de dólares, no decorrer de 10 anos. Os demandantes, todos pessoas de direito norte-americano, tiveram acesso à arbitragem não sob o manto de uma convenção arbitral, mas, sim, dentro do escopo mais amplo de acordos internacionais celebrados entre entes soberanos.*

²²⁵ Seguindo a mesma linha da nota anterior, o Superior Tribunal de Justiça já julgou que a inexistência da convenção de arbitragem não impede a realização do processo arbitral: HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SENTENÇA ARBITRAL. MATÉRIA DE MÉRITO. IRRELEVÂNCIA. ART. 38 DA LEI N. 9.307/96. 1. As disposições contidas no art. 38 da Lei n. 9.307/96 apresentam um campo mais largo das situações jurídicas que podem ser apresentadas na contestação, em relação à prevista no art. 221 do RISTF, mas não chega ao ponto de permitir a invasão da esfera de mérito da sentença homologanda. 2. A existência de ação anulatória da sentença arbitral estrangeira em trâmite nos tribunais pátrios não constitui impedimento à homologação da sentença alienígena, não havendo ferimento à soberania nacional, hipótese que exigiria a existência de decisão pátria relativa às mesmas questões resolvidas pelo Juízo arbitral. A Lei n. 9.307/96, no § 2º do seu art.33, estabelece que a sentença que julgar procedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou tribunal profira novo laudo, o que significa ser desfeito ao julgador proferir sentença substitutiva à emanada do Juízo arbitral. Daí a inexistência de decisões conflitantes. 3. Sentença arbitral estrangeira

Isto não quer significar que sem a convenção de arbitragem o processo não existirá em hipótese alguma. Com o avanço da utilização da arbitragem, a existência de tratados internacionais ou mesmo a existência de documentos diversos que, juntos, sejam capazes de demonstrar o preenchimento de todos os requisitos exigidos pela Lei de Arbitragem não impedirá que a somatória de todos seja compreendida como convenção de arbitragem, a preencher o pressuposto processual de existência de que ora se trata²²⁶.

Assim, se as partes, por meio de troca de cartas ou notificações, vão estabelecendo em documentos distintos como se dará a arbitragem, formando, em vários documentos, um compromisso arbitral documentado em partes, entende-se que não haverá empecilho à formação do processo arbitral, nem haverá, no futuro, processo ou mesmo sentença arbitral nulos. Não se deve interpretar a Lei de Arbitragem de forma a tornar esse sistema demasiadamente formalista²²⁷. O que exigiu a lei foi a documentação da manifestação de vontades das partes para que não exista dúvidas quanto à opção pela jurisdição privada. A ausência de um único

homologada. (SEC .611/US, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 23/11/2006, DJ 11/12/2006 p. 291).

²²⁶ A jurisprudência, por outro lado, tem se mostrado rigorosa na exigência do preenchimento dos requisitos da convenção de arbitragem: *CONFISSÃO DE DÍVIDA. SENTENÇA ARBITRAL PROFERIDA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI 9307/96. NULIDADE DO TÍTULO. DANO MORAL. A sentença arbitral condenatória possui eficácia executiva, desde que proferida consoante os preceitos da Lei 9307/06. No compromisso arbitral juntado aos autos não houve qualquer referência acerca da matéria a ser dirimida pelo árbitro, havendo simples menção genérica sobre a existência de controvérsia entre as partes, o que não atende à exigência legal. Verifica-se, desta forma, o abuso de perpetrado pelos réus, ensejando a condenação por dano moral. A quantificação da reparação fixada afigura-se adequada, ut art. 944, caput, do CC/2002, considerando a gravidade média da lesão, sendo, portanto, valor compatível com a expressão axiológica do interesse jurídico violado, nas perspectivas dos princípios id quod interest restaurar o interesse violado, no possível razoabilidade, proporcionalidade, equidade e de Justiça. No entanto, em face da vedação constitucional (art. 7º, IV), converte-se, de ofício, em moeda corrente a condenação de 10 salários mínimos para a quantia de R\$ 3.000,00, corrigida, monetariamente, a partir da sentença, acrescida de juros de 1% ao mês. DESPROVIMENTO DO RECURSO* Processo : 0001229-74.2005.8.19.0079 (2006.001.39655) - APELAÇÃO DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 07/11/2006 - NONA CÂMARA CÍVEL . De acordo com o julgamento, a falta de matéria no compromisso arbitral leva à nulidade deste e, conseqüentemente, da sentença arbitral. Como a parte prejudicada foi induzida a assinar o compromisso nas dependências do órgão arbitral, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tratar-se de abuso de direito, condenando o órgão à indenização.

²²⁷ Tratando do sistema processual judicial, mas acima de tudo do sistema processual vale a lição de José Roberto dos Santos Bedaque: “O juiz tem de ter consciência de que acima da simples forma está a garantia constitucional ao processo justo. É-lhe lícito indagar se, em razão das peculiaridades do caso concreto, o descumprimento de exigências formais constitui real obstáculo a que os fins do instrumento sejam alcançados”. in *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 425.

documento contendo todos os requisitos em questão não deve gerar dúvidas, se os requisitos estiverem presentes em documentos distintos²²⁸.

Sem este pressuposto, por outro lado, isto é, se qualquer dos requisitos não estiver presente em qualquer dos documentos havidos pelas partes, ter-se-á a impossibilidade de existência do processo arbitral – a impedir que o árbitro sequer aceite a nomeação e dê início ao processo arbitral²²⁹.

É o que se observa, por exemplo, da alegada existência da convenção de arbitragem não escrita porque não manifestada²³⁰. O vício aqui apontado é de tamanha gravidade que impede a aferição da manifestação de vontade, das partes e até mesmo da matéria que será objeto de arbitragem.

Ausente a convenção, ainda que por equívoco se dê início a um processo arbitral – verbalmente um determinado árbitro aceita a nomeação feita pelas partes, ter-se-á processo arbitral meramente aparente, ainda que seja documentado a partir do pedido inaugural²³¹.

²²⁸ A idéia aqui defendida se coaduna com uma observação de Carlos Alberto Carmona, traduzindo texto de Vioriti, feito em 1998: “a tendência generalizada é a de atenuar os vínculos formais na manifestação de vontade, admitindo-se que os acordos compromissórios possam ser válidos, mesmo se não assinados, se enviados por telex, se contidos em textos previamente preparados, em ordens e faturas comerciais, em contratos associativos abertos, e assim por diante. O mesmo vale para a aceitação...” Vincenzo Vigoriti, trad, de Carlos Alberto Carmona, **Em busca de um direito comum arbitral**, p. 11.

²²⁹ Há julgados, equivocadamente, tratando desse vício como sendo nulidade. Nesse sentido: **EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ILEGALIDADE DO PROCESSO ARBITRAL. INOBSERVÂNCIA DE REQUISITO DE VALIDADE NA SENTENÇA ARBITRAL ESTIPULADO NO ART. 26, II, DA LEI Nº 9.307/96. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Inexistindo cláusula compromissória e não tendo ocorrido a convenção da arbitragem não há que se falar em legalidade do processo arbitral. A cláusula compromissória é condição primordial para se buscar a solução do litígio junto ao juízo arbitral, devendo a mesma vir expressa no contrato firmado pelos litigantes ou em documento apartado que a ele se refira, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.307/96. 2. A ausência de pelo menos um dos requisitos previsto no art. 26, da Lei nº 9.307/96, indispensáveis para elaboração de sentença arbitral, a torna inválida, gerando os efeitos da nulidade. 3. Recurso improvido. Sentença mantida.** (TJES, Classe: Apelação Cível, 35030197533, Relator : ARNALDO SANTOS SOUZA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 28/11/2006, Data da Publicação no Diário: 19/01/2007) O julgamento estabeleceu a invalidade da sentença arbitral, quando a ausência de convenção deve gerar sua inexistência jurídica.

²³⁰ “Apesar da Lei de Arbitragem, expressamente, não prever a forma escrita para o compromisso arbitral, ele deverá ser necessariamente escrito...”. Rodrigo Almeida Magalhães, **Arbitragem e Convenção Arbitral**, p. 178.

²³¹ **EMENTA: SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo**

Nesta hipótese, a sentença decorrente desse processo arbitral não é reconhecida pelo ordenamento jurídico como sendo capaz de atribuir às partes qualquer espécie de julgamento. Conseqüentemente jamais poderá transitar em julgado e, nesse caso, o prazo de 90 (noventa) dias para impugnação judicial da sentença jamais se iniciará.

Em suma, neste caso, ter-se-á sentença arbitral inexistente – e não nula como afirma o art. 32 da LA.

A mesma situação pode ser analisada se a convenção de arbitragem prescindir de agente, de objeto ou de manifestação de vontade. Imagine-se, como hipótese de ausência de agente e/ou de manifestação de vontade, a convenção de arbitragem estabelecida unilateralmente, sem que as duas partes tenham elaborado ou mesmo concordado com a convenção.

Como negócio jurídico capaz de gerar conseqüências graves para as partes envolvidas que é, a convenção de arbitragem exige que ao menos dois agentes participem de sua elaboração – ainda que seja apenas para manifestar concordância com o teor da cláusula. Trata-se de negócio jurídico bilateral. Assim, não se afigura possível, neste aspecto, que em negócios jurídicos unilaterais seja possível o estabelecimento de convenções de arbitragem, por faltar a demonstração de anuência ou mesmo de participação da outra parte na sua realização.

Tenha-se, como exemplo desta hipótese a convenção de arbitragem estabelecida em instrumento de mandato. Essa espécie contratual se enquadra na categoria dos negócios unilaterais e consiste no contrato em que o outorgante confere poderes para que o outorgado o representante perante terceiros.

prolator da decisão (Lei 9.307, artigos 37, II, e 39, II; RISTF, artigo 217, I). 2. Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular. 3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido indeferido. (SEC 6753, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2002, DJ 04-10-2002 PP-00096 EMENT VOL-02085-02 PP-00317)

Imagine-se que em um instrumento de mandato o outorgante inclua cláusula compromissória no instrumento, informando que qualquer dúvida ou questão relacionada à execução de poderes de representação será objeto de arbitragem. Tem-se, na hipótese duas situações possíveis: uma primeira em que o outorgado simplesmente não exerce qualquer dos poderes que lhe foram atribuídos no instrumento de mandato e uma segunda, em que o outorgado age, valendo-se do instrumento de mandato em questão.

Na primeira hipótese não parece ser possível alegar que a não utilização dos poderes contidos na procuração dê ensejo a processo arbitral, caso essa não utilização cause prejuízos ao outorgante, por exemplo. Isto porque nesta situação, como o mandato não foi utilizado, não é possível aferir qualquer traço de manifestação de vontade no sentido de concordância do outorgado com a cláusula compromissória ali lançada. Trata-se, como se vê, de cláusula compromissória inexistente, por faltar à convenção a necessária participação de todos os agentes que lhe são necessários.

Já no segundo caso, a utilização do instrumento de mandato pelo outorgado, demonstrando concordância com os termos do mandato, pode levar à conclusão sobre a aquiescência com os termos do mandato, a ensejar a possibilidade de existência da cláusula compromissória. Entende-se que neste caso o debate se desloca do plano da existência, para o plano da validade da cláusula, conforme adiante restará demonstrado.

Também se verifica a inexistência jurídica da convenção de arbitragem se lhe faltar objeto. Embora o exemplo pareça valer apenas para efeitos acadêmicos, a mera enunciação de que determinada cláusula contratual é destinada a disciplinar a cláusula compromissória sem que sua redação seja aposta, ter-se-á, a exemplo das situações anteriores, cláusula compromissória inexistente. Veja-se que numa situação como esta sequer houve a opção, pelas partes contratantes, de arbitragem *ad hoc* ou institucional.

Assim, a ausência de objeto também impedirá a formação de processo arbitral. Ainda que se tenha irregularmente formado um suposto processo arbitral, tal

“processo”, tecnicamente analisado, sequer será processo e por essa razão gerará sentença arbitral absolutamente inexistente.

Feita a análise da situação jurídica no plano da existência, se somados outros requisitos à análise do compromisso arbitral, conforme se verificará, deixar-se-á o plano da existência para passar-se ao plano da validade da convenção de arbitragem. Com efeito, já se mencionou neste estudo que quanto maior a especificidade da análise, maior o número de requisitos de validade para o ato jurídico objeto da análise.

Assim, nos termos já anteriormente mencionados, apontou-se que no plano dos negócios jurídicos, tem-se como requisitos de validade o agente *capaz*, o objeto *lícito, possível, determinado ou determinável* e a forma *prescrita ou não defesa em lei*.

Quanto à capacidade do agente, a absoluta ausência de capacidade gera nulidade absoluta do negócio jurídico. Conforme já afirmado, a nulidade absoluta tem por consequência a ineficácia dos negócios jurídicos²³², a justificar o pronunciamento de nulidade com eficácia *ex tunc*, conforme já informado anteriormente neste estudo²³³.

²³² EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. NULIDADE DE DOCUMENTO HOMOLOGADO EM TRIBUNAL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE VEÍCULO. - No caso em tela, verifica-se a nulidade do compromisso arbitral, pois ausente no ato da homologação o verdadeiro proprietário do veículo em discussão. Presente a hipótese inserida no inciso I do artigo 32 da Lei nº 9.307/96. Sentença mantida por seus próprios e judiciosos fundamentos. Apelo não provido. (Apelação Cível Nº 70019884980, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 04/10/2007).

²³³ Admite-se, para preencher o requisito, que a parte seja representada por advogado já na assinatura da convenção de arbitragem: JUÍZO ARBITRAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE TERMO DE COMPROMISSO E, EM CONSEQUÊNCIA, DA SENTENÇA PROFERIDA. Tendo a autora da ação outorgado mandato conferindo a seus advogados os poderes previstos no art. 38 do Código de Processo Civil, detinham os mesmo poderes para firmar o compromisso. Ainda que se entenda que o mandato deve transcrever os poderes, e não fazer mera referência ao art. 38, neste caso isso não é aplicável, uma vez que ele continha, também, referência expressa ao juízo arbitral, o que demonstra, de forma inequívoca, a intenção de a ele submeter-se. Diversas outras supostas causas de nulidade que se afasta. Provento do recurso, para julgar-se improcedente o pedido. Processo : 0140005-31.2004.8.19.0001 (2006.001.14601) - APELACAO DES. SERGIO LUCIO CRUZ - Julgamento: 19/04/2006 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL. No julgado o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que é possível a celebração de compromisso arbitral por procuração, desde que com poderes específicos para isso. Assim, julgou válida a convenção de arbitragem e, conseqüentemente, válido o processo e a sentença arbitral. Também se julgou que a mera revogação dos poderes não leva à desistência da arbitragem.

Questão que se afigura interessante neste momento é a análise da convenção de arbitragem absolutamente nula. Ganha relevância neste momento a distinção feita no início deste tópico a respeito do objeto da impugnação, na medida em que dependendo da conclusão retirada, ter-se-á sentença nula ou inexistente.

Conforme já antecipado, a convenção de arbitragem absolutamente nula não deve produzir qualquer efeito jurídico. Ocorre que a ineficácia absoluta da convenção de arbitragem retiraria, ao menos em princípio, o efeito de viabilizar o início do processo arbitral, gerando a conclusão de que seria inexistente a entrega de qualquer espécie de jurisdição ao árbitro²³⁴.

Demonstrou-se anteriormente que entre os pressupostos de existência do processo arbitral a convenção de arbitragem é essencial para a entrega da jurisdição pelas partes ao árbitro. Nesse aspecto, a convenção de arbitragem não é hábil a produzir os efeitos da convenção de arbitragem, isto é, não há, nesta convenção de arbitragem, o efeito de renunciar ao Poder Judiciário, *conditio sine qua non* para a existência do processo arbitral.

O raciocínio em questão estaria a procurar na nulidade absoluta a equiparação à inexistência jurídica, embora, como visto a equiparação em questão deve ser realizada. Embora seja verdadeira a conclusão de que a nulidade absoluta gere a ineficácia absoluta do ato nulo, não se confunde essa ineficácia com a inexistência jurídica. A nulidade absoluta ocorre em ato existente, e, até que seja declarada, assiste a realização, ainda que indevida, dos efeitos do negócio jurídico absolutamente nulo, ao passo que os efeitos decorrentes do ato jurídico inexistente têm mera aparência de ocorrerem.

Enquanto na inexistência jurídica o ato não existe (é o não ato), e a sentença que reconhece essa situação é declaratória inclusive para declarar a inexistência de qualquer efeito, na hipótese da nulidade absoluta, a sentença que a declara apaga, com eficácia *ex tunc* todos os efeitos produzidos. Até que ocorra essa declaração, os efeitos do negócio jurídico são produzidos e dependem do reconhecimento de sua nulidade.

²³⁴ Nesse sentido, Clávio de Melo Valença Filho, *Da sentença arbitral inexistente, in Estudos de Arbitragem*, p. 191.

Daí porque o raciocínio de que o negócio jurídico absolutamente nulo pode gerar processo inexistente não merece prosperar: depende de declaração judicial nesse sentido. Em outra linha, se a convenção de arbitragem é existente, embora absolutamente nula, enquanto não declarada a sua nulidade, gerará todos os efeitos dela esperados, sendo, portanto, hábil à formação – ainda que nula – de processo arbitral.

Analisada no plano da validade, a convenção de arbitragem nula gera processos nulos e, portanto, sentença nula, nos termos do art. 32, inciso I, da LA.

A hipótese de nulidade absoluta da sentença arbitral, por consequência pode decorrer de vícios verificados quanto aos seus objetos, agentes e/ou formas, de tal forma que se verificará a nulidade absoluta da convenção arbitral que for produzida por agente incapaz, objeto ilícito ou impossível ou, ainda, quando não revestido da forma prescrita ou não defesa em lei.

Assim, será absolutamente nula a convenção de arbitragem realizada quando qualquer de seus agentes for menor de idade não emancipado, ou ainda por maior incapaz, por incapacidade mental ou de perceber os efeitos do ato que está realizando. O problema é que nesses casos, como a lei exige a capacidade para que seja possível a entrega de jurisdição ao árbitro, sem capacidade não há entrega de jurisdição, de maneira que nessa hipótese o processo arbitral será juridicamente inexistente.

Já a hipótese de invalidade absoluta em função do objeto, pode-se verificar sempre que a convenção de arbitragem é ilícita ou, ainda, quando impossível, não determinada ou indeterminável seu objeto. O exemplo da nulidade absoluta quanto ao objeto envolve gama maior de possibilidades. Entende-se que há nulidade absoluta por impossibilidade do objeto, por exemplo, quando a convenção de arbitragem envolver direitos indisponíveis ou não patrimoniais. Embora nesses casos o vício da convenção seja de nulidade, como a lei proíbe que a jurisdição privada sobre eles decida, não haverá jurisdição arbitral na hipótese, ensejando sentença arbitral inexistente.

Nestes casos, há manifesta violação do quanto determinado pelo art. 1º da LA, que restringe a arbitragem aos direitos patrimoniais disponíveis. Nesse aspecto, de acordo com a Lei de Arbitragem, se o objeto da convenção de arbitragem envolver direito não permitido pela lei para ser discutido em arbitragem, o processo arbitral que tramitar envolvendo esse direito será absolutamente inexistente.

É o caso, por exemplo, dos direitos de família, dos direitos das sucessões, das coisas fora do comércio, do direito penal, etc.²³⁵. Isto não significa, entretanto, que os direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de direitos não passíveis de solução por meio de arbitragem não possam ser discutidos no processo arbitral.

É o que se tem, por exemplo, quando se afirma que as questões de estado não podem ser objeto de processo arbitral. De acordo com essa determinação, havendo litígio entre as partes, não poderão obter em arbitragem a decretação do divórcio. Mas pelo processo arbitral poderão resolver as questões relacionadas à divisão de bens. Isto porque nos termos do artigo 1581 do Código Civil, a partilha de bens não é requisito para o divórcio, de maneira que a realização deste independe daquela.

Nesse sentido, nada impede que o divórcio litigioso seja discutido judicialmente, na forma do que exige o art. 1º da Lei de Arbitragem, ao passo que a partilha de bens poderá ser discutida arbitralmente²³⁶.

Outra hipótese de nulidade absoluta é a que se verifica em consequência do descumprimento da forma prescrita em lei. Conforme se verifica do art. 4º, §1º e do art. 9º, §§ 1º e 2º da Lei de Arbitragem, exige-se que a convenção de arbitragem seja feita por escrito.

²³⁵ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, 2ª edição, p. 55.

²³⁶ No mesmo sentido é a opinião de Luiz Antonio Scavone Júnior, *Manual de Arbitragem*, p. 28. O autor ainda traz julgado acerca da matéria, cuja ementa vale a transcrição: “*Arbitragem. Determinação pelo árbitro de realização de perícia contábil na empresa do recorrente. Possibilidade. Partes que elegeram o Tribunal Arbitral de São Paulo para solução do litígio que versa sobre a revisão de partilha de bens em separação judicial. A instituição da arbitragem deve ser respeitada pela jurisdição estatal como qualquer convenção privada. E evidente que não se afasta do controle do Poder Judiciário a apreciação da regularidade do processo de arbitragem, que como todo ato jurídico está sujeito a ser invalidado. Providência requerida que deverá ser postulada no órgão perante o qual se processa a arbitragem. Decisão mantida. Agravo não provido*” (TJSP, AI 501.512-4/4-00, rel. Des. Elcio Trujillo, j. 30.5.2007).

Assim, se as partes celebram convenção de arbitragem por outro meio – verbal, por exemplo, ter-se-á convenção de arbitragem absolutamente nula, sendo, por consequência, nulo o processo arbitral que surgir em razão dessa convenção.

Isto porque, enquanto a existência de alguma forma para externar a convenção de arbitragem seja imprescindível à sua própria existência, o respeito à prescrição legal ou a observância de forma não proibida por lei são essenciais à sua validade. Nesse sentido, quis o legislador estabelecer que a forma escrita é a única admitida para a validade da convenção de arbitragem.

Mas não é só: no que se refere à forma da convenção de arbitragem, estabeleceu o legislador uma série de requisitos de validade que variam conforme a espécie da convenção e que – como visto anteriormente – poderão se encontrar em documentos distintos.

Nesse sentido, a cláusula compromissória tem, como requisitos de validade quanto a forma, além de ser escrita, as seguintes: se for cláusula inserta em contrato de adesão, é preciso que a cláusula esteja prevista em instrumento apartado ou, se no mesmo instrumento, em negrito. Ademais, deverá receber visto ou assinatura específicas para a cláusula, não valendo a mera assinatura constante no contrato de adesão.

A ausência de qualquer desses requisitos impõe a invalidade da cláusula compromissória e torna nulo o processo arbitral dele decorrente.

Já o compromisso arbitral possui seus próprios requisitos de validade, todos relacionados no art. 10 da LA. A preocupação do legislador em estabelecer de forma muito mais pormenorizada se explica pelo momento em que se produz o compromisso arbitral.

Diferentemente da cláusula compromissória que é cláusula contratual prevista no instrumento que estabelece uma determinada relação jurídica que as partes estão estabelecendo e que pode vir a gerar conflitos passíveis de solução por meio de arbitragem, o compromisso arbitral é negócio jurídico de objetivo específico, por

meio do qual as partes optam pela arbitragem como método alternativo ao Poder Judiciário para solucionar um conflito já existente pelas partes.

Por essa razão, exige o art. 10 da Lei de Arbitragem que as partes sejam perfeitamente qualificadas no compromisso arbitral, a exemplo do árbitro – se a arbitragem é *ad hoc* ou o órgão arbitral, se se trata de arbitragem institucional. Também é necessário que a matéria objeto da arbitragem seja bem delimitada no compromisso arbitral, a fim de que as partes e o próprio árbitro tenham exata ciência do que será objeto do julgamento, ao final do processo arbitral. Deverá conter, ainda, o lugar em que a sentença arbitral será proferida – a informação parece relevante na medida em que viabiliza não só às partes a possibilidade de acompanharem o pronunciamento, como também permite a certeza quanto à prolação da sentença arbitral em território nacional ou estrangeiro.

Proferida a sentença arbitral em território nacional, ter-se-á sentença, no Brasil, plenamente eficaz, passível de execução por meio de simples cumprimento de sentença, como autoriza o art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil. Por outro lado, sendo a sentença arbitral estrangeira, será necessária a realização de processo judicial de homologação de sentença arbitral estrangeira, antes que se proceda à sua respectiva execução em território nacional.

Diante de todo o exposto, a ausência de qualquer dos requisitos exigidos pelo *caput* do art. 10 da Lei de Arbitragem, leva à nulidade do compromisso arbitral²³⁷, situação esta que gerará a nulidade de todo o processo arbitral e, por consequência a nulidade absoluta da sentença arbitral²³⁸.

²³⁷ RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - SENTENÇA ARBITRAL - AUSÊNCIA DE PREPARO - PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA - PRELIMINAR REJEITADA - COMPROMISSO ARBITRAL - NOTIFICAÇÃO IRREGULAR - AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS - VÍCIOS CONSTATADOS - RECURSO NÃO PROVIDO. Concedido o benefício da justiça gratuita a parte fica isenta do recolhimento do preparo. Inexistente a cláusula compromissória, é nulo o compromisso arbitral celebrado sem a prévia notificação da parte contrária e sem a presença das testemunhas, nos termos dos artigos 6.º e 9.º da Lei 9.307/96. É nula a sentença arbitral se for nulo o compromisso que a ensejou (art. 32, I, da Lei 9.307/96). Numero: 24360; Relator: DES. ERNANI VIEIRA DE SOUZA; Neste caso foi invalidada a sentença arbitral não só pelo vício do compromisso arbitral que não preenchia os requisitos legais, como também pela ausência de contraditório na formação do processo arbitral.

²³⁸ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, p. 319.

Outras hipóteses que devem ser tratadas como sendo de nulidade absoluta da convenção de arbitragem dizem respeito a vícios de manifestação de vontade por ilicitude, quais sejam, a fraude e a simulação. Nesses casos, conforme já demonstrado neste estudo, entende-se que a nulidade é absoluta, a demonstrar a absoluta nulidade do processo e também da sentença arbitral.

Pode-se questionar, a essa altura, a razão da distinção de tratamento para as hipóteses de incapacidade do agente ou atribuição de direitos indisponíveis à arbitragem, se comparado a defeitos de forma, considerando que em sendo negócio jurídico, todas as hipóteses seriam de nulidade absoluta da convenção de arbitragem.

A distinção em questão se dá não pela estrutura do negócio nem pelo plano do vício, mas sim pela característica da jurisdição arbitral. Por se tratar de jurisdição limitada, não se permite que agente incapaz e direitos indisponíveis e/ou não patrimoniais sejam resolvidos por meio da arbitragem. Os problemas em questão atingem a ausência de jurisdição que implica inexistência jurídica da sentença.

Nos casos de defeito de forma, entretanto, seguindo a tendência de menor relevância da forma e favorecimento da efetividade do processo, o não atendimento dos requisitos, desde que seja possível preencher os requisitos mínimos para existência do processo, levam a vícios de nulidade, passíveis de convalidação pela não impugnação no prazo de 90 (noventa) dias a que se refere o art. 33 da LA.

Antes de prosseguir à análise de outras hipóteses de supostas nulidades da sentença arbitral, é preciso diferenciar as situações de nulidade absoluta retro indicadas de outras nulidades não tão graves e que podem ser passíveis de correção no curso do próprio processo arbitral.

São as hipóteses de nulidade relativa, que também podem viciar a convenção de arbitragem, mas que não poderão ser impugnadas por ações declaratórias de nulidade, como as anteriormente estudadas. Nestes casos, ter-se-á nulidade relativa,

passível de impugnação via ação anulatória, de natureza desconstitutiva e com eficácia *ex tunc*²³⁹.

São hipóteses de nulidade relativa a convenção de arbitragem celebrada por agentes relativamente capazes, ou a convenção viciada por vícios de manifestação de vontade, tais como o erro, o dolo ou a coação.

Considerando que nesses casos o vício é passível de correção no próprio processo arbitral, incumbirá à parte interessada alegar o vício na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos do processo arbitral. Assim, se a convenção de arbitragem foi realizada por erro, dolo ou coação, tais vícios deverão ser alegados pela parte interessada na primeira oportunidade em que falar no processo arbitral, cabendo ao árbitro, nessa oportunidade, decidir se o vício foi suficientemente comprovado no processo arbitral.

Decidindo pela nulidade da convenção arbitral, caberá ao árbitro a desconstituição da cláusula, encaminhando as partes ao Poder Judiciário, cujo órgão competente deverá processar e julgar o litígio existente entre as partes²⁴⁰.

²³⁹ A ação anulatória não se confunde com a declaratória de nulidade. Sendo a sentença nula, caberá ação declaratória de nulidade: *TRIBUNAL ARBITRAL. COMPETÊNCIA. ATOS NULOS. NATUREZA DA DECISÃO. TÍTULO EXECUTIVO. INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. PROTESTO. COBRANÇA DE HONORÁRIOS. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM.*

1. A competência para conhecer de acordo extrajudicial de conflitos trabalhista é da Comissão de Conciliação Prévia, consoante determina a Lei 9.958/2000, não conferindo essa competência às Câmaras de Arbitragem.

2. Incompetência em razão da matéria submetida à arbitragem é absoluta, sendo desprovida de qualquer efeito a composição privada, inclusive quanto à eficácia executiva da “sentença arbitral” proferida. Segue-se que em situações tais, diante da ausência de serviço eficaz e válido prestado pela entidade arbitral, não se dá a formação do crédito, a justificar o saque de título correspondente, ou o subsequente protesto e inclusão do nome do suposto devedor em cadastros de dados de proteção ao crédito.

3. O reconhecimento da nulidade do laudo arbitral, pela via judicial, tem eficácia declarativa porque afirma a existência de uma circunstância preexistente, razão pela qual essa decisão retroage à data de celebração do negócio ou do ato jurídico nulo. Portanto, a eficácia da declaração de nulidade é *ex tunc*.

4. Recurso conhecido e improvido. (Proc. Nº 2004.01.1.093249-0, 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Rel.: Carlos Rodrigues, julgado em 7.3.2007)

²⁴⁰ SENTENÇA ARBITRAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE INSTITUIÇÃO DE COMPROMISSO ARBITRAL. 1- O COMPROMISSO ARBITRAL TEM LUGAR NA MEDIDA EM QUE AS PARTES CONVENCIONAM A ELEIÇÃO DE ÁRBITROS PARA SOLUCIONAR LITÍGIO JÁ EXISTENTE, ENQUANTO QUE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA É UTILIZADA QUANDO O LITÍGIO AINDA NÃO EXISTE. 2- ASSIM, QUANDO JÁ EXISTENTE O CONFLITO, NÃO HÁ QUE SE ADMITIR QUE O COMPROMISSO ARBITRAL SEJA FIRMADO EM PLENO TRIBUNAL INSTITUCIONAL DE JUSTIÇA ARBITRAL DO BRASIL TRIJAB. 3- O ÁRBITRO NÃO PODE SE VALER DE EXPRESSÕES

Isto se dá em razão do princípio da *kompetenz-kompetenz* que rege o sistema da arbitragem, segundo o qual caberá ao árbitro decidir sobre a sua própria competência para julgar a matéria que lhe é submetida a julgamento. Entretanto, se mesmo diante da alegação da parte interessada de erro, dolo ou coação, o árbitro não reconhecer a nulidade da convenção de arbitragem, nula será a sentença arbitral²⁴¹.

Quanto à nulidade relativa decorrente da incapacidade relativa de qualquer dos agentes do compromisso arbitral, duas situações serão passíveis de serem verificadas. O saneamento da relativa incapacidade do agente durante o processo arbitral ou o transcurso deste último até a prolação da sentença arbitral durante a relativa incapacidade de qualquer dos agentes.

Na primeira hipótese, se no curso do processo arbitral o agente se torna capaz e não impugna o processo arbitral, dele permanecendo em participação, entende-se

QUE POSSAM CONFUNDIR A PARTE E DAR CUNHO DE OFICIALIDADE A SUA ATUAÇÃO. ASSIM, EXPRESSÕES COMO TRIBUNAL, INSTITUCIONAL, OU JUSTIÇA ARBITRAL DO BRASIL SÃO UTILIZADOS COM O NÍTIDO CARÁTER INTIMIDATÓRIO DA PARTE, NÃO DEVENDO SER ADMITIDO PELO PODER JUDICIÁRIO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO (Processo : 0003494-53.2005.8.19.0207 (2007.001.18895) APELACAO DES. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - Julgamento: 05/06/2007 - QUINTA CAMARA CIVEL do TJ/RJ). O julgado reconheceu a invalidade de convenção de arbitragem por vício de consentimento, isto é, indução da parte a erro quando da assinatura de compromisso arbitral. Embora no mérito a decisão tenha sido acertada, é criticável a exigência de que o compromisso seja feito em documento apartado com referência direta ao contrato que será objeto do debate arbitral. Acompanha-se, nesse aspecto o julgado do Superior Tribunal de Justiça.

²⁴¹ *EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL JUÍZO ARBITRAL CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIMENTO NULIDADE DO TÍTULO* Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Execução de sentença proferida por juízo arbitral acolhida para se declarar a nulidade do título. É condição de procedibilidade para sujeição de conflito de interesse ao juízo arbitral que as partes hajam estabelecido expressamente no contrato a cláusula compromissória. Não a supre a assinatura de Termo de Compromisso Arbitral elaborado por aquele Juízo, sem esclarecer as consequências da referida opção, dentre elas acatar decisão que será irrecorrível. Gravidade da prática em se tratando o réu de estrangeiro, que não domina o idioma nacional, sendo o compromisso lavrado em português, inexistindo intérprete juramentado presente. Evidente a violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, porquanto não foi viabilizado oferecimento de contestação, seguindo-se audiência para a qual não foi regularmente intimado, não sendo ouvidas suas testemunhas. Conduta abusiva do árbitro a ser informada à Corregedoria Geral de Justiça. Nulidade do título que se reconhece por infração aos incisos I e VIII do art. 32 da Lei 9.307/96, com a consequente extinção da execução. Provimento do recurso Processo : 0019426-86.2006.8.19.0000 (2006.002.27583) 1ª Ementa - AGRADO DE INSTRUMENTO DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 04/04/2007 - SEGUNDA CAMARA CIVEL. Embora a decisão tenha exigido com excesso de rigor o requisito do art. 4º da LA, trata-se de decisão acertada do ponto de vista da validade do compromisso arbitral, prejudicado pelo vício de manifestação de vontade. Quanto ao meio utilizado, o Tribunal recebeu exceção de pré-executividade ante o vício manifesto do título e afronta a matéria de ordem pública.

que estará convalidada a convenção de arbitragem não podendo ser fundamento para a posterior impugnação da sentença arbitral por nulidade da convenção de arbitragem.

Não se pode dizer o mesmo se a relativa incapacidade permaneceu durante todo o processo arbitral, até a prolação da sentença. Isto porque, neste caso, desde a convenção de arbitragem até a prolação da sentença, o vício da incapacidade da parte atingiu todo o processo.

Neste caso, a sentença será nula, na forma do art. 32, inciso I, da Lei de Arbitragem, devendo a parte interessada impugná-la por esse vício no prazo de 90 (noventa) dias, como determina o art. 33 da LA, sob pena de convalidação da sentença, por decadência do direito à anulação.

Problema interessante e passível de análise neste tópico também é o problema do reconhecimento da invalidade da convenção de arbitragem. Isto porque, de acordo com o art. 8º, parágrafo único da LA, incumbe ao próprio árbitro o reconhecimento da inexistência, invalidade e ineficácia da convenção de arbitragem. Tal dispositivo, primeiramente, em nada impede que o Poder Judiciário, como se vem afirmando até o presente, volte a analisar esses vícios, para determinação da validade da sentença arbitral, na forma do art. 32, inciso I da LA.

Entretanto, tem-se discutido se é necessário que se aguarde a sentença arbitral para só então dar início à discussão judicial da questão. GUSTAVO TEPEDINO²⁴² defende a possibilidade de se procurar imediatamente o Poder Judiciário para resolver a questão. O debate ganha ares ainda mais interessantes diante da demonstração, feita pelo autor em comento, de que a Convenção de Nova Iorque, da qual o Brasil é signatário e que compõe o ordenamento jurídico nacional, por força do Decreto nº 4.311/02, determina que se houver debate sobre a nulidade ou ineficácia da convenção de arbitragem o Tribunal Judicial competente não estará obrigado a encaminhar as partes à arbitragem²⁴³.

²⁴² In *Invalidade da Cláusula Compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal*, p. 154.

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 158. O autor, entretanto, conclui de forma mais flexível, atribuindo ao Poder Judiciário maiores poderes na definição da questão em análise (p. 173).

Nesse aspecto, parece resolver bem a questão a opinião de CARMONA²⁴⁴, no sentido de que somente será possível ao Poder Judiciário resolver diretamente a questão, evitando-se, assim, a sentença arbitral nula – ou inexistente – se for possível o reconhecimento do vício *prima facie*, isto é, sem a necessidade de se recorrer à instrução probatória, realização de audiências, etc. Essa separação de situações parece abranger todos os exemplos trazidos por TEPEDINO, na medida em que, de acordo com os casos²⁴⁵ por ele apontados²⁴⁶ os vícios eram passíveis de averiguação de ofício ante a gravidade e os efeitos que geravam – inexistência jurídica da convenção.

²⁴⁴ *Arbitragem e Processo*, 3ª edição, p. 177.

²⁴⁵ EMENTA: ARBITRAGEM. COMPROMISSO ARBITRAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL. INOCORRÊNCIA DE SENTENÇA EXTRA PETITA OU ULTRA PETITA. COMPROMISSO ARBITRAL CELEBRADO CONCOMITANTEMENTE À NOTIFICAÇÃO DA AUDIÊNCIA CONCILIATÓRIA. DESCABIMENTO. VÍCIO FORMAL. AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS. SUSPEIÇÃO DE UM DOS ÁRBITROS. Não está o Magistrado adstrito aos argumentos jurídicos das partes, podendo decidir por fundamento diverso, sem que se possa falar em prolatação de sentença extra ou ultra petita. Inviabilidade do compromisso arbitral, subscrito concomitantemente com a notificação à audiência de conciliação por parte do apelante, tendo em vista que a notificação deve ser prévia à celebração do compromisso arbitral, compromisso este que não é válido pela ausência de testemunhas no referido documento. O não comparecimento à audiência ou a recusa à adoção do procedimento arbitral não gera obrigatoriedade de adoção de tal procedimento, sendo nula tal advertência na cientificação efetivada, incumbindo à parte interessada, neste caso, mover a competente ação judicial. Tendo um dos árbitros aconselhado uma das partes, não pode atuar como árbitro, sendo suspeito de parcialidade, por afronta ao art. 135, IV, do CPC, aplicável subsidiariamente ao juízo arbitral, por força do art. 14, caput, da Lei 9307/96. A preterição de formalidades legais e a suspeição de um dos árbitros autoriza a declaração judicial de nulidade da sentença arbitral. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70005797774, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 03/04/2003)

²⁴⁶ CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA (KNOW HOW) RESILICAO DO CONTRATO RESSARCIMENTO DOS DANOS CLAUSULA COMPROMISSORIA JUIZO ARBITRAL EXTINCAO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MERITO SENTENCA CONFIRMADA Apelação. Ação ordinária posta por empresa nacional em face de empresa estrangeira pleiteando reparação pelos danos decorrentes da rescisão de contratos de longa duração de transferência de tecnologia. Sentença acolhendo preliminar de existência de cláusula compromissória, atribuindo competência a órgão arbitral de comércio em Tóquio, julgando extinto o processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VII, do Código de Processo Civil. Direito Constitucional. Arbitragem. Validade de cláusula compromissória. A Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5., XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros. Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem. Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há, isto sim, convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis. Há renúncia relativa à jurisdição. Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula. Não há que se ler na regra constitucional (art. 5., XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem a ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico. Lá não se encontra essa proibição. Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão. É o reconhecimento da liberdade individual. É esse o âmbito de validade da Lei 9307/96. Direito Internacional. Convenção Internacional de Arbitragem, Genebra, 1923, art. 4. "Os tribunais dos Estados contratantes dos quais esteja pendente um litígio relativo a um contrato concluído entre pessoas previstas no art. 1. e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude de dito artigo e suscetível de ser executada, remeterão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros". Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. Nos contratos internacionais submetidos ao

3.2. Sentença Arbitral proferida por quem não podia ser árbitro

A hipótese do segundo inciso do artigo 32 da Lei de Arbitragem também pode tratar de uma hipótese de inexistência jurídica ou nulidade.

Ao referir-se à sentença proferida por quem não podia ser árbitro, tem-se, como uma primeira situação viciosa, aquela em que o árbitro sequer foi escolhido pelas partes para julgar o processo arbitral.

Na hipótese em questão verifica-se um primeiro entrave à existência da sentença arbitral de natureza gravíssima. Conforme já mencionado neste estudo e de

Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida. (Superior Tribunal de Justiça, 3a. Turma, Resp. n. 616-RJ, julgado em 04 de abril de 1990). Direito Empresarial. Arbitragem. A arbitragem é instância judicial praticada em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir controvérsias. A fonte da arbitragem é a autonomia das partes que a adotam para solucionar os litígios que possam vir a surgir entre elas. A concepção moderna do contrato enfatiza o caráter de cooperação entre os contraentes buscando os fins econômicos e sociais que levaram ao encontro de vontades na sua formação. Na convenção de arbitragem estão compreendidas a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996, art. 3.). No modelo da Lei Brasileira da Arbitragem, há dois momentos distintos de instituição da arbitragem (Ministro Nelson Jobim). O primeiro, consiste na estipulação da cláusula compromissória (Lei 9307/96, art. 4., par. 1.), contemporânea ao contrato e precedente ao conflito, nela se obrigando as partes a "submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente..." ao contrato (Lei 9307/96, art. 4.). A consensualidade necessária se efetiva nesse momento. É na estipulação da cláusula que as partes decidem, de comum acordo, sobre a submissão dos conflitos decorrentes do pacto ao sistema de arbitragem. O segundo momento consiste na "instituição da arbitragem". Diz a lei que se considera "instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro..." (Lei 9307/96, art. 19). A instituição da arbitragem é posterior ao conflito. Ela sucede ao conflito em concreto. É nesse momento que se verificara se o conflito é de natureza dispositiva. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que está inserida, assim perfazendo, em si mesma, um negócio jurídico, cujo destino é indiferente àquele do contrato em que porventura foi estabelecida. Tal autonomia indica que a extinção do contrato principal não induz a ineficácia da cláusula que instituiu a arbitragem como meio de solução pacífica das controvérsias porventura decorrentes das relações regidas pelo mesmo contrato. A cláusula compromissória permanece em aberto, em potência, somente acordando para o mundo jurídico quando advém a divergência, objeto da futura cognição do juízo arbitral. Se, entre a celebração do contrato e a lide objeto do futuro juízo arbitral, surge lei nova, é esta que se há de aplicar. Direito Processual Civil. Convenção de arbitragem. Tem nítido caráter processual a disposição constante no art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil, a reclamar a extinção do processo, sem cognição do mérito, quando a parte argüir a existência de convenção de arbitragem. Ainda que antecedente à vigência da Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996, é eficaz a cláusula compromissória que oferece adequado e suficiente suporte para a instituição da arbitragem. A nova lei atinge em cheio convenções arbitrais celebradas anteriormente à sua vigência. Significa dizer que uma cláusula arbitral inserida em contrato firmado há alguns anos desde logo arrastará seus signatários à arbitragem, mesmo que à época da assinatura do contrato a cláusula não produzisse tais efeitos. Desprovemento do recurso e manutenção da sentença. Proc. Nº 2001.001.28808 – Apelação Cível DES. GILBERTO REGO - Julgamento: 30/04/2002 - SEXTA CÂMARA CÍVEL.

acordo com a doutrina dominante o árbitro exerce, efetivamente, poderes jurisdicionais.

Entretanto, a jurisdição arbitral não se equipara à jurisdição estatal. A distinção feita pela doutrina, entretanto, costuma resumir-se apenas quanto à inexistência, na jurisdição arbitral, do *imperium* e da *coertio*, típicas da jurisdição estatal, única capaz de impor suas decisões mediante a aplicação de força, se for o caso.

Mas a jurisdição privada – nome que vem sendo aplicado pela jurisprudência²⁴⁷ - ainda se caracteriza pela não aplicação do princípio do juiz

²⁴⁷ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

1. Mandado de segurança impetrado contrato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, com a ora impetrante, empresa TMC - TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE -SPE - S/A.

2. Razões do pedido apoiadas nas cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor: “Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja. Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06. 3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis. 4. O STF, sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema, in “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, *in litteris*: “Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.” Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente coma Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente ‘a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.’ Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público, (...) (grifou-se) 5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como “disponíveis”, porquanto de natureza contratual ou privada. 6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 7. O Estado, quando atestada a sua

natural²⁴⁸ e também por estar limitada à matéria definida pelas partes, quando da celebração da convenção de arbitragem.

responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspondente indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 9. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. 10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. 11. Destarte, é assente na doutrina que "Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (grifou-se) (In artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.) 12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais" 13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999, 14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria sub judice, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). 15. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003: 16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. 17. **Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.** 18. Consequentemente, o fumus boni iuris assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro "atentado" (art. 880 do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro 19. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 14/08/2006 p. 251). O julgado é também interessante por considerar a escolha da arbitragem como aplicação do juiz natural, embora esse princípio, como visto, não se aplica à arbitragem.

²⁴⁸ No mesmo sentido, José Cretella Neto, *Comentários à lei de Arbitragem Brasileira*, p. 126 e 127.

De outro turno, há outra limitação imposta pelas partes, quando celebram a convenção de arbitragem: Essa limitação se dá pela escolha do árbitro ou do órgão arbitral que será responsável pela condução do processo arbitral. Na hipótese de arbitragem *ad hoc*, entretanto, tem-se duas alternativas: ou as partes já selecionam o árbitro no momento da redação da convenção de arbitragem, ou as partes, deixam essa definição para um momento posterior (desde que a convenção em questão seja a cláusula compromissória, pois, no compromisso arbitral essa definição é requisito obrigatório - art. 10 da LA), optando pela redação da temerária cláusula compromissória vazia – capaz de gerar, com elevado grau de probabilidade, dúvidas a respeito de quem será o árbitro e, assim, gerar uma demanda judicial prévia ao início do processo arbitral para que essa escolha seja feita judicialmente (art. 7º da LA).

Poderão as partes, ainda, optarem, na redação da cláusula compromissória, pela arbitragem institucional, na qual escolhem um órgão arbitral para que seja responsável pelo processamento do processo arbitral. Neste caso, as partes podem optar por um procedimento por elas criado, pelo procedimento eventualmente definido no regulamento da câmara arbitral, ou, ainda, por um regulamento de outro órgão arbitral, se órgão arbitral escolhido permitir qualquer dessas aplicações.

Conforme o procedimento que será adotado, como as partes não definiram quem será o árbitro, mas sim o órgão arbitral, precisarão, em momento posterior, realizar a definição de quem será o árbitro que julgará a causa. Essa definição poderá ser feita pelas próprias partes, pelo órgão arbitral ou até mesmo por sorteio entre os árbitros pertencentes a determinado órgão – tudo definido no regulamento que se aplicará ao procedimento arbitral.

Ante a variedade das formas como se dará a definição do árbitro, na hipótese da arbitragem institucional, não importa qual será a forma, feita a definição, esta será submetida à concordância prévia das partes. Somente com esta concordância é que a escolha estará realizada e será então submetida à aceitação pelo árbitro.

Assim, ao definirem, por uma forma ou por outra o árbitro que julgará a causa, as partes estarão propondo, solidariamente, a entregar, ao árbitro, a jurisdição

necessária para que o julgamento do processo arbitral possa gerar coisa julgada necessária à estabilização da relação jurídica existente entre elas.

Por outro lado, como a entrega da jurisdição não é automática, ainda dependerá da aceitação, pelo árbitro, da função para a qual está sendo escolhido pelas partes. Somente a partir dessa aceitação é que se dará a entrega da jurisdição privada ao árbitro.

Assim, a entrega da jurisdição é ato que depende do acordo de vontades das partes e do árbitro, razão pela qual a jurisdição privada não pode se transmitir automaticamente. Isto significa que ela está vinculada ao árbitro escolhido pelas partes na convenção de arbitragem ou nos atos pré-processuais necessários à formação do processo arbitral (momento em que os pressupostos de existência do processo arbitral surgem).

Por essa razão, a única pessoa capaz de julgar o processo arbitral é o árbitro assim definido pelas partes na convenção ou nos atos preparatórios para o início do processo arbitral. Tal fato se dá porque somente ele recebeu das partes a jurisdição necessária para a realização e julgamento do processo arbitral.

A jurisdição, portanto, não varia quanto à espécie de arbitragem – se *ad hoc* ou institucional. Tanto numa hipótese quanto na outra, a jurisdição é entregue à pessoa do árbitro, fato este que impede que ela se transmita ou transite entre outras pessoas que não aquela ou aquelas escolhidas pelas partes (neste último caso, se houver tribunal arbitral, por escolha de mais de um árbitro pelas partes).

Sendo assim, retomando o vício da sentença arbitral que ora se analisa, se por acaso a pessoa – ou as pessoas - que assina(m) a sentença não for(em) aquela(s) escolhida(s) pelas partes, dar-se-á a situação em que as partes não podem reconhecer nela a função jurisdicional que foi entregue ao verdadeiro árbitro do processo.

Assim, não se dará a efetiva entrega de tutela jurisdicional, como a que era esperada pelas partes, pelo simples fato de que quem entregou a suposta sentença não tinha poderes jurisdicionais para isso. Em suma, a aparente sentença arbitral, neste

caso, é desprovida de atividade jurisdicional e, por essa razão, não será capaz, nunca, de produzir coisa julgada nem será exequível na forma dos arts. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil.

Esta incapacidade de produzir coisa julgada e de ser executada são, portanto, conseqüências da ausência absoluta de jurisdição de quem proferiu a sentença arbitral. Ocorre, entretanto, que a entrega da sentença pressupõe, como elemento essencial de sua existência jurídica, o efetivo exercício de atividade jurisdicional. Como a jurisdição consiste na aplicação do direito ao caso concreto com a capacidade de produzir coisa julgada, sem esse elemento não há atividade de julgamento, pois não haverá coisa alguma que obrigue as partes a reconhecer nesse texto a qualidade de produzir coisa julgada.

Ter-se-á, portanto, sentença inexistente na hipótese, e não meramente nula. A exemplo do que já foi dito anteriormente, sendo inexistente a sentença²⁴⁹, não será possível considerar o início do prazo de 90 (noventa) dias para impugnação, a que se refere o art. 33 da LA, razão pela qual poderá esta sentença ser impugnada até que alguma sentença seja efetivamente proferida.

Como conseqüência de tudo o quanto afirmado até este momento, poder-se-ia questionar se o fato do árbitro escolhido pelas partes tornar-se incapaz ou vier a falecer, por exemplo, impediria a solução do conflito por meio da arbitragem. A resposta é negativa, ressalvada uma situação. Em princípio, é perfeitamente possível que se dê a substituição de árbitros no processo arbitral.

A hipótese é tratada expressamente pela Lei, viabilizando, inclusive, que ao tempo da celebração da convenção de arbitragem as partes escolham árbitros e árbitros suplentes. Se não previram estes últimos, nada impedirá que, de comum acordo, ou mediante a propositura da ação a que se refere o art. 7º da LA, na impossibilidade do árbitro produzir sentença arbitral, este venha a ser substituído no curso do processo.

²⁴⁹ Nesse sentido também Paulo Issamu Nagao, *Do controle Judicial da Sentença Arbitral*, p. 165.

Não será possível a substituição, entretanto, se as partes expressamente convencionarem que não será admitida a sentença arbitral por outra pessoa, ainda que em substituição ao árbitro. São casos, como se vê, em que a arbitragem somente foi escolhida pelas partes, levando em consideração as características da pessoa originalmente escolhida para figurar como árbitro no processo arbitral. Assim, elas não admitem a hipótese de substituição do árbitro, caso em que a impossibilidade deste produzir sentença, permitirá às partes retornarem ao Poder Judiciário para resolver o mérito da questão.

Nesse diapasão, somente se terá, portanto, sentença inexistente, se a substituição ocorrer sem a expressa anuência das partes. Ante a impossibilidade da produção da sentença arbitral as partes deverão manifestar-se no sentido da substituição e, caso com ela venham a concordar, nada impedirá o prosseguimento do processo perante o novo árbitro.

Deixando a análise do inciso II do art. 32 da LA no plano da inexistência, também se verifica a hipótese de nulidade da sentença arbitral proferida por quem não podia ser árbitro. Isto porque a hipótese da sentença proferida por quem não podia ser árbitro também pode considerar que, mesmo diante do vício, havia árbitro com poderes jurisdicionais para a solução do conflito. Assim, preenchidos estariam os requisitos para que exista, efetivamente, sentença arbitral.

O vício, entretanto, que pode ser conhecido de ofício pelo árbitro, diz respeito a eventual impedimento, suspeição ou incapacidade para a realização do julgamento. Ora, se alguma dessas hipóteses é verificada no curso do processo arbitral, deve a parte alegar o vício na primeira oportunidade. Mas se não o fizer, poderá alegá-lo pelo prazo de 90 (noventa) dias após a intimação das partes do teor da sentença²⁵⁰.

²⁵⁰ *EMENTA: DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. 1. PRELIMINARES DE REVELIA, INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, CARÊNCIA DE AÇÃO RECONVENCIONAL E DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM, VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 29 DA LEI Nº 9.307/96 E NULIDADE DA SENTENÇA. PREFACIAIS REPELIDAS. 2. MÉRITO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA IN TOTUM.* (Apelação Cível Nº 70013621586, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 04/05/2006). Neste caso buscou-se a anulação da sentença arbitral ante a argumentação de ausência de comprovação de intimação da sentença. Ante a inequívoca ciência da sentença, o argumento foi rejeitado.

Poder-se-ia entender por impedimento e suspeição as mesmas hipóteses dos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil, isto é, por impedimento se deve entender qualquer vínculo jurídico, provado objetivamente, que implique a inevitável parcialidade do árbitro. A título de exemplo, tem-se o árbitro que é ascendente ou descendente, irmão, ou mesmo parente de qualquer das partes²⁵¹.

Para quem entende dessa forma, mesmo o cumprimento do dever de revelação do árbitro não supriria a nulidade de sua escolha na hipótese de impedimento, na medida em que a situação objetiva de impedimento não permite presumir-se a imparcialidade, ainda que aceite o árbitro.

Nessa mesma linha, por suspeição se deveria entender as hipóteses que geram dúvida quanto à parcialidade do árbitro, prováveis por todos os meios de prova em direito admitidos, valendo como exemplo de situações de suspeição a amizade íntima ou a inimizade capital do árbitro com qualquer das partes.

O entendimento que se desenvolve neste estudo, entretanto, segue para conclusão diversa.

Conforme já foi anteriormente mencionado, entende-se que o princípio do juiz natural não aplicável no processo arbitral – ante a inaplicabilidade dos conceitos, tais quais esculpidos no referido princípio, de competência, investidura e prévia existência do órgão julgador.

Como o princípio do juiz natural não seria aplicável ao processo arbitral, este princípio é substituído – com bastante eficiência – pelo método de realização dos atos preparatórios do processo arbitral, que permitem às partes a definição de quem será o julgador da causa.

No curso da formação do processo arbitral (realizados por atos complexos que culminam com a formação da relação jurídica processual tríplice a partir da aceitação,

²⁵¹ Cf. Luis Antonio Scavone Júnior, *Manual de Arbitragem*, p. 100.

pelo árbitro, da função) vão sendo realizadas todas as medidas necessárias à garantia de imparcialidade exigida pela Lei de Arbitragem.

Entre esses atos, incumbirá ao árbitro cumprir com o dever de revelação²⁵². Este dever implica a declaração pelo árbitro de qualquer espécie de relação que tenha mantido com qualquer das partes em fatos anteriores ao processo arbitral.

Assim, o conceito de árbitro suspeito, por exemplo, parece muito mais amplo que aquelas situações de suspeição previstas pelo art. 134 do Código de Processo Civil. Tenha-se, como exemplo da distinção, o fato do árbitro indicado verificar em seus arquivos que já foi advogado de qualquer das partes no passado. Como defendeu os interesses da parte e pode ter tido acesso a informações sigilosas do então cliente, pode ser que a outra parte tenha fundada dúvida acerca da imparcialidade do árbitro, fato este que será causa para a alegação de suspeição, embora não prevista na lei processual.

Não se pode dizer, entretanto, que as hipóteses de suspeição e impedimento são necessariamente mais amplas que na lei processual. Tenha-se outro exemplo, como prova de que as hipóteses muitas vezes também podem ser mais restritas: na lei processual, a relação de filiação das partes em relação ao juiz é caso de inequívoco impedimento. Na arbitragem, entretanto, não se afigura tão direta a afirmação se imaginar-se que dois irmãos, litigando entre si sobre o controle administrativo de uma determinada sociedade familiar, vejam no pai de ambas as qualidades necessárias para um julgamento imparcial do conflito entre elas havido. Seguindo os ditames da Lei de Arbitragem, não parece que o árbitro, numa situação como essa, será necessariamente árbitro impedido.

Assim, o que se tem é a impossibilidade de comparação direta das hipóteses de impedimento e suspeição do Código de Processo Civil com aquelas eventualmente vivenciadas na arbitragem. Neste sistema de solução de conflitos, o impedimento ou a suspeição devem ser classificados segundo o mesmo critério que os diferencia na lei

²⁵² Tratando da opinião de Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, 3ª edição, pp. 252 e 253, raciocínio também acompanhado por Paulo Issamu Nagao, *Do controle Judicial da Sentença Arbitral*, p. 168.

de arbitragem (se a situação é passível de comprovação objetiva e documental, ter-se-á impedimento, se é fundada em dúvida fundada mas não objetiva ou não comprovável por documento, será hipótese de suspeição). Entretanto, as hipóteses em que se dará o impedimento e a suspeição deverão ser objeto de análise específica caso a caso, levando em consideração, ainda, se o dever de revelação foi adequadamente cumprido pelo árbitro no início do processo arbitral.

Veze haverá, em que cumprido o dever de revelação do árbitro, caso a parte o escolha, entende-se que houve expressa concordância das partes em relação ao árbitro, de maneira que não poderá a hipótese de suspeição ser levantada posteriormente para impugnar a sentença arbitral.

Além das hipóteses de suspeição e impedimento do árbitro, é possível tratar, ainda, das situações de sua incapacidade, a qual deverá ser objeto de análise durante todo o processo arbitral (não apenas no seu início nem somente no momento em que a sentença será proferida)²⁵³. A incapacidade do árbitro no momento da celebração da convenção de arbitragem, por exemplo, não afetaria o processo ou o julgamento da arbitragem, mas caso ocorra no seu curso, os atos praticados no período da incapacidade são nulos e, por essa razão, podem macular todo o procedimento.

Mas ainda nessa hipótese, há distinções que devem ser feitas. Na hipótese de incapacidade absoluta do árbitro durante todo o procedimento arbitral ou mesmo durante parcela do processo, uma vez praticados atos por árbitro incapaz, ter-se-á necessariamente, a prática de atos processuais nulos, não importando, neste aspecto, se os atos decorrem de incapacidade absoluta ou relativa.

A distinção a ser realizada, neste aspecto, decorre do quanto afirmado no capítulo segundo deste estudo acerca dos dois critérios de análise da validade dos atos jurídicos. Diferentemente da convenção de arbitragem analisada no tópico anterior, a sentença emanada por quem não podia ser árbitro por incapacidade – que é o que se analisa nesta passagem – é ato processual e não negócio jurídico.

²⁵³ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, 2ª edição, p. 321.

Isto significa que, sendo ato processual, não possui a sentença arbitral o mesmo tratamento legal que se dá às invalidades dos negócios jurídicos, razão pela qual se deve aplicar à hipótese o enquadramento correto, qual seja, a de ato jurídico em sentido estrito. Sendo ato jurídico em sentido estrito, tem-se que manifestação de vontade deixa de ser fator determinante para a análise do ato jurídico em questão, passando a valer a forma e os requisitos do ato como requisitos determinantes à sua validade.

A exemplo do que se observa com os atos processuais regrados pelo Código de Processo Civil, portanto, é sob os princípios do direito processual que se analisa a validade da sentença arbitral emanada por quem não podia ser árbitro – assim como a sentença judicial pode ser analisada por quem não podia ser juiz. A equivalência de tratamento, neste tópico, ocorre em função do direito processual e não mais do direito civil.

Na disciplina do direito processual, como se verifica, o elemento vontade é irrelevante²⁵⁴ – valendo a observação de LIEBMAN²⁵⁵, de que embora não se possa suprimir a vontade do ato, esta é relevante apenas para a prática do ato, nunca para os efeitos que ele gera^{256,257}.

A distinção entre nulidade absoluta e relativa, no direito processual, portanto, não tem a mesma consequência que tem para o direito civil²⁵⁸, razão pela qual

²⁵⁴ Nesse sentido é a lição de Elio Fazzalari: *Si dice perciò – lo notammo – Che La manifestazione di volontà ha efficacia eteronoma e non autonoma, cioè imposta dalla legge e non dal soggetto agente*”. in **Istituzione di diritto processuale**, p. 476.

²⁵⁵ “Nella loro qualità di atti giuridici, gli atti processuali sono indubbiamente e per definizione fatti volontari; e non sono nemmeno pensabili se non come il risultato della volontà del soggetto che li pone in essere. Ma si tratta qui di una volontà del tutto generica: la semplice volontà e coscienza di compiere l'atto, non richiedendosi affatto che sia diretta a raggiungere un determinato effetto e non potendo nemmeno determinarlo e atteggiarlo a proprio piacimento, perchè l'effetto è già fissato e prestabilito dalla legge. In ciò gli atti processuali si distinguono da altre categorie di atti giuridici e in particolare dai negozi giuridici”, in **Manuale di Diritto Processuale Civile**, p. 216.

²⁵⁶ No mesmo sentido é a lição de Enrico Redenti e Mario Vellani, in **Lineamenti di Diritto Processuale Civile**, p. 93.

²⁵⁷ Com opinião intermediária, Vitorio Denti ensina que “...che la volontà costituisca un requisito di validità dell'atto processuale non può essere contestato (...) Tuttavia, il difetto di volontarietà non impedisce all'atto di produrre l'effetto che gli è proprio nella serie procedimentale, se l'atto ha comunque raggiunto lo scopo oggettivamente fissato dalla legge”. in **La Giustizia Civile**, pp. 184 a 185.

²⁵⁸ Cf. Dinamarco, **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. II, p. 591 e 592 .

CALMON DE PASSOS²⁵⁹ destaca o problema típico das nulidades processuais relativas a atos como sanáveis e não sanáveis.

Assim, pouco importa se a sentença emanou de quem não podia ser árbitro por incapacidade absoluta ou relativa. Fato será que, nesses casos, a sentença será nula e não poderá ser aproveitada a menos que transcorra *in albis* o prazo para impugná-la judicialmente.

É importante salientar que sendo uma atividade de julgamento, o não atendimento dos requisitos legais para sua validade impõem nulidade, passível de declaração judicial, com eficácia *ex tunc*, desde que a impugnação se dê na noventalidade legal.

Deve-se ter em conta, ainda, que as hipóteses em que um árbitro não poderia funcionar no processo arbitral não se resumem às hipóteses até aqui analisadas. Como a arbitragem envolve a escolha pelas partes de um determinado árbitro, é possível que essa escolha se faça em função das características e do conhecimento que o árbitro tem para a solução de um determinado conflito.

Se no curso do processo se verifica que as características não são suficientes para o adequado julgamento da causa, estar-se-á, igualmente, portanto, diante de uma hipótese de árbitro que não poderia funcionar no processo. É o que se denominada competência do árbitro, conceito diverso daquele utilizado no direito processual civil.

Com efeito, na sistemática do Código de Processo Civil, e também extraindo das regras constitucionais as regras de definição da competência, tem-se que a competência é atribuída ao órgão jurisdicional pela lei, de tal forma que, sendo a regra relativa ou absoluta, admitir-se-á ou não o não cumprimento das regras de definição da competência judicial.

O objeto dessas regras, portanto, é de certa forma administrativo e jurisdicional. Diz-se que é administrativo, pois tem por objetivo a distribuição

²⁵⁹ *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*, p. 137.

organizada da atividade jurisdicional entre os vários órgãos estatais que exercem essa função. Também é jurisdicional, pois essa distribuição permite maior especialidade de alguns órgãos jurisdicionais em determinadas matérias, o que favorece o próprio exercício dessa função por parte dos julgadores.

Assim, como se vê, a própria existência dos critérios de definição da competência no direito processual tem por objetivo o manejo do exercício da jurisdição estatal em função da pluralidade de órgãos que exercem essa função²⁶⁰. A competência, portanto, é do *órgão jurisdicional* e não do juiz. Nessa esfera, não se discute a competência do juiz, pois essa sua competência para realizar a atividade jurisdicional já é aferida pelo Estado no curso do processo de seleção das pessoas que irão compor o Poder Judiciário. É parte dos requisitos que precisam ser demonstrados pelo candidato quando ingressa no processo de seleção – cujas regras mestras estão definidas no texto constitucional (art. 93, inciso I).

A competência dos órgãos jurisdicionais é a atribuição que o órgão jurisdicional tem para exercer a jurisdição – e não parcela desta última que é, por conceito, indivisível.

Essas idéias, que regem a competência no direito processual, como já enunciado, não se confundem com a competência na arbitragem. Como nesta última as partes definem o órgão arbitral ou mesmo o árbitro que julgará a causa, não faz sentido a preocupação com a pluralidade de órgãos capazes de exercer a atividade jurisdicional.

Mesmo porque, ainda que as partes escolham mais de um órgão jurisdicional na convenção de arbitragem – em função, por exemplo, da especialidade de matérias ou ramos do conhecimento distintos, não serão os órgãos os julgadores, mas sim os árbitros que serão responsáveis pela condução do processo.

²⁶⁰ Muitas vezes, o conceito de jurisdição é mesclado com o de competência, gerando confusão entre os dois institutos. Se a jurisdição brasileira é uma, não se deve entender a competência como parcela da jurisdição, pois parcelar é dividir! Não é por outra razão que Liebman, ao se referir aos limites da jurisdição, trata da competência internacional, pois os limites da jurisdição estão ligados aos limites da soberania brasileira (*in Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, pp. 11 e 12).

Não faz sentido, portanto, tratar-se de competência de órgão – situação esta que já altera a premissa aplicada às competências judiciais, conforme já mencionado. Trata-se em arbitragem, portanto, de competência do árbitro ou dos árbitros escolhido(s) pelas partes.

Por outro lado, tratar-se da competência do árbitro também se justifica na medida em que o árbitro não é aprovado em provas de concursos e títulos – como ocorre com o juiz. Vezes haverá em que o árbitro é escolhido pelas partes em função do conhecimento que estas têm da experiência que o julgador escolhido possui ou em função de suas características pessoais, igualmente conhecidas pelas partes. Mas também poderá ocorrer que a escolha se dê em função da fama que o árbitro possui, ainda que as partes não o conheçam ou ainda, em função de indicações feitas por terceiros ou pelo próprio órgão arbitral – como se verifica em alguns regulamentos de câmaras arbitrais²⁶¹.

Ainda que em qualquer desses casos seja possível um eventual arrependimento pelas partes da escolha que fizeram em função da má qualidade da condução do processo ou mesmo da sentença arbitral, parece muito maior a probabilidade de que isso venha a ocorrer nas hipóteses em que as partes não têm qualquer contato ou qualquer conhecimento específico sobre a vida e a experiência acumulada do árbitro escolhido.

Em qualquer caso, entretanto, o que estará em jogo, como se pode observar é a competência do árbitro, isto é, sua capacidade técnica – e não intelectual – de conduzir o processo arbitral e proferir sentença arbitral justa. Afirma-se que não se trata aqui de competência intelectual por que esta última está atrelada à própria capacidade civil do árbitro – ou seja, a capacidade de perceber a importância de seus atos e os efeitos que eles podem gerar.

²⁶¹ A título de exemplo, a última palavra sobre a aprovação do árbitro no regulamento da Câmara de Comércio Brasil-Canadá pertence ao presidente da Câmara (cláusula 5.4 do regulamento). É semelhante a redação da cláusula 2.4 do regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. O art. 9º, item 3 do Regulamento da CCI também deixa clara a possibilidade da Câmara definir os árbitros que julgarão processos arbitrais.

Como visto, esta capacidade intelectual não é suficiente e, na arbitragem, deve ser somada à capacidade técnica que o julgador tem, não só com relação ao conhecimento das regras que regem a aplicação da técnica para a solução do mérito da causa, como também aquelas atinentes à condução do próprio processo arbitral.

A competência do árbitro está vinculada ao ramo do conhecimento em que atua: daí porque a Lei de Arbitragem não faz, com relação aos árbitros, qualquer exigência específica, a não ser o requisito mínimo da capacidade civil (art. 13 da LA). Assim, não importa se o árbitro tem ou não formação universitária, se é ou não especialista ou pós-graduado, ou se preenche qualquer outra espécie de requisito. Quem os definirá são as próprias partes, já que são elas que deverão ter confiança no trabalho do árbitro.

Não há dúvidas, entretanto, que, uma vez escolhido o árbitro, é preciso que tenha condições técnicas de conduzir o processo arbitral e julgar a matéria que será submetida à sua apreciação. Qualquer dúvida ou percepção das partes acerca de uma falta de condição técnica para a realização do julgamento deverá ser objeto de impugnação imediata no processo arbitral e poderá ser objeto de posterior discussão judicial, pela percepção das partes acerca da falta de competência para a realização do julgamento no processo arbitral.

Por outro lado, deve-se ter em mente que não basta a mera alegação de que o árbitro não é competente. É preciso que se demonstre no curso e após o processo arbitral, que houve manifesto equívoco técnico do árbitro – seja na condução do processo arbitral (que poderá acarretar, por exemplo, violação a algum dos princípios que regem o processo arbitral – art. 21, §2º, combinado com art. 32, inc. VIII da LA), seja na apreciação do mérito da questão que deveria ser julgada pelo árbitro sem equívoco.

Não devem ser considerados erros capazes de levar à declaração de incompetência do árbitro, a interpretação passível de ser dada pela ciência que rege o ramo de conhecimento utilizado na atividade de julgamento. A distinção de opinião, portanto, não autoriza a impugnação judicial do julgado.

Mas a ciência aplicável à solução do caso é unânime acerca de uma determinada matéria e o julgamento contém interpretação exclusiva do árbitro, contrária à unanimidade do ramo científico específico, claro estará que se trata de erro grosseiro, capaz de demonstrar efetiva incompetência do árbitro no julgamento da causa, a demonstrar que o árbitro originariamente nomeado para julgar a causa não podia atuar como árbitro nela.

Ainda assim, não caberá em eventual impugnação judicial da sentença se houver dissidência científica que justifique o posicionamento científico do árbitro eventualmente adotado na sentença. Somente haverá nulidade²⁶², segundo esse entendimento, se a sentença for injustificável do ponto de vista científico²⁶³, portanto.

Demonstrada a incompetência do árbitro, ter-se-á nulidade da sentença em razão do fato de que quem proferiu a sentença não podia ser árbitro, fato este que, nos termos do art. 32, inciso II da LA justifica a propositura de ação declaratória de nulidade, no prazo de 90 (noventa) dias a que se refere o art. 33 da mesma Lei.

3.3. Ausência dos Requisitos da Sentença Arbitral

Sentença é ato processual que tem por objetivo veicular os julgamentos do órgão julgador. Embora os conceitos legais nunca tenham efetivamente refletido uma idéia clara e adequada do conceito de sentença, fato é que nem o conceito anterior, nem o conceito atual, previstos no art. 162, §1º do Código de Processo Civil são hábeis à conceituá-la adequadamente.

²⁶² Para Clávio de Melo Valença Filho, *Da Sentença Arbitral Inexistente in Estudos de Arbitragem*, p. 195, a hipótese em questão seria de inexistência jurídica da sentença. Assim, entretanto, não parece. A sentença foi proferida por quem foi escolhido pelas partes e delas recebeu jurisdição. Despreparo técnico, portanto, poderia invalidar a sentença, não torná-la inexistente.

²⁶³ *Embargos declaratórios deduzidos com base em dúvidas, omissões e obscuridades do Acórdão - Baldas inexistentes - Rejeição dos embargos, na forma do art. 535, I e II, do CPC*. Embargos de Declaração 4065704701 e 4080894601, Relator Des. Enio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 20.10.2005. O julgado rejeitou a alegação de litispendência com processo arbitral em função da diversidade de causas de pedir. Também foi rejeitada a argumentação de renúncia à arbitragem, na medida em que o requerente escolheu os árbitros do processo arbitral. No caso, o julgado rejeita a inexistência da sentença arbitral sob o argumento de renúncia à arbitragem e de incompetência do árbitro.

O conceito anterior atribuía à sentença a idéia de que a sentença era ato processual que punha fim ao processo. Ele era criticado na medida em que, no sistema do mesmo Código, a recorribilidade da sentença via apelação impedia o fim do processo, sem que isso descaracterizasse a sentença como tal.

Na tentativa de corrigi-lo, a Lei nº 11.232/05 tratou de estabelecer novo conceito para a sentença, desta vez buscando um cientificamente mais adequado, por conceituá-la pelos elementos que a compõem²⁶⁴, razão pela qual foi adotado o conceito baseado nas hipóteses dos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil. O novo conceito, mais uma vez, deixa a desejar, por envolver outros atos judiciais que, eventualmente, contém matérias dos artigos 267 e 269 da referida Lei, sem que, entretanto, possam ser considerados sentença.

É o caso, por exemplo, da decisão judicial que exclui um litisconsorte por ilegitimidade de parte e mantém o processo judicial em andamento em relação a outro litisconsorte. A decisão judicial aqui deve se enquadrar como hipótese de decisão interlocutória e não de sentença, sob pena de serem admitidos mais de um recurso de apelação – e o que é pior, iniciar-se a tentativa de criação de recursos de apelação por instrumento, idéia que não encontra respaldo no Código de Processo Civil, fere o princípio da taxatividade recursal e usurpa da União Federal a competência legislativa exclusiva sobre essa matéria.

O problema do novo conceito legal está no fato de esquecer-se exatamente da função para o qual foi criado. A criação do art. 162 do Código de Processo Civil somente se justifica para se coadunar com o sistema recursal²⁶⁵, de tal forma que enquanto o art. 162, §1º do Código conceitua a sentença, o art. 513 e o art. 535 tratam dos recursos cabíveis para impugná-la.

Entende-se que o conceito de sentença deve manter-se na função para o qual foi estabelecido na Lei, razão pela qual se defende que a sentença deve ser

²⁶⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A Nova Definição de Sentença, in Temas de Direito Processual, Nona Série*, p. 172.

²⁶⁵ Cf. *idem, ibidem*, p. 168.

conceituada como o ato judicial que veicula julgamentos, encerrando a fase cognitiva ou a fase executiva, em qualquer caso, na primeira instância.

Pensando a sentença desta forma, ter-se-á sentença sempre que houver julgamento que encerra em primeira instância a fase cognitiva. É o que se tem em relação à sentença arbitral.

A Lei nº 9.307/96, ao tratar do tema da sentença buscou substituir a antiga dicção legal prevista no Código de Processo Civil, que a nomeava como laudo arbitral, com a manifesta intenção de reserva à atividade judicial a nomenclatura de sentença²⁶⁶.

Com o advento da Lei de Arbitragem e a extinção da antiga necessidade de homologação do laudo arbitral por sentença judicial, deixou-se de denominar o ato de julgamento realizado pelo árbitro como laudo, para denominá-lo sentença, na medida em que, a exemplo do conceito proposto para a sentença judicial, a sentença arbitral encerra a fase cognitiva – de instância única – sendo capaz de produzir coisa julgada, passível apenas de eventual correção por meio de embargos de declaração.

Tratando-se, portanto de sentença – e é preciso acrescentar, com eficácia até superior à sentença judicial, visto que produzirá efeitos imediatamente e transitará em julgado imediatamente após o decurso do prazo para oposição de embargos de declaração ou, eventualmente, após o seu julgamento - deve-se certificar se estão presentes os seus elementos de existência e seus requisitos de validade²⁶⁷. A ausência daqueles gera inexistência jurídica da sentença. A ausência destes gerará sua nulidade.

Os requisitos da sentença estão dispostos no art. 26 da LA, que os relacionada seguinte forma: relatório, fundamentação, dispositivo, data e local em que foi proferida. Além desses requisitos o parágrafo único do mesmo dispositivo legal ainda exige a assinatura do árbitro julgador e, na hipótese de arbitragem colegiada,

²⁶⁶ Sálvio de Figueiredo Teixeira lembra o equívoco da lei ao continuar a utilizar a denominação laudo, no lugar de sentença, em alguns dispositivos, fazendo com que doutrina e jurisprudência passassem a utilizar os dois nomes como sinônimos, *A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro*, p. 196.

²⁶⁷ Explica José Carlos Barbosa Moreira que, nesse aspecto, a Lei de Arbitragem não se preocupa com a correção de eventuais erros de justiça, mas sim dos erros que prejudiquem a validade da sentença arbitral, in *Estrutura da Sentença Arbitral, Temas de Direito Processual Oitava Série*, p. 185.

recusando-se algum árbitro a assiná-la, deverá o Presidente do Tribunal Arbitral certificar tal fato.

O artigo 26, inciso I da LA ainda tem a especificação do que deve constar do relatório da sentença arbitral, exigindo que do relatório conste um resumo do litígio e o nome das partes. O objetivo, além da clara intenção didática, para a elaboração do relatório é, também, garantir a identificação das partes – necessária à validade do título executivo, bem assim documentar os principais acontecimentos ocorridos no curso do processo arbitral.

O requisito seguinte do dispositivo legal em questão refere-se à fundamentação da sentença. Mais uma vez, explica o dispositivo que o requisito em questão se destina à apresentação, pelo árbitro, das análises de questões de fato e de direito, exigindo-se, ainda, que se deixe expressa a realização de julgamento por equidade²⁶⁸.

A função da exigência é deixar documentada a fonte utilizada no julgamento da causa, permitindo, assim, como se deu a realização da atividade jurisdicional.

Embora se dirija especificamente às decisões judiciais, a Constituição Federal estabelece o princípio da motivação, como necessário aos julgados, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX)²⁶⁹. Essa exigência não está apenas relacionada a uma garantia constitucional, mas sim a uma imprescindível construção que permitiu a evolução do sistema processual.

Historicamente, a fundamentação surge em momento muito próximo ao surgimento dos recursos (processo civil romano, no período da *extraordinaria cognitio*). Foi o requisito necessário para viabilizar a própria impugnação da sentença,

²⁶⁸ José Carlos Barbosa Moreira explica a necessidade de se fazer constar se o julgamento foi realizado por equidade ou não: Segundo o autor a exigência em questão é útil para deixar claro que o julgamento por equidade não dispensa a exposição de motivos *in Estrutura da Sentença Arbitral, Temas de Direito Processual Oitava Série*, p. 187.

²⁶⁹ “Outro aspecto de transcendente importância na aplicação da cláusula do devido processo legal em sua acepção processual (procedural due process) tem a ver com o requisito de motivação das decisões judiciais. Trata-se de condição de validade dos editos prestadores de jurisdição, cuja finalidade última é justamente salvá-los da mácula da arbitrariedade” Carlos Roberto Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 310.

quando Otaviano Augusto monopolizou o exercício da jurisdição em Roma e, por essa razão, estruturou a função jurisdicional em órgãos hierarquizados de formação piramidal (maior número de magistrados na primeira instância, Tribunais e *supplicatio* ao imperador)²⁷⁰.

Assim, é a fundamentação um requisito necessário à impugnação do julgado. Não é possível permitir-se, de um lado, que a sentença seja impugnada e, de outro, não permitir ao prejudicado que conheça as razões do julgamento. A fundamentação permite que o jurisdicionado conheça como o julgador chegou à solução do caso para que possa avaliar a possibilidade – e até a razoabilidade²⁷¹ – na apresentação de impugnação.

Na sistemática adotada pela Lei de Arbitragem, embora se tenha restrito a impugnação endoprocessual da sentença arbitral apenas à hipótese de cabimento dos embargos de declaração (art. 30 da LA), viabilizou no art. 33 a impugnação da sentença por via de ação impugnativa autônoma.

Por essa razão, não só para o conhecimento das partes, nem só pela previsão constitucional do art. 93, inciso IX que deve ser estendida no que tange à motivação para as sentenças arbitrais, mas também para permitir a impugnação endo ou panprocessual é que exige a lei que a sentença seja fundamentada²⁷².

²⁷⁰ Cf. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, p.147.

²⁷¹ São critérios de aplicação da razoabilidade, segundo José Adércio Leite Sampaio: a natureza do direito atingido; a definição dos objetivos da restrição imposta; a extensão e a urgência do problema ou mal a ser solucionado pela lei; a proporcionalidade entre restrição e objetivos propostos e as condições que predominam no caso concreto. in *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*, p. 68.

²⁷² A exigência jurisprudencial é preenchida ainda que a fundamentação seja sucinta: **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - HIPÓTESES DO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONSTATADAS - PREQUESTIONAMENTO PARA EFEITO DE RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO - VEDAÇÃO**. A atribuição dos efeitos modificativos pretendidos pelas partes depende da verificação da existência das hipóteses estabelecidas no artigo 535 do Código de Processo Civil, reformando-se ou não o acórdão no ponto em que se verifique a omissão, contradição ou obscuridade alegadas. Os embargos de declaração não se configuram como via idônea para a obtenção do reexame das questões já analisadas nos autos, mormente com o objetivo de prequestionar matéria como pressuposto para interpor Recurso Especial ou Extraordinário. Número do processo: 2.0000.00.404886-4/001(1) Relator: TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO Data do Julgamento: 10/03/2004 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 3ª Câmara Cível (Unidade Francisco Sales). Neste julgamento tentou o embargante novo julgamento da matéria apreciada no recurso de apelação em que foi rejeitada a alegação de julgamento *extra petita* da sentença arbitral. Foi o seguinte o aresto do recurso de apelação: **AÇÃO DE NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL - DECISÃO CITRA PETITA - INOCORRÊNCIA - VALOR DA CAUSA - INEXISTÊNCIA DE PROVEITO ECONÔMICO - DECISUM EXTRA PETITA**

Outro requisito previsto na Lei para a sentença é o dispositivo desta. Tem o dispositivo a função de resolver as questões que foram submetidas aos árbitros e, sendo o caso, impor o prazo necessário ao seu cumprimento, conforme especifica o art. 26, inciso III da LA.

Verifica-se que o dispositivo é, portanto, o trecho da sentença que apresenta o que foi almejado pelas partes desde o momento em que entre elas surgiu o conflito. Se a sentença arbitral é o ponto mais elevado de todo o processo, não restam dúvidas de que o dispositivo é trecho dela que justifica a sua própria razão de ser.

Conforme já mencionado anteriormente, a sentença é o ato processual que veicula os julgamentos criados pelo julgador. Assim, a sentença é ato processual de julgamento. Dessa forma, é no dispositivo que o conteúdo julgamento é apresentado.

A exemplo de outros atos processuais, não se deve confundir continente e conteúdo. Assim como a petição inicial é continente e demanda ou ação é conteúdo, da mesma forma a contestação é continente e as defesas são seu conteúdo, a sentença também é continente, cujo conteúdo é o julgamento.

O julgamento – ou os julgamentos – é ou são apresentados no dispositivo da sentença arbitral – da mesma forma em que essa situação se verifica na sentença judicial.

*AFASTADO - OBSERVÂNCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - PARCIALIDADE DO ÁRBITRO NÃO CONFIGURADA. Inexiste nulidade da sentença se presentes se encontram a fundamentação e o dispositivo sentencial, resolvendo, plenamente, a questão submetida a julgamento, não se afastando dos limites da lide e não contendo, quanto ao seu aspecto formal, os vícios que lhe imputa a parte vencida. A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico, que poderá ser arbitrado pela parte, quando congruente com o desfecho pretendido com a lide. Verificando-se dos termos do decisum que foi apreciado o objeto posto na convenção de arbitragem, inexistem motivos para considerar a decisão extra petita. O fato de o árbitro ter analisado as provas dos autos segundo seu livre convencimento, mas em sentido contrário ao que pretendia o autor não é capaz de maculá-la de nulidade. Nas causas em que não houver condenação, os honorários advocatícios serão fixados, consoante apreciação equitativa do julgador, atendendo, contudo, as normas das alíneas a, b e c do artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil. Número do processo:2.0000.00.404886-4/000(1) Relatora Desembargadora TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO Data do Julgamento:03/12/2003 – 3ª Câmara de Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No julgamento da apelação, além do argumento da sentença *extra petita*, também se argumentou ter ocorrido julgamento *infra petita*. Nenhum desses vícios foi demonstrado no recurso de apelação, tendo o Tribunal rejeitado o pedido pelas razões de mérito.*

Por essa razão, não é o dispositivo da sentença apenas um requisito, como enuncia o art. 26, *caput* da LA (como também faz, em relação à sentença judicial, o art. 458 do Código de Processo Civil). É verdadeiro elemento imprescindível da sentença.

Pode-se afirmar, portanto, que diferentemente do que se observa de outros requisitos, a sentença sem dispositivo não é sentença, como a petição inicial sem pedido também não é petição e a contestação sem defesa não faz sentido²⁷³.

Diferentemente do que se observa no já citado art. 458, que resume entre os requisitos da sentença judicial apenas o relatório, a fundamentação e o dispositivo, a sentença arbitral é tratada pelo art. 26 da LA com maior especificidade, prevendo este dispositivo mais *requisitos* para a sentença arbitral.

Assim o inciso IV do art. 26 da LA exige que a sentença também contenha a data e o lugar em que foi proferida. Diferentemente do que se observa nos demais incisos, em que se verifica a explicação da própria função do requisito exigido, aqui se limitou o legislador a relacionar o requisito, sem determinar-lhe a finalidade. Esta, entretanto, pode ser extraída com relativa tranquilidade.

Como a atividade jurisdicional da arbitragem está limitada à convenção de arbitragem estabelecida pelas partes, podem estas estabelecer prazo para que a sentença arbitral seja proferida pelo árbitro. Na ausência de previsão específica, deverá o árbitro proferir a sentença arbitral no prazo máximo de 6 (seis) meses, contados da data em que aceita a nomeação (art. 19 combinado com art. 23 da LA).

Adiante será analisada a questão da sentença proferida fora do prazo, mas já se pode adiantar que a consequência do não atendimento desse prazo é a nulidade da sentença²⁷⁴.

²⁷³ “O bom senso leva a considerar que o defeito aqui é mais grave que o consistente na ausência de relatório, ou até de fundamentação”. José Carlos Barbosa Moreira, in *Estrutura da Sentença Arbitral, Temas de Direito Processual Oitava Série*, p. 190.

²⁷⁴ Antecipando a questão que será tratada no tópico as sentença proferida fora do prazo, José Carlos Barbosa Moreira também entende que o requisito se coaduna com a exigência de que a sentença seja

Verifica-se, portanto, que nessa hipótese saber-se quando a sentença foi proferida não é apenas uma exigência formal. É, antes de tudo, uma exigência que se coaduna com uma das principais vantagens da arbitragem – a celeridade – à qual se compromete o árbitro no momento em que aceita a função para a qual foi nomeado pelas partes.

De outro turno, o mesmo inciso ora em análise também exige que se determine na sentença arbitral o local em que foi proferida. A questão tem várias aplicações.

Primeiramente, diferentemente do que se observa na jurisdição estatal, a jurisdição privada não está vinculada à legislação de um país específico. Dependerá a aplicação das fontes normativas da própria especificação trazida pelas partes na convenção de arbitragem, ou, na sua falta, conforme o caso, da aplicação de regras estabelecidas por países ou até por tratados internacionais, princípios gerais de direito, etc.

A determinação da aplicação dessas fontes dependerá, primeiramente, do local em que a sentença foi proferida. Assim, segundo a lei brasileira – aplicável às sentenças passíveis de execução em território nacional – na ausência de definição das regras aplicáveis a qualquer obrigação, a lei aplicável será a lei do local onde a obrigação for cumprida (LICC, art. 9º) – não importando no Brasil onde a sentença foi proferida para fins de aplicação da lei brasileira.

Por outro lado, embora essa questão não dependa, como se vê, da indicação na sentença do local onde foi proferida, em outros países esse fato poderá ser relevante. Ademais, determina a Lei de Arbitragem em seu art. 35 que a sentença arbitral estrangeira deverá ser previamente homologada pelo Supremo Tribunal Federal, para que produza efeitos no Brasil²⁷⁵.

proferida no prazo in *Estrutura da Sentença Arbitral, Temas de Direito Processual Oitava Série*, p. 190.

²⁷⁵ Cf. Luis Fernando Guerreiro, *Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira*, pp. 30 e 31.

Antes, porém, de analisar o mérito da exigência, cumpre lembrar que por força da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a Constituição Federal sofreu alteração após a edição da Lei de Arbitragem, alterando a competência para homologação de sentenças estrangeiras. A definição dessa competência nunca diferiu da competência para homologação de sentenças judiciais estrangeiras, critério este que deve ser mantido para que não se crie distinções indevidas entre a sentença arbitral e a sentença estrangeira.

Não se pode também interpretar a lei contra as determinações do sistema constitucional que, reformado em 2004, passou a atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para homologação de sentença estrangeira.

Já o conceito de sentença estrangeira é previsto no parágrafo único do art. 34 da Lei de Arbitragem, estabelecendo que sentença estrangeira é a sentença proferida fora do território nacional.

Por essa razão, o requisito previsto no art. 26, inciso IV, quanto à definição do local onde a sentença foi proferida tem por objetivo estabelecer se a sentença é nacional ou estrangeira, para fins de determinação do procedimento a ser adotado caso seja necessária a execução da sentença no Brasil²⁷⁶.

Se a sentença arbitral é proferida em território nacional, será executada na forma do art. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil. Caso tenha sido proferida fora do Brasil, será necessária sua homologação judicial, a ser promovida na forma dos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil, perante o Superior Tribunal de Justiça.

Por essa razão, a importância e o sentido do requisito atribuído por lei à sentença quanto à definição do local em que a sentença arbitral foi proferida tem por objetivo determinar como serão produzidos os efeitos da sentença no Brasil²⁷⁷.

²⁷⁶ Adriana Braghetta comenta a crítica que se faz à escolha do legislador brasileiro, que poderia ter optado entre arbitragem interna e internacional, *A importância da sede da arbitragem, in Arbitragem*, p. 21.

²⁷⁷ Cf. José Carlos Barbosa Moreira *in* Estrutura da Sentença Arbitra, Temas de Direito Processual Oitava Série, p. 190.

Também determina o art. 26, em seu parágrafo único, que a sentença deverá ser assinada pelo árbitro ou pelos árbitros que participaram do julgamento, cabendo ao Presidente do Tribunal Arbitral a certificação da recusa de qualquer dos árbitros – em caso de arbitragem coletiva – em assinar a sentença.

A exigência tem a mesma finalidade que na sentença judicial. A assinatura dos árbitros comprova o efetivo exercício de atividade jurisdicional na arbitragem, devendo a(s) assinatura(s), por obviedade, pertencer aos árbitros escolhidos para a realização do processo arbitral. Por essa razão, a assinatura comprova que o agente da sentença era a pessoa investida pelas partes da função jurisdicional, sendo, portanto, a única – no caso da arbitragem singular – ou as únicas, se arbitragem coletiva, a viabilizar que a sentença arbitral seja capaz de produzir coisa julgada material.

Embora a legislação processual brasileira nada diga a respeito, é evidente que a sentença judicial também precisa ser assinada pelo juiz, a fim de que seja reconhecida como apta a ser reconhecida como sentença. Nesse aspecto, a legislação italiana é clara, ao estabelecer que sem assinatura do juiz, a sentença é ato inexistente²⁷⁸.

Com efeito, sem a comprovação de que o ato sentencial foi realizado pelo árbitro escolhido pelas partes não há como se reconhecer no ato a existência da sentença, pois não há prova de que foi proferida por quem exercia no momento de sua construção, a atividade jurisdicional.

Se a sentença é ato que veicula julgamentos, não é possível que seja realizada por pessoa diversa que o julgador. Este, portanto, é agente específico do ato, de tal forma que se não há no ato prova de que foi realizado pelo julgador, não é possível reconhecer sua existência jurídica.

Conforme se pode verificar da análise dos requisitos da sentença arbitral, não é possível lhes atribuir uma regra única quando à gravidade da ausência de seus

²⁷⁸ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, in *Estrutura da Sentença Arbitral, Temas de Direito Processual Oitava Série*, p. 190.

requisitos. Se a sentença é desprovida de algum de seus requisitos é possível reconhecer sua nulidade ou mesmo sua inexistência jurídica, variando a conclusão conforme o vício que esta possui.

Assim, a sentença sem relatório ou fundamentação é sentença nula, por força não só da ausência de requisitos da sentença, como também por interpretação extensiva, passível de ser realizada, do texto constitucional (art. 93, inciso IX).

Conforme já observado anteriormente, os atos jurídicos em sentido estrito, para que existam, precisam de agente, objeto e forma. A forma da sentença é necessariamente escrita, até mesmo porque, para que se produzam seus efeitos e seja reconhecida como título executivo, é preciso que revista essa forma.

O agente da sentença, também já analisado, é necessariamente o árbitro ou os árbitros único(s) investido(s) de função jurisdicional. Já o objeto da sentença é o julgamento ou os julgamentos que ela veicula.

Os demais requisitos da sentença, são estabelecidos por lei e estão ligados não só a formalidades do ato, como ao cumprimento de normas de ordem processual que viabilizam o conhecimento das razões que levaram o árbitro a pronunciar determinado julgamento, bem como o momento em que foi proferida e como se dará sua execução.

São, portanto, requisitos de validade da sentença, sem os quais a sentença deverá ser declarada nula, caso impugnada tempestivamente²⁷⁹. A ausência de relatório e fundamentação não impedem que a sentença transite em julgado, razão pela qual proferida a sentença sem esses requisitos, sua não impugnação judicial levará à formação de coisa soberanamente julgada, passível de plena produção de seus efeitos.

²⁷⁹ *LEI DE ARBITRAGEM - OBJETO DO LITÍGIO - VALIDADE - LAUDO IMPRESTÁVEL - SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO. O compromisso arbitral que não contenha os requisitos do artigo 10 da Lei nº 9.307/96 é nulo, assim como o é a sentença arbitral carente dos requisitos do artigo 26 combinado com o artigo 32, inciso III, da mesma lei.* Número do processo: 2.0000.00.413094-5/000(1) Relator: JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ Data do Julgamento: 16/09/2004 – 7ª Câmara Cível (unidade Francisco Sales) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A decisão anulou a sentença arbitral desprovida de relatório e fundamentação insuficiente.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado à ausência de data – quer será tratada adiante – bem assim da ausência de definição do local em que a sentença foi proferida. A dificuldade da sentença sem indicação do local se dará, entretanto, quanto à forma como será executada no Brasil. Isto porque, como já observado, a não indicação do local de prolação na sentença, leva a dúvida quanto ao procedimento a ser adotado para a execução.

O vício, entretanto, não é capaz de impedir definitivamente a eficácia da sentença nem lhe retira a existência jurídica. Isto significa que o vício por de ser convalidado após o prazo *in albis* para impugnação judicial, embora também possa ser facilmente corrigido por meio de emenda ao ato – caso se verifique oposição de embargos de declaração, ou mesmo judicialmente, mediante definição após produção probatória específica que envolva o árbitro, a fim de esclarecer onde se deu a prolação da sentença.

Mas se a sentença não foi impugnada, para o fim de determinar como se dará sua execução, necessário será valer-se de critérios de presunção legal, para esclarecer se haverá ou não a homologação judicial da sentença para produção de efeitos no Brasil. Assim, se todo o processo arbitral tramitou no Brasil, com comprovação documental de origem dos atos, das comunicações dos atos, dos atos praticados pelas partes, parece ser possível a presunção de que a sentença arbitral é produzida em território nacional, a admitir sua execução sem prévia homologação judicial.

Por outro lado, se atos processuais foram praticados em outro país, tudo deve indicar tratar-se a sentença de ato processual estrangeiro, exigindo, na hipótese, a presunção de que a sentença é estrangeira.

Nos casos em que o processo arbitral não tramitou em um único local, tendo sido realizados atos em território nacional e fora dele, outros elementos do processo deverão ser manejados para que se verifique se a sentença será executada na forma do art. 475-I e seguintes do Código de Processo Judicial ou se será necessária sua prévia homologação.

Poder-se-á verificar, por exemplo, o domicílio do árbitro e de onde partiram os atos por ele praticados e levar em consideração esses dados na determinação da origem da sentença. Se, ainda assim, restarem dúvidas a respeito desse tema, a questão dependerá de outros mecanismos de prova, os quais são incompatíveis com o sistema de execução dos arts. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil e do procedimento da homologação de sentença estrangeira.

Nesse caso, não se sujeitará a sentença, imediatamente, a um procedimento de homologação no Superior Tribunal de Justiça, nem será possível sua execução imediata. Será necessário o ajuizamento de ação declaratória, na primeira instância judicial, de rito ordinário, objetivando a declaração da localidade em que foi proferida a sentença.

Não se confunde esse procedimento com o processo de anulação da sentença arbitral a que se refere o art. 33 da Lei de Arbitragem nem com a necessidade de sua homologação, restrita às hipóteses da sentença certamente estrangeira. Por essa razão, a esse procedimento não se aplica o prazo decadencial do referido dispositivo legal, nem qualquer espécie de prazo prescricional ante a natureza declaratória do procedimento.

O procedimento ordinário em questão tem por único objetivo a determinação do local onde a sentença foi proferida, razão pela qual nada poderá criar, modificar ou extinguir na sentença arbitral em questão. É possível, até mesmo, que não se realize propriamente um procedimento ordinário de natureza contenciosa. Se não houver conflito entre as partes, ainda assim será necessária a declaração judicial – mediante produção de provas – que auxiliem o Poder Judiciário na determinação do local onde a sentença foi proferida, a fim de que, reconhecendo-se a natureza nacional ou estrangeira da sentença, faça-se possível sua execução.

Por outro lado, a ausência de agente ou mesmo de objeto pode prejudicar não apenas a validade da sentença, mas fundamentalmente sua própria existência.

A hipótese é, primeiramente, vislumbrada no art. 32, inciso III da Lei de Arbitragem. Se a sentença arbitral não contiver dispositivo, será desprovido de

julgamento, de maneira que se a sentença é ato processual que veicula julgamentos, a sentença sem julgamento, sentença não é²⁸⁰.

Conforme já anteriormente demonstrado, a sentença desprovida de dispositivo não é sentença, na medida em que desprovida de conteúdo decisório. Em outras palavras, estar-se-á diante de sentença sem julgamento e, como afirmado por CARMONA, relembrando as lições de EGAS MONIZ DE ARAGÃO, ter-se-á sentença sem alma²⁸¹.

Sem dispositivo, portanto, não há julgamento. Sem este, não há como buscar a execução da “sentença”, nem mesmo há como protegê-la de qualquer impugnação pelas partes. Nesse caso, portanto, não será cabível a ação de anulação, pelo fato de que não há o que ser anulado. Inexistente o ato sentencial sequer haverá o início da contagem do lapso temporal decadencial a que se refere o art. 33 da LA!

Reconhecido o cabimento de ação meramente declaratória nessa hipótese implica reconhecer que neste caso não cabe a aplicação do prazo da noventalidade a que se refere o art. 33, §1º da Lei de Arbitragem. Isto porque o decurso do prazo de 90 (noventa) dias não sana o vício de inexistência. Ademais, as ações declaratórias são caracterizadas pela imprescritibilidade.

É possível que esse reconhecimento se dê incidentalmente no curso do execução da suposta sentença, durante o procedimento de cumprimento da sentença (art. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil), em sede de exceção de pré-executividade ou mesmo como matéria de impugnação a que se refere o art. 475-L do mesmo Código, ante a inexigibilidade do título²⁸²²⁸³.

²⁸⁰ No mesmo sentido, Marcus Vinícius Tenório da Costa Fernandes, *Anulação da Sentença Arbitral*, p. 65.

²⁸¹ *Arbitragem e Processo*, 2ª edição, p. 296.

²⁸² EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. SENTENÇA ARBITRAL. DESPESAS CONDOMINIAIS. EXCEÇÃO PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA E CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CARÊNCIA DA AÇÃO POR AUSÊNCIA DE CONVOCAÇÃO PARA ASSEMBLÉIA CONDOMINIAL QUE ELEGEU O TRIBUNAL ARBITRAL. COMPARECIMENTO DO EXECUTADO E SUA RATIFICAÇÃO QUANTO À VIA ELEITA. NULIDADE DO TÍTULO E EXCESSO DE EXECUÇÃO. MATÉRIAS A SEREM DISCUTIDAS EM IMPUGNAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 475-L, II E V DO CPC. JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO NÃO APRECIADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AGRAVO IMPROVIDO (Agravado de Instrumento 1116310400, Relator Des. Luiz Felipe Nogueira Junior, 30ª Câmara do quinto Grupo de Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Por outro lado, não é necessário que o suposto vencido no processo arbitral fique à mercê do início da execução para que busque a declaração de sua inexistência. Ante a inércia do aparente vencedor, poderá o suposto vencido propor ação declaratória de inexistência, objetivando o reconhecimento judicial de que a sentença é inexistente e que é necessária a realização de nova sentença pelo árbitro.

Deve-se ter em mente que se o processo arbitral tinha por objetivo o próprio julgamento do conflito havido entre as partes. Não havendo dispositivo na sentença, não só inexistente sentença como o processo arbitral não atingiu sua finalidade e, também, o árbitro não cumpriu sua função.

Diversas consequências poderão ser extraídas desse fato: a primeira delas, mais evidente, é a de que reconhecida a ausência dessa sentença, será necessária sua realização, o que deverá ser feito em novo processo arbitral, a iniciar-se após o reconhecimento judicial. Questiona-se se nesse caso será necessária a prolação da sentença pelo mesmo árbitro que deixou de aplicar à sentença o dispositivo.

A questão deverá ser resolvida pelas partes, de comum acordo, sendo recomendada a manutenção do árbitro para que o processo siga diretamente à

julgado em 22/08/2007). O julgado rejeitou o pedido feito em exceção de pré-executividade, mas admitiu a possibilidade de impugnação em execução por inexigibilidade do título, incidentalmente.

²⁸³ Outro exemplo de rejeição desse meio, ante a profundidade da discussão e a necessidade de dilação probatória se vê no julgado a seguir: *Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL E/OU EXCESSO DE EXECUÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - INCONFORMISMO - INFORMAÇÕES DO JUIZ A QUO - REVISÃO DO ENTENDIMENTO - ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO, EM PARTE - NÃO EXTINÇÃO DO FEITO SEM APRECIÇÃO DE MÉRITO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Oposta exceção de pré-executividade objetivando o reconhecimento da nulidade da sentença arbitral e/ou excesso de execução não há que se conferir provimento a agravo de instrumento manejado para reforma da decisão de improcedência se em informações o digno juiz do feito comunica a revisão de seu entendimento, com acolhimento em parte da exceção. In casu, desnecessariamente a extinção do feito sem apreciação de mérito, bastando corrigir o erro de forma a dar prosseguimento ao feito conforme o artigo 571 do CPC para exercer as opções que a obrigação alternativa lhe possibilita e solver a obrigação em 10 (dez) dias. Decisão mantida. Recurso improvido. Numero: 42386 Relator: DES. A. BITAR FILHO, julgado em 11.5.2004, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. A decisão remonta a fundamentação à reconsideração do indeferimento da exceção de pré-executividade em primeira instância, fundada na violação ao quanto contratado pelas partes – obrigação alternativa – e o que foi decidido na sentença – sentença condenatória de entrega de coisa certa. Ante a violação ao art. 571 do CPC a execução foi parcialmente extinta. O magistrado de primeira instância não anulou a sentença arbitral por entender que em exceção de pré-executividade não cabe essa análise, mas sim em ação ou embargos (leia-se impugnação).*

prolação da sentença, aproveitando-se todo o processo arbitral havido até o início da fase decisória. Caso as partes não entrem em consenso acerca desse tema, a questão deverá ser resolvida judicialmente, por força do que determina o art. 7º, §4º da Lei de Arbitragem.

Independentemente da solução dada a quem será o árbitro que retomará o processo arbitral, outra consequência inequívoca será o atraso na entrega da sentença arbitral, que, neste caso, não poderá ser matéria de alegação da nulidade da nova sentença, mas será hipótese para reconhecer-se em favor das partes eventual indenização, caso a demora lhes tenha imposto qualquer espécie de perda.

Situação de inexistência jurídica da sentença arbitral também se observa na hipótese de ausência de assinatura da sentença pelo árbitro, combinado à ausência de certificação que permite o art. 26, parágrafo único da Lei de Arbitragem.

Nesta hipótese, conforme já afirmado anteriormente, faltarà à sentença arbitral a prova de exercício da atividade jurisdicional, conferida com exclusividade ao árbitro pelas partes, quando da sua nomeação para a solução do conflito. Sem a prova do exercício da atividade jurisdicional, não há como reconhecer a existência de julgamento que terá seus efeitos equiparados à sentença judicial, na forma do art. 475-N do Código de Processo Civil.

Trata-se de sentença, portanto, inexistente, que reclama, caso necessário, declaração de inexistência jurídica, não sendo cabível, também nessa hipótese a anulação da sentença ou mesmo a possibilidade de contagem do prazo nonagesimal, mesmo porque não será passível de execução nesse caso.

3.4. Sentença Arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem

Para tratar do vício ora em comento, previsto no art. 32, inciso IV da Lei de Arbitragem, há que se distinguir duas categorias de vícios: a primeira, em que o árbitro profere sentença *ultra petita* ou *extra petita*, mas julgando questão definida

pelas partes como solucionável através da arbitragem instituída; a segunda categoria, em que o árbitro decide questão não abarcada pela arbitragem instituída.

A distinção em questão somente faz sentido se analisada na aplicação da jurisdição privada. Isto porque, diferentemente da jurisdição privada a jurisdição estatal é estabelecida em normas constitucionais, que prevêm a existência dos órgãos jurisdicionais e suas respectivas consequências.

Assim, a jurisdição estatal é ilimitada no que tange às matérias passíveis de julgamento, encontrando, como único limite à sua aplicação, os limites territoriais do Estado brasileiro.

Já a jurisdição privada, conforme já demonstrado neste estudo, é jurisdição que se caracteriza pela limitação definida pelas partes em convenção de arbitragem e também na Lei de Arbitragem. A arbitrabilidade objetiva é definida nos arts. 1º e 2º, § 1º, segundo os quais a arbitragem não pode decidir direitos que não sejam patrimoniais disponíveis nem poderá ofender a ordem pública e os bons costumes.

Não se está afirmando que a jurisdição estatal possa ofender a ordem pública. O que se está dizendo é que a jurisdição estatal não só é ilimitada para decidir direitos patrimoniais ou não patrimoniais, disponíveis ou não, como também forma a noção do que se deva entender por ordem pública e o que deve ou não ser reconhecido como bom costume.

Por essa razão, verifica-se que a própria Lei, ao definir quais matérias poderão ser objeto de arbitragem já determinam que a jurisdição privada não é ilimitada como a jurisdição privada, sendo a limitação um de seus elementos característicos. Mas a jurisdição arbitral não é só definida pela limitação imposta pela lei.

Seja na hipótese de cláusula compromissória – em que a convenção de arbitragem vem inserta no próprio instrumento jurídico que regra a relação jurídica havida entre as partes – seja no compromisso arbitral, cujo requisito é a existência da definição da matéria que será objeto da arbitragem, verifica-se que incumbe às partes definirem qual a matéria que será objeto da atividade arbitral.

A definição da matéria objeto da arbitragem, portanto, atribui outra limitação à jurisdição do árbitro: se as partes optaram por definir qual o contrato ou qual a matéria sobre a qual será possível a realização do processo arbitral é porque se pode pressupor que sobre qualquer outra matéria não é dado ao árbitro decidir.

Por essa razão, encontrando a jurisdição arbitral limites em lei e em contrato, tem-se que o processo arbitral somente poderá existir dentro dos limites estabelecidos por aqueles dois meios. Fora desses limites, portanto, não há jurisdição²⁸⁴²⁸⁵.

De outro turno, o fato da jurisdição privada caracterizar-se pela limitação, não significa que necessariamente o árbitro poderá manifestar-se sobre toda a matéria definida pelas partes como passível de arbitragem.

Instituída a arbitragem, isto é, iniciado o processo arbitral, caberá ao requerente formular o pedido inicial, por meio da apresentação de verdadeira petição, na qual restará definida qual será a matéria que poderá ser julgada no curso do processo.

Assim, nem sempre ocorrerá absoluta coincidência entre o que pode ser objeto de arbitragem em função da convenção de arbitragem e o que poderá ser objeto de julgamento conforme definido no pedido inicial formulado pelo autor. Essa distinção, como será demonstrado, trará conseqüências diretas quanto à gravidade do vício gerado pela sentença que não respeita os limites definidos pela convenção de

²⁸⁴ Cf. Clávio de Melo Valença Filho, *Da Sentença Arbitral Inexistente in Estudos de Arbitragem*, p. 192.

²⁸⁵ ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL – CONTRATO DE CREDENCIAMENTO – LEI DE ARBITRAGEM – VERBA HONORÁRIA.

I – O artigo 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/96, determina que é nula a sentença arbitral se for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Não atendidos os requisitos legais da arbitragem, considera-se nula a sentença arbitral na parte em que os extrapolou.

II – Os honorários advocatícios devem ser arbitrados consoante apreciação equitativa do juiz, devendo-se levar em consideração o trabalho desenvolvido, a dedicação do advogado, a dificuldade do feito e a demora no seu julgamento, conforme dispõe o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

III – Recursos conhecidos. Provido o da autora e não provido o das Rés. Decisão unânime. (proc. 2001.01.1.123916-5, 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Rel. Haydevalda Sampaio, julgado em 6.6.2007). Neste caso houve declaração de nulidade, quando, concluído que sentença foi proferida fora da convenção, deveria ter declarado a inexistência jurídica da sentença.

arbitragem e o vício gerado pela sentença que não respeita o pedido inicial que levou o autor a requerer a instituição da arbitragem.

A discussão instituída neste tópico, toca, primeiramente, na aplicação do princípio da adstrição na arbitragem²⁸⁶. De acordo com esse princípio somente poderá o julgador manifestar-se sobre o que foi pedido pelo autor na petição inicial, devendo haver direta correlação entre o provimento jurisdicional que foi entregue e o pedido formulado inicialmente.

A importância do princípio está vinculada à vedação da atuação de ofício, pelo Poder Judiciário, a fim de que sejam julgadas apenas as matérias que foram pedidas pelo autor. Referido princípio, portanto, leva à inércia do Poder Judiciário, impedindo que o juiz atue de ofício e julgue matérias que não lhe foram disponibilizadas pelas partes no curso do processo. Assim, o princípio em questão decorre do princípio da demanda, de um lado, e do impulso oficial, de outro.

O art. 26, inciso III da Lei da Arbitragem adotou expressamente o princípio em questão, ao determinar que no dispositivo da sentença arbitral deverão os árbitros resolver as questões que *lhes foram submetidas*.

De acordo com o dispositivo legal em questão, não poderão os árbitros decidir livremente sobre qualquer das matérias passíveis de arbitragem, tampouco poderão julgar qualquer das matérias abarcadas pela convenção: estarão adstritos às matérias passíveis de solução segundo o que lhes foi submetido pelas partes logo após a formação do processo arbitral.

Por essa razão é perfeitamente possível que a convenção de arbitragem contenha determinada amplitude de decisão por meio de arbitragem e, simultaneamente, no curso de determinado processo arbitral instituído conforme essa mesma convenção de arbitragem, não possam decidir sobre determinadas matérias que não foram postas em discussão no processo arbitral.

²⁸⁶ Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *Limites da Sentença Arbitral*, in *A Nova Era do Processo Civil*, p. 34: “Entre as regras fundamentais de direito processual, de indiscutível aplicação à arbitragem é a da correlação entre o pedido e o concedido, expressa em termos negativos no veto às sentenças extra, ultra vel citra petita partium”.

Os árbitros decidirão, portanto, a matéria que foi objeto do pedido formulado pelas partes no processo arbitral – o pedido é o mérito do processo arbitral – não podendo decidir qualquer matéria que esteja fora desse pedido.

Se a sentença arbitral decide matéria que não foi objeto do pedido formulado pelas partes, ter-se-á sentença *ultra* ou *extra petita*, nos mesmos moldes da classificação feita no âmbito do direito processual civil²⁸⁷ desde que a matéria julgada esteja acobertada pela convenção de arbitragem. Por sentença *ultra petita* tem-se decisão que ultrapassa os limites estabelecidos pela própria parte para o processo arbitral, ao passo que a sentença arbitral *extra petita* é a que decide matéria diversa daquela que foi submetida à apreciação dos árbitros. Tanto em um caso como em outro o princípio da adstrição foi violado pelo árbitro que deixou de se limitar ao pedido: ou foi além dele, ou foi fora dele.

Discute a doutrina quais são as consequências que uma sentença *ultra* ou *extra petita* pode gerar e de que forma deverão esses vícios ser objeto de julgamento.

De acordo com TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER²⁸⁸, é possível reconhecer-se nessa espécie de vício inexistência jurídica, passível de impugnação por meio de ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis insanabilis*). Esclarece a autora que segundo a regra de que os pressupostos processuais do processo judicial também englobam a petição inicial e a jurisdição²⁸⁹.

²⁸⁷ É preciso, entretanto, deixar-se claro que a sentença julgou além ou diferentemente do que foi pedido. A preocupação das partes na formulação de petições deve se dirigir à clareza e determinação, a fim de se verificar se a sentença realmente ultrapassou os limites do pedido. Caso contrário o pedido de declaração de nulidade poderá ser rejeitado. A jurisprudência já é forte nesses casos: *SENTENÇA ARBITRAL - VÍCIOS - NULIDADE - ART. 32 - LEI Nº. 9.307/96. A sentença arbitral só pode ser declarada nula por juiz ordinário, se presente algum dos requisitos elencados no art. 32 da Lei de Arbitragem. Apelação não provida.* Número do processo: 1.0024.06.103166-2/001(1) Relator: EVANGELINA CASTILHO DUARTE Data do Julgamento: 02/10/2007 – 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O pedido de anulação da sentença arbitral era fundado na argumentação de julgamento *extra petita*. Argumentou-se, ainda, a ausência de julgamento sobre matéria preliminar. Por razões de mérito o Tribunal entendeu regular a sentença arbitral, rejeitando o pedido e a argumentação do recorrente.

²⁸⁸ *in Nulidades do Processo e da Sentença*, p. 312.

²⁸⁹ Para a autora, além da petição inicial também são pressupostos processuais de existência a citação e a capacidade postulatória. Conforme já demonstrado em dissertação de mestrado – *a actio nullitatis insanabilis*, não se concorda com esse posicionamento, pois se acredita que a citação é pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo – o que também se verifica com a capacidade postulatória. Entende-se que para a existência do processo basta a petição inicial e a

A partir dessa premissa, a autora desenvolve o raciocínio de que se o juiz decide causa julgando matéria que não foi objeto de pedido, julgando *ultra* ou *extra petita*, é porque o juiz decidiu sem pedido. Como a petição inicial é pressuposto processual de existência – e, na esfera judicial, disso não se discorda – conclui a autora que a sentença nesse caso não possui petição inicial para o que foi decidido, implicando a inexistência jurídica da sentença.

O entendimento em questão não é pacífico e encontra resistência em também abalizada doutrina²⁹⁰, com a qual se concorda também no presente estudo. Segundo esse entendimento, a sentença *ultra petita* assim como a sentença *extra petita*, são sentenças nulas, não inexistentes. Isto porque, na verdade, referidas sentenças apenas descumpriram o princípio da adstrição exigido por lei.

Concorda-se com esse posicionamento, na medida em que nele se verifica a necessária distinção – já explicada neste estudo – entre continente e conteúdo. O entendimento ora explanado encontra distinção entre pedido e petição inicial. Esta é veículo daquele, a exemplo do fato de que a sentença é veículo do julgamento. A petição inicial *contém* o pedido, não é sinônimo dele!

Nessa linha, se o pressuposto processual de existência, conforme a quase unanimidade da doutrina²⁹¹, é a petição inicial – no processo judicial –, então não se pode afirmar que o pressuposto processual de existência é o pedido. Assim, se a petição inicial é o ato processual e o pedido é seu conteúdo, a mera existência da petição inicial – somada à jurisdição – basta para que o processo exista, ainda que não contenha pedido ou, em cumulação de pedidos, os pedidos sejam incompatíveis entre si (art. 295, parágrafo único, inciso IV, do Código de Processo Civil).

Tem-se, portanto, que a existência do processo não depende do pedido, mas sim do ato que se destina a levá-lo perante o Poder Judiciário, somando-se a este para

jurisdição que, juntos, são suficientes para a formação de uma relação jurídica típica de processo – relação jurídica processual, que forma a natureza jurídica que conceitua o próprio processo.

²⁹⁰ Cf. Dinamarco, *Instituições de Direito Processual*, vol. III, p. 292.

²⁹¹ José Roberto dos Santos Bedaque entende que basta a jurisdição, cf. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 223.

a formação da relação jurídica processual mínima entre autor e juiz. Considerando-se essa idéia, portanto, a ausência de pedido a justificar o pronunciamento sentencial que, por essa razão, é *ultra* ou *extra petita*, não pode levar à conclusão de que nesse caso o vício será de inexistência jurídica.

Isto porque, a exemplo da petição inicial, a sentença também é ato processual, que contém julgamentos. Havendo processo judicial (petição inicial e jurisdição), será possível a existência da sentença, desde que esta venha contendo ao menos um julgamento (conteúdo e razão de ser da sentença).

Se a sentença é *ultra* ou *extra petita* é, portanto, porque existe enquanto ato processual (estruturalmente está incluída e foi criada para um processo – é ato processual – e contém julgamento). O problema, entretanto, é que o julgamento não está de acordo com o pedido, embora seja consequência da petição inicial.

Assim, por violar o princípio da adstrição, a sentença, existente, será nula²⁹², pois consequência de um julgamento que não respeitou os limites definidos pelo autor na formulação do pedido inicial²⁹³.

Até aqui, como se viu, a análise feita levou em consideração o processo judicial. Ocorre que as idéias desenvolvidas apenas confirmam o fenômeno que se observa na arbitragem.

No processo arbitral, como já se deixou claro no capítulo específico, a petição inicial sequer poderá ser considerada um pressuposto processual de existência: não é a petição inicial que dará ensejo à formação da relação jurídica processual, mas sim a

²⁹² Na doutrina estrangeira encontra-se a mesma idéia: Marco A. Rufino, *El Proceso Arbitral*, p. 114.

²⁹³ *Arbitragem - Anulação - Casos em que se dá - Inocorrência - Manutenção da sentença arbitral. Feito o compromisso arbitral em processo em andamento, as partes a ele se submetem, só podendo a sentença arbitral ser anulada nos casos previstos no art. 32 da Lei n. 9.307, de 23.09.96, mantendo-se a mesma nos limites submetidos ao juízo arbitral.* Número do processo: 2.0000.00.386180-7/000(1) Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE Data do Julgamento: 14/10/2003, 1ª Câmara Cível (Unidade Francisco Sales) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Neste julgado o Tribunal reconheceu a natureza jurisdicional da arbitragem e manteve a decisão arbitral, rejeitando a argumentação de julgamento *extra petita*. Ficou bem demonstrado no julgamento, também, a aplicação do princípio da correlação entre provimento e demanda.

convenção de arbitragem somado à notificação das partes e a aceitação, pelo árbitro, da função para a qual foi nomeado.

Mais uma vez, formado o processo arbitral, a sentença, denominada pelo árbitro como tal, será ato processual para veicular julgamentos e os veiculará independentemente de estar ou não dentro dos limites que o autor definiu ao apresentar, já no curso do processo arbitral, seu pleito inicial.

Portanto, nessa hipótese, o ato processual – a exemplo do que se opera no processo judicial – não dependerá dos limites do pedido formulado, mas sim da existência do processo (para que seja possível a sentença), bem como que veicule julgamentos (sem os quais não será sentença). A sentença *ultra* ou *extra petita*, portanto, existe!

Entretanto, por violar a determinação do art. 26, inciso III da LA, isto é, por não se restringir a julgar o que foi submetido pelas partes a julgamento, será sentença que viola disciplina legal específica e que, portanto, se enquadra na hipótese do inciso III do art. 32 da LA, viabilizando, assim, a declaração de sua nulidade.

Diversa será, entretanto, a consequência da sentença que não só extrapola os limites do pedido formulado pelo autor (ou pelo réu, em caso de pedido seja contraposto), como também ultrapassa os limites da própria convenção de arbitragem.

No primeiro caso, até este momento estudado, embora exista jurisdição do árbitro para decidir a questão apresentada pela partes para solução do conflito, verifica-se que o árbitro ultrapassou os limites em que é possível a condenação da parte vencida. Assim, o vício em questão é de nulidade, pois se não houver impugnação da parte prejudicada no prazo de 90 (noventa) dias, haverá convalidação da sentença quanto ao vício em questão, em razão do decurso do prazo decadencial.

Quanto à segunda hipótese, a gravidade do vício é maior: Se o árbitro decidiu na sentença arbitral questão que não foi objeto da instituição da arbitragem, tem-se que houve decisão arbitral fora dos limites da jurisdição outorgada pelas partes ao árbitro.

Conforme afirmado no segundo capítulo deste estudo a jurisdição exercida pelos árbitros é caracterizada pela limitação, definida pelas partes na celebração da convenção de arbitragem, ou por força do necessário esclarecimento para que a atividade jurisdicional seja adequadamente realizada pelo árbitro.

Assim, se o árbitro, ao decidir o conflito, ultrapassa os limites das questões submetidas à sua decisão, estará proferindo capítulos fora dos limites da arbitragem, sem jurisdição para tanto, de maneira que os capítulos que ultrapassaram aqueles limites serão juridicamente inexistentes²⁹⁴.

Já se afirmou que se somados os pressupostos processuais de existência do processo arbitral (convenção de arbitragem, notificações das partes e do árbitro e aceitação deste último) o que se está viabilizando, na verdade, é a entrega da função jurisdicional ao árbitro – que permite o início do processo arbitral.

Essa jurisdição, por ser limitada, somente admite a existência do processo dentro de seus próprios limites. Julgamentos que estejam fora dos limites da própria jurisdição da arbitragem são julgamentos meramente aparentes – justamente porque desprovidos de conteúdo jurisdicional, não passíveis de formação da coisa julgada necessária à proteção desses resultados.

Ante a inexistência jurídica dos capítulos que ultrapassam os limites da convenção de arbitragem, deve-se admitir sua impugnação por meio da ação declaratória de inexistência, não sujeita, conforme já afirmado anteriormente, ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias, simplesmente porque não existe o ponto de partida para a contagem desse prazo.

Como se pode observar, deve-se tratar a questão ora discutida dentro dos limites dos capítulos da sentença que ultrapassaram os limites da convenção de arbitragem²⁹⁵. Assim, se houve capítulos proferidos dentro daqueles limites e

²⁹⁴ Marcus Vinícius Tenório da Costa Fernandes, *Anulação da Sentença Arbitral*, p. 68.

²⁹⁵ São, por assim dizer, nulidades parciais da sentença arbitral (Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de Sentença*, p. 84).

capítulos proferidos fora dos mesmos, somente os capítulos viciados por ultrapassarem os limites da própria jurisdição arbitral é que são inexistentes. Os demais, caso viciados, poderão ser impugnados pela ação de declaração de nulidade, na medida em que sobre eles tinha o árbitro jurisdição para julgar, restando, apenas, o problema da correlação entre o pedido inicial e a sentença entregue pelo árbitro.

Esta correlação, portanto, situa-se no campo da validade do ato de julgamento²⁹⁶, na medida em que havendo a jurisdição arbitral o árbitro poderia julgá-la, se fosse objeto de pedido formulado pela parte autora. Entretanto, ante a ausência desse pedido, ou havendo pedido diverso, estar-se-á diante de nulidade do julgamento, nos mesmos moldes da situação idêntica observada na esfera judicial.

3.5. Sentença arbitral que não decide todo o litígio submetido à arbitragem

Como bem destaca CARMONA²⁹⁷ somente há decisão *infra petita* se alguma demanda não for objeto de julgamento pelo árbitro. Não é causa de nulidade da sentença arbitral a decisão que não julga todas as exceções da parte. Caso exista alguma exceção não julgada, deverá a parte manejar os competentes embargos de declaração, no quinquídio legal.

Ante tudo o quanto afirmado anteriormente, deve-se questionar a razão de ser da ação de nulidade, se o julgamento não proferido é simplesmente inexistente.

A explicação para a opção legal encontra amparo na doutrina dos capítulos da sentença²⁹⁸. Já se afirmou em diversas passagens deste estudo que não se deve confundir continente com conteúdo. Enquanto a sentença é continente, os julgamentos são seu conteúdo, sua razão de existir.

²⁹⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de Sentença*, p. 88.

²⁹⁷ *Arbitragem e Processo*, p. 325.

²⁹⁸ “Tudo quanto se diz sobre a correlação entre sentença e demanda e sobre o objeto do processo como parâmetro hábil a aferir essa correlação ou sua falta (supra, nn. 12-14) apóia-se também na premissa de que dificilmente uma sentença tem a estrutura de um corpo só, único e sólido, sem a fissura e sem qualquer repartição interna. Na realidade, as sentenças são quase invariavelmente composta de dois ou mais capítulos”. Cândido Rangel Dinamarco, *Limites da Sentença Arbitral*, in *A Nova Era do Processo Civil*, p. 41.

Ocorre que esses julgamentos poderão ser absolutamente independentes entre si ou poderá haver entre eles alguma relação de dependência, de tal forma que um julgamento dependa do resultado do julgamento anterior, embora todos estejam vinculados na mesma sentença.

Assim, se em cada julgamento possa-se imaginá-lo absolutamente dissociado dos demais, ter-se-á neste julgamento independência suficiente que justifique sua cumulação no mesmo processo arbitral que os demais por mera conveniência e economia processuais. Haverá, entretanto, situações em que a existência de um julgamento pressupõe o outro de tal forma que, dependendo do resultado do primeiro julgamento, altera-se o conteúdo do julgamento do segundo.

Muitas vezes essa relação de dependência existe em função da primordial importância de um julgamento em relação ao outro embora haverá casos em que tanto um julgamento quanto o outro estarão de tal forma intrincados que a alteração de um implica necessariamente a alteração do outro e vice-versa.

Assim, dentro da idéia de viabilizar para a hipótese de sentença *infra petita* o cabimento dos embargos de declaração, o que buscou a lei foi aproveitar a existência do processo para corrigir eventual vício da sentença e, assim, permitir no mesmo processo – por via de um único recurso cabível, a adequação da sentença àquilo que foi pedido pelas partes.

Entretanto, caso não sejam manejados os competentes embargos de declaração, duas espécies de vício poderão ser observados em relação ao capítulo da sentença faltante: um resultado da ausência do julgamento, implicando sua absoluta inexistência, sem que isso prejudique a validade da sentença arbitral, outro que poderá atingi-la diretamente, cuja ausência prejudica não só a existência do capítulo não julgado, como também a validade da própria sentença arbitral proferida²⁹⁹.

Caso não exista entre os capítulos da sentença qualquer espécie de dependência entre o capítulo ausente na sentença em relação àqueles julgados pelo

²⁹⁹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de Sentença*, p. 83.

árbitro, não será possível atribuir à sentença arbitral qualquer espécie de nulidade. Isto porque não faria sentido prejudicar-se a eficácia da sentença arbitral quanto às matérias já decididas, se esses resultados não seriam alterados por qualquer que fosse o resultado do capítulo não julgado³⁰⁰.

Na hipótese em análise, a eventual declaração de nulidade da sentença arbitral incompleta prejudicaria a instrumentalidade do processo arbitral e prejudicaria a validade dos capítulos já julgados, os quais minimizam o conflito porventura ainda existente entre as partes. É contraproducente anular o que foi julgado, se é possível concluir-se que o resultado em nada seria alterado com o julgamento do capítulo omitido na sentença em questão.

Daí porque, em casos como esse, não se deve admitir a ação declaratória de nulidade. O caso admitiria novo processo arbitral para viabilizar que o árbitro julgue apenas o capítulo omitido, caso no processo originário não houvesse a oposição dos competentes embargos de declaração.

Por outro lado, pode ocorrer, também, que qualquer das partes, analisando a fundamentação da sentença, busque extrair dela o dispositivo omitido na sentença. Nesse caso, ausente o julgamento, a parte interessada poderá impugnar a tentativa de execução via exceção de pré-executividade³⁰¹ ou mesmo de impugnação por inexigibilidade, ainda que parcial, do título (pois a parte efetivamente julgada será passível de execução).

³⁰⁰ Discorda-se, neste estudo, portanto, da opinião manifestada por José Emílio Nunes Pinto, **Anulação da sentença arbitral *infra petita*, *extra petita* ou *ultra petita***, p. 279.

³⁰¹ O uso da exceção de pré-executividade, entretanto, não deve se destinar a substituir a ação declaratória de nulidade ou a impugnação: *Agravo de Instrumento - Exceção de pré-executividade - Pressupostos processuais não configurados. - A interposição de exceção de pré-executividade é de se ver limitada a questões formais de preenchimento de pressupostos processuais, sob pena de se violentar o sistema processual em vigor, pelo qual a defesa do executado se dá via de embargos à execução* Número do processo: 2.0000.00.423527-2/000(2) Relator: PEDRO BERNARDES Data do Julgamento: 03/02/2004 – 1ª Câmara Cível (Unidade Francisco Sales) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse caso rejeitou-se em sede de agravo de instrumento exceção de pré-executividade que tinha por objetivo, via argumentação de nulidade de sentença, discutir a nulidade do título. Entendeu corretamente o Tribunal que não se deve confundir a nulidade do título com a nulidade da sentença, que deve ser apreciada em primeira instância, via ação de nulidade ou de embargos (atual impugnação) da sentença.

Como se vê, o vício da inexistência é de tamanha gravidade, que sua demonstração será possível por qualquer meio, mas preclusos todos os meios cabíveis, ainda assim restará a via da ação impugnativa autônoma.

Nesse caso, no cumprimento da sentença arbitral restará à parte interessada, ainda, a via da ação declaratória de inexistência, para o fim de reconhecer-se que sendo a sentença arbitral omissa em qualquer dos pedidos, não se poderá buscar seu cumprimento por inexistência do julgado. Nessa hipótese, a ação declaratória não poderá atingir o que foi efetivamente julgado na sentença arbitral, restringindo-se, apenas, ao capítulo omissivo.

Já nos casos em que exista determinadas relações de dependência do capítulo omissivo em relação aos demais capítulos da sentença, é preciso verificar como se dá essa relação de dependência para se verificar a possibilidade ou não da declaração de nulidade da sentença³⁰².

Nessa linha, é possível imaginar-se, primeiramente, que o capítulo omitido seja determinante para o resultado dos julgamentos dos demais capítulos da sentença. É o caso, por exemplo, em que se discute a validade de determinado contrato como pedido principal e, em função da declaração da validade o árbitro possa determinar essa ou aquela interpretação de cláusulas contratuais de forma a atribuir ao réu determinada condenação. Em exemplo como esse, se a sentença arbitral omite julgamento em relação à validade do contrato e parte, diretamente, para a condenação do réu, atribuindo determinada interpretação a cláusulas contratuais, não é possível sanar o vício do julgamento *infra petita* sem que esse saneamento possa alterar o resultado da sentença arbitral.

³⁰² O tema em questão está relacionado aos capítulos da sentença dependentes em razão de sua cumulação. Nesse sentido, explica Marcelo José Magalhães Bonício que *Também pode ocorrer que o acolhimento de um pedido esteja subordinado a outro, por opção do autor, que pode pedir, por exemplo, que o juiz decrete a nulidade de um determinado contrato e, se assim o fizer, que também condene o réu a devolver o valor recebido. O segundo pedido está subordinado ao primeiro. Na hipótese de rejeição do primeiro, a sentença terá um só capítulo, porque o segundo sequer será analisado. Ao contrário, se o primeiro pedido for julgado procedente, então a sentença terá dois capítulos, porque o segundo pedido será analisado. Capítulos de Sentença e Efeitos dos Recursos*, p. 70.

O mesmo não se pode afirmar se operar-se o inverso, isto é, o pedido principal é objeto de julgamento na sentença arbitral, mas o pedido dele decorrente é omitido na sentença. Basta a inversão do exemplo anterior: o árbitro julga a questão da validade do contrato, omitindo-se sobre a condenação do réu por essa ou aquela interpretação às cláusulas do contrato.

No segundo caso, o julgamento do pedido omitido na sentença não prejudicará o resultado do pedido de declaração da validade do contrato, situação esta que torna injustificável a busca da declaração de nulidade da sentença arbitral³⁰³. Neste caso, bastará à parte interessada, na hipótese de não oposição tempestiva dos embargos de declaração, dar origem a novo processo arbitral, reclamando o julgamento do pedido não julgado no processo arbitral anterior.

De outro turno, é possível, ainda, que o capítulo omitido mantenha relação de dependência direta com os demais capítulos da sentença arbitral, de tal forma que a omissão de um necessariamente prejudica a validade dos demais e vice-versa. Neste caso, todos os capítulos da sentença estão intrinsecamente ligados, de maneira que ausente um julgamento, a validade de todos os outros restará viciada.

No que tange à ausência de julgamento da demanda, escolheu a lei o procedimento da ação de nulidade, com o objetivo de declarar nula a sentença e devolvê-la a novo julgamento arbitral. A ação declaratória de nulidade, entretanto, somente se justificará nos casos em que a omissão verificada for capaz de alterar o resultado dos julgamentos proferidos pelo árbitro na sentença impugnada.

Na hipótese de que o capítulo não decidido não interferirá nos demais julgados proferidos não se deverá proceder da mesma forma: Nesse caso, embora possível a ação de nulidade, parece que o capítulo não proferido é juridicamente inexistente, como na hipótese anterior, sem que se justifique, entretanto, interesse de agir para a ação de nulidade. Assim, bastará a realização do julgamento em novo processo arbitral – se for o caso – para que o capítulo não decidido venha a sê-lo.

³⁰³ Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de Sentença*, p. 90: “O vício citra petita não pode implicar, todavia, nulidade do decidido, a ser pronunciada em grau de recurso. Se os capítulos efetivamente postos na sentença não forem em si mesmos portadores de vício algum”.

A solução ora proposta busca valorizar a sentença arbitral proferida e todos os atos e o próprio tempo aplicado na realização desse julgamento, tendo como princípios de aplicação a essa solução a instrumentalidade do processo arbitral e a economia processual. Verifica-se, ainda, que essa opção não trará prejuízos a qualquer das partes, na medida em que a anulação da sentença em qualquer caso as obrigaria a novas despesas e mais tempo de espera para a solução de capítulos cujo resultado não será alterado.

3.6. Sentença Proferida em Prevaricação, Concussão ou Corrupção Passiva³⁰⁴

A imparcialidade é um dos princípios informativos do processo arbitral, relacionados no art. 21, §2º da LA e também constitui um dos pilares fundamentais do processo.

De acordo com esse princípio o árbitro não pode pender para qualquer das partes no curso do processo³⁰⁵, tomando suas decisões apenas quando instado a tanto e, principalmente, no momento da prolação da sentença arbitral. Assim árbitro imparcial é o árbitro não-parte, situação jurídica esta que se equipara à situação jurídica do juiz na relação jurídica processual.

É com base nesse princípio que se pode afirmar que o árbitro – a exemplo do juiz – encontra-se no vértice de uma relação jurídica angular, cujos pólos são encampados por cada uma das partes envolvidas no litígio. Não é por outra razão que o art. 18 da Lei de Arbitragem determina que o árbitro é juiz de fato e de direito da causa.

³⁰⁴ Flávio Luiz Yarshell, *Ação Rescisória; juízos rescindente e rescisório*, p. 295, chega a afirmar que o tema não é tão incidente, referindo-se à jurisdição estatal. Na arbitragem a preocupação é maior, envolvendo tratados internacionais que objetivam evitar a ocorrência, como noticia Bernardo M. Cremades, *Corrupción y Arbitraje de Inversión, Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, pp. 126-142.

³⁰⁵ “Dizer o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha. Tal dever está insito no de ‘assegurar às partes igualdade de tratamento’”. José Carlos Barbosa Moreira, *Reflexões sobre a imparcialidade do Juiz, in Temas de Direito Processual, Sétima Série*, p. 29.

Mais contundente, entretanto, é a regra do art. 17 da mesma Lei, segundo o qual o árbitro, no exercício de suas funções, é equiparado ao funcionário público, para efeitos de aplicação da legislação penal. Com efeito, não poderia ser de outra forma: se o árbitro exerce atividade jurisdicional e é capaz de produzir sentença capaz de formar coisa julgada material, nos mesmos moldes que o juiz, o tratamento jurídico que lhe deve ser aplicado não pode ser diferenciado, sob pena de se lhe abrir perigoso território para cometer ilegalidades.

Assim, utilizou o legislador a mesma fórmula adotada pelo Código de Processo Civil, ao estabelecer, no art. 485, inciso I, a mesma tipologia criminal que é capaz de levar a sentença judicial à rescisão.

É de se estranhar, entretanto, o prazo concedido para as partes buscarem a declaração de nulidade da sentença arbitral, fundando-se nas exatas mesmas hipóteses do Código de Processo Civil. Isto porque não há fator de *discrímen* que justifique redução tão elevada no prazo para buscar a declaração de nulidade, se comparada a situação jurídica da sentença arbitral, com a situação jurídica da sentença judicial.

Conforme se verifica da legislação processual, o art. 485 trata de hipótese de rescindibilidade – não de nulidade – da sentença judicial. Entre essas hipóteses é possível identificar situações de nulidade e situação de flagrante injustiça. A hipótese do art. 485, inciso I, do Código de Processo Civil, entretanto, manifesta situação de flagrante nulidade³⁰⁶.

Isto porque, determina o Código de Processo Civil que quando a sentença judicial é proferida em razão da prática de crimes de prevaricação, concussão ou corrupção, deverá a sentença ser rescindida – neste caso específico, em função de sua flagrante nulidade. Nos casos dessas práticas criminosas, na verdade, o que ocorreu foi a quebra do princípio da imparcialidade, de forma dolosa pelo juiz que procurou

³⁰⁶ “quanto à natureza do vício, por mais repugnantes que sejam as situações descritas pela lei, não se pode falar em inexistência do ato. Aqui, parece lícito afirmar que, se a lei arrolou tais hipóteses dentre as passíveis de desconstituição por ação rescisória, isso significa, a senso contrário, que o decurso do prazo sem a propositura dessa demanda deve levar à convalidação do ato”. Flávio Luiz Yarshell, *Ação Rescisória; juízos rescindente e rescisório*, p. 295. O autor está tratando da sentença judicial. Não cabe ação rescisória para impugnação de sentença arbitral – cf. *idem, ibidem*, p. 205.

aferir para si ou para terceiro alguma espécie de vantagem com a prolação da sentença.

No regime do Código de Processo Civil, a sanção é aplicável não só em função do art. 485, inciso I do Código de Processo Civil, nem só em face do que determina a legislação penal aplicável à espécie, mas também em função do que determina o art. 133 do Código de Processo Civil.

Segundo a legislação processual, nos casos em que o juiz age com dolo ou fraude, também responde o juiz, civilmente, pelos prejuízos que causar às partes, devendo ressarcí-las por perdas e danos. Outro traço distintivo refere-se ao prazo que as partes têm para alegar as práticas criminosas passíveis de gerarem a nulidade da sentença arbitral.

No regime do Código de Processo Civil, nos termos do art. 495 do Código de Processo civil, o prazo para propor a ação extingue-se em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença. Já na redação do art. 33 da Lei de Arbitragem, o prazo para pleitear a declaração de nulidade do mesmo vício é de apenas 90 (noventa) dias.

Considerando que o árbitro é juiz de fato e de direito da causa (art. 18 da LA), bem como que se sujeita ao mesmo regime criminal que os funcionários públicos (art. 17 da LA), parece não estar bem resolvido na lei o tratamento dado a sentenças arbitrais passíveis de serem impugnadas por esse vício.

Isto porque, caso não impugnadas no prazo de 90 (noventa) dias, a sentença arbitral será convalidada, não sendo mais possível seu ataque por qualquer meio.

Com efeito, o vício de que ora se trata é de nulidade da sentença. Não falta à sentença qualquer de seus elementos de existência: foi proferida pelo árbitro, no efetivo exercício de atividade jurisdicional, contendo julgamentos. Portanto, a sentença existe.

O vício em questão, entretanto, atinge diretamente um dos requisitos de validade da sentença, por descumprimento do princípio fundamental da imparcialidade e por desvio de função do árbitro – equiparado, nesta expressão, aos funcionários públicos. Trata-se, portanto, de vício que atinge a validade da sentença arbitral que, caso não impugnado tempestivamente, levará à convalidação do ato, ante a formação de coisa soberanamente julgada.

Um dos problemas que se verifica nessa hipótese é o fato de que dificilmente, em ao exíguo prazo, será possível a qualquer das partes reunir informações que levem sequer à dúvida quanto à parcialidade do árbitro. É bem verdade que as partes não precisarão aguardar a condenação criminal do árbitro para buscar a declaração de nulidade da sentença arbitral³⁰⁷.

Entretanto, em tão pouco prazo dificilmente terão qualquer indício de que houve a prática criminosa para a prolação da sentença arbitral. Nesse prazo, como se verifica da prática atual, sequer será possível imaginar a conclusão de um inquérito policial, que reúna os indícios mínimos de autoria e materialidade de qualquer dos crimes.

Assim, o prazo de apenas 90 (noventa) dias parece por demais exíguo ao exercício do direito de pleitear a declaração de nulidade na hipótese em exame.

Por outro lado, conforme já demonstrado, não há fator de *discrímen* que justifique a exigüidade do prazo para pleitear a nulidade do mesmo vício que na sentença judicial poderá ser atacado em até 2 (dois) anos. Para compreender a distinção de tratamento e averiguar qual foi o fator de *discrímen* utilizado, é preciso averiguar o que diferencia a sentença arbitral da sentença judicial, praticadas com o vício de que ora se trata.

Conforme já demonstrado, trata-se exatamente do mesmo vício que justifica a rescisão da sentença, na forma do art. 485, inciso I do Código de Processo Civil. Também já restou demonstrado que, no exercício da atividade do árbitro, este é

³⁰⁷ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, 3ª edição, p. 408.

equiparado ao juiz, declarando a lei que se trata o árbitro de juiz de fato e de direito da causa.

Também se deixou demonstrado que o árbitro recebe o mesmo tratamento que o juiz, quando da aplicação da legislação penal e, neste estudo parte-se do pressuposto de que o árbitro, assim como o juiz, realiza atividade jurisdicional.

Ambas as sentenças (arbitral e judicial) são capazes de formação da coisa julgada material e a dificuldade de demonstração das mesmas práticas criminosas, nos dois casos, são exatamente as mesmas – na medida em que se trata, como visto, exatamente dos mesmos tipos penais.

Em suma, a única distinção que existe entre as duas modalidades de vício (sentença judicial praticada por prevaricação, concussão e corrupção x sentença arbitral praticada por prevaricação, concussão e corrupção) é exatamente o fato de que a primeira decorre da aplicação da atividade viciada jurisdicional estatal, enquanto que a segunda é consequência da atividade igualmente viciada jurisdicional privada.

Assim, não se apresenta justificável, neste estudo, diferença tão acentuada de tratamento, a ponto de reduzir de 2 (dois) anos para apenas 90 (noventa) dias o prazo para demonstração desse vício, fazendo com que não se justifique a discriminação feita pela Lei.

Este entendimento, pode vir a por em risco a própria constitucionalidade do art. 32, inciso VI, combinado com o art. 33 da LA, ante a discriminação efetuada sem fundamentação justificável – afrontando-se o princípio da isonomia de tratamento exigida pelo art. 5º, *caput* da Constituição Federal.

Com efeito, ante o tratamento legal concedido à sentença arbitral nessa hipótese, não só o árbitro fica em posição de desequilíbrio com o juiz nesse caso, como também a parte prejudicada pela prevaricação, pela concussão ou pela corrupção encontrar-se-ão prejudicadas em relação a quem é vítima desses mesmos crimes na esfera judicial.

Entretanto, sem que se reconheça a inconstitucionalidade do prazo, a ação em questão deverá ser necessariamente ajuizada em 90 (noventa) dias. Por outro lado, parece que até será possível a declaração incidental em ação declaratória de nulidade eventualmente ajuizada fora do prazo de 90 (noventa) dias de que é inconstitucional a redução do prazo nessa hipótese, caso em que essa ação poderia ser admitida mesmo após o fim do prazo de 90 (noventa) dias, mas dentro do prazo de 2 (dois) anos.

Também parece possível atacar a sentença que contém essa espécie de vício, no curso de eventual execução da sentença arbitral.

O raciocínio em questão se volta para outro plano de análise da sentença arbitral: conforme já demonstrado, a sentença arbitral viciada pela prática desses crimes é sentença existente, embora também seja sentença nula.

Assim, resta saber se embora sentença nula, convalidável pelo decurso do prazo de 90 (noventa) dias – afastando-se nessa linha de raciocínio, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade do prazo nesse caso – é passível de ser exigida em execução.

Nesse caso, também se afigura possível que, caso durante a fase de cumprimento da sentença arbitral se verifique que a sentença é fruto da prática criminosa por parte do árbitro, seja questionada a exigibilidade do título, por meio da impugnação a que se refere o art. 475-L, inciso II do Código de Processo Civil. Nessa hipótese, entende-se que além de nula, pode-se reconhecer a sentença, nesse caso, também será atingida pela ineficácia.

Ante a gravidade do vício e o fato de que, muitas vezes, somente será possível averiguar provas necessárias à demonstração desse vício após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias, crê-se que o vício em questão atinge, também, a eficácia da sentença arbitral, tornando a sentença arbitral inexigível. Não se afigura correto

entender-se que, expirado o prazo para impugnação, a parte prejudicada seja obrigada a dar cumprimento à sentença criminosa³⁰⁸.

São, portanto, de duas ordens os vícios gerados pelos crimes a que se refere esse dispositivo: um, relativo ao plano da validade, cuja alegação é possível certamente nos primeiros 90 (noventa) dias, mas que também se vê a possibilidade de demonstração no prazo de 2 (dois) anos, outro, referente ao plano da eficácia da sentença, passível de ser alegado em fase de cumprimento de sentença, por meio de impugnação pleiteando a inexigibilidade do título.

Seja qual for o meio utilizado, sob pena de odiosa discriminação, não parece viável que o Poder Judiciário simplesmente homologue a exequibilidade da sentença prolatada por crime, pelo simples fato de que o prazo de 90 (noventa) dias.

3.7. Sentença Arbitral Proferida Fora do Prazo

No item 3.3 deste capítulo chegou-se a mencionar que o art. 26, inciso IV da LA estabelece como requisito da sentença, que dela conste a data em que foi proferida. Referido requisito tem por objetivo determinar se a sentença foi proferida no prazo estipulado pelas partes ou, na sua falta, pela própria LA (art. 23).

O prazo estabelecido pelas partes ou de 6 (seis) meses a que se refere a LA, deve ser contado a partir da instituição da arbitragem – que se dá no momento em que o árbitro aceita a nomeação (art. 19 da LA), ou a partir da substituição do árbitro, quando isso for possível.

Como a celeridade processual é uma das três grandes vantagens da arbitragem (a ela se juntam a especificidade do julgamento e o sigilo da causa e de sua solução), estabelece a Lei de Arbitragem que as partes poderão definir ao árbitro um prazo para que se dê solução definitiva para a causa. Na ausência dessa definição, a própria Lei estabelece qual deverá ser o prazo máximo.

³⁰⁸ Diante das conclusões extraídas acerca da ausência de fator de *discrímen* que justifique a distinção perpetrada pela Lei, pode-se questionar a constitucionalidade do próprio julgado – praticado por crime – a merecer relativização da coisa julgada em sede de impugnação da sentença na fase executiva.

Ao lado dessa limitação temporal ao processo arbitral, e como forma de controlar o seu cumprimento, estabeleceu a LA, como requisito específico da sentença arbitral, que se aponha nela a data em que foi proferida. Para fins de verificação do cumprimento do prazo, portanto, não importa para a Lei quando as partes foram intimadas da decisão, mas sim quando a sentença foi proferida, pois, em princípio, é na data da prolação da sentença que o árbitro cumpre a função para a qual foi nomeado.

Não importa quando a parte ficará obrigada a dar cumprimento à sentença arbitral – o que deverá levar em conta a data em que a parte foi intimada do teor da sentença. Somente será possível averiguar se o prazo em questão foi cumprido se da sentença consta a data de sua prolação.

Se as partes se compuseram para optarem pela arbitragem, atribuindo prazo específico para que a sentença arbitral fosse proferida, é porque não podem ser obrigadas a assumir a sentença proferida fora desse prazo. Na ausência dessa definição, por presunção legal, tem-se que as partes esperam a sentença no prazo máximo de 6 (seis) meses³⁰⁹.

De outro lado, o árbitro, ao assumir a função, aceitando-a quando indicado pelas partes, deverá, antes de aceitá-la, ter o cuidado de analisar o prazo concedido pelas partes, ou na sua ausência, considerar o prazo estabelecido pelas partes, para que aceite a função de árbitro ciente de que a sentença deverá ser entregue no prazo em questão.

³⁰⁹ *PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DECLARATÓRIA - Não é nula a sentença que satisfaz todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos. O que o sistema legal não permite é a absoluta ausência de motivação - fundamentação sucinta - Decadência do direito de pleitear a sentença arbitral - Dilação, pelas partes, do prazo para a prolação da sentença arbitral - Processo existente e válido - A existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem conduz, se suscitada, à extinção do processo sem apreciação do mérito - Recurso não provido, sentença mantida (Apelação nº 985.413-0/1, 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 20.6.2006, Relator Des. Antonio Ribeiro). Discutiu-se que a decisão deve ser fundamentada, ainda que a fundamentação seja sucinta. Também se decidiu que se as partes anuírem, ainda que tacitamente, a prorrogação do prazo para sentença, não há nulidade. O julgamento confirma a natureza decadencial do prazo de 90 dias e também reconhece jurisdição na arbitragem.*

Assim, como se vê, a formação do processo arbitral envolve manifestação de vontade específica, por todos os sujeitos da relação jurídica processual, acerca da expectativa que todos têm acerca do prazo em que será entregue uma solução para o conflito. Daí porque a Lei de Arbitragem exige, no art. 26, inciso IV, que da sentença conste a data em que a mesma foi proferida.

A ausência de data na sentença não gera mera irregularidade, como ocorre, por exemplo, na sentença judicial – nesta a data apenas registra quando se deu a prolação da sentença, pois o Poder Judiciário não mantém qualquer compromisso específico com as partes em entregar a sentença em determinado prazo. Deve-se ter em mente, ainda, que os prazos estabelecidos pela Lei Processual para o juiz são prazos impróprios, meramente indicativos, sendo que seu cumprimento é irrelevante para a validade dos julgados judiciais estatais.

Diferentemente do que se verifica nas sentenças judiciais, portanto, a indicação da data na sentença arbitral é requisito de validade da sentença, sem a qual operar-se-á invalidade – leia-se nulidade – da sentença, passível de ser alegada no prazo máximo de 90 (noventa) dias. Assim, a não impugnação da sentença nesse prazo, levará à convalidação do julgado – o que em nada prejudicará sua exigibilidade.

Isto porque, em relação às partes, a exigibilidade da sentença não levará em consideração a data em que a mesma foi proferida, mas sim a partir de quando as partes dela tiveram ciência, isto é, quando as partes foram intimadas do conteúdo do ato decisório.

Ainda que ausente a data em que a sentença foi proferida, se qualquer das partes nada discutiram a respeito, nem propuseram a competente ação de nulidade na noventalidade legal, ao serem cobradas do cumprimento do teor da sentença, o serão levando-se em consideração o momento em que ficaram obrigadas a dar cumprimento ao seu conteúdo.

De outro turno, se tomaram as medidas judiciais – e extrajudiciais, como se verá adiante – cabíveis na espécie, poderão não só evitar o cumprimento da sentença,

como também responsabilizar o árbitro pelo não cumprimento do prazo estabelecido para a solução da causa.

Se as partes, como já dito, optaram pela arbitragem levando em consideração o tempo em que receberiam uma solução para seu conflito, não poderão ser obrigadas a aceitar solução entregue pelo árbitro extemporaneamente. Nem se diga que o seriam se dentro uma arbitragem colegiada (opção pela formação de Tribunal Arbitral, apenas um dos árbitros levou ao indevido atraso, caso em que deveriam as partes aceitar os votos já proferidos: a própria Lei de Arbitragem tratou da hipótese, incumbindo o Presidente do Tribunal Arbitral de certificar a eventual recusa de algum árbitro em entregar seu voto. Assim, mesmo nesse caso, a demora na entrega da sentença arbitral será injustificável).

Tal situação, como se vê, poderá retirar da sentença a exigibilidade que gera, enquanto título executivo judicial. Entretanto, a hipótese não se sujeita, apenas, à indicação de inexigibilidade do título, em sede de execução de título judicial (cumprimento de sentença). Dependerá, sim, do ajuizamento da ação declaratória de nulidade a que se refere a Lei de Arbitragem no art. 33.

Isto porque, conforme já observado, passado o prazo de 90 (noventa) dias sem que qualquer das partes tenha argüido a invalidade da sentença pela não oposição de data ou mesmo pela comprovada intempestividade da sentença, nada mais poderá se alegado a esse título quanto a inexigibilidade da sentença.

Por essa razão, ou as partes alegam, em noventa dias, o vício da ausência da data ou sua intempestividade, ou estarão obrigadas a dar cumprimento à sentença, ainda que desprovida de data, ou, ainda que comprovadamente intempestiva.

Havendo, entretanto, o ajuizamento da ação declaratória de nulidade no prazo legal, ao menos duas conseqüências deverão ser levadas em consideração: a primeira, no sentido de que na pendência da ação declaratória de nulidade a eventual ação de execução objetivando o cumprimento da sentença, deverá ser imediatamente suspensa, até que se julgue a procedência da ação de execução, ou se observe o prazo máximo estabelecido pelo art. 265 do Código de Processo Civil.

O art. 265 do Código de Processo civil, especificamente em seu inciso IV, alínea 'a', trata da denominada prejudicialidade externa do processo, que faz o andamento de um processo depender da solução dada a determinada questão em outro processo. Entretanto, o art. 265, §5º, estabelece o prazo máximo de 1 (um) ano para duração dessa suspensão. Assim, ainda que não resolvida a questão prejudicial na ação declaratória de nulidade, poderá o juízo dar andamento à execução da sentença arbitral³¹⁰.

A segunda consequência será decorrência da eventual procedência da ação declaratória de nulidade. Declarada nula a sentença arbitral, serão apagados todos os efeitos eventualmente gerados por ela (eficácia *ex tunc* da declaração da nulidade).

Diante da nulidade da sentença arbitral³¹¹, será, também perfeitamente possível a responsabilização do(s) árbitro(s) pela intempestividade da sentença, caso a extemporaneidade do ato tenha gerado a qualquer das partes qualquer espécie de prejuízo. Trata-se de questão condizente com o acordo de vontades que se operou entre as partes quando da celebração da convenção de arbitragem, bem como do acordo de vontades operado quando da aceitação, pelo árbitro, da função para a qual foi nomeado.

A responsabilidade do árbitro, entretanto, não deverá ser objetivamente analisada nesse caso. Isto é, as partes, para obterem a responsabilização do árbitro nessa hipótese, precisarão demonstrar que no curso do processo arbitral não se operou qualquer situação que tenha gerado maior demora na prolação da sentença arbitral.

³¹⁰ Em regra a ação declaratória de nulidade não é capaz de impedir a execução da sentença Cf. Marco A. Rufino, in *El Proceso Arbitral*, p. 108, mas o debate acerca da assinatura da sentença arbitral pode exigir que se aguarde a solução a ser concedida pelo Poder Judiciário acerca da existência e eficácia do título exequendo.

³¹¹ Cláudio de Melo Valença Filho trata da hipótese como sendo de inexistência jurídica, sob o argumento de que vencido o prazo haveria desaparecimento superveniente da jurisdição do árbitro. Assim, entretanto, não se pensa nesse estudo. O conceito de caducidade do compromisso não está claro na lei para levar a conclusão tão grave. Não é hipótese de inexistência: tanto assim é que a ausência da notificação a que se refere o art.12 da LA torna a sentença não passível sequer de discussão a respeito de sua validade. In *Da Sentença Arbitral Inexistente, Estudos de Arbitragem*, p. 196.

No curso do processo arbitral podem ter ocorrido uma série de situações capazes de alongar o andamento de todo o processo: desde suspensões acordadas pelas partes, para análise de possíveis acordos, até dilações probatórias geradas por demoras e dilações de prazo acordadas entre as partes deverão ser levadas em consideração nesses casos.

É possível até que esses eventos gerem dilações de prazo para a sentença arbitral, o que é recomendável que se deixe claro nos mesmos atos que decidirem por essas dilações. A ausência dessas referências – que deverão conter a concordância de todas as partes e também do árbitro – levará à presunção de que o prazo não foi alterado, caso em que a extemporaneidade da sentença levará à sua nulidade, embora se torne discutível – nesses casos – a responsabilidade do árbitro pela demora.

Outra questão que deve ser tratada ainda neste tópico diz respeito aos requisitos que viabilizarão a propositura da ação declaratória de nulidade por não cumprimento do prazo que o árbitro recebeu para entregar a sentença arbitral.

Conforme já se deixou evidente, a nulidade decorrente da sentença que não é proferida no prazo legal decorre do objetivo do legislador de fortalecer o processo arbitral forçando o árbitro a proferir a sentença no prazo avençado ou, na ausência deste, no prazo de 6 (seis) meses.

Ocorre que, segundo notícia de CARMONA³¹², e conforme a exata dicção legal do art. 12, inciso III da LA, a ação declaratória de nulidade em questão somente é cabível se a parte houver notificado o árbitro do decurso do prazo. Essa notificação é considerada documento necessário à instrução da petição inicial, pois, tendo a parte notificado o árbitro da expiração do prazo e concedido o prazo adicional de dez dias, a não entrega da sentença nesse prazo adicional leva à extinção do compromisso arbitral.

Embora o decurso do prazo leve à extinção da convenção de arbitragem, o que poderia autorizar a conclusão de que, quando proferida, a sentença arbitral já seria

³¹² *Arbitragem e Processo*, 2ª edição, p. 326.

desprovida de jurisdição, a conclusão em questão pode ser afastada por duas razões: a) se não houver notificação prévia do árbitro, não será possível sequer a demanda de nulidade, de maneira que a ausência da notificação demonstra a possibilidade de o árbitro proferir sentença além do prazo previsto; b) As partes podem deixar de impugnar a sentença arbitral na noventalidade, de maneira que, de acordo da dicção legal, nesse caso, a sentença se confirmará como exigível.

Assim, embora o compromisso arbitral, na hipótese do art. 12, inciso III seja extinto, não é automático o desaparecimento da jurisdição arbitral – daí porque se exige a notificação e a propositura da ação. Se estas são, por sua vez, necessárias, o vício de que ora se trata não se situa no plano da existência da sentença, mas sim no plano da sua validade, confirmando-se, assim, a opinião aqui manifestada de que a sentença, nesse caso, deverá ser considerada nula.

3.8. Desrespeito aos princípios que garantem o devido processo legal

A redação do art. 32, inciso VIII da LA faz expressa referência aos princípios relacionados no art. 21, §2º da mesma Lei, determinando que o descumprimento de qualquer desses princípios levará à nulidade da sentença. A exemplo do que se observou quando analisada a hipótese da nulidade do compromisso, trata-se de mais um caso de nulidade exógena da sentença arbitral.

Nesses casos, não é a sentença que é nula, na verdade, observada a violação a qualquer dos princípios relacionados no art. 21, §2º da LA, ter-se-á violação ao devido processo legal³¹³, gerando, por conseqüência, a nulidade de todo o processo arbitral – o que acaba por envolver, também, a sentença arbitral.

³¹³ “Quando enfim se pensa no due processo of law como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal arbitral, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação social” Cândido Rangel Dinamarco, *Limites da Sentença Arbitral, A Nova Era do Processo Civil*, p. 30. Embora o autor ainda não aceite totalmente a idéia de jurisdição na arbitragem – tratando de uma parajurisdicionalidade – na verdade a reconhece ao afirmar a jurisdicionalidade da tutela entregue no processo arbitral. O autor em comentário também destaca que na arbitragem ressalvam-se os princípios da publicidade e do duplo grau de jurisdição. Conforme anteriormente demonstrado, a esses ressalvas também se deve acrescentar o juiz natural.

Assim, para que se compreenda a exata dimensão da regra em análise, deve-se deixar de analisar a sentença arbitral, para voltar o objeto de estudo aos princípios que norteiam o processo arbitral.

O primeiro princípio a que merece tratamento neste tópico é o da imparcialidade do árbitro. O tema da imparcialidade já foi incidentalmente enfrentado quando da análise do tema da nulidade gerada por quem não podia ser árbitro.

Conforme já afirmado naquela oportunidade, o próprio nome indica que árbitro imparcial é o árbitro não parte, isto é, não pode o árbitro manter qualquer vínculo com as partes ou, se houver algum vínculo, ambas as partes devem conhecê-lo e manifestar expressa concordância com a atuação do árbitro.

Diferentemente do juiz estatal, a imparcialidade na arbitragem é estruturada a partir da manifestação de vontade das partes – quando da escolha do árbitro – bem como pelo atendimento do dever de revelação (caso cumprido adequadamente, como visto, pode evitar as situações de impedimento ou suspeição que tendam a violar o princípio processual em análise).

Nessa primeira análise, portanto, a imparcialidade do árbitro deve ser aferida em função do grau de conhecimento que as partes tinham acerca de qualquer vínculo prévio existente entre o árbitro e qualquer das partes, bem como acerca da eventual anuência de ambas as partes na manutenção do árbitro como julgador do processo arbitral.

Mas não é só em função das hipóteses de impedimento e suspeição que a doutrina processual se refere à imparcialidade do julgador. Também é muito comum, ao tratar desse tema, a referência às garantias constitucionalmente estabelecidas em favor da magistratura, com o objetivo de evitar que pressões externas possam alterar o resultado do julgamento da causa. São as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Tratar dessas garantias no âmbito na arbitragem, entretanto, é tema de absoluta impossibilidade, ante a especificidade do regime legal a ser adotado em favor do

árbitro. Isto porque, conforme já demonstrado, sendo a jurisdição do árbitro limitada, não é possível tratar de qualquer dessas garantias em favor do árbitro. O regime jurídico deste e a garantia de sua imparcialidade são estabelecidos sobre as premissas de responsabilização civil e criminal caso a sentença arbitral seja elaborada em razão de qualquer espécie de influência externa.

Entretanto, se por qualquer razão a sentença arbitral for viciada por processo em que se tenha verificado a parcialidade do árbitro, referido vício, embora não prejudique a existência da sentença, fará com que a sentença – a exemplo de todo o processo – seja nula, passível, portanto, de declaração de nulidade. Tratando-se de efetivo vício de nulidade, sua alegação deverá ocorrer no prazo de 90 (noventa) dias a que se refere a Lei de Arbitragem, sob pena de convalidação do vício e manutenção do julgado.

Considerando que a parte prejudicada pela parcialidade do árbitro deverá alegar o vício assim que verificado o fato danoso, ou, na pior das hipóteses, em até 90 (noventa) dias após a prolação da sentença, não será possível, passado esse prazo, questionar a validade ou a exigibilidade da sentença com base nesse vício durante eventual execução – em sede de impugnação por exemplo – salvo se o fato do impedimento somente puder ser descoberto após o decurso do prazo da ação declaratória de nulidade.

Neste último caso, a parte poderá alegar a inexigibilidade da sentença arbitral, desde que ofereça prova documental do impedimento, bem como comprove que a ela somente pode ter acesso após o decurso do prazo da ação declaratória de nulidade. Além da inexigibilidade do título, a hipótese poderá envolver as medidas criminais cabíveis, conforme já analisado e, ainda, a eventual reparação de danos sofridos, a serem cobrados do árbitro, em função do impedimento omitido.

Por essa razão, desde o momento da escolha do árbitro, passando por toda a duração do processo até a prolação da sentença, incumbe também à parte a estrita fiscalização do árbitro escolhido, a fim de verificar se, ressalvada eventual menção quando do cumprimento do dever de revelação, não subsiste qualquer vínculo que possa macular o andamento do processo e a validade da sentença.

Pode-se questionar se a observação feita acerca da sentença proferida em prevaricação, concussão e corrupção seria extensível ao quanto ora afirmado, ao menos no que se referir a árbitro impedido – na medida em que se o juiz é impedido, a ação impugnativa cabível na esfera judicial (ação rescisória) será passível de ajuizamento no prazo de até 2 (dois) anos.

Apesar das semelhanças das duas situações, parece não ser aplicável aquele raciocínio acerca da eventual inconstitucionalidade do prazo diferenciado. Diferentemente daquela situação, na qual se demonstrou não haver qualquer fator de *discrímen* que justifique a diferença de tratamento entre as duas sentenças criminosas, aqui há fundamentais distinções que justificam a redução do prazo.

Conforme já demonstrado, diferentemente do que se verifica na esfera judicial, na arbitragem o árbitro não é escolhido, por sorteio ou segundo regras pré-definidas de determinação da competência. Na arbitragem ou o árbitro é escolhido diretamente pelas partes (arbitragem *ad hoc*), ou é escolhido segundo regras de órgãos arbitrais escolhidos pelas partes – arbitragem institucional.

Além disso, no que tange ao próprio árbitro, a ele se aplica o dever de revelação, que, caso não cumprido, poderá levar a sanções de ordem civil e criminal.

Como na arbitragem, a escolha do árbitro é de responsabilidade das partes, espera-se que estas se cerquem dos devidos cuidados para que um árbitro impedido não atue na causa. Assim, parece razoável que, ainda que isso venha a ocorrer o prazo para impugnação da sentença seja reduzido, se comparado ao prazo que as partes têm no processo judicial para propositura da ação rescisória.

Conseqüência direta da aplicação do princípio da imparcialidade, mas configurado no sistema processual conceito, aplicação e eficácia próprias é o princípio da isonomia, também exigido pelo art. 21, §2º da Lei de Arbitragem.

O princípio da isonomia não é só um princípio a ser observado na arbitragem. Em qualquer espécie de processo a isonomia deve ser observada por compor um dos

princípios informativos do direito processual. Isto significa que não é possível tratar de processo, enquanto sistema de solução de conflitos sem que seja garantido às partes o direito à igualdade de tratamento.

Nesse sentido, o princípio da isonomia impõe que as partes tenham igualdade de tratamento durante todo o processo arbitral³¹⁴, no sentido de que não só tenham as mesmas oportunidades, como também possam usufruir dos mesmos mecanismos processuais para a defesa de seus interesses.

Esses mecanismos, por sua vez, deverão ser úteis e eficazes a ambas as partes, a fim de que tenham a conhecida “paridade de armas”, para utilizar uma expressão consagrada na doutrina processual italiana – *parità di armi*. Assim, se no processo judicial é perfeitamente possível que, encontrando-se as partes em situação jurídica desigual, possa o juiz valer-se de mecanismos de compensação, a fim de atribuir às partes as mesmas oportunidades processuais, no processo arbitral o que se exige é o mesmo tratamento para ambas as partes³¹⁵

Não é o caso da aplicação no processo arbitral, por exemplo, de regras de inversão do ônus probatório ou mesmo atribuição de prazos diferenciados em função da complexidade e da pluralidade de sujeitos numa mesma posição processual. Nesses casos, entretanto, é preciso que exista, no momento da instituição da arbitragem, notadamente quando da realização da ata de missão ou mesmo quando da escolha do regulamento que irá reger a arbitragem, definição das regras que deverão ser observadas pelo árbitro para aplicação dessa espécie de mecanismos.

Mostra-se extremamente arriscado deixar ao arbítrio do julgador a aplicação desses mecanismos de compensação, ao sabor de alegações e defesas feitas no curso do processo. Havendo as diretrizes ou mesmo a previsão de possibilidade de aplicação desses mecanismos, com a expressa concordância das partes, não se estará criando

³¹⁴ De acordo com Rui Portanova, o princípio da isonomia tem dupla significação: uma primeira a que o autor denomina de teórica, a qual tem por objetivo a repulsa a privilégios injustificados e outra, denominada por prática, isto é, o princípio igualizador, auxiliando na aplicação da norma em caso de insuficiência ou inadequada igualdade diante da peculiaridade do caso concreto. (*in Princípios do Processo Civil*, p. 37).

³¹⁵ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, p. 296, 3ª edição.

surpresas processuais, mas sim aplicando o princípio da isonomia nos exatos termos da Lei.

Entretanto, se o árbitro, sem justificativa e sem autorização procedimental, realiza distorções processuais, favorecendo uma das partes em detrimento da outra, gerando, assim, violação ao princípio da igualdade das partes, estar-se-á, a exemplo do quanto observado em relação ao princípio da imparcialidade, também diante de nulidade processual.

Como essa espécie de violação se manifesta imediatamente no processo, caberá à parte prejudicada, na primeira oportunidade em que falar nos autos, manifestar-se no sentido de impugnar o tratamento desigual que lhe foi imposto. Caso essa impugnação não seja atendida no próprio processo arbitral, pelo árbitro, no sentido de corrigir a desigualdade apontada, a matéria poderá voltar a ser discutida em sede de ação declaratória de nulidade do processo e da sentença arbitral.

Não ajuizada a ação no prazo legal, não poderá essa questão ser objeto de questionamento em impugnação à execução da sentença arbitral.

O terceiro princípio que deve ser respeitado no processo arbitral é o livre convencimento. Embora a Lei de Arbitragem não tenha feito expressa referência, o livre convencimento em questão é motivado, ante a exigência, contida no art. 26, inciso II da mesma Lei de que as sentenças deverão ser fundamentadas.

Conforme observado no primeiro capítulo deste estudo, o livre convencimento opõe-se ao sistema da prova tarifada e corresponde ao sistema moderno de avaliação da instrução probatória processual. No processo arbitral, a exemplo do que também se observa no processo judicial (art. 130 do Código de Processo Civil), não estará o árbitro vinculado a valores previamente estabelecidos para as provas eventualmente produzidas.

A ordem legal vai além de regular a atividade do árbitro: como na arbitragem não se admite processo arbitral em que não vigore o princípio do livre convencimento, não poderão as partes atribuir aos meios de prova qualquer espécie de tarifação. Caso

a convenção de arbitragem adote esse sistema, deverá o árbitro afastá-lo sob pena de invalidade do processo.

Pode-se afirmar, ainda, que no sistema da arbitragem o livre convencimento é ainda mais amplo, ao viabilizar que as partes e o árbitro se valham de mecanismos de prova eventualmente não previstos na legislação processual. Assim, conforme advertência de CARMONA³¹⁶, é possível que o árbitro e as partes utilizem mecanismos probatórios não conhecidos do legislador pátrio, mencionando o autor, como exemplos, a *Discovery* e a *Expert Witnesses*.

Como quis o legislador, no sistema da arbitragem tem o árbitro – a seu favor – a realização de qualquer mecanismo probatório, favorecendo não só a justiça da decisão, como também a brevidade da fase instrutória. Significa isto dizer que as partes nada poderão opor à utilização da *Discovery* ou da *expert witness* no processo arbitral, ainda que não se trata de arbitragem internacional³¹⁷.

O princípio em questão está a exigir que seja atribuída ao árbitro a liberdade absoluta na apreciação das provas – liberdade esta que abrange a necessária indicação do raciocínio desenvolvido pelo árbitro quando da prolação da sentença arbitral. O não atendimento desse princípio, a exemplo do que se observou em relação aos demais princípios estudados neste tópico, levará à nulidade do processo arbitral.

Entretanto, o não atendimento de um desses princípios pode gerar vício de maior gravidade: Se o processo arbitral não se realizou em contraditório³¹⁸, ter-se-á aquilo que PONTES DE MIRANDA³¹⁹ classifica como o mais grave de todos os vícios do processo.

O vício em questão possui tamanha gravidade que o ordenamento jurídico não tolera a existência de uma sentença não sujeita a prévio contraditório³²⁰ – nem mesmo

³¹⁶ in *Arbitragem e Processo*, 3ª edição p. 320

³¹⁷ Cf. *idem*, *ibidem*, 3ª edição, p. 314.

³¹⁸ A garantia do contraditório e da ampla defesa significa o direito à tutela jurisdicional por parte do réu, cf. Carlos Roberto Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 303.

³¹⁹ *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões*, p. 69.

³²⁰ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, pp. 184 a 186.

se proferida pela jurisdição estatal. Na verdade, nesse caso somente uma das partes se sujeitou ao procedimento arbitral – a outra, sequer parte foi no procedimento, justamente porque dele jamais participou.

Assim, a conclusão não pode ser outra senão a de que a sentença arbitral proferida em face quem sequer foi parte é sentença, em relação a esta última, absolutamente inexistente, impugnável, portanto, pela *querela nullitatis insanabilis*, ou ação declaratória de inexistência e impugnável a qualquer tempo em eventual cumprimento de sentença promovido pela parte supostamente vencedora.

Entretanto, para que se reconheça a inexistência jurídica de que ora se trata, é imprescindível que tenha ocorrido a absoluta inexistência de contraditório, seja pela ausência de informação, seja pela ausência de oportunidade de defesa.

Nas lições de Cândido Rangel Dinamarco, o contraditório se consubstancia na informação da existência do processo e na oportunidade de defesa³²¹. Se não houve a informação, ou se houve, mas não se deu oportunidade de defesa à parte demandada, será hipótese de inexistência jurídica, em relação ao prejudicado que, diante de situações como essas sequer foi parte. Mas se houve a oportunidade e a parte não a aproveitou, nada haverá que impugnar em face da sentença que lhe seja contrária.

O contraditório é tão relevante para a idéia de processo que Elio Fazzalari chega a conceituar processo como procedimento em contraditório. Sem contraditório, portanto, não se tem processo, mas mero procedimento³²².

Ampliando a lição de Niklas Luhmann, não é o procedimento que legitima o processo nem os atos jurisdicionais nele realizados, mas sim a participação, isto é, o efetivo exercício de contraditório por todas as partes envolvidas no processo³²³.

³²¹ *In Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, p. 218.

³²² Mesmo na arbitragem o autor italiano explica que “Nella partecipazione dei litiganti, in contraddittorio, all’iter di formazione della pronuncia da parte del terzo imparziale sta l’essenza dell’arbitrato. Il quale, dunque, è processo, o non è. *Istituzioni di Diritto Processuali Civile*, p. 484.

³²³ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 215.

Assim, não basta que a parte figure formalmente no processo. Aliás, essa mera figuração sequer coloca o sujeito como parte no processo. A denominação parte impõe vinculação do sujeito à relação jurídica processual, podendo submeter-se aos atos jurisdicionais nele praticados. Assim, se a parte não é informada do processo nem lhe é dada efetiva oportunidade de *participação* não será *parte*, não sofrerá os efeitos da revelia nem poderá estar sujeita aos efeitos da decisão arbitral.

Não é por outra razão que o art. 475-L do Código de Processo Civil, em seu inciso I, a exemplo do que fazia a antiga redação do art. 741 do Código de Processo Civil, prevê que a nulidade de citação é matéria de impugnação da sentença judicial. A hipótese deve ser estendida à sentença arbitral, não como nulidade de citação – que no processo arbitral não ocorre – mas sim como violação ao contraditório (o que significa concluir que a parte não pode se sujeitar aos efeitos da sentença arbitral).

Assim como num processo em que o árbitro aceita nomeação unilateral de um dos contratantes de uma convenção de arbitragem, o árbitro que recebe a nomeação de todas as partes envolvidas na convenção, sem ouvir qualquer delas no curso do processo estará violando frontalmente a disciplina do contraditório. Daí porque a necessária referência ao binômio *informação e reação* como itens que compõem o contraditório no processo.

O problema é que se uma das partes não é informada da existência do processo arbitral³²⁴, já se operou irremediavelmente a nulidade de todo o processo, já que ambas as partes devem participar da formação da relação jurídica que irá uni-las ao árbitro para o início do processo arbitral – como afirmado anteriormente, como pressuposto de existência da arbitragem há a necessidade de um contraditório pré-arbitral que leve à formação do processo. De outro turno, se a parte participa nesse primeiro instante, mas, a partir do início do processo arbitral é ignorada pelo árbitro,

³²⁴ Tem-se evitado a utilização da nomenclatura para se referir ao ato que comunica o requerido do início do prazo para contestar, pois a citação é ato de convocação que no processo arbitral não ocorre: como as partes formam juntas o processo arbitral, após a nomeação deste e início do processo arbitral o árbitro apenas intima o requerido a apresentar sua resposta. Conforme notícia de Luis Roberto Barroso, entretanto, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da SEC 5.378-1, República Francesa, em que foi Relator o Ministro Maurício Corrêa, exigiu, para garantia do contraditório, a realização de verdadeira citação do réu. *in Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*, p. 160

igualmente ter-se-á participação meramente formal na relação processual, isto é, participação não efetiva.

Em ambos os casos acima narrados, a parte prejudicada não se sujeitará à sentença arbitral³²⁵, podendo alegar o vício a qualquer tempo, na medida em que, para ela, a sentença arbitral deve ser considerada inexistente³²⁶ e, por consequência, absolutamente ineficaz. Não é possível sujeitar a parte que não tem a oportunidade de defesa aos efeitos da sentença nem aos efeitos da contagem do prazo a que se refere o art. 33 da LA.

Como não pôde se manifestar no curso do processo arbitral, não se pode reconhecer nela a realização de jurisdição à qual a parte prejudicada possa ser submetida, razão pela qual não é possível se reconhecer a existência de atividade de julgamento impositivo à parte prejudicada.

³²⁵ Sequer será admitida sua homologação, se a sentença é estrangeira: PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO.

1. A homologação da Sentença Estrangeira pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alhures. In casu, o processo correu à revelia, e não há prova inequívoca, restando cediço na Corte que a citação por rogatória deve deixar estreme de dúvidas que a comunicação chegou ao seu destino. (...). Desse modo, a sentença proferida em novembro de 1997 pelo Foro Distrital dos Estados Unidos da América do Distrito de Connecticut (fls. 68/72; tradução, fls. 65/67) não deve ser homologada." 2. Destarte, a confirmação da eminente Relatora quanto à não-comunicação é inconteste, posto ter afirmado que: "A sentença arbitral de 28 de fevereiro de 1998 foi confirmada em 17 de novembro do mesmo ano pelo Tribunal Distrital dos Estados Unidos da América, Distrito de Connecticut, cumprindo-se assim uma exigência anterior à Lei de Arbitragem, não mais necessária, embora não prejudique o teor da providência a chancela de legalidade outorgada pela Justiça americana, com o chamamento da parte ré, ora requerida, que não respondeu ao chamado, como registra a sentença judicial. Consequentemente, não há como se imputar ao processo vício de nulidade por falta de citação, porque não foi possível localizar os sócios da empresa, senão um deles, por ocasião da homologação judicial." 3. É cediço que o trânsito em julgado da sentença alienígena não pode, no Brasil, ter maior força que a sentença nacional trânsita, sendo certo que no nosso ordenamento, a ausência de citação contamina todo o processo de cognição, ainda que vício aferível, apenas, quando da execução (art. 741 do CPC). 4. Deveras, no que pertine à sentença arbitral em si, objeto da homologação, em sendo o texto apresentado à chancela homologatória apócrifo (fls. 5/8), sobressai impossível a identificação de quem concordou, em nome da requerida, com os termos de conciliação (fls. 7/8; tradução fls. 11/12) da "sentença de consentimento" dos árbitros (fls. 5/6; tradução fls. 9/11) 5. Outrossim, não é por outra razão que os artigos 5º, 21, 37, II, 39, § único e 40 da Lei 9.307/96 dispõem: (...). 6. É cediço na jurisprudência do Eg. STJ que a homologação de sentença estrangeira reclama prova de citação válida da parte requerida, seja no território prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória, consoante a ratio essendi do art. 217, II, do RISTJ. 7. (...). 11. Voto pelo indeferimento da Homologação (art. 217, I e II e 216, RISTF c/c 17 da LICC), divergindo da E. Relatora. (SEC .833/US, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/08/2006, DJ 30/10/2006 p. 209).

³²⁶ Nesse mesmo sentido, Clávio de Melo Valença Filho, *Da sentença arbitral inexistente, in Estudos de Arbitragem*, p. 199.

Por outro lado, se a parte tem a oportunidade de defesa prejudicada em um ou outro ato, mas contesta, se defende e é ouvida em todo o processo, o prejuízo de um ou alguns atos decisórios realizados no processo não retirará da sentença arbitral a existência jurídica, impondo-lhe apenas o vício de nulidade que deverá ser argüido pela via da ação declaratória de nulidade³²⁷.

As hipóteses não se confundem: no primeiro caso, ou a parte não participa da formação do processo arbitral ou durante o seu curso não tem a oportunidade de reação às afirmações da parte contrária. A ausência de contraditório em um caso ou em outro leva à inexistência jurídica do processo para a parte prejudicada. Na segunda situação, a parte exerce o direito de ser ouvida, mas em algum momento há prejuízo ao princípio do contraditório (v.g. quando um documento é juntado aos autos e a parte contrária não é ouvida sobre ele). Na situação ora analisada o processo é nulo a partir da violação perpetrada e a sentença arbitral deverá ser declarada nula, desde que impugnada tempestivamente pela parte prejudicada.

De outro turno não se deve garantir às partes a manifestação extemporânea nem se evitar – sob a preocupação de atendimento do princípio do contraditório – a aplicação dos efeitos da revelia.

³²⁷ *Recurso - Apelação - Invocação de matéria não prequestionada na origem, com alteração da causa de pedir - Inadmissibilidade - Inteligência dos arts. 264 e 515 do CPC - Recurso não conhecido nesse ponto Prova - Ônus - Art. 333 do CPC - Regra geral que comporta exceções - Sociedade - Exclusão motivada de um dos sócios - Ônus da prova que cabe ao autor da imputação Juízo arbitral - Exceção de suspeição - Parcialidade demonstrada - "Error in procedendo" que não a justifica - Rol do art 135 do CPC que é taxativo - Rejeição. Sentença arbitral - Ação de nulidade - Decisão que não deixou de apreciar as alegações do apelante - Irrelevância da apresentação simultânea das alegações finais - Oitiva do apelante, em depoimento pessoal, sem a assistência do seu advogado - Não demonstração do prejuízo, imprescindível diante da flexibilidade do procedimento arbitral - Eiva repelida - **Violação, porém, do princípio do contraditório no decorrer da instrução - Indeferimento da oitiva das testemunhas por serem funcionárias do empreendimento sobre cujo quadro social as partes controvertem - Inadmissibilidade - Prova oral, ademais, admitida e levada a efeito com o depoimento da contadora da empresa, tido por relevante pela sentença - Condenação do apelante como litigante de má-fé por não haver comparecido a audiência de conciliação - Descabimento - Situação que se não se subsume nos arts. 17 e 18 do CPC - Recurso parcialmente provido para anular a sentença arbitral, cancelada a condenação por litigância de má-fé, com divisão dos ônus da sucumbência (Apelação Cível nº 4279014000 **Relator(a):** Waldemar Nogueira Filho - 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 18.10.2007) – Grifou-se. O julgado aplica o princípio da correlação entre provimento e demanda. Trata da fundamentação sucinta como válida e, com relação à exceção de suspeição, deixou-se claro que não se confunde com supostos e eventuais *errores in procedendo*. Entretanto, anulou-se a sentença por violação ao contraditório na instrução do processo. Também foi anulada a aplicação de litigância de má-fé, não porque a pena não poderia ser aplicada no processo arbitral, mas sim porque a ausência da parte em audiência de conciliação não a justifica. Acertado o julgamento em razão da nulidade reconhecida.***

Como se sabe, a revelia é a situação jurídica de quem não contesta. Se a parte foi regularmente intimada para exercer o direito ao contraditório, mas por ação ou omissão deixa de atender ao chamado, encontrar-se-á na situação jurídica de revel e, por essa razão, sofrerá os efeitos da revelia.

Embora a Lei de Arbitragem não tenha previsto com clareza suficiente como se dará a aplicação desses efeitos, uma rápida análise do que se observa no Código de Processo Civil poderá demonstrar como se dará esse reconhecimento no âmbito arbitral.

No Código de Processo Civil vale trazer à análise os artigos 319, 334, inciso IV e o art. 330, inciso II. Todos esses dispositivos são consequência do mesmo fenômeno jurídico o qual consiste no seguinte: Como o processo é procedimento realizado em contraditório (ELIO FAZZALARI), ou, conforme prefere LIEBMAN, é relação jurídica em que estão envolvidos autor e juiz e, posteriormente, o réu. Por isso, o direito à manifestação das partes é corolário do próprio conceito de processo.

Se alguém tece determinado pedido e narra determinados fatos em face de outro sujeito de direitos, cabe a este último o direito de defesa, que, entretanto, é limitado à prática do ato, a condutas coerentes com o exercício de direito e a prazo certo (regime de preclusões, necessário ao andamento do processo). Como o processo é fenômeno dinâmico, depende do regime de preclusões para que possa seguir adiante, de forma célere e econômica, sempre se dirigindo à entrega da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, caso a parte, instada a manifestar-se sobre os fatos, documentos, provas e pedidos formulados pela parte adversa, não comparece perante o órgão julgador ou comparece mas não se defende, não resta outra alternativa ao julgador senão considerar verdadeiros os fatos alegados pela parte que provocou a atividade jurisdicional – esta é a idéia que contém o art. 319 do Código de Processo Civil.

Como não houve controvérsia acerca desses fatos, provas e pedidos, não há sentido, por sua vez, na realização de instrução probatória sobre os fatos

incontroversos. É que a controvérsia é a razão de ser da fase instrutória. Se os fatos não são controvertidos, sobre eles não pende questão, dúvida, que exija a instrução probatória. Aplicando-se a esse conceito os princípios informativos do processo, relativos à economia e celeridades processuais, bem como que nesses casos deve-se evitar a prática de atos processuais inúteis e desnecessários, não há razão para a instrução de fatos sobre os quais as partes não estão debatendo no processo.

A ausência desses debates, portanto, explica a regra contida no art. 334, inciso IV do Código de Processo Civil, que estabelece, ante a ausência de controvérsia, a desnecessidade de instrução probatória.

Para fechamento do sistema, como a fase instrutória, nesses casos, é prescindível, o julgamento antecipado do pedido torna-se, por consequência, a única alternativa para o seguimento do processo, visto que, ausentes os debates, resta ao julgador realizar a atividade de julgamento. Não é por outra razão que o art. 330, inciso II do Código de Processo Civil impõe o julgamento antecipado do pedido por força da revelia do réu.

Como se vê, todas essas idéias estão intrinsecamente ligadas à premissa de ausência de controvérsia sobre os fatos, a ensejar sua aplicação quando fenômeno semelhante operar-se em processos arbitrais.

Por essa razão, nada impede que, intimado o réu a oferecer resposta, caso não o faça no prazo que lhe foi assinado pelo árbitro, sejam reputados verdadeiros os fatos alegados pela parte requerente. Isto não significa que se estará pressupondo a veracidade desses fatos, mas sim que, não controvertidos os fatos no prazo assinado para tanto, os fatos alegados pela parte requerente não poderão mais ser objeto de questionamento – tornar-se-ão, portanto incontroversos.

Nesse sentido, incontroversos os fatos, sobre eles não podem restar dúvidas no processo, ensejando, portanto, o dever do árbitro de seguir adiante no processo arbitral, desconsiderando a instrução probatória e partindo diretamente para a prolação da decisão arbitral.

Assim, não se vê dificuldades na aplicação dos efeitos da revelia, como forma de aceleração processual, também na arbitragem. É bem verdade que, de outro turno, deverá o árbitro ter o cuidado necessário para não transformar o processo arbitral em método de realização de injustiças por aplicação dos efeitos da revelia no processo arbitral. Se de um lado, a situação jurídica do réu revel decorrerá, nesses casos, da ausência de contestação, a aplicação dos efeitos da revelia dependerá, fundamentalmente, da verossimilhança das alegações do requerente no processo arbitral.

Embora o Código de Processo Civil ainda estabeleça outras situações em que os efeitos da revelia não serão aplicados, são situações inaplicáveis no processo arbitral. Isto porque prevêm hipóteses em que o processo arbitral sequer seria possível, como os casos de inarbitralidade subjetiva ou ainda inarbitralidade objetiva (discussão a respeito de direitos indisponíveis).

3.9. Hipótese adicional: Inarbitralidades

Embora o rol do art. 32 seja taxativo quanto às hipóteses em que se deva reconhecer a nulidade da sentença, há que se considerar, ainda, a hipótese de restarem violados os limites legais para utilização da arbitragem.

O art. 1º da LA estabelece que a arbitragem somente poderá ser utilizada por pessoas capazes para dirimir conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis. Já o art. 2, §1º da mesma Lei, exige que não ocorra no processo arbitral a violação da ordem pública³²⁸ e dos bons costumes.

Referidos dispositivos legais estabelecem, portanto, o enquadramento subjetivo e objetivo da arbitragem. Curiosamente, entretanto, o art. 32 da Lei de Arbitragem nada menciona a respeito da violação dessas normas como hipótese de nulidade da sentença arbitral – ao menos não o fez direta e expressamente.

³²⁸ Não importa se a arbitragem foi decidida por equidade, ainda assim deverá respeitar a ordem pública processual. No que tange à ordem pública material, há divergências no direito comparado, com solução interessante de distinguir o que é de interesse nacional e o que poderá ser afastado pelas partes, cf. Selma Ferreira Lemes, *A Arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado*, pp. 217 e 218.

Por outro lado, ao tratar das sentenças arbitrais estrangeiras, estabeleceu a Lei que não poderão ser objeto de homologação se ferirem a ordem pública (art. 39, inciso II da Lei de Arbitragem³²⁹), situação esta que reforça ainda mais a dúvida acerca da sentença arbitral que fugir ao enquadramento subjetivo e objetivo mencionados neste tópico: Será possível afirmar que o tratamento da sentença arbitral nacional se sujeita a limite diverso da sentença estrangeira?

CARMONA³³⁰, ao tratar do tema, explica a evolução legislativa no Brasil do tema da arbitragem e da ordem pública, explicando que há sistemas distintos na legislação comparada para regradar a questão. Assim, enquanto alguns países, como a Espanha na Lei de Arbitragem atual, adotam expressa proibição às sentenças arbitrais contra a ordem pública, outros com a Alemanha adotam sistema intermediário, sem expressa referência à questão da ordem pública, mas não admitindo que sentenças arbitrais violem o direito alemão. Além dessas alternativas, há outros países – como o Brasil e a Itália, que no tema das nulidades da sentença arbitral nada relacionem a respeito.

Resta saber, então, o que e porque se deve entender que a sentença arbitral que viola norma de ordem pública não pode ser admitida³³¹. O problema posto em debate,

³²⁹ O mecanismo já era adotado pela legislação anterior e é largamente utilizada na legislação estrangeira. José Carlos Barbosa Moreira explica que: *quanto ao mais, parece improvável que qualquer Estado renuncie em termos absolutos a essa válvula de escape. E pode-se prognosticar com segurança que ela continuará a ser utilizada, à maneira de ultima ratio nos mais variados terrenos, em casos para os quais o sentimento de repulsa à sentença estrangeira, sejam quais forem as razões que o expliquem, não encontre desaguadouro adequado em nenhum dos mecanismos restritivos especificamente previstos. Em todo caso, do ponto de vista prático, não convém exagerar o alcance do obstáculo. Vale a pena observar que nenhum dos relatores nacionais lamentou dificuldades maiores relacionadas com a invocação da cláusula em foco; e vários deles, ao contrário, sublinharam em termos expressos a moderação com que os tribunais costumam aplicá-la*. in Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, Temas de Direito Processual, Quarta Série, p. 265.

³³⁰ Carlos Alberto Carmona, Arbitragem e Processo, pp. 411 a 418.

³³¹ Eduardo Talamini, *Cabimento da arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado*, pp. 161 e 162, explica que: *em um sentido 'indisponibilidade' retrata a impossibilidade de pura e simplesmente renunciar a um determinado direito. Nesse sentido, o Poder Público titulariza posições jurídicas que são em grande medida 'indisponíveis'. Mas mesmo essa indisponibilidade comporta gradações. Afinal, se por um lado existem atividades e bens que, em vista de sua absoluta essência pública, não podem ser abdicados em hipótese nenhuma (p. ex. não se concebe que o Poder Público possa renunciar o seu poder de legislar ou a sua titularidade do poder de polícia), por outro há casos em que, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais justificam que observadas determinadas condições, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações desse bem 'indisponível' (assim a potestade tributária é indisponível, mas*

por outro lado, não atinge somente a questão da sentença que ofende norma de ordem pública.

Levando em consideração o enquadramento legal de cabimento da arbitragem, entende-se que um estudo no sentido de sistematizar essas hipóteses deve atingir a todas as sentenças que violarem esse enquadramento da mesma forma e com as mesmas conseqüências.

A primeira dificuldade a ser enfrentada neste tema diz respeito à taxatividade das hipóteses de nulidade da sentença arbitral, como vem sendo afirmado neste estudo³³². Se é verdade que o rol é de fato taxativo, como tratar de uma hipótese adicional no rol de hipóteses do art. 32 da LA? Pior que isso é perceber que com certa facilidade são previsíveis situações que não se enquadram em qualquer daquelas hipóteses e, de outro lado, ter ciência de que o sistema arbitral no Brasil não permite a impugnação da sentença arbitral por *errores in iudicando*.

Embora todos os temas de inarbitralidade chamem a atenção, por ausência de tratamento da matéria no artigo 32 da LA, um em especial se destaca: como visto na análise da legislação estrangeira e de acordo com os já citados comentários de CARMONA a respeito desse tema, a violação a ordem pública merece particular preocupação daquelas leis, ao passo que no Brasil, silenciou-se a respeito do tema.

O aparente dilema imposto pelo silêncio do legislador decorre de duas premissas incompatíveis: de um lado o anseio em limitar as hipóteses de impugnação da sentença arbitral – o que justifica a relação de hipóteses no art. 32 da LA – e, de outro o silêncio sobre assunto tão relevante.

é possível lei autorizando a remissão, a anistia, do crédito fiscal). (...) Cabe à arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível.”

³³² Cf. Ricardo Ramalho Almeida, Anulação de Sentenças Arbitrais e a Ordem Pública, Revista de Mediação e Arbitragem, nº9, pp. 267 e 268 faz uma coletânea de posicionamentos doutrinários a respeito da taxatividade ou não do rol do art. 32 da LA.

De acordo com o desenvolvimento do presente estudo, entretanto, a questão posta em debate parece ter solução na forma como o sistema arbitral deve ser compreendido dentro do sistema processual brasileiro.

Já se afirmou que a análise da jurisdição arbitral deve ser realizada levando em consideração as características desse sistema alternativo de solução de conflitos. Dentre as principais características da jurisdição arbitral também já se determinou tratar-se de uma jurisdição limitada.

A limitação da jurisdição arbitral, por sua vez, é de duas ordens: uma legal e outra convencional. A limitação à jurisdição arbitral por meio da convenção arbitral foi estudada em várias passagens deste estudo, quando, por exemplo, analisou-se a sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção, ou ainda quando se estudou as nulidades da convenção de arbitragem.

Neste último caso, entretanto, já se havia deixado entrever problema que afetaria também o estudo ora em análise: Naquela oportunidade, ao se determinar as hipóteses de nulidades da convenção de arbitragens, verificou-se que embora a incapacidade do agente e a indisponibilidade de direitos ou sua característica não patrimonial (impossibilidade do objeto), levassem a convenção de arbitragem nula, a sentença arbitral, nesses casos seria inexistente.

E qual a razão, naquela oportunidade, estabelecida para a explicação desse fenômeno? Foi justamente o fato de que nesses casos, embora o vício estrutural da convenção atingisse sua validade, a limitação à jurisdição arbitral impõe ausência de jurisdição aos árbitros para decidirem processos arbitrais em que sejam partes pessoas incapazes ou cujo objeto sejam direitos não patrimoniais ou direitos indisponíveis.

O mesmo raciocínio, acredita-se, deve ser adotado para a análise de quaisquer outras espécies de inarbitralidades. Nas hipóteses em que a Lei de Arbitragem expressamente proíbe o uso da arbitragem (não admitindo a sentença que viole norma de ordem pública ou, ainda, os bons costumes), o que se está proibindo, por lei, é a

entrega de jurisdição para decidir sobre essas questões – ou, ainda, a recusa à jurisdição que viole esses valores.

A situação é semelhante à de alguém que propõe pedido de execução de sentença perante um árbitro: como a jurisdição arbitral não possui *executio nem coertio*, não se pode admitir qualquer ato de coerção ou de execução praticados por árbitro. Assim também ocorre em relação às sentenças arbitrais proferidas em processos envolvendo menores de idade, direitos não patrimoniais, direitos indisponíveis ou ainda nos casos de violação a normas de ordem pública ou dos bons costumes.

A afirmação ora realizada parece se coadunar com o desenho do art. 32 da Lei de Arbitragem e com a manutenção do princípio de que o rol ali estabelecido é *numerus clausus*. Com efeito, além daquelas situações ali previstas no plano da invalidade da sentença, somente situações de inexistência jurídica serão passíveis de impugnação.

De um lado, protege-se a segurança jurídica da sentença arbitral, de outro se protege o ordenamento jurídico e os valores fundamentais que ele normatiza.

A aplicação das idéias aqui tratadas é vasta e fortalece alguns julgados que, entretanto, limitaram-se a reconhecer apenas a invalidade da sentença arbitral, quando poderiam estabelecer sua absoluta inexistência jurídica. Assim, por ser matéria de ordem pública, deve ser considerada inexistente a sentença arbitral proferida em face parte ilegítima³³³, por exemplo.

³³³ *MEDIAÇÃO - DECLARATÓRIA. TRIBUNAL ARBITRAL - FIXAÇÃO DE CUSTAS PELA SUCUMBÊNCIA - FATO QUE NÃO O TORNA PARTE NA DEMANDA - ÓRGÃO INSTITUÍDO A FIM DE PACIFICAR AS CONTROVÉRSIAS QUE LHE SÃO SUBMETIDAS A JULGAMENTO - AUSÊNCIA DE INTERESSE NA CAUSA - ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CASUAM" - RECONHECIMENTO. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA E PROCEDIMENTO ARBITRAIS - PRAZO - 90 DIAS (ART. 33, § 1º DA LEI Nº 9.307/96) - PROPOSITURA - INTEMPESTIVA DECADÊNCIA - RECONHECIMENTO. PRELIMINAR REJEITADA. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO* (Apelação Com Revisão 739563200, Relator: Des. Neves Amorim, 28ª Câmara do D.QUARTO Grupo (Ext. 2º TAC) TJ/SP, julgado em 1º/3/2007). Incidentalmente, reconheceu-se neste caso a jurisdição dos árbitros. Também se reconheceu a ilegitimidade passiva do órgão arbitral que não participou da relação jurídica processual, bem como a decadência do direito de pleitear a nulidade da sentença.

Entretanto, se o tema da arbitragem é a própria legitimação, não há razão para validar-se a sentença arbitral³³⁴.

O mesmo raciocínio poderá ser aplicado se o objeto da arbitragem, como visto, for impossível³³⁵.

Questão interessante já enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso é da sentença arbitral que viola coisa julgada. O tema poderia levar a difíceis digressões. Mas se considerado que a coisa julgada é pressuposto processual negativo, matéria de ordem pública, protegida constitucionalmente, restará claro que o julgado que viola coisa julgada deve ser declarado inexistente, protegendo-se o resultado do primeiro processo³³⁶.

³³⁴ **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL. NÃO HÁ NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL, POR NENHUM DOS INCISOS DO ART. 32 DA LEI 9307/96. NÃO É NULO O COMPROMISSO (INCISO I) POIS FIRMADO POR PARTES CAPAZES (ART. 1º) E ATENDIDAS AS FORMALIDADES LEGAIS (ART. 9º, PARÁGRAFO 2º E 10). TAMBÉM NÃO DEIXOU DE DECIDIR O LITÍGIO O TRIBUNAL (INCISO V) POIS, A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE PASSIVA FORA POSTA NO COMPROMISSO PARA SER ANALISADA, E, OBTIVAMENTE, COMO MATÉRIA PRÉVIA A SER ENFRENTADA, TAL COMO SUCEDE NO PROCESSO JUDICIAL. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70009071069, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 14/12/2004)

³³⁵ **RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS DEFINIDOS EM SENTENÇA ARBITRAL – LEI FEDERAL 9.307/96 – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL POR TRATAR DE DIREITOS INDISPONÍVEIS - RECURSO PROVIDO.**

O art. 1º, da Lei Federal 9.307/1996, dispõe que somente se permite a arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não é o caso dos autos, pois houve referendo arbitral sobre alimentos, direito reconhecidamente indisponível pela doutrina e jurisprudência. Agravo de Instrumento provido para reconhecer a nulidade do título executivo alegada em exceção de pré-executividade. (3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Relator Des. Antonio Horácio da Silva Neto, Proc. 54131/2007, julgado em 28.1.2008).

³³⁶ **EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUNAL ARBITRAL EXISTÊNCIA DE DUAS DECISÕES PARA O MESMO FATO ORIUNDOS DE TRIBUNAIS ARBITRAIS DIFERENTES IMPOSSIBILIDADE - INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.**1. Não restou comprovado nos autos que a primeira decisão arbitral tenha algum vício que inquine sua validade. Em razão disso, a segunda decisão mostra-se nula (art. 32, I da lei 9.307/96).2. No que tange ao quantum devido pelo apelante, deve ser considerado, por conseguinte, o valor disposto na primeira sentença arbitral: R\$ 52,83 (cinquenta e dois reais e oitenta e três centavos), referente a última parcela do acordo.3. Conhecimento do recurso, dando-lhe parcial provimento, no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido inicial, para, com fulcro no art. 32, I da Lei no 9.307/96, declarar nula a segunda sentença arbitral, e, conseqüentemente, o compromisso advindo dela. Sucumbência recíproca, na forma do art. 21 caput do CPC. (Processo : 0001369-51.2005.8.19.0001 (2007.001.04485) - APELAÇÃO DES. MARIO GUIMARÃES NETO - Julgamento: 03/05/2007 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O julgado tratou de interessante questão de conflito de decisões arbitrais, não prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem, a indicar que não se pode afirmar que o art. 32 tenha rol exaustivo das hipóteses de nulidade da sentença arbitral

Não se estará, por óbvio, permitindo um controle judicial sobre o resultado do julgamento, mas sim sobre os limites dentro dos quais a arbitragem pode ser instituída e realizado o respectivo julgamento.

Em tema de inarbitralidade, discute-se, ainda, se é possível a participação do Estado no processo arbitral. Ante a ausência de vedação expressa, entende-se possível essa participação desde que o direito discutido seja patrimonial disponível³³⁷. Questões de ordem tributária – que admitem até anistia, por exemplo, parecem passíveis de solução por meio da arbitragem. O que não se admite, por exemplo, é que o Estado busque na arbitragem a declaração de constitucionalidade de lei (direito não patrimonial).

Tema interessante foi levantado por DONALDO ARMELIN³³⁸ acerca da sentença arbitral que eventualmente seja inconstitucional. Seria mais uma hipótese de inexigibilidade do título? Crê-se que sim, mas sem a mesma dificuldade enfrentada quando se analisa questão semelhante no âmbito do Poder Judiciário.

Na esfera das sentenças estatais se verifica o problema da relativização da coisa julgada a ser enfrentado para que se analise a hipótese do art. 475-L, p. único, do Código de Processo Civil. Ao se referir à arbitragem, entretanto, mais uma vez se aplica o conceito de jurisdição limitada.

Assim, entende-se que se a sentença arbitral viola norma constitucional está a afrontar matéria de ordem pública, que não pode ser admitida no ordenamento jurídico. Será, portanto, sentença juridicamente inexistente, por falta de jurisdição privada dos árbitros, a permitir a respectiva impugnação por ação declaratória de inexistência.

A hipótese, bem se vê, reflete, em caso de violação à ordem pública, a inexistência do processo arbitral ou mesmo de sua sentença, caso em que poderá a

³³⁷ Embora ainda muito se discuta sobre a participação do Estado em processos arbitrais, tem-se notícia de que na França há julgados arbitrais envolvendo o Estado, sem qualquer prejuízo à ordem pública, cf. Loretta Malintoppi, *La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado*, in *Revista de Arbitragem e mediação*, nº 2, pp. 192-194.

³³⁸ Cf. *A ação declaratória em matéria arbitral*, Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 9, p. 115.

sentença ser objeto de ação de declaratória de inexistência, sem prazo específico para impugnação.

CAPÍTULO V - CONCLUSÕES

Com o desenvolvimento deste trabalho pode-se estabelecer com maior precisão quais características do processo arbitral são relevantes para a determinação de uma sistematização dos vícios que são passíveis de atingirem a sentença arbitral.

Tendo como ponto de partida o exame da teoria das invalidades, partindo de uma perspectiva da teoria geral do direito, foi possível determinar que a classificação dos fatos jurídicos, combinada com as regras dos ramos do direito podem levar efetivamente a sistematização mais segura da aplicação dessa teoria para determinação da validade – ou não – dos julgados. A preocupação, nessa seara, foi de, primeiramente, separar os três planos de análise dos fatos jurídicos – plano da existência, plano da validade e plano da eficácia.

Pelo método da avaliação partindo do artigo de lei que regula situações de aparentes nulidades da sentença arbitral, foi possível verificar que a análise deveria partir, primeiramente, da estrutura dos atos viciados. Seguindo essa linha foi também possível determinar os ramos do direito, cujas normas e princípios seriam relevantes para o desenvolvimento da sistematização proposta.

A partir dessa análise, considerando as hipóteses de vícios da sentença arbitral, foi possível identificar vícios de natureza endógena e vícios de natureza exógena. Embora a sentença arbitral seja o objeto da declaração de nulidade da ação a que se refere o art. 33 da Lei de Arbitragem, verificou-se a existência de vícios na própria sentença (v.g. a ausência de qualquer de seus próprios requisitos), como também se verificou a existência de vícios externos à sentença, mas capazes de macular esta última (como é o caso da nulidade da convenção de arbitragem).

Assim, embora nos casos de vícios endógenos fosse desde logo possível determinar o ramo do direito aplicável ao estudo, nos casos de vícios exógenos buscou-se amparo no direito civil, a fim de se proceder à análise estrutural do ato viciado. Feita essa análise, que combinou a aplicação das normas e princípios

aplicáveis a esses dois ramos do direito, passou-se ao estudo da atividade realizada pelos árbitros, a fim de determinar suas características e sua natureza.

Por tudo o que se observou no presente trabalho, sempre lembrando da premissa estabelecida já no primeiro parágrafo da introdução, a arbitragem significa efetivo exercício de atividade jurisdicional. Embora essa premissa se apresente verdadeira, não autoriza a conclusão de que todos os princípios que regem a atividade judicial se apliquem aos árbitros.

Como visto, enquanto a legitimidade da atividade judicial está fundada no princípio do juiz natural, a atividade arbitral se funda na escolha de ambas as partes de seu julgador, conferindo-se, assim, ao instituto, a devida legitimidade para a realização de atividade de julgamento capaz de formação de coisa julgada material.

A jurisdição arbitral, entretanto, embora tenha a mesma eficácia da jurisdição estatal, mantém suas próprias características, imprescindíveis para a adequada percepção do alcance das restrições estabelecidas na Lei de Arbitragem.

A jurisdição arbitral, portanto, é caracterizada por ser originária, isto é, não é jurisdição delegada. A jurisdição estatal não delega jurisdição para os árbitros e isso ocorre fundamentalmente em função de dois conceitos fundamentais: a) não é o Estado quem constitui o órgão julgador na arbitragem; b) a jurisdição estatal remanesce indelegável. A indelegabilidade da jurisdição estatal, por sua vez, não impede que as partes envolvidas em determinado conflito optem pela jurisdição privada.

Essa origem da jurisdição dos árbitros estabelece, por sua vez, a segunda – neste estudo, talvez, a mais importante característica verificada – sendo a jurisdição arbitral um poder e simultaneamente uma função atribuída aos árbitros pelas partes, essa função somente poderá ser recebida pelos árbitros nos limites definidos pelas partes. Por essa razão, a jurisdição arbitral encontra duas ordens de limitações: uma subjetiva, relativa aos sujeitos envolvidos no processo e signatários da convenção de arbitragem e outra objetiva, relacionada à matéria estabelecida na convenção de arbitragem, passível de julgamento no processo arbitral.

Outra característica da jurisdição arbitral é a definitividade, característica esta típica da função jurisdicional, na medida em que o julgamento arbitral é definitivo e capaz de formar coisa julgada material.

Estabeleceu-se, ainda, como premissa de análise das hipóteses de vícios da sentença arbitral o estudo dos pressupostos processuais de existência do processo, isto é, quais situações precisam estar presentes na formação do processo arbitral. Foram detectados três pressupostos processuais de existência: a convenção de arbitragem – entendida de forma flexível, desde que presentes os elementos necessários à demonstração da manifestação de vontade das partes, do árbitro escolhido e da matéria objeto da arbitragem; o contraditório pré-arbitral, constituindo a necessária troca de informações entre as partes, culminando com a escolha do árbitro; e, a aceitação pelo árbitro da função, ocasião em que se entrega pelas partes ao árbitro a necessária jurisdição que conclui a formação do processo arbitral – aqui entendido como relação jurídica.

Com relação especificamente ao contraditório pré-arbitral, verificou-se, ainda, que não há uma regra específica para a forma por meio da qual ele será realizado. As variáveis de sua realização são a espécie de arbitragem escolhida na convenção (*ad hoc* ou institucional) e o comportamento da parte adversa.

Relevante, entretanto, é que independentemente da forma ambas as partes participem da definição do árbitro, com manifestação de vontade livre, a fim de que possam formar o processo arbitral validamente.

Estabelecidas essas premissas, passou-se à análise da sentença arbitral e da convenção de arbitragem, a fim de determinar seus elementos de existência e requisitos de validade.

Sendo a convenção de arbitragem um ato pré-processual, de manifestação de vontade das partes interessadas em levarem determinado conflito à arbitragem, referido ato jurídico deve ser entendido como negócio jurídico, cujos elementos de existência são agente, objeto lícito, forma e manifestação de vontade. Tratando-se de negócio jurídico que exige a manifestação de vontade das partes envolvidas ou

passíveis de se envolverem em conflito de interesses, será a convenção de arbitragem, necessariamente, um negócio jurídico bilateral.

Já a validade da convenção de arbitragem dependerá da capacidade dos agentes, atribuição de objeto lícito, possível, determinado ou determinável e que a forma utilizada seja prescrita ou não defesa em lei. Assim, os requisitos de ordem formal previstos na Lei de Arbitragem atingem a validade da convenção.

Quanto à sentença, classificada como ato processual que é, para que exista é preciso que seja fruto da atividade jurisdicional em processo existente. Isto é, somente poderá ser produzida pelo árbitro ou árbitros definidos pelas partes. Como conteúdo deverá possuir, necessariamente, ao menos um julgamento, sendo possível que possua vários.

Já os requisitos de validade da sentença arbitral são fundamentalmente o atendimento dos incisos I, II e IV do art. 26 da Lei de Arbitragem, bem como o atendimento do princípio da adstrição em relação ao pedido formulado inicialmente pelo autor do processo arbitral.

Diante de tudo quanto até aqui exposto, torna-se possível uma proposta de sistematização das invalidades da sentença arbitral, segundo as regras brasileiras, que devem seguir as seguintes proposições, as quais são feitas em resposta aos questionamentos contidos na introdução deste trabalho:

O art. 32 da Lei de Arbitragem estabelece rol taxativo de nulidades da sentença arbitral, admitindo-se, entretanto, que o art. 32 não relaciona as hipóteses de inexistência jurídica da sentença. Verifica-se, portanto, que o tema das invalidades na arbitragem envolve a análise dos planos da existência, da validade e, também, da eficácia. Tal conclusão foi possível em função de uma série de vícios impugnáveis da sentença arbitral que não se enquadram em nulidades e, por essa razão não foram relacionados no referido dispositivo legal.

Reconhecida a taxatividade das hipóteses de nulidade, o reconhecimento das hipóteses de inexistência é consequência do fato, reconhecido pela doutrina, de que os

vícios que geram essa espécie de consequência são tão graves que não podem ser recebidos pelo sistema jurídico. Por essa razão, se a Lei de Arbitragem estabeleceu nulidades, as inexistências não dependem de regramento específico e podem ser declaradas a qualquer tempo.

Respondendo outra questão formada na introdução deste estudo, levando em consideração a classificação dos fatos jurídicos descrita no capítulo primeiro, o regime jurídico das invalidades a ser observado no exame das hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem é do direito civil, especificamente para a hipótese do art. 32, inciso I da Lei de Arbitragem e do direito processual, para as demais hipóteses. Deve-se destacar, entretanto, o regime do direito civil deve ser utilizado apenas para a determinação das hipóteses de inexistência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, sem esquecer-se que ainda nessa hipótese é a sentença arbitral o objeto da impugnação.

Considerando-se, portanto, que as hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem relacionam nulidades explicitamente, mas implicitamente trazem inexistências jurídicas passíveis de serem determinadas, passar-se-á à sistematização das invalidades, agrupando-as conforme o vício de que padecem. No Capítulo IV deste estudo, as mesmas hipóteses foram organizadas conforme cada um dos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem.

Pode-se considerar, portanto, hipóteses de inexistência da sentença arbitral, as seguintes situações:

a) Convenção de arbitragem sem a presença de agente, objeto lícito, forma ou manifestação de vontade: são todos elementos de existência da convenção de arbitragem, de tal forma que a ausência de qualquer deles impede a formação do processo arbitral;

b) Sentença arbitral proferida por quem não podia ser árbitro, assim considerado o julgamento realizado por quem não foi escolhido pelas partes: Neste caso, o árbitro não escolhido não tem jurisdição para julgar as partes, equivalendo a suposta sentença, nesse caso, a um nada jurídico;

c) Ausência dos requisitos da sentença arbitral, valendo para esta classificação somente a ausência de dispositivo na sentença e/ou assinatura dos árbitros que a proferiram, ou do árbitro único. Na hipótese de ausência de dispositivo, tem-se sentença sem conteúdo, que nada julga, não se verificando, efetivamente, sentença nessa hipótese. Já a ausência de assinatura do julgador ou dos julgadores não demonstra o efetivo exercício de atividade jurisdicional, impedindo a formação coisa julgada;

d) Sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Neste caso, será inexistente a sentença que julgar matéria que não foi objeto de submissão, pelas partes, à jurisdição arbitral. Falta, portanto, aos árbitros neste caso jurisdição para julgar além da convenção de arbitragem.

e) Sentença arbitral que não decide todo o litígio submetido à arbitragem, relativamente apenas ao capítulo da sentença omitido e desde que seja absolutamente independente dos demais capítulos da sentença, julgados na sentença arbitral, ou a eles seja subordinado;

f) Sentença que viola o princípio do contraditório, gerando a absoluta ausência de participação de qualquer das partes ou impõe a ausência de contraditório pré-arbitral, prejudicando, assim, a existência da sentença para o sujeito que não participou do processo ou impedindo a formação do processo arbitral;

g) Hipótese de inarbitralidade: ante a limitação da jurisdição arbitral imposta pela lei, o julgamento de matérias inarbitráveis (violando matéria de ordem pública, os bons costumes, julgando direitos não patrimoniais ou não disponíveis, ou julgando sujeitos incapazes) é julgamento sem jurisdição, pois a lei não atribui nesses casos jurisdição ao árbitro. Assim, a sentença, desprovida de atividade jurisdicional, não é capaz de julgar, nem de forma coisa julgada material.

No que se refere ao plano da validade das sentenças arbitrais, uma observação prévia merece ser feita: diferentemente de forte corrente doutrinária defendendo a

anulabilidade dos vícios que maculam a sentença arbitral, conclui-se neste estudo no sentido da nulidade da sentença.

Conforme se verificou no desenvolver do trabalho, a sentença arbitral é ato processual e como tal é categorizado entre os atos jurídicos em sentido estrito. Essa classificação comprova que o elemento vontade não é determinante para a produção dos efeitos dos atos processuais, os quais são previstos na lei.

Sendo a vontade irrelevante para a produção dos efeitos dos atos processuais – visto que para estes é considerada apenas para que o ato seja praticado, bem como que, em matéria processual a incapacidade absoluta ou relativa não altera o vício do ato processual, conclui-se pela impossibilidade de anulação de atos processuais, levando, portanto, à conclusão de que a sentença arbitral não é anulável nas hipóteses do art. 32 da LA.

Nas hipóteses abaixo relacionadas, portanto, a sentença arbitral deverá ser considerada nula:

a) Nulidade do compromisso: leia-se nulidade da convenção de arbitragem, assim entendidos os defeitos de forma e os vícios de manifestação de vontade por ilicitude (fraude e simulação). Nas hipóteses de erro, dolo ou coação e de relativa capacidade da parte que assina a convenção de arbitragem, embora esta – como negócio jurídico que é – seja anulável, gera processo e sentença arbitral nulos;

b) Sentença arbitral proferida por quem não podia ser árbitro, por ser pessoa impedida, suspeita, incapaz ou tecnicamente incompetente (neste último caso, desde que comprovado por erro técnico insuperável);

c) Ausência de requisitos da sentença arbitral, no plano da invalidade, especificamente a ausência de relatório, fundamentação, indicação da data em que foi proferida e/ou do local;

d) Sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem: neste caso a interpretação não se dirige à convenção de arbitragem, mas sim ao pedido

formulado em relação à sentença que foi entregue. São as hipóteses de sentenças *ultra* ou *extra petita*.

e) Sentença arbitral que não decide todo o litígio submetido à arbitragem, desde que os capítulos de sentença contidos nesta sejam dependentes do capítulo de sentença omitido;

f) Sentença arbitral proferida em prevaricação, concussão e corrupção passiva. Nestes casos, por não haver fator de *discrímen* em relação à sentença judicial que justifique a distinção de tratamento, entende-se passível de discussão a constitucionalidade da atribuição de prazo reduzido para a vítima desses crimes se comparado à vítima dos crimes praticados por juiz;

g) sentença arbitral proferida fora do prazo estabelecido por lei ou na convenção de arbitragem;

h) desrespeito aos princípios do livre-convencimento, da igualdade, do contraditório – se houver a participação dos dois sujeitos que ocupam a relação processual na formação do processo e no seu curso, casos em que a violação se deu em atos determinados do processo – e imparcialidade, se a causa de imparcialidade se tornou conhecida no curso do processo ou em até 90 (noventa) dias contados da data da ciência da sentença;

Com relação ao plano da eficácia, foram identificadas duas situações que, supervenientemente à sentença poderão levar à ineficácia do julgado:

a) sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, se o crime foi conhecido após o decurso do prazo para impugnação da sentença;

b) sentença que viola o princípio da imparcialidade, se a causa da imparcialidade foi conhecida após o decurso do prazo para impugnação da sentença.

Sistematizados os vícios da sentença arbitral, a impugnação das hipóteses de inexistência jurídica deve ser realizada por meio de *actio nullitatis insanabilis*, sem aplicação de qualquer espécie de prazo decadencial ou prescricional, pois a inexistência jurídica não dá origem ao início de qualquer prazo.

Já os vícios de nulidade da sentença arbitral, embora admita-se a natureza igualmente declaratória da ação que a impugna, deverá a ação ser promovida no prazo decadencial de 90 (noventa) dias, visto que a declaração de nulidade, em casos excepcionais, poderá ser limitada no tempo. Essa foi a opção do legislador ao redigir o art. 33 da LA.

Os vícios de ineficácia da sentença, por fim, dependem de reconhecimento judicial a ser pleiteado em ação declaratória de rito ordinário, desde que o fato que gera a *causa de pedir* tenha se tornado conhecido do autor após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias.

Todas as espécies de vícios poderão ser objeto de impugnação ao cumprimento de sentença, combinando-se com o art. 475-L do Código de Processo Civil, desde que a oferta da impugnação seja realizada em até 90 (noventa) dias da data da ciência da sentença arbitral. Caso a oportunidade de prática desse ato não ocorra no curso do prazo decadencial, a impugnação por inexigibilidade do título – fundada também em inconstitucionalidade da sentença – remanescerá pelo prazo de 2 (dois) anos para a hipótese de crime de prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *A Anulação de Sentenças Arbitrais e a Ordem Pública*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 9, ano 3, pp. 262-276, abr./jun. 2006.

ALVES, Rafael Francisco. *A Imparcialidade do Árbitro no Direito Brasileiro*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 7, ano 2, pp. 109-126, out./dez. 2005.

AMÉZAGA, Juan José. *De las nulidades em general*, Montevideo: Berro Y Regules, 1909.

ARMELIN, Donaldo. *Notas sobre a Ação Rescisória em Matéria Arbitral*, in Revista de Mediação e Arbitragem, nº 1, Revista dos Tribunais, São Paulo, janeiro a abril de 2004.

_____. *A Ação Declaratória em matéria arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 9, ano 3, pp. 108-119, abr./jun. 2006.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, 5ª edição, 7ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998.

AYOUB, Luiz Roberto e PELLEGRINO, Antônio Pedro, *A sentença parcial*, São Paulo, n. 22, ano 6, pp. 33-53, jul./set. 2009.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Globo, 1973.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La Nueva Ley de Arbitraje Brasileña*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Mucchi Editore, nº 5, 1998.

_____. Estrutura da Sentença Arbitral, *in* Temas de Direito Processual, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A Nova Definição de Sentença, *in* Temas de Direito Processual Nona Série, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, *in* Temas de Direito Processual, Quarta Série, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Privatização do Processo? *in* Temas de Direito Processual, Sétima Série, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do Juiz, *in* Temas de Direito Processual, Sétima Série, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Juízo Arbitral, Cláusula Compromissória: Efeitos, *in* Temas de Direito Processual, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*, 5ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

BASSO, Maristela. *Procedimento Arbitral atual: Necessidade de um Diálogo de Reforma? In Arbitragem* (LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista – coords.) São Paulo: Atlas, 2007

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos Negócios Jurídicos*, Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo: Malheiros, 1998.

BENETI, Sidnei. *Arbitragem e Tutelas de Urgência in Revista do Advogado*, nº 87, AASP, São Paulo, 2006.

BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio juridico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

_____. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Tomo III, Coimbra: Coimbra, 1970.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil*, Vol. 1, São Paulo: Livraria Fancisco Alves, 1916.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de Sentença e Efeitos dos Recursos*. São Paulo: RCS editora, 2006.

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem, in Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares in memoriam*, (LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MAARTINS, Pedro Batista Coords.), São Paulo; Atlas, 2007.

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, Trad. De Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 2ª Ed., Padova: CEDAM, 1913.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro e GART, Bryant. *Acesso à Justiça* (trad. de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei Nº 9. 307/96*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Das Boas Relações entre os Juízes e os Árbitros*, in Revista de Processo nº 87, Ano 22, São Paulo: Editora RT, 1997.

_____. *O Processo Arbitral*, in Revista de Processo nº 1, Ano 1, São Paulo: Editora RT, 2004.

_____. *Considerações Sobre a Cláusula Compromissória e a Cláusula de Eleição de Foro*, in Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares *in memoriam*, (LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista Coords.), São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*, 3a. edição, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Jurisdição e competência*. 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Y Proceso* (trad. Santiago Sentis Melendo), Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959.

_____. *Instituciones del Proceso Civil* (trad. de Santiago Sentis Melendo), Vol. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, Milão: CEDAM, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, Napoli: Jovene, 1936.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti, *Princípio do Juiz Natural*, in *Princípios Processuais Cíveis na Constituição* (OLIVEIRA NETO, Olavo e CASTRO LOPES, Maria Eliabeth de Coords.) Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.

COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do Árbitro*. São Paulo: Editora RT, 2002.

COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos do Direito Processual Civil* (trad. de Rubens Gomes de Sousa), São Paulo: Saraiva, 1948.

_____. *Introducción al estudio del proceso civil*, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1988.

CREMADES, Bernardo M. *Corrupción Y Arbitraje de Inversión*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 6, ano 1, pp. 126-142, jul./set. 2005.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1973.

DE MARTINO, Francesco. *La Giurisdizione Nel Diritto Romano*, , Padova: CEDAM, 1937.

DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile – Lezioni introduttive*, Mulino, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, v. 2 e v. 3, 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003

_____. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. In Reflexões Sobre Arbitragem, MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (coords.), São Paulo: Editora LTR, 2001.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno, Vol. I*, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno, Vol. II*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Capítulos de Sentença*, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*, 8ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. I*, São Paulo: Saraiva, 2007.

ENCINAS, Emílio Euranova e MÍGUEZ, Miguel Lourido. *Código Procesal Civil Alemán*, Madrid: Marcial Pons, 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo, *Dos Factos Jurídicos no Código Civil Brasileiro, Vol. IV*, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1932.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuali*, Padova: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Marcus Vinícius Tenório da Costa. *Anulação da Sentença Arbitral*, São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução, Análise Crítica da Lei nº 9.307, de 23.09.1996*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional*, São Paulo: LTR, 1999.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Reflexões sobre a Sentença Arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 6, ano 2, pp. 41-74, jul./set. 2005.

FONTOURA, Jorge. *Os pressupostos da Arbitragem e a Solução de Controvérsias em Blocos Econômicos*, in *Arbitragem* (Carmona, Carlos Albert, Leme, Selma Ferreira e Martins, Pedro Batista – coords.), São Paulo: Atlas, 2007

FREITAS, José Lebre. *O caso julgado na arbitragem internacional que tem lugar em território português* in Revista de Processo nº 159, Ano 33, RT, São Paulo, Maio de 2008.

GABBAY, Daniela Monteiro ; ALVES, Rafael Francisco ; Lemes, Selma Ferreira ; BRAGHETTA, Adriana ; PITOMBO, Eleonora ; GONÇALVES, Eduardo Damião ; KULESZA, Gustavo Santos ; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi ; BARROS, Vera Cecília Monteiro de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Parceria Institucional acadêmico científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). 2ª fase da Pesquisa Arbitragem e Judiciário. Relatório do tema: Invalidade de sentença arbitral*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 22, p. 7-77, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência* in Revista do Advogado nº 87, São Paulo: AASP, 2006.

GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos Actos Jurídicos*, Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896.

GIRÁLDEZ, Ana Maria Chocrón. *Los Principios Procesales en Arbitraje*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º volume, São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegri, DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 1999.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid: Civitas, 2002.

GUERREIRO, Luis Fernando. *Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira*, in Revista de Processo nº 159, Ano 33, RT, São Paulo, Maio de 2008.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Trad. de F. Silveira Ramos, 25ª edição, Coimbra: Almedina, 2002.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LEIBLE, Stefan e LEHMANN, Mathias. *El Arbitraje en Alemania*, in Revista de Processo nº 162, Ano 33, RT, São Paulo, Agosto de 2008.

LEMES, Selma Ferreira. *A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comprado*, in *Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares in memoriam*, (LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista Coords.), São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *A Sentença Arbitral*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 4, ano 1, pp. 26-33, jan./mar. 2005.

_____. *Os “embargos arbitrais” e a revitalização da sentença arbitral*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, ano 2, pp. 37-39, jul./set. 2005.

_____. *Árbitro Princípios da Independência e da Imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi*, 5ª ed., Milano, 1992.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, (Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco), 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Bernardo Silva de. *Sobre o Negócio Jurídico Processual*, in *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico – Homenagem a Marcos Bernardes de Melo*, DIDIER JR., Fredie e EHRHARDT JR., Marcos (coords.), São Paulo: Saraiva, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: RT, 2004.

LUTZESCO, Georges. *Teoría Y Práctica de las Nulidades*. 4ª edição, México: Porrúa, 1978.

MACIEL, Marco. *Treze anos da Lei de Arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 23, ano 6, pp. 9-38, out./dez. 2009.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e convenção arbitral*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MALINTOPPI, Loretta, *La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado*, Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 2, ano 1, pp. 186-194, mai./ago. 2004.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed., Torino: G. Giappichelli, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92*, in Revista de Processo nº 77, Ano 20, - Janeiro a Março de 1995.

MATTOS NETO, Antonio José de. *Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem*, in Revista de Processo nº 122, Ano 30, RT, São Paulo, Abril de 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *Teoria do fato jurídico: Plano da Validade*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico: Plano da Existência*, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. v. 1, 2. ed. Torino: Giappichelli, 1990

MORTARA, Lodovico, *Istituzioni di Procedura Civile*, Firenze: G. Barbera, 1935.

NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*, Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição, São Paulo: RT, 2008.

NEVES, Celso. *Jurisdição*, Apostila preparada para as aulas do 1º Semestre de 1990 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PEYRANO, Jorge W. *Nulidades procesales con especial referencia a los distintos vicios que pueden generarlas*, in Revista de Processo nº 82, Ano 21 – Abril a junho de 1996, RT, São Paulo.

PINTO, José Emílio Nunes. *Anulação da Sentença Arbitral Infra Petita, Extra Petita ou Ultra Petita*. in *Arbitragem no Brasil Aspectos Jurídicos Relevantes*, JOBIN, Eduardo e MACHADO, Rafael Bicca (coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª Ed., Napoli: Jovene, 1999.

PITOMBO, Eleonora Coelho. *Arbitragem e o Poder Judiciário: Aspectos Relevantes in Aspectos Práticos da Arbitragem*. GUILHERME, Luiz Fernando do Valle de Almeida coord.. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976

_____. *Tratado das Ações*, Tomo I, São Paulo: RT, 1970.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

QUINTERO, Beatriz e PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. 3ª Ed. Bogotá: Temis, 2000.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, Milão: Giuffrè, 2005.

RICCI, Edoardo, Lei de Arbitragem Brasileira Oito anos de Reflexão, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Curso de direito civil*. v. 1, 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROQUE, Sebastião José. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Ícone, 1994.

ROSA, I. Borges da. *Questões Essenciais do Direito e Nulidades Processuais*, 2ª Ed., Vol. I, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

RUFINO, Marco A. *El Proceso Arbitral*, Buenos Aires: AD-HOC, 1992.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Retorno às Tradições: a Razoabilidade como Parâmetro Constitucional*, in *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *As Provas no Procedimento Arbitral*, in *Revista de Processo* nº 88, Ano 22, RT, São Paulo, Outubro – Dezembro de 1997.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, 7ª edição (trad. Luiz Autuori), Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell'Arbitrato*. 2ª edição, Milão: Giuffrè, 1982.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *A Nova Legislação Espanhola em Matéria de Arbitragem*, in Revista de Processo nº 132, Ano 31, RT, São Paulo, fevereiro de 2006.

_____. *Perspectivas atuais da “teoria geral do processo”* in Bases científicas para um renovado Direito Processual, vol. 1 (CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio, Coords.), Brasília: IBDP, 2008.

SILVA, Eduardo Silva da. *Constituição, Jurisdição e Arbitragem* in *Processo e Constituição*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da., e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo civil*, 4ª Ed., São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Ricardo Perlingero Mendes da. *Teoria da Inexistência no Direito Processual Civil*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria Del Negocio Juridico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

TALAMINI, Eduardo. *Cabimento da arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado* in Revista de Processo nº 119, Ano 30, RT, São Paulo, Janeiro de 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro*, in Revista de Processo nº 85, Ano 22, RT, São Paulo, Janeiro a Março de 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal*. in *Arbitragem no Brasil Aspectos Jurídicos Relevantes*, JOBIN, Eduardo e MACHADO, Rafael Bicca (coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luis Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo: RT, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria, *Ação e Processo Civil (subsídios para a Teoria Geral do Processo Civil)*, in Revista de Processo, nº 52, Ano 13, Outubro-Dezembro de 1988

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Da Sentença Arbitral Inexistente*, in *Estudos de Arbitragem* (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco Coords.), Curitiba: Juruá, 2008.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do Negócio Jurídico Nulidade e anulabilidade*, 2ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VERÇOSA, Fabiane. *A Liberdade das Partes na Escolha e Indicação de Árbitros em Arbitragens Internacionais: limites e possibilidades*, in Revista de Arbitragem e Mediação, nº 1, Ano 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile*, 6ª edição, Napoli: Jovene, 2002.

VERSIANI, Nelmo. *Ação Rescisória de Sentença Arbitral*, in Revista de Processo nº 135, Ano 31, RT, São Paulo, Maio de 2006.

VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Direito Processual Civil*, São Paulo: Sariaiva, 1965.

VIGORITI, Vincenzo. *Em busca de um direito comum arbitral (trad. Carlos Alberto Carmona)* in Revista de Processo nº 91, Ano 23, RT, São Paulo, Julho – Setembro de 1998.

WALD, Arnoldo. *Os meios judiciais de controle da sentença arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 1, ano 1, pp. 40-65, jan./abr. 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 5ª edição, São Paulo: RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição, São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

YANG, Bryant Yang Fu e DAI, Diane Chen, *Tipping the Scale to Bring a Balanced Approach Evidence Disclosure in Chinese International Arbitration*. *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Janeiro de 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória Juízos Rescindente e Rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005.

ZANZUCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile, Parte Generale*, Milão: Giuffrè, 1938.

ZERBINI, Eugênia C. G. De Jesus. *Cláusulas Arbitrais: Transferência e vinculação de Terceiros à Arbitragem in Arbitragem no Brasil Aspectos Jurídicos Relevantes*, JOBIN, Eduardo e MACHADO, Rafael Bicca (coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo sistematizar as situações de invalidades da sentença arbitral segundo os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos. A doutrina nacional vem demonstrando grande divergência acerca da classificação das hipóteses de invalidades da sentença arbitral, situação esta gerada pela não exaustiva relação de situações de “nulidade” da sentença arbitral, nos termos do art. 32 da Lei de Arbitragem.

Para o desenvolvimento do trabalho iniciou-se pela apresentação de um esboço sobre o tema das invalidades, traçando a classificação dos fatos jurídicos para uma teoria geral do direito e estabelecendo a diferente estrutura da cada ato jurídico. Estabelecidas as necessárias distinções – concentrando-se na distinção entre atos processuais e negócios jurídicos. Ainda com essa preocupação, estabeleceu-se como se dá a aplicação da teoria das invalidades conforme o direito civil e o direito processual civil – tendo em conta que as hipóteses de invalidade da sentença arbitral, previstas na Lei de Arbitragem envolvem a nulidade de negócio jurídico e a suposta nulidade da sentença arbitral.

No capítulo seguinte fez-se uma análise atualizada da jurisdição, com o objetivo de verificar se a atividade arbitral é de fato jurisdicional. Concluindo-se pela natureza jurisdicional dessa atividade, buscou-se estabelecer suas características fundamentais, dentre as quais se destacou o fato de ser uma jurisdição limitada legal e contratualmente. Analisou-se, ainda, a presença dos pressupostos processuais de existência na arbitragem, com o objetivo de se verificar quando o processo arbitral se forma e a partir de quais institutos. Nesse capítulo estabeleceu-se, ainda, a inaplicabilidade do princípio do juiz natural na arbitragem.

No terceiro capítulo fez-se uma análise da existência da sentença arbitral, partindo dos elementos necessários à convenção de arbitragem enquanto negócio jurídico e desenvolvendo a análise da sentença arbitral.

Estabelecidas as premissas necessárias, no quarto capítulo se desenvolve o estudo de cada uma das hipóteses de nulidade da sentença arbitral, buscando estabelecer em cada uma delas quando o vício atingirá a existência da sentença e quando tornará a sentença inválida. Encontrou-se, ainda, hipóteses de ineficácia da sentença arbitral.

Na conclusão busca-se sistematizar essas hipóteses, agrupando-as em situações de inexistência, de nulidade e de ineficácia da sentença arbitral, indicando, nos últimos parágrafos a distinção dos meios impugnativos para cada grupo de vícios.

ABSTRACT

This paper aims to systematize the situations of nullity of the award according to the plans of the existence, validity and effectiveness of legal acts. The national doctrine has demonstrated substantial disagreement about the classification of cases of nullity of the sentence, a situation generated by the non-exhaustive list of situations of "invalidity" of the sentence, pursuant to art. 32 of the Arbitration Law.

To develop the work started by the presentation of a draft on the issue of nullity, tracing the legal classification of facts to a general theory of law and establishing the different structure of each legal act. Established the necessary distinctions - focusing on the distinction between acts of procedure and legal transactions. Even with this concern, it was established how is the application of the theory of nullity in civil law and civil procedure rules - given that the chances of invalidity of the arbitration sentence under Law Arbitration involve the nullity of arbitration agreement and the invalidity of the arbitration sentence.

In the next chapter became an updated analysis of jurisdiction in order to determine whether the arbiter activity is actually jurisdictional. It was concluded by the jurisdictional nature of this activity, so it was established its fundamental characteristics, among which highlighted the fact that it is a limited jurisdiction (limited by law and by agreement). It was also considered the presence of the assumptions of existence in arbitration, with the objective of determining when the arbitration is formed and from which institutes. In this chapter it was established, yet the inapplicability of the principle of natural judge in arbitration.

In the third chapter was an analysis of the existence of the sentence, based on the elements necessary to the arbitration agreement as a agreement and developing the legal analysis of the sentence.

Established the necessary prerequisites, the fourth chapter develops the study of each of the null hypothesis of a sentence, seeking to establish in each of them when

the defect will reach the existence of the sentence and when will the sentence be invalid. It was also found, still two hypotheses of inefficiency of the sentence.

In conclusion it is systematized these hypotheses, grouping them in case of insistence absence, invalidity and ineffectiveness of the arbitration sentence, stating, in the last paragraphs to distinguish the lawsuit which should be challenged for each group of defects.

SINTESI

Il presente documento mira a sistematizzare le situazioni di nullità del lodo secondo i piani di esistenza, la validità e l'efficacia degli atti giuridici. La dottrina nazionale ha dimostrato di sostanziale disaccordo circa la classificazione delle cause di nullità del lodo, una situazione generata dalla non-elenco esaustivo delle situazioni di "invalidità" della sentenza, ai sensi dell'art. 32 della legge sull'arbitrato.

Per sviluppare il lavoro iniziato con la presentazione di un progetto sul tema della nullità, tracciando la qualificazione giuridica dei fatti a una teoria generale del diritto e che istituisce la diversa struttura di ogni atto giuridico. Stabilite le necessarie distinzioni - incentrato sulla distinzione tra gli atti del procedimento e negozi giuridici. Anche con questa preoccupazione, si è stabilito come è l'applicazione della teoria della nullità di diritto civile e procedura civile - dato che le possibilità di nullità del lodo arbitrale in applicazione della legge comporta la nullità delle accordo arbitrali e la nullità del lodo arbitrale.

Nel capitolo successivo è diventato un'analisi aggiornata di giurisdizione, al fine di determinare se l'attività arbitrale è giurisdizionale. Si è concluso con la natura giurisdizionale di questa attività, abbiamo cercato di stabilire le sue caratteristiche fondamentali, tra i quali ha evidenziato il fatto che una giurisdizione limitata per legge o per contratto. Si è inoltre sviluppato la presenza di presupposti di esistenza in arbitrato, con l'obiettivo di determinare quando l'arbitrato si forma e da cui gli istituti. In questo capitolo si è stabilito, l'inapplicabilità del principio del giudice naturale in arbitrato.

Nel terzo capitolo l'analisi è stata l'esistenza della sentenza arbitrale, sulla base degli elementi necessari per la convenzione d'arbitrato, come un negozio giuridico e sviluppare l'analisi giuridica della sentenza.

Creati le premesse necessarie, il quarto capitolo si sviluppa lo studio di ciascuna delle ipotesi di nullità della sentenza arbitrale, cercando di stabilire in ciascuno di essi, quando la dipendenza raggiungerà l'esistenza della sentenza e quando

la sentenza è nulla. Si è constatato, ancora due possibilità di inefficienza della sentenza.

In conclusione, cerca di sistematizzare tali ipotesi, il raggruppamento in caso di inesistenza, di invalidità e inefficacia della sentenza arbitrale, affermando, negli ultimi paragrafi di distinguere i mezzi di impugnazione in discussione per ogni gruppo di difetti.