

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

Gabriela Carvalho Steiner

**ADOÇÃO DE CONVENÇÃO ARBITRAL E A ORIGEM DE UMA
SENTENÇA JUDICIAL INEXISTENTE POR FALTA DE JURISDIÇÃO**

**PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

São Paulo
2022

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

Gabriela Carvalho Steiner

**ADOÇÃO DE CONVENÇÃO ARBITRAL E A ORIGEM DE UMA
SENTENÇA JUDICIAL INEXISTENTE POR FALTA DE JURISDIÇÃO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Anwar Mohamad Ali.

São Paulo

2022

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me concedeu força e saúde para percorrer esse percurso e chegar ao fim dessa etapa.

A essa Universidade e a todo o seu corpo docente, pelos debates engrandecedores e desafiadores; pelos seminários e densos trabalhos, os quais alimentaram meu desejo de estudar e aprender sempre mais e pelas palestras com os mais ilustres juristas do mundo acadêmico, as quais aperfeiçoaram meu conhecimento e minha paixão pelo Direito Processual Civil.

Ao meu brilhante orientador, pela paciência, correções, incentivo e todo o apoio para continuar minha trajetória no mundo acadêmico.

A toda minha família que sempre me apoiou. Principalmente aos meus pais, pelo auxílio financeiro e todo o incentivo necessário desde os meus primeiros anos de vida.

Ao meu avô Rubens, que me ensinou a importância do saber e as primeiras lições da vida, que ele possa se orgulhar de mim aonde quer que esteja.

Ao meu querido namorado, amor da minha vida, que sempre esteve ao meu lado, por toda a paciência e compreensão incondicional em toda essa trajetória.

E a todos aqueles que diretamente ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo aprofundado da natureza jurídica da arbitragem, indagando sobre a vinculação da convenção arbitral às partes, o papel do Poder Judiciário no procedimento arbitral, o Princípio da Competência-Competência e suas exceções, chegando-se a importância da Autonomia do Tribunal Arbitral e a excepcionalidade do Controle Jurisdicional. Construindo, assim, o enredo necessário para entender a sentença estatal inexistente por falta de jurisdição. Demonstrando-se, para tanto, as diferenças entre a Ação Declaratória de Inexistência e a Ação Rescisória. Importante se faz o estudo aqui apresentado, em razão da necessidade de se retirar do mundo jurídico, por meio da Ação Declaratória de Inexistência Jurídica, o engodo de sentença, pronunciamento que não é juridicamente existente, pois não contém o pressuposto de existência: jurisdição. Para tanto, utilizou-se pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como análise do Direito Comparado.

Palavras-chave: jurisdição arbitral, jurisdição estatal, convenção arbitral, autonomia do tribunal arbitral, sentença arbitral, sentença estatal, princípio da competência-competência, sentença inexistente, ação declaratória de inexistência, querela nullitatis Ação Rescisória.

ABSTRACT

The present work has as objective the in-depth study of the legal nature of arbitration, inquiring about the binding of the arbitration agreement to the parties, the role of the Judiciary in the arbitration procedure, the Competence-Competence Principle and its exceptions, reaching the importance of the Autonomy of the Arbitral Tribunal and the exceptionality of Jurisdictional Control. Thus, building the plot necessary to understand the non-existent state sentence due to lack of jurisdiction. Demonstrating for that the differences between the Declaratory Action of Inexistence and the Rescissory Action. The study presented here is important, due to the need to withdraw from the legal world, through the Declaratory Action of Legal Inexistence, the deception of sentence, a pronouncement that is not legally existent, as it does not contain the presupposition of existence: jurisdiction. For that, we used doctrinal and jurisprudential research, as well as an analysis of Comparative Law.

Key-words: arbitration jurisdiction, state jurisdiction, arbitration agreement, autonomy of the arbitral tribunal, arbitration award, state award, principle of competence-competence, non-existent award, declaratory action of non-existence, querela nullitatis Rescissory Action.

SUMÁRIO

Introdução	9
Capítulo 1. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral	10
1.1. Conceitos e características da jurisdição	10
1.2. A natureza jurisdicional da arbitragem.....	14
1.2.1. Teorias sobre a natureza da arbitragem	14
1.2.2. Argumentos que demonstram a natureza jurisdicional da arbitragem	17
1.2.3. Diferenças entre as jurisdições arbitral e estatal.....	19
1.3. Convenção arbitral, cláusula compromissória e compromisso arbitral	22
1.4. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral.....	30
Capítulo 2. A autonomia do Tribunal Arbitral e a cooperação do Poder Judiciário junto à arbitragem.....	38
2.1. A autonomia da cláusula compromissória	38
2.2. Cooperação da jurisdição estatal na arbitragem	42
2.2.1. A carta arbitral	44
2.2.2. Tutelas cautelar e de urgência	48
2.2.3. A figura do árbitro de urgência	53
2.3. Excepcionalidade do controle jurisdicional estatal sobre a sentença arbitral	61
2.4. Conflito positivo de “competência” entre magistrado e árbitro	64
Capítulo 3. O “Princípio” da Competência-Competência e suas exceções	69
3.1. Conceito e importância da regra da Competência-Competência.....	69
3.2. Competência-competência no Direito comparado.....	79
3.3. Exceções: hipóteses em que o juiz pode decidir mesmo diante da existência de cláusula arbitral.....	84
3.3.1. Renúncia tácita na citação	84
3.3.2. Cláusula patológica.....	88
3.3.3. Ação Anulatória.....	91
3.3.3.1. Hipóteses de cabimento.....	92

3.3.3.2. Ofensa a coisa julgada e a ordem pública.....	100
3.4. Sentença arbitral inexistente	103
3.5. Extinção da convenção arbitral.....	106
Capítulo 4. Sentença inexistente por falta de jurisdição proferida pelo juízo estatal	108
4.1. Jurisdição como pressuposto processual de existência da ação.....	109
4.2. Sentença juridicamente inexistente.....	112
4.3. Não submissão da sentença inexistente à coisa julgada	117
4.4. A desnecessidade de rescindir sentença inexistente	121
4.5. A <i>Querella Nulitatis</i> - Ação Declaratória de Inexistência.....	127
4.6. Distinção e fungibilidade entre Ação Rescisória e Ação Declaratória de Inexistência	132
4.7. A importância da declaração de inexistência da sentença proferida por autoridade sem jurisdição	136
Conclusão	140
Referências Bibliográficas	141

Introdução

A arbitragem tem se tornado cada vez mais presente, em razão do grande incentivo do sistema processual nacional e internacional à busca de equivalentes jurisdicionais, os chamados “meios alternativos de solução de controvérsias”. Assim, a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), bem como a recente Lei nº 13.129/2015, a qual alterou pontos significativos da lei anterior; somando-se à legislação internacional, como a Lei modelo Uncitral e a Convenção de Nova York e; ainda, os regulamentos das câmaras arbitrais, pressam pela autonomia da convenção arbitral e do Tribunal Arbitral em face do Poder Judiciário.

Nesse contexto, importe se faz o entendimento majoritário de que a arbitragem detém natureza jurisdicional, vinculando às partes no momento em que estas convencionam que suas controvérsias serão dirimidas por meio de procedimento arbitral. Tal pactuação se dá pela convenção arbitral, negócio jurídico processual responsável pela renúncia da jurisdição originária do Poder Judiciário e atribuição da jurisdição específica ao árbitro ou árbitros.

Crucial a prevalência dessa escolha das partes, salvaguardando a autonomia da vontade dos contratantes. Sendo certo que caberá ao Judiciário apenas um papel complementar de cooperação ao árbitro quando necessário e, excepcionalmente, um controle judicial ao final do procedimento arbitral.

Assim, a regra é a observância do Princípio da Competência-Competência, ou seja, havendo convenção de arbitragem, a jurisdição é do Tribunal Arbitral, cabendo a ele julgar a controvérsia, salvo em três hipóteses, as quais serão elencadas ao longo deste trabalho.

Tem-se, portanto, que fora de tais hipóteses o juiz estatal não poderá atuar, se o fizer estaremos diante de uma sentença a qual falta pressuposto processual de existência, a jurisdição e, nesse sentido, de rigor que este pronunciamento seja retirado do mundo jurídico.

Capítulo 1. Jurisdição Estatal e Jurisdição Arbitral

Para o estudo que este trabalho pretende, crucial a análise da definição de jurisdição, passando por suas características principais, visando, assim, trazer uma conceituação prática e objetiva do importante instituto jurídico.

Pretende-se abordar a natureza da arbitragem e se de fato ela é jurisdicional ou contratual, o que é relevante para desenvolver o estudo acerca da convenção arbitral, instrumento primigênio do procedimento arbitral, bem como as questões que dela se originam, como sua existência, validade e eficácia.

Por meio do entendimento desses institutos e, conseqüentemente, do procedimento arbitral, poderemos tecer maiores considerações sobre o tema da inexistência da sentença judicial por falta de jurisdição, diante da existência de convenção arbitral.

1.1. Conceitos e características da Jurisdição

A Jurisdição é um tema fundamental e primordial para o estudo do processo civil como um todo, sendo relevante para o presente trabalho entendermos sua definição. Contudo, conceituar jurisdição acaba por ser uma tarefa árdua, já que é um conceito em evolução, que se enriquece com a contribuição de diversos juristas ao longo das décadas. Importante, portanto, nos debruçarmos, em síntese, nas principais definições.

Segundo a visão de Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição pode ser conceituada como a atividade que o juiz exerce no processo, sendo este detentor da capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, externando, assim, o poder estatal com a finalidade de promover a pacificação de conflitos interindividuais através dos processos. Portanto, para Dinamarco, a jurisdição é, ao mesmo tempo, atividade, poder e função.¹

Já Humberto Theodoro Júnior consigna ser preferível definir jurisdição como função estatal e não poder, pois tem a incumbência de declarar e realizar a Lei, aqui visto como a interpretação do direito abstrato ao caso concreto, diante de uma situação jurídica controvertida, ou seja, uma lide.²

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 259.

² THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 49/50.

Indo ao encontro de Humberto Theodoro, Cássio Scarpinella Bueno entende ser a jurisdição uma função do Estado, a qual é imperativa, substitutiva (na medida em que o juiz substitui as partes) e com ânimo de definir conflitos intersubjetivos, sendo exercida mediante a atuação do direito em casos concretos.³

Por sua vez, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero a jurisdição poderia ser melhor conceituada não como uma função, mas sim como um método heterocompositivo, já que o juiz, terceiro imparcial, resolve o conflito existente entre as partes.⁴

Independentemente de entendermos jurisdição como um poder, função, atividade ou método, a premissa que aqui se pretende colocar é que a jurisdição está fundada na soberania estatal e tem sua legitimidade atrelada à Constituição Federal, já que só será legitimamente exercida a partir de um devido processo constitucional, em que serão respeitados os direitos fundamentais, tanto materiais como processuais.

Nesse sentido, tem-se que o escopo da jurisdição é realizar a justa composição do litígio apresentado, promovendo o restabelecimento da ordem jurídica,⁵ sendo mediante o exercício da jurisdição, que o Estado busca em cada caso concreto materializar o direito abstrato.⁶

Essa atividade jurisdicional possui uma série de características, denominadas de formas distintas pelos doutrinadores. Tendo como principais e mais citadas a substitutividade, a definitividade/imutabilidade, a lide e a inércia.

Pode-se dizer que o caráter substitutivo justifica a existência da função jurisdicional. Isto porque, em razão da vedação da “autotutela”, no processo, o Estado-Juiz se substitui às partes, interpretando e trazendo à baila o direito objetivo, resguardando, assim, a ordem jurídica.⁷

Por conseguinte, a “vontade funcional” do Estado-Juiz, do próprio ordenamento jurídico, se impõe à vontade dos litigantes para a resolução daquele caso concreto. Sendo a decisão imperativa, deve ser observada, podendo ser, inclusive, forçada se não for

³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. 8. Ed. Re.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 249/250.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo Civil**. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174.

⁵ THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 53.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 261.

⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 96

cumprida voluntariamente. Tem-se aqui o desdobramento de outra característica, a imperatividade.⁸

Marcelo Barbi Gonçalves, traduz essa imperatividade na característica de inevitabilidade. Por esse ângulo, a jurisdição é inevitável, pois a autoridade do órgão jurisdicional independe do consentimento prévio das partes. Assim, o poder judicante impõe-se, visto que as partes estão em posição de sujeição, não tendo outra a não ser aceitar o resultado do processo.⁹

Já a característica da definitividade expõe que atos jurisdicionais, as decisões que exprimem a vontade funcional em substituição às das partes, se tornam imutáveis, não podendo ser revistos ou modificados, pois transitada em julgado a decisão, recai sobre esta a coisa julgada.¹⁰⁻¹¹

Portanto, a atividade jurisdicional tende a se tornar imutável, não podendo mais ser rediscutida, visando evitar a eternização dos litígios e atingir o escopo fim da pacificação social. Essa característica tem como consequência fim o princípio da segurança jurídica.¹²

Já no que diz respeito a *lide*, nas palavras de Dinamarco, é “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”¹³. Nessa acepção, a função jurisdicional só será exercida em razão de uma *lide*, que nada mais é do que uma *condicio sine qua non* do próprio processo, visto que não faria qualquer sentido a intervenção estatal em relação jurídica que não apresentasse litígio, com raras exceções como os casos de jurisdição volutária¹⁴

Destarte, havendo um conflito de interesses, os litigantes postulam em juízo pleiteando uma tutela jurisdicional, diante da inércia da jurisdição, outra característica que aqui se pontua. Sendo a inércia uma grande diferença entre a função jurisdicional e

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. 8. Ed. Re.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 253.

⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 95.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 264.

¹¹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 97.

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. 8. Ed. Re.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254/255.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 262.

¹⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 95.

as funções legislativa e administrativa do Estado, visto que as segundas dar-se-ão por impulso próprio, independente de provocação.¹⁵

Marcelo Barbi Gonçalves traz também a característica da declaratividade. No sentido de que a sentença, ato jurisdicional, declara uma norma preexiste ao processo, em contrapartida à criação e à interpretação do Direito, as quais ocorrem em dois momentos diversos. Neste prisma, a decisão judicial concretiza a lei.¹⁶

Já Humberto Theodoro Júnior traz como características ser a jurisdição secundária, instrumental, declarativa ou executiva, desinteressada e provocada¹⁷. Em que pese a diferença denominativa, estamos diante das mesmas características já aqui elucidadas.

Além de tais características, Scarpinella acrescenta mais duas, o porquê deste acréscimo será melhor explicado no próximo item. Aqui convém apenas trazer as características, sendo elas: inafastabilidade e indelegabilidade.

Em resumo, a inafastabilidade é dizer que a função jurisdicional não pode ser exercida por outrem que não o próprio Estado-Juiz. A indelegabilidade, por seu turno, consiste em dizer que apenas os órgãos criados pela Constituição, podem exercer função jurisdicional, ou seja, entende o autor que não se pode delegar a outros órgãos ou pessoas tal função.¹⁸

Portanto, de forma simplificada, para cumprir com o propósito deste trabalho, importante a definição de Marcelo Barbi Gonçalves, em que jurisdição consiste, pura e simplesmente, na “*função de tutela de interesses exercida por um terceiro indiferente no processo*”.¹⁹

O entendimento do autor de que a jurisdição não pode ser vista como um poder, mas sim como uma função, parece acertad. Isto porque, poder, por sua vez, é um fenômeno sociológico que pode ser aplicado em inúmeras situações diversas à função jurisdicional. Ademais, essa conceituação acaba por aproximar a ideia de que a jurisdição tem como fonte a soberania, e que o Estado exerce *imperium* perante seus súditos, o que é inconciliável, primeiro porque a jurisdição não depende do Estado para existir, segundo,

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. 8. Ed. Re.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 256/257.

¹⁶ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 96/97.

¹⁷ THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 50.

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. 8. Ed. Re.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 255/256.

¹⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 365.

pois tal ideologia é inconcebível com a Constituição de 1988. Conclui-se, assim, que deve se afastar do conceito de jurisdição a ideia de poder e aproxima-la a ideia de garantia para assegurar a tutela de interesses.²⁰

Portanto, jurisdição é uma função que visa tutelar interesses, aqui visto como a expectativa do demandante de incidência normativa que lhe seja mais favorável; realizada por um terceiro indiferente, aquele que é alheio aos interesses das partes; dentro de um processo, instrumento necessário para o exercício da jurisdição.

1.2. A natureza jurisdicional da arbitragem

Nas palavras de Luiz Antonio Scavone Jr., a arbitragem é um meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos advindos de direitos patrimoniais e disponíveis. Nesse procedimento, o árbitro, como juiz de fato e de direito do conflito determinado pelas partes, prolata uma sentença tida como título executivo judicial.²¹

Meio alternativo, pois se outro fosse o caso, estaríamos diante de uma imposição da solução do litígio pela arbitragem, o que, por sua vez feriria o art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Assim, trata-se de verdadeiro negócio jurídico em que as partes, pela autonomia de sua vontade, optam pela via arbitral em detrimento da judicial.²²

Nesse prisma, passar-se-á a analisar as teorias doutrinárias, nacionais e internacionais, acerca da natureza jurídica da arbitragem.

1.2.1. Teorias sobre a natureza da arbitragem

Antes de 1996, os doutrinadores se dividiam a respeito da natureza da arbitragem. Preponderantemente os estudiosos do direito processual civil, ao entender a jurisdição como a função, a atividade e o poder do Estado de aplicar as normas jurídicas ao caso concreto, repudiavam a ideia de a arbitragem ser uma atividade jurisdicional.²³

Porém, com o advento da Lei 9.307/96, a qual atribuiu independência à arbitragem, visto a desnecessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder

²⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 373/374.

²¹ SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, conciliação e negociação**. 10ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020, p. 2.

²² **Ibidem**, p. 2.

²³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo. Vol.58/1990, p.833-844, set/2014, p.1.

Judiciário²⁴, hoje é majoritário o entendimento de que a arbitragem tem natureza jurisdicional.

Há quatro teorias sobre a natureza da arbitragem: as duas mais comuns entre os doutrinadores brasileiros são a contratualista e a jurisdicionalista, mas há também a intermediária ou mista e a autônoma.

Como defensores da natureza contratual da arbitragem, em minoria, podemos citar Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Para esses autores há uma diferença qualitativa entre a arbitragem e a jurisdição.

Segundo esses autores, a jurisdição estaria fundada na soberania estatal, nesse sentido como a soberania não admite divisões, a jurisdição, por ser manifestação do poder estatal, é una, podendo ser exercida unicamente pelo juiz, nos termos do art. 93 da CF, sendo, portanto, indelegável. Já a arbitragem se relaciona com a ideia de autonomia da vontade, escolha que só pode ser feita por pessoas capazes de contratar diante de direitos patrimoniais disponíveis, sendo voltada para uma classe específica e restrita da população.²⁵

Nas palavras de Marinoni, dentro de um Estado de Direito o poder jurisdicional é direito fundamental e, portanto, só pode ser exercido pelos juízes.²⁶

Portanto, apesar de ambas terem como escopo a pacificação social, como outras atividades privadas que não são caracterizadas como jurisdicionais, para esses autores há uma diferença essencial na função das duas atividades, a jurisdição estatal tem como função tutelar direitos fundamentais e interesses coletivos, o que não se equipara ao objetivo da arbitragem, preocupada com a resolução de controvérsias apenas do mundo dos grandes negócios, marcados por técnicas e peculiaridades próprias.²⁷

Nesse prisma, entendem os autores que com a arbitragem há uma renúncia às garantias constitucionais processuais, como o Princípio do Juiz Natural e a Investidura, não podendo, portanto, ser atribuída à atividade dos árbitros caráter jurisdicional.²⁸

²⁴ “Art. 31: A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo Civil**. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174/180.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Função do Compromisso Arbitral**. Soluções Práticas, vol. 2/2011, p. 569-586. RTOonline, p. 2.

²⁷ **Ibidem**, p. 2/3.

²⁸ **Ibidem**, p. 2/3.

Outro doutrinador que possui entendimento no mesmo sentido é Cassio Scarpinella, como trazido no item anterior, o autor infere as características de inafastabilidade e indelegabilidade à jurisdição. Para o doutrinador, a função jurisdicional só pode ser exercida pelo Estado-juiz, sendo vedada a delegação de tal função a outros órgãos ou pessoas não autorizadas pela Constituição Federal, sendo, ainda, exercida por estes órgãos apenas nos limites constitucionais previstos.²⁹

Lado outro, a teoria intermediária ou mista mistura as duas primeiras, defendendo que a arbitragem é pautada no negócio jurídico realizado pelas partes, mas esta não se pode desenvolver fora de um sistema jurídico, submetendo-se à ordem legal existente.³⁰

Por fim, a teoria autônoma defende que a arbitragem é totalmente desvinculada a qualquer sistema jurídico existente, dispensado, o procedimento arbitral, a lei do país em que tem sede a arbitragem.³¹ Por este prisma, as regras arbitrais são suficientes em si mesmas, podendo, inclusive, ser objeto de codificação específica. Segundo essa teoria, a arbitragem se funda em três princípios “liberdade”, “igualdade” e “eficácia”, sendo o primeiro praticamente absoluto.³²

Essas duas últimas teorias são mais adotadas nas arbitragens internacionais, em especial nos Estados Unidos da América e na França.³³

Entre os doutrinadores que mudaram de opinião, está Dinamarca, o qual defendeu em um primeiro momento a natureza parajurisdicional da arbitragem, visto que ela não promoveria o escopo jurídico da jurisdição. Contudo, passou a defender o caráter jurisdicional, já que a atividade cumpre a finalidade da jurisdição, a pacificação social.³⁴

A Corte de Cassação Italiana, também mudou seu posicionamento. Nos anos 2000 e 2001 tinha como precedente ser contratual a natureza da arbitragem. Já em 2013, mudou de posição, entendendo ser tal natureza jurisdicional. Já a Corte Constitucional italiana, desde 2001, já tinha o entendimento de ter natureza jurisdicional a arbitragem.³⁵

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. 8. Ed. Re.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 255/256.

³⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 135.

³¹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

³² ANDRADE, Érico. **Novas Fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional**, vol. 205/2020, p. 461-491. RTOnline, p.6.

³³ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

³⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 33.

³⁵ ANDRADE, Érico. **Novas Fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional**, vol. 205/2020, p. 461-491. RTOnline, p. 2.

1.2.2. Argumentos que demonstram a natureza jurisdicional da arbitragem

Além da maioria dos doutrinadores como Dinamarco, Cahali, Carmona e Humberto Theodoro Júnior, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao atribuir à arbitragem caráter jurisdicional.³⁶

O Código de Processo Civil e a Lei 13.129/2015, a qual alterou a Lei nº 9.307/1996, também reforçam a jurisdicionalidade da arbitragem.

Nos termos do *caput* do art. 3º do Código Processual, “*não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*”, trazendo no parágrafo primeiro a permissão da arbitragem, na forma da lei. Portanto, de tal artigo se extrai ser a arbitragem uma das formas de apreciação jurisdicional.

No mesmo sentido, o art. 42³⁷ do novel Código traz a possibilidade expressa das partes de instituir juízo arbitral e em complemento o art. 485, inciso VII³⁸, traz expressamente que não cabe ao juiz reconhecer o mérito quando o juízo arbitral reconhecer sua competência, elucidando o Princípio da Competência-Competência, que será tratado em capítulo adiante.

Por fim, o art. 515, inciso VII,³⁹ traz a sentença arbitral como título executivo judicial, podendo ser executada normalmente, conferindo, portanto, o mesmo peso de uma sentença judicial.

³⁶ “Sobressai evidente o propósito legislativo de a tudo equiparar, mormente em relação aos efeitos, a sentença arbitral à sentença judicial, o que decorre, naturalmente, do reconhecimento de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui a natureza jurisdicional. Nessa medida, o atributo da executibilidade conferido a determinado tipo de sentença judicial também deverá estar presente, necessariamente, na sentença arbitral com idêntico conteúdo”. (STJ - REsp: 1735538 SP 2017/0270963-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/10/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2020).

No mesmo sentido: “O caráter jurisdicional da arbitragem, decorrente da regra Kompetenz-Kompetenz, prevista no art. 8º da lei de regência, impede a busca da jurisdição estatal quando já iniciado o procedimento arbitral, operando-se o efeito negativo da arbitragem previsto no art. 485, VII, do NCPC”. (STJ - AgInt no EDcl no AgInt no CC: 170233 SP 2019/0386014-7, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 14/10/2020, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/10/2020).

No mesmo sentido: “A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento”. (STJ - AgInt no CC: 153498 RJ 2017/0181737-7, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 23/05/2018, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/06/2018).

³⁷ “Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

³⁸ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

³⁹ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os arts. previstos neste Título: (...) VII - a sentença arbitral”.

Já a Lei 13.129/2015 ao prever: a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública Direita e Indireta (art. 1º, § 1º da LA⁴⁰); estabelecer forma e figura de juízo ao pedido de cooperação com o juízo estatal mediante a carta arbitral (art. 22-C, LA⁴¹); revogar a obrigação de suspensão do processo arbitral quando surgir questão prejudicial que verse direitos indisponíveis (antigo art. 25 LA); não deixa qualquer dúvida em relação ao caráter jurisdicional da arbitragem.⁴²

Ademais, a Lei de arbitragem atribuí ao árbitro poderes para solucionar conflitos através de uma sentença que terá força e eficácia de título executivo judicial, nos termos expressos do art. 31 da Lei de Arbitragem⁴³, conferindo, portanto, ao árbitro a qualidade de juiz de fato e de direito, e estendendo a ele responsabilidades e atribuições para exercer, no caso em que lhe foi apresentado pelas partes, a atividade jurisdicional.⁴⁴

A atividade do árbitro será, assim como do juiz de direito, cognitiva, em que este analisará, interpretará e aplicará o direito ao caso concreto, sendo obedecidas as regras de direito processual e material, promovendo-se a sentença arbitral, sobre a qual recaí coisa julgada, sendo esta obrigatória e vinculante às partes.⁴⁵

Soma-se a isso, o modelo arbitral é trazido por lei, estabelecendo regras, requisitos e condições para a jurisdição privada. Ou seja, a jurisdição é atribuída pelo ordenamento, cabendo às partes apenas escolher quem julgará a controvérsia.⁴⁶

Diante disso, fato é que a arbitragem não se desenvolve apenas no âmbito privado. A primeira fase, traduzida pelo compromisso arbitral é negócio jurídico, nos exatos termos do art. 3º da Lei de Arbitragem⁴⁷, mas a segunda fase, a atuação do árbitro e o próprio processo arbitral são regulamentados pelo Estado. Sendo, portanto, de ordem pública.⁴⁸

⁴⁰ “§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁴¹ “Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro”.

⁴² GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 138.

⁴³ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

⁴⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 136/137.

⁴⁵ **Ibidem**, p. 136/137.

⁴⁶ **Ibidem** p. 136/137.

⁴⁷ “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

⁴⁸ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro**. Revista de Processo, vol. 214/2012, p. 271-298. RTOnline, p. 2.

Ademais, a alegação de que a arbitragem não é jurisdicional, simplesmente pelo fato de não deter os árbitros poderes coercitivos e executórios não prospera.

Desde o Processo Civil Romano a sentença cabia a um particular, “juiz privado”, o qual não detinha “iurisdictio”. O magistrado, por sua vez, encarregado da administração da justiça detinha tal poder, apesar de não ser ele que decidia a controvérsia. Portanto, a “jurisdição” atual, entendida como a capacidade de decidir litígios, era atribuída ao juiz privado. E mais, a coerção é entendida como característica, desde os tempos romanos, do *imperium* e não da função jurisdicional, conceituada como o exercício de resolução de conflitos.⁴⁹

Tampouco prospera a alegação de que a arbitragem fere o acesso à justiça, isto porque o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal⁵⁰, deve ser lido como a garantia que assegura a todos o direito à tutela jurisdicional, e não à tutela judicial. Interpretação esta consagrada no art. 3º do CPC⁵¹, ao prever que não se excluirá da apreciação jurisdicional, frisa-se e não do Poder Judiciário, ameaça ou lesão a direito. Ou seja, todo conflito deve ser julgado, mas não obrigatoriamente pelo Estado⁵².

Temos, portanto, que o juízo arbitral é um processo no qual está presente o exercício da jurisdição pelos árbitros, da ação pelo autor e da defesa pelo réu. Tanto quanto no processo judicial, na arbitragem se busca uma tutela jurisdicional, em outras palavras, há pleno acesso à justiça.⁵³

Portanto diante de tais argumentos, clara está a natureza jurisdicional da arbitragem, já pacificada pela doutrina majoritário e pelo Superior Tribunal de Justiça.

1.2.3. Diferenças entre as jurisdições arbitral e estatal

Apesar de estar demonstrada que a arbitragem tem caráter jurisdicional, é inquestionável que há diferenças entre a jurisdição arbitral e a estatal.

Um dos mais importantes traços distintivos é a origem do poder decisório do árbitro, o qual não constitui projeção de um *imperium* estatal, mas sim simplesmente da

⁴⁹ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro**. Revista de Processo, vol. 214/2012. p. 271-298. RTOnline, p. 2.

⁵⁰ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵¹ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

⁵² GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 139/141.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p.550.

vontade conjunta das partes. Essa vontade deve vir expressa em uma convenção de arbitragem, opção formal e bilateral (dualismo jurisdicional)⁵⁴, fonte da jurisdição arbitral, sem a qual não se admite a arbitragem nem se exclui a jurisdição estatal.⁵⁵

Manifestada a opção das partes pela arbitragem e provocada a instauração desta, o árbitro ou árbitros nomeados poderão aceitar ou não a nomeação e, quando a aceitam estão a celebrar com as partes um acordo de arbitragem, que é a fonte do poder que virão a exercer ao instruir a causa e proferir sua sentença arbitral.⁵⁶

Ademais, o poder do árbitro é mais limitado do que o do juiz. O magistrado “é”, enquanto o árbitro “está”. Ou seja, a competência do juiz estatal é permanente e está estabelecida pelas regras de organização judiciária como garantia do cidadão em face da proibição do juízo de exceção. Já o poder do árbitro deriva de uma convenção firmada pelas partes, estando seu poder limitado ao que estas convencionaram. Portanto, a qualidade de juiz estatal é subjetiva, é inerente à pessoa, já a do árbitro é objetiva, restrita às questões tratadas no contrato, nos limites da convenção de arbitragem.⁵⁷

Na mesma linha de raciocínio, tem-se que os tribunais arbitrais não são tribunais nos mesmos termos dos estatais, pois não fazem parte da organização judiciária, não sendo o Estado responsável pelo seu funcionamento. Assim, os árbitros são juízes de fato e de direito apenas do caso específico em que forem nomeados, diferentemente dos juízes togados, pessoas físicas que ocupam um cargo após um concurso público de provas e títulos e nomeação pelo Poder Público. Certo é que o árbitro não está elencado no art. 92⁵⁸ da Constituição Federal, como os juízes de direito.⁵⁹

⁵⁴ “Os árbitros são constituídos pelas partes litigantes segundo sua própria vontade e escolha bilateral, o que autoriza falar de um dualismo jurisdicional quando se faz uma oposição entre a jurisdição estatal e a arbitral” In: DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 550.

⁵⁵ **Ibidem**, p. 550.

⁵⁶ **Ibidem**, 551.

⁵⁷ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e Sentença Arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 23/25.

⁵⁸ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

⁵⁹ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro**. *Revista de Processo*, vol. 214/2012. p. 271-298. RTOnline, p. 3.

Ademais, o árbitro tem limitação “*ratione personae*”, ou seja, suas decisões só podem vincular aqueles que o contrataram, nenhum efeito pode alcançar terceiros diferentes à arbitragem, salvo em duas exceções.⁶⁰

A primeira quando esse terceiro poderia conhecer ou ter a facilidade para conhecer a existência da arbitragem, é o caso das sociedades comerciais de um mesmo grupo e o segundo, no caso de testemunhas, visto que o árbitro tem o direito de determinar oitiva testemunhal, nos termos do § 2º do art. 22 da Lei 9.037/96, cabendo colaboração do judiciário, caso estas não deponham voluntariamente.⁶¹

Outra limitação do árbitro é a “*ratione materiae*”, visto que os limites ao poder do árbitro são de ordem material impostas pela autonomia da vontade das partes. Como já dito, ao árbitro cabe decidir apenas as controvérsias oriundas do contrato em que está inserida a convenção arbitral.⁶²

Já no que diz respeito às garantias de independência, estas também não são as mesmas. Na justiça estatal, o magistrado é escolhido através de sorteio, dentre aqueles competentes para julgar a causa. Na arbitragem, as partes, livremente, optam pelo seu ou seus árbitro(s). Porém, cabe ressaltar, que o árbitro, assim como o juiz de direito, deverá ser independente e imparcial⁶³. Atribuindo-se ao árbitro o dever de revelação, o qual pressupõe que este trará ao processo uma possível incoerência, afastando-se em caso de parcialidade.

Em relação a responsabilidade do árbitro, esta advém de um contrato, já o do juiz é advinda do cargo que ele assume. O magistrado tem responsabilidade pessoal, ou seja, é pessoalmente responsável quando sua atuação causar, por dolo ou culpa, prejuízo. Soma-se a esta a responsabilidade do Estado-juiz pelos atos do órgão, submetida ao direito administrativo, a denominada culpa administrativa, existente quando do mal funcionamento do órgão a que está vinculado. Diferentemente é a responsabilidade do árbitro, a qual é puramente contratual.⁶⁴

Ademais, a jurisdição estatal tem origem no direito potestativo de qualquer interessado em provocar o Judiciário diante de uma suposta lesão, sendo assim

⁶⁰ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e Sentença Arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 25/29.

⁶¹ **Ibidem**, p. 25/29.

⁶² **Ibidem**, p. 30/31.

⁶³ **Ibidem**, p. 31/32.

⁶⁴ **Ibidem**, p. 32/33.

indisponível, no sentido de que, uma vez provocada, está submetida ao interessado que a provocou.⁶⁵

Já a arbitragem tem origem no contrato, no exercício da autonomia da vontade das partes, as quais resolvem submeter eventual conflito a um particular, excluindo o Poder Judiciário. A jurisdição arbitral, outorgada por lei em abstrato, será atribuída em concreto ao árbitro pelas partes, dando a este a autoridade para decidir eventual conflito, nascendo, portanto, desde a convenção arbitral.⁶⁶

Ademais, em relação a escolha do direito aplicado, o árbitro não está submetido às mesmas normas que o juiz estatal. Visto que este deve seguir todo o ordenamento pátrio e aquele está vinculado à indicação das leis pelas partes. A escolha do Direito aplicável é corolário do princípio da autonomia da vontade, o qual é fundamento maior do procedimento arbitral.⁶⁷

Outras diferenças são enumeradas por Scavone, como: a especialização, visto que o árbitro, na maioria das vezes, será especialista na questão da controvérsia; a rapidez, na arbitragem, em menos tempo, tem-se uma resolução com o mesmo efeito da sentença judicial transitada em julgado; a informalidade, a arbitragem acaba por ser um procedimento que traz grande liberdade de criação das partes, desde a escolha dos árbitros até o próprio cronograma de prazos, por exemplo; a irrecorribilidade, não há possibilidade de recorrer da sentença arbitral e; por fim, a confidencialidade, podendo ser sigilosa a arbitragem em detrimento do Princípio Constitucional da Publicidade que vigora, como regra, nos processos judiciais.⁶⁸

Em que pese as diferenças dos procedimentos, importante repisar que ambos se aproximam em um ponto primordial, pois, detém o mesmo escopo, a pacificação social mediante a eliminação dos conflitos com justiça, sendo certo que tanto o árbitro como o juiz estatal exercem prestação jurisdicional, tendo como resultado uma sentença a qual faz coisa julgada e é plenamente executável.

1.3. Convenção arbitral, cláusula compromissória e compromisso arbitral

⁶⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139.

⁶⁶ **Ibidem**, p. 138/139.

⁶⁷ VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. **Poder Judiciário e Sentença Arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 35/38.

⁶⁸ SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, conciliação e negociação**. 10ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020, p 7.

Segundo definição de Luís Fernando Guerrero:

A convenção de arbitragem é o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal.⁶⁹

O Brasil divide a convenção em cláusula arbitral e o compromisso arbitral, diferentemente do que ocorre em outros países, como na Espanha, em que há apenas “*convênio arbitral*”.⁷⁰

Nesse sentido, a convenção de arbitragem é bipartite, por ser gênero de duas espécies, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, nos termos dos arts. 4º a 9º da Lei de Arbitragem.

Assim, o compromisso arbitral é a convenção estabelecida após a existência de um conflito posto. Ou seja, com o surgimento do litígio as partes decidem resolver a controvérsia por meio da arbitragem.⁷¹

Já a partir da cláusula arbitral, as partes instituem, antes mesmo do surgimento do conflito, que eventuais e futuras controvérsias, serão solucionadas pela jurisdição arbitral. Está é anterior ao litígio, pois é prevista no momento em que as partes celebram o contrato.⁷²

A cláusula compromissória/arbitral, está disposta no art. 4º da Lei de arbitragem, sendo definida como “ a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Como a cláusula está vinculada a um contrato, a arbitragem só poderá ter como objeto o negócio jurídico em que ela se adere, podendo as partes restringirem a jurisdição arbitral a determinadas questões trazidas no contrato ou a sua integralidade.⁷³

⁶⁹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 25.

⁷⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo, SP: Atlas, 2014, p. 157.

⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 190.

⁷² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 26/27.

⁷³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139, p. 167.

Contudo, segundo Luiz Antonio Scavone Jr., não importa se a cláusula arbitral é anterior ou posterior ao contrato. O que a define é o surgimento anteriormente ao conflito.⁷⁴ Podendo ser acrescida posteriormente ao contrato por meio de um aditivo, por exemplo, a chamada “compromissória pluridocumental”⁷⁵.

É nesse sentido que o compromisso trata de litígio determinado, enquanto que a cláusula trata de litígios determináveis, conforme citação de Guerrero.

Assim, hoje, não há diferença em relação ao objetivo das espécies, já que ambas visam que um determinado conflito seja resolvido por meio da jurisdição arbitral. Porém, nem sempre foi assim no sistema brasileiro.

Desde o protocolo de Genebra de 1923, em especial pelo art. 1º⁷⁶, já se atribuía identidade de tratamento e de efeitos entre a cláusula e o compromisso arbitral.⁷⁷

O Direito Internacional, indo ao encontro do protocolo, já vinha equiparando as duas espécies de convenção de arbitragem, a exemplo do Direito Italiano, na Lei de 05/01/1994 de n. 25, em que foi acrescido o art. 669⁷⁸, deixando evidente a absoluta equivalência entre cláusula e compromisso.⁷⁹

Ademais, o Código de Processo Civil Francês, no art. 1.442⁸⁰, já tornava apta a cláusula arbitral para a submissão do litígio ao Tribunal Arbitral, sem a necessidade do

⁷⁴ SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, conciliação e negociação**. 10ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020, p. 95.

⁷⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139, p. 167.

⁷⁶ “1 - Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromissos ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências, que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato”.

⁷⁷ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Juízo Arbitral**. Soluções Práticas - Arruda Alvim, vol. 4, p. 1069/1106, ago/2011. RTOonline, p.10.

⁷⁸ No original: “Nel caso in cui la controversia sai oggetto di compromisso o di clausola compromissória, la parte, nei termini di cui ao commi precedenti, deve notificare all'altra um atto nel quale dichiara la própria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, ala nomina degli arbitri”.

Tradução livre: “No caso de o litígio ser objeto de cláusula compromissória ou de compromisso, a parte, nos termos referidos nos números anteriores, deve notificar à outra a escritura em que declara a sua intenção de promover o procedimento de arbitragem, propõe o pedido e procede, no que lhe couber, à nomeação de árbitros”.

⁷⁹ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Juízo Arbitral**. Soluções Práticas - Arruda Alvim, vol. 4, p. 1069/1106, ago/2011. RTOonline, p.8 e 17.

⁸⁰ No original: “Art. 1442. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à um contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître à ce contrat”. E “Art. 1445. Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la parti ele plus diligente”

Tradução livre: “Art. 1442. A cláusula compromissória é o acordo pelo qual as partes de um contrato se obrigam a submeter à arbitragem quaisquer controvérsias que possam surgir deste contrato”. E “Art. 1445. A controvérsia é submetida ao tribunal arbitral conjuntamente pelas partes ou pela parte mais diligente.

compromisso arbitral. Sendo certo que, havendo cláusula arbitral, será incompetente o juízo estatal.⁸¹

No direito brasileiro, apesar desde ser signatário do protocolo de Genebra desde 1990, até o advento da Lei 9.307/96, somente o compromisso arbitral poderia instituir o juízo arbitral, não tendo a cláusula sua eficácia plena. A cláusula compromissória possuía natureza jurídica de um pré-contrato, era tida como mero pacto de *contrahendo*, não servindo, portanto, para afastar a competência da jurisdição estatal, sendo necessário a celebração de um posterior compromisso arbitral.⁸²

A Lei de arbitragem de 1996 inovou, concedendo força vinculante à cláusula arbitral, já que possibilitou às partes prever no contrato que eventuais litígios futuros serão dirimidos pela arbitragem. Havendo, assim, pela convenção a exclusão irretratável à jurisdição estatal.⁸³

Portanto, como o art. 3º⁸⁴ da Lei 9.307/96 trata da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, sob a denominação conjunta de convenção de arbitragem, hoje, ambas as espécies excluem a jurisdição estatal, tendo, assim, os mesmos efeitos, não trazendo às partes a obrigatoriedade de firmarem posterior compromisso arbitral.⁸⁵

Como afirma Carmona, a Lei de Arbitragem deixa claro que a instituição do procedimento arbitral se dá com a aceitação do árbitro ao encargo, podendo ocorrer tanto por força da cláusula como do compromisso. Para o Autor exigir, ao mesmo tempo, cláusula e compromisso, é um verdadeiro *bis in idem*. Conclui, portanto, que a arbitragem não tem como pressuposto necessário o compromisso arbitral.⁸⁶

Tem-se que a convenção de arbitragem tem dois propósitos: como acordo de vontades, vincula as partes à resolução de litígios por meio do juízo arbitral; já como pacto processual, afasta a jurisdição estatal. Basta a convenção de arbitragem, gênero, do qual são espécies a cláusula ou compromisso, para afastar a competência do juiz togado.⁸⁷

⁸¹ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Juízo Arbitral**. Soluções Práticas - Arruda Alvim, vol. 4, p. 1069/1106, ago/2011. RTOonline, p. 11.

⁸² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

⁸³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139., p. 129/130

⁸⁴ “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

⁸⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

⁸⁶ **Ibidem**, p. 78.

⁸⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009.p. 79.

Indo ao encontro da Lei de arbitragem, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a muito já pacificou a força vinculante da cláusula compromissória, sendo esta, por si só suficiente para garantir a obrigatoriedade da arbitragem.⁸⁸

Posto esta premissa, importante ressaltar que a lei de arbitragem, ao equiparar os efeitos das espécies da convenção arbitral, trouxe à baila no mundo acadêmico a discussão acerca da natureza jurídica dessa convenção.

Outrora falou-se em transação, na qual a arbitragem seria produto de um acordo entre as partes submetidas ao resultado proferido pelo árbitro. Entendia-se que as consequências não seriam determinadas diretamente pelas partes, mas pelos terceiros, escolhidos por elas. Contudo, essa classificação tem como premissa que a arbitragem seria um fenômeno puramente contratual, sem a existência propriamente dita de um litígio, não passando de mero ajuste da relação jurídica originária.⁸⁹

Tal entendimento resta-se superado pela disposição dos arts. 18⁹⁰ e 31⁹¹ da lei de arbitragem. Com a equiparação do compromisso e da cláusula, a convenção é tida como um negócio jurídico processual, já que há um acordo de vontades entre as partes para utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos, sendo este o efeito processual auferido.⁹²

⁸⁸ “SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. REQUISITOS. LEI 9. 307/96 E RESOLUÇÃO 9/2005 DO STJ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ANÁLISE DE CONTROVÉRSIA DECORRENTE DO CONTRATO. JUÍZO ARBITRAL. POSSIBILIDADE. MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL. ANÁLISE NO STJ. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. As regras para a homologação da sentença arbitral estrangeira encontram-se elencadas na Lei nº 9. 307/96, mais especificamente no seu capítulo VI e na Resolução nº 9/2005 do STJ. 2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado. 3. A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato. 4. Devidamente observado o procedimento previsto nas regras do Tribunal Arbitral eleito pelos contratantes, não há falar em qualquer vício que macule o provimento arbitral. 5. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes do STF e do STJ. 6. Pedido de homologação deferido”. (STJ - SEC: 1210 GB 2006/0185918-6, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 20/06/2007, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: --> DJ 06/08/2007 p. 444) grifos adicionados.

⁸⁹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 31.

⁹⁰ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

⁹¹ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

⁹² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 32/33.

Nessa medida, resta-se clara a natureza de negócio jurídico processual da convenção de arbitragem, tanto compromisso como cláusula, sendo certo que a conclusão do negócio é a solução do litígio, na forma em que estipulada pelas partes.⁹³

No que diz respeito a forma da convenção de arbitragem, se cláusula compromissória, esta obrigatoriamente deve ser escrita, sem qualquer formalidade específica. Sendo válida por qualquer meio de comunicação escrito, até mesmo mensagens e e-mails.⁹⁴ Podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira, nos termos do parágrafo 1º⁹⁵ do art. 4º da Lei de arbitragem.

Lado outro, as legislações espanhola e mexicana dispõem que a origem da convenção de arbitragem pode se dar em qualquer forma que pode ser reduzida a termo, não sendo necessariamente escrita. Por exemplo, manifestação de vontade via instrumento de voz, poderiam vincular as partes.⁹⁶

Ao encontro do direito internacional, o Superior Tribunal de Justiça adequou a questão por meio da Sentença Estrangeira Contestada (SEC) nº 856-EX, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ampliando a extensão da lei no sentido de que se a parte, consciente da celebração da cláusula compromissória, se comporta ao longo de todo o processo de modo a consentir a situação, não pode posteriormente renegar tal

⁹³ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: “Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário” (...)“Tem-se claro, assim, à luz das prescrições contidas na Lei n. 9.307/96, que, a partir do instante em que, no contexto de um instrumento contratual, as partes envolvidas estipulem a cláusula compromissória, estará definitivamente imposta como obrigatória a via extrajudicial para solução dos litígios envolvendo o ajuste”. (REsp: 606345 RS 2003/0205290-5, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 17/05/2007, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08/06/2007).

⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

⁹⁵ “§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

⁹⁶ GUERRERO, Luiz Fernando. Convenção de Arbitragem da Revolução de 1996 a uma prática em consolidação. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 156.

cláusula.^{97 98} O mesmo entendimento tem a da Corte de Comércio Internacional (CCI).
99

Ressalta-se ainda que, se tratando de contratos de adesão, há formalidade, visto a necessidade da cláusula compromissória ser redigida em negrito e ter um visto especial do aderente ou que esta seja estabelecida em documento próprio também assinado, sob pena de ser ineficaz, exceto se for o aderente quem deu início ao processo arbitral ou posteriormente, com ele concordou, conforme prevê o parágrafo segundo do art. 4º da Lei de Arbitragem.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

Já em relação ao compromisso, este pode ser celebrado judicialmente ou extrajudicialmente, aquele celebrar-se-á por termo nos autos, previsto no art. 209¹⁰² do CPC, perante o juízo ou tribunal onde está em curso a demanda, nos termos do parágrafo 1º¹⁰³ do art. 9º da Lei de arbitragem; já este será celebrado por escritura particular, assinado por duas testemunhas ou por instrumento público, nos termos do parágrafo 2º¹⁰⁴ do mesmo artigo.

⁹⁷ GUERRERO, Luiz Fernando. Convenção de Arbitragem da Revolução de 1996 a uma prática em consolidação. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 156.

⁹⁸ “Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida”. (STJ - SEC: 856 EX 2005/0031430-2, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 18/05/2005, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 27.06.2005 p. 203 REVFOR vol. 384 p. 251 REVFOR vol. 382 p. 304).

No mesmo sentido: “1.1 De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem.” (STJ - REsp 1.569.422 /Estado do Rio de Janeiro - 3.ª Turma - j. 26.04.2016 - m.v. - Rel. Marco Aurélio Bellizze Oliveira - DJe 20.05.2016).

⁹⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139., p. 173.

¹⁰⁰ **Ibidem**, p. 106-107

¹⁰¹ “§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

¹⁰² “Art. 209. Os atos e os termos do processo serão assinados pelas pessoas que neles intervierem, todavia, quando essas não puderem ou não quiserem firmá-los, o escrivão ou o chefe de secretaria certificará a ocorrência”.

¹⁰³ “§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda”.

¹⁰⁴ “§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.

No compromisso judicial, tem-se que as partes já ajuizaram uma demanda e decidem no curso do processo migrar para o procedimento arbitral, pondo fim ao judicial. Já no extrajudicial, o compromisso é firmado após a existência do litígio, mas sem que as partes tenham proposto ação judicial: vão direito para o procedimento arbitral.¹⁰⁵

Quando firmado judicialmente, este põe fim no processo judicial no estado em que se encontra podendo, ou não, serem aproveitados os atos processuais realizados, a critério do árbitro.¹⁰⁶

Ademais, a lei de arbitragem estabelece elementos obrigatórios, facultativos e, eventualmente, convencionais ao compromisso arbitral. Nos termos do art. 10¹⁰⁷, são indispensáveis: a qualificação das partes, a qualificação dos árbitros ou a entidade que os indicará, a matéria que será submetida à arbitragem e o local em que a sentença arbitral deverá ser proferida.¹⁰⁸

Como visto anteriormente, a arbitragem não produz efeitos em relação a terceiros, portanto a qualificação das partes, tem o intuito de limitar os sujeitos que estão submetidos ao procedimento.

Segundo Marinoni, essa obrigatoriedade de fixar a matéria levada à arbitragem pode ser comparada, por analogia, ao pedido, o qual deve estar claramente descrito na petição inicial, sendo essencial para que se verifique se os árbitros podem legitimamente dela tratar.¹⁰⁹

Ademais, o último requisito é de crucial importância, visto que o legislador utilizou como critério para averiguar se a sentença arbitral é nacional ou estrangeira, o local em que esta será proferida, nos exatos termos do parágrafo único do art. 34¹¹⁰ da

¹⁰⁵ SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, conciliação e negociação**. 10ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020, p. 98.

¹⁰⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139., p. 191.

¹⁰⁷ “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral”.

¹⁰⁸ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 44.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Função do Compromisso Arbitral. Soluções Práticas**, vol. 2/2011, p. 569-586, RTOonline, p. 4.

¹¹⁰ “Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”.

Lei de Arbitragem. Sendo proferida fora do território brasileiro, será estrangeira, devendo ser homologada para ter eficácia no território nacional, conforme art. 35¹¹¹ da Lei. ¹¹²

Em relação aos requisitos facultativos, tem-se o local da arbitragem, a autorização de julgamento por equidade, o prazo estipulado para prolação da sentença, a indicação da lei aplicável, a declaração de responsabilidade pelo pagamento de honorários e despesas processuais, nos termos do art. 11¹¹³ da Lei de Arbitragem.

Ressalta-se que as partes poderão convencionar outros elementos, conforme seus interesses, em respeito ao Princípio Maior da Autonomia da Vontade.

Em que pese a lei dispor destes elementos para o compromisso arbitral, como este se equipara a cláusula, é possível, e até aconselhável, incluir tais elementos também na cláusula compromissória, visando o desenvolvimento satisfatório do procedimento e até mesmo o afastamento da chamada cláusula vazia, que será analisada adiante.¹¹⁴

Nesse sentido, quando a lei estabelece requisitos para a validade da convenção de arbitragem e para o correto desenvolvimento do procedimento, visa-se, unicamente, garantir a legitimidade da arbitragem. Sendo, portanto, de crucial importância a observância de tais requisitos.

1.4. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral

De tudo o que foi dito, resta-se claro que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual, e, nesse sentido, como em todos os negócios jurídicos processuais, devem ser observados os planos da existência, validade e eficácia. Assim, para que as partes estejam submetidas à arbitragem, de rigor que a convenção arbitral exista validamente e produza efeitos.¹¹⁵

¹¹¹ “Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça”.

¹¹² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 204.

¹¹³ “Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros”.

¹¹⁴ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 51.

¹¹⁵ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 105.

Nesse sentido, para que a convenção seja válida, imprescindível que decorra da atuação de um homem livre, ou seja, que as partes livremente decidam que seu litígio será dirimido por arbitragem, sem que a elas recaia uma das hipóteses de nulidade, previstas no Código Civil, quais sejam: o erro, o dolo, a coação e o estado de perigo.¹¹⁶

Caso recaia um destes elementos, estaremos diante de um vício de consentimento, entendido como um desequilíbrio entre a vontade de fato e sua declaração ou entre a manifestação da vontade e as regras legais. Ou seja, a manifestação da vontade materializa-se em algo diverso do pretendido pelo sujeito.¹¹⁷

O primeiro dos vícios, o erro, pode ser conceituado como o falso conhecimento das circunstâncias do negócio jurídico, levando o sujeito a atuar em desconformidade com a sua vontade se conhecesse a real situação. Podendo ser dividido em erro de fato ou de direito.¹¹⁸

Para que leve a anulabilidade do negócio jurídico, conforme preceitua o art. 138 do Código Civil¹¹⁹, o erro deve relacionar-se à causa determinante do negócio e atingir, substancialmente, a declaração de vontade. Sendo acidental, o erro, quando recai sobre os motivos ou qualidades secundárias do objeto ou da pessoa e não altera a validade do negócio. Já no que diz respeito ao erro de direito, este é irremissível, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil¹²⁰.¹²¹

Como cita Guerrero, a título de exemplo, pode ocorrer erro no procedimento arbitral quando há equívocos na indicação da instituição arbitral responsável pela administração do litígio ou por um falso conhecimento de alguma circunstância do procedimento arbitral.¹²²

O dolo, por sua vez, pode ser definido como práticas arditosamente realizadas por uma das partes visando conseguir da outra alguma vantagem indevida. Podendo ocorrer por ação ou omissão. Na arbitragem, citando o exemplo de Guerrero, pode estar presente

¹¹⁶ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 106.

¹¹⁷ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 56.

¹¹⁸ **Ibidem**, p. 56.

¹¹⁹ “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

¹²⁰ “Art. 3 Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

¹²¹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 56/57.

¹²² **Ibidem**, p. 57.

quando uma parte indica uma câmara com nome parecido de outra mais famosa e respeitada, visando com isso algum benefício.¹²³

Já a coação se dá com a utilização de violência física ou psíquica para que, coercitivamente, o sujeito vítima realize uma declaração de vontade. No procedimento arbitral, pode ocorrer como uma imposição de uma parte à outra em relação ao negócio jurídico.¹²⁴

Por fim, no que diz respeito ao estado de perigo, tem-se um indivíduo ameaçado por perigo iminente, concorda em pagar um preço desproporcional em troca de socorro. Tal situação deve ser analisada com muita cautela, em razão de sua difícil comprovação, em face do *pacta sunt servanda*, sob pena de ser utilizado como escusa para o não cumprimento das obrigações.¹²⁵

Portanto, a vontade efetivamente manifestada pelas partes é indispensável para a própria legitimidade do processo arbitral, sendo certo que o vício de consentimento implica na anulabilidade da própria convenção de arbitragem, o que levará a extinção do processo arbitral como um todo.¹²⁶

Essa manifestação da vontade será trazida de forma escrita na convenção arbitral, como já citado no item anterior. Sendo certo que não há forma específica para a criação da convenção, sendo necessário apenas que seja escrita, nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei de Arbitragem.

Conclui-se, portanto, que para ser a convenção existente está deve expressar de forma escrita e, como parece entender a jurisprudência mais recente, por meio do contexto das negociações das partes, a livre manifestação da vontade em afastar a jurisdição estatal por meio da arbitragem.

Superada a manifestação da vontade das partes, o objeto do negócio jurídico deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e a essas características, na arbitragem, dá-se nome de arbitrabilidade objetiva.

Nos termos do art. 1º da Lei de arbitragem¹²⁷, esta só poderá ser a forma de resolução do conflito quando este trata de direitos patrimoniais disponíveis, limitando-se

¹²³ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 57/58

¹²⁴ **Ibidem**, p. 58.

¹²⁵ **Ibidem**, p.59.

¹²⁶ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 105.

¹²⁷ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

assim, os bens jurídicos arbitráveis. Patrimonial é o direito quando tratar de questões monetárias e disponível quando puder ser exercido livremente pelo seu titular. Portanto, em síntese, a arbitrabilidade objetiva envolve todos os bens e direitos que podem ser objeto de contrato.¹²⁸

Importante ressaltar, que se a convenção for um compromisso arbitral, a definição do objeto do procedimento arbitral é elemento obrigatório, como já visto. Já na cláusula compromissória, o objeto poderá estar contido, contudo será disposto de forma genérica, visto que impossível saber com exatidão quais conflitos, e se de fato, surgirão ao longo do procedimento. Sendo certo que, havendo necessidade de complementação ou definição nada impede que as partes, juntamente com os árbitros, já no procedimento arbitral, definam em conjunto tais questões.¹²⁹

Ademais, tem-se também como pressuposto de existência, a imprescindibilidade de o agente ser capaz, o que a doutrina definiu como arbitrabilidade subjetiva. Esta capacidade está ligada a possibilidade do sujeito se comprometer por si, nos termos da legislação aplicável à arbitragem. Essa análise deve partir da verificação da capacidade de gozo e exercício de direitos pelas partes e da existência de permissão ou vedação à realização da arbitral para aquela parte. Nas palavras de Guerrero, poderão ser partes aqueles aos quais a lei aplicável aquele litígio permita.¹³⁰

Nos exatos termos do art. 1º, poderão valer-se de arbitragem as pessoas capazes de contratar. Portanto, às partes é necessária uma capacidade específica, sendo certo que a parte contratante indispensavelmente deve poder se submeter à arbitragem ou o contrato lhe será ineficaz.¹³¹

E mais, a convenção arbitral deve conter todos os elementos de organização necessários para o início imediato da arbitragem. Trazendo pelo menos a forma de nomeação dos árbitros, bem como as regras que serão instituídas, seja de um determinado Tribunal Arbitral seja as estabelecidas pelas partes. Visando assim afastar recurso ao Judiciário.¹³²

¹²⁸ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 67/69.

¹²⁹ **Ibidem**, p. 71/73.

¹³⁰ **Ibidem**, p. 73/76.

¹³¹ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 106.

¹³² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 34.

Conforme posto anteriormente, a cláusula arbitral, assim como o compromisso de arbitragem, tem o condão de dar ensejo à instauração da arbitragem. Contudo, esta cláusula deve possuir todos os elementos de existência necessários para tal, sendo, portanto, “cláusula cheia”.

Nesse sentido, cláusula cheia é aquela que tem os requisitos mínimos para instaurar imediatamente a arbitragem, sem necessidade de firmar um compromisso arbitral. Para Luiz Antônio Scavone, esses requisitos mínimos são aqueles trazidos no art. 10 da Lei de Arbitragem.¹³³

Contudo, conforme consigna Cahali, cheia é a cláusula que contém os elementos previsto no art. 5º da Lei¹³⁴, ou seja, indicação da instituição, no caso de arbitragem institucional, com a aplicação das regras de entidade eleita ou a indicação da forma em que será promovida tal instituição, em especial a nomeação dos árbitros para que seja instalado o Tribunal Arbitral.¹³⁵

Parece-me que o segundo entendimento é mais acertado, visto que os elementos de existência da cláusula arbitral, denominada cheia, elementos minimamente necessários para a instauração da arbitragem, não se confundem com os requisitos de validade formal do compromisso arbitral, previsto no art. 10 da Lei 9.307/1996. Sendo certo que, para que se tenha uma cláusula cheia há necessidade de apenas constar a forma de nomeação dos árbitros ou a instituição que o fará. Os demais requisitos necessários poderão ser preenchidos posteriormente com auxílio do árbitro.¹³⁶

Contudo, caso as partes escolham a arbitragem *ad hoc*, rara no Brasil, será indispensável a especificação dos critérios para a instauração do procedimento, devendo ser mais detalhado o mecanismo para a nomeação dos árbitros.¹³⁷

¹³³ SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, conciliação e negociação**. 10ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020, p.94.

¹³⁴ “Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem”.

¹³⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139., p. 169.

¹³⁶ SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. AZEVEDO, Marcelo Cândido de. SERPA, Pedro Ricardo. **Existência, validade e eficácia da Convenção Arbitral**. Revista de Direito Empresarial. Vol.3/2014, p. 321-351, maio/jun 2014. RTOonline, p. 3/5.

¹³⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139., p. 171.

Nesse sentido, havendo cláusula arbitral cheia, a instauração do procedimento arbitral será imediata, sem necessidade de passar pelo judiciário¹³⁸, sendo realizada nos termos estipulados pelas partes diretamente ou de forma indireta, conforme o regulamento, no caso de estas indicarem instituição arbitral.¹³⁹

Por outro lado, a cláusula arbitral que não preveja a forma de nomeação dos árbitros, direta ou indiretamente, é denominada “cláusula vazia” ou “em branco”.

Essa lacuna existente na cláusula deverá ser suprida por compromisso arbitral quando do surgimento da controvérsia, podendo ser celebrada diretamente pelas partes ou, quando necessário, por intermédio do Judiciário.¹⁴⁰

Veja que mesmo diante de uma cláusula vazia já houve renúncia ao juízo estatal, estando as partes vinculados à arbitragem. Apenas será necessário a estipulação dos elementos para a instauração do juízo arbitral, tendo como consequência, portanto, a inviabilidade imediata da instauração arbitral.¹⁴¹

Assim, nos termos do art. 6º da Lei de Arbitragem, a parte interessada notificará a outra, por qualquer meio de comunicação que tenha comprovação de recebimento, acerca de seu interesse de instaurar a arbitragem, convocando-a para que em determinada data e local possam firmar o compromisso arbitral.

Ressalta-se que quanto ao meio de comunicação, pode ser utilizada até mesmo a via eletrônica, como e-mail. Devendo o interessado (notificante) preocupar-se de produzir prova do recebimento da mensagem pelo notificado, já que, na hipótese de ser necessária a via judicial, ao interessado cabe demonstrar que notificou validamente a outra parte a instaurar a arbitragem, sob pena de ver decretada a carência da ação por falta de interesse de agir.¹⁴²

¹³⁸ Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral”.

¹³⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139., p. 171.

¹⁴⁰ **Ibidem**. p. 173.

¹⁴¹ **Ibidem**, p.173

¹⁴² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 144.

Frustrada essa notificação extrajudicial, por desacordo ou omissão, a parte interessada pode propor a ação específica do art. 7º ¹⁴³ da Lei de arbitragem, visando firmar o compromisso arbitral de forma coercitiva.

Portanto, a Ação prevista no art. 7º visa a execução específica da cláusula compromissória vazia, para que seja respeitada a vinculação das partes ao juízo arbitral para a solução do conflito, conforme pactuado pelas partes. Caso haja divergências entre as partes, essa ação, dá ao juiz poder de preencher as lacunas do que for necessário para a instauração da arbitragem. Nesse sentido, Cahali diz se tratar de “jurisdição estatal integrativa”, já que a sentença tem o condão de complementar os elementos necessários da cláusula. ¹⁴⁴

A sentença judicial precedente valerá como compromisso arbitral, sendo necessárias as providencias para início do procedimento arbitral pela parte interessada. Portanto, certo é firmar o contrato com a cláusula cheia é, por óbvio, mais aconselhado. Contudo, sendo está vazia, isso não representa óbice para a renúncia do juízo estatal e a resolução do conflito por meio da arbitragem.

O que se tem, portanto, é que o negócio jurídico pode ter eficácia plena ou limitada, a depender de ser a cláusula “cheia” ou “vazia”. Na primeira hipótese há definição das regras a serem seguidas na arbitragem, já no segundo caso, haverá necessidade de um compromisso para definição das regras de instauração e desenvolvimento do procedimento arbitral. ¹⁴⁵

Assim, no que diz respeito aos efeitos, a convenção de arbitragem possui dois, um positivo e outro negativo. O primeiro traz a obrigatoriedade às partes de solucionar determinado conflito por meio da arbitragem, sendo aquele que atribuí aos árbitros a jurisdição. Decorrente do *Pacta Sunt Servanda*, força obrigatória dos contratos e como será visto mais adiante do Princípio da Competência--Competência dos árbitros.

Conforme Luiz Antonio Scavone Jr. consigna, a arbitragem, como qualquer solução alternativa de conflitos, não é obrigatória, visto que ninguém poderá ser compelido à arbitragem, nem sequer a lei pode impor tal solução, porém ao

¹⁴³ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

¹⁴⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 177.

¹⁴⁵ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 34/35.

convencionarem a convenção de arbitragem, em razão da manifestação volitiva livre e consciente, pelo princípio da autonomia da vontade, o que foi estabelecido às partes é obrigatório, em respeito ao *Pacta Sunt Servanda*.¹⁴⁶

Diante de tal “obrigatoriedade”, caso haja resistência de uma das à instauração da arbitragem, a convenção arbitral poderá ser executada pelo juízo estatal, nos termos do art. 7º da Lei de Arbitragem, medida está que só passou a ser possível com o advento da Lei em 1996.¹⁴⁷

Como bem afirma Arruda Alvim, a razão de ser da Lei 9.307/1996 é a possibilidade dessa obrigação assumida pelas partes. Pela lei fica descartada a possibilidade de inadimplemento do que foi pactuado em cláusula compromissória. Nesse prisma, a Lei de Arbitragem venho com o objetivo de atribuir a cláusula arbitral coercibilidade suscetível de condução ao juízo arbitral, em conformidade com o direito comparado.¹⁴⁸

Os efeitos da convenção de arbitragem são imediatos, desde de que livres de vícios, passando os árbitros a serem dotados de jurisdição e competência para solucionar os litígios especificados pelas partes. Portanto, o efeito positivo visa garantir a eficácia da convenção arbitral.¹⁴⁹

Ademais, este efeito também é causa da execução específica da convenção arbitral, nos termos do art. 7º, já que se não houvesse vinculação da convenção arbitral às partes, não haveria como executá-la judicialmente para obrigar a parte a firmar o compromisso, no caso de cláusula vazia.¹⁵⁰

Já o efeito negativo, tem o condão de subtrair do Poder Judiciário a função jurisdicional em relação às questões limitadas na convenção de arbitragem. Ou seja, retira a pretensão jurisdicional do juiz togado e entrega ao árbitro, impedindo as partes de utilizarem o judiciário para a resolução daquela demanda.¹⁵¹

¹⁴⁶ SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, conciliação e negociação**. 10ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020, p. 88.

¹⁴⁷ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 157/158.

¹⁴⁸ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Juízo Arbitral**. Soluções Práticas - Arruda Alvim, vol. 4, p. 1069-1106, ago/2011. RTOonline, p. 9.

¹⁴⁹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p.160.

¹⁵⁰ SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. AZEVEDO, Marcelo Cândido de. SERPA, Pedro Ricardo. **Existência, validade e eficácia da Convenção Arbitral**. Revista de Direito Empresarial, vol.3/2014, p. 321-351. RTOonline, p. 9.

¹⁵¹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 161/162.

Excepciona-se a necessidade da execução forçada da sentença arbitral, bem como nos casos em que há necessidade de medidas coercitivas ou de urgência, as quais serão dirimidas no juízo estatal, diante da falta de *imperium* do árbitro. Ademais, nos excepcionalíssimos casos de nulidade da sentença arbitral, esta será declarada nula por meio de Ação Anulatória ajuizada na justiça comum. Assim, nas palavras de Guerrero, o afastamento do judiciário não é definitivo.¹⁵²

Por fim, convém falar do efeito suspensivo da convenção de arbitragem. Esse efeito se dará nos casos de coexistência entre métodos de solução de conflitos. Assim, havendo a previsão de mediação, o processo adjudicatório, arbitragem ou judicial, só ocorrerá após a mediação infrutífera. Nesse sentido, havendo métodos consensuais e adjudicatórios combinados em cláusulas escalonadas, a convenção arbitral ficará suspensa, permitindo a realização do método consensual prévio.¹⁵³

Portanto, indispensável a análise da existência, validade e eficácia da convenção arbitral para que se tenha um procedimento regular sem ensejar nulidades ou, até mesmo, a própria extinção do processo.

Capítulo 2. A autonomia do Tribunal Arbitral e a cooperação do Poder Judiciário junto à arbitragem

Superada a análise acerca da natureza jurisdicional da arbitragem, bem como de como se dá a renúncia à jurisdição estatal, por meio da convenção arbitral. Importante se faz a averiguação de como essas duas jurisdições existem concomitantemente.

Há, de fato, autonomia do Tribunal Arbitral ou ele está sujeito ao controle do Poder Judiciário? Os Juízes togados têm alguma função junto ao procedimento arbitral ou não? Na medida em que o árbitro não detém poder de *imperium*, como se dará a efetivação de suas decisões, quando a parte não as cumprir voluntariamente?

Pretende-se responder tais questões neste Capítulo.

2.1. A autonomia da cláusula compromissória

¹⁵² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. 162.

No mesmo sentido: BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo, SP: Atlas, 2014, p. 158.

¹⁵³ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4.ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022, p. p.160, p. 167.

Antes da lei de arbitragem, como haviam dúvidas sobre a obrigatoriedade ou não da cláusula arbitral, sequer se falava em sua autonomia¹⁵⁴.

Com o advento da lei de arbitragem, inspirada na lei-modelo da UNCITRAL, passou a ser expresso que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato onde está inserida, nos termos do art. 8º da Lei de Arbitragem¹⁵⁵. Passando a vigorar a chamada “*separability of the arbitration clause*”.¹⁵⁶

Segundo Cahali, em qualquer situação a cláusula compromissória não será acessória, mas apenas autônoma em relação ao negócio jurídico.¹⁵⁷ Já Leonardo de Faria Beraldo, entende que a cláusula compromissória é autônoma e acessória. Acessória, na medida em que só haverá preocupação em redigir uma cláusula arbitral se houver uma obrigação principal a qual pode ser objeto de conflitos¹⁵⁸.

O segundo entendimento parece mais consistente. Fato é que a cláusula arbitral é autônoma e independente ao contrato. Porém, há necessidade que este exista, ou seja, que haja um negócio jurídico principal entre as partes, para que estas estipulem uma cláusula arbitral e nesse sentido podemos dizer que seria “acessória” ou “relativa” ao contrato principal. Ou, como diz Carmona, há uma ligação instrumental¹⁵⁹.

Fato é que dizer ser a cláusula autônoma significa que mesmo se uma das cláusulas do contrato principal ou até mesmo se o próprio contrato, em sua integralidade, for inválido, não será atingida a cláusula compromissória, preenchendo esta os requisitos (cláusula cheia), permanecerá válida e eficaz.¹⁶⁰

Se assim não o fosse, qualquer vício existente no contrato seria estendido à cláusula compromissória, qualquer irregularidade quanto à forma do contrato, seria motivo para afastar o juízo arbitral, violando a autonomia privada das partes, já que estas

¹⁵⁴ ARAUJO, Nadia de. **O Princípio da Autonomia da Cláusula arbitral na jurisprudência brasileira**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 27/2010, p. 265/286. RTOonline, p. 1.

¹⁵⁵ “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

¹⁵⁶ CAMELO, Antônio Sampaio. **A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 40/2014, p. 151-177. RTOonline, p. 4.

¹⁵⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 189.

¹⁵⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 192.

¹⁵⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173.

¹⁶⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 189.

escolheram a arbitragem como forma de resolução de seu conflito em detrimento do judiciário.¹⁶¹

Sendo certo que o objeto do contrato principal terá exigências e características próprias, caso haja alguma irregularidade, este pode ser invalidado. Estando perfeita a cláusula, de rigor sua observância, submetendo-se o conflito ao juízo arbitral, inclusive no que diz respeito aos defeitos do contrato principal¹⁶².

Quando inserida cláusula arbitral em um determinado contrato, inserem nova relação jurídica, manifestando sua vontade quanto a forma de resolução do conflito, sendo assim diversa a causa que gerou o contrato e a cláusula.¹⁶³

O que se tem é que quando estabelecida a cláusula arbitral relativa a um determinado contrato, cria-se duas relações jurídicas. O contrato, em que as partes se obrigaram trazendo direitos e deveres entre si e, havendo controvérsias respectivas ao contrato, a arbitragem, para solucioná-las.¹⁶⁴

Podendo, inclusive, terem condições de validade diversas. Há contratos em que se exigem certos requisitos, em contrapartida a lei não prevê, além da forma escrita, qualquer requisito para cláusula arbitral. Ademais, a cláusula arbitral pode estar submetida a lei distinta da que regerá as relações negociais do contrato.¹⁶⁵

Ainda que a controvérsia seja a respeito da competência do árbitro ou sobre a nulidade do próprio contrato, a situação será primeiramente analisada pelo juízo arbitral em detrimento do estatal.¹⁶⁶

Um exemplo citado por Cahali é um negócio jurídico em que haja forma estabelecida em lei, escritura pública, e a inobservância das partes, pactuando instrumento particular com cláusula compromissória. O vício de forma do contrato principal não se

¹⁶¹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

¹⁶² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139., p. 189.

¹⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173/174.

¹⁶⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

No mesmo sentido Cahali: “Assim, quando se estabelece a cláusula arbitral relativa a um contrato, na verdade criam-se duas relações jurídicas: o negócio contratado e a arbitragem, esta última independente, porém restrita à vontade das partes em submeter aquela primeira à tutela arbitral”. (CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138/139., p. 189).

¹⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 174.

¹⁶⁶ SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, conciliação e negociação**. 10ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020, p. 104.

estende a disposição arbitral, cabendo ao árbitro julgar a invalidade ou não deste contrato¹⁶⁷.

Contudo, o autor ainda cita que há casos, como a falsidade do instrumento, vícios de consentimento ou relativos à capacidade das partes, em que a causa de invalidação pode comprometer ambas as relações.¹⁶⁸

Carlos Alberto Carmona traz questão muito interessante que merece ser analisada: caso o contrato seja resilido, sem qualquer menção a cláusula compromissória, continuará o árbitro competente para dirimir conflito que verse sobre o contrato desfeito?

A resposta parece ser no sentido de que sim. O desejo das partes de resolver a relação principal não as afasta da cláusula autônoma, criada pelas partes. Assim, com o surgimento da controvérsia decorrente do contrato resolvido a competência será do árbitro e não do juiz togado.¹⁶⁹

Ademais, é possível que a convenção se torne ineficaz por ocorrência de fato superveniente. Leonardo Beraldo cita, a título de exemplo, a inarbitralidade objetiva ou subjetiva, pensando em uma parte que perde sua capacidade civil por problemas de saúde ou uma vedação arbitral, pela via legislativa, à determinada matéria.¹⁷⁰

Essa autonomia da cláusula compromissória advém do chamado Princípio da Separabilidade, que diz respeito à validade subjetiva da convenção, permitindo aos árbitros, como foi dito, declararem a invalidade do contrato sem que isto invalide a cláusula. Sendo este princípio complementar, mas diverso, ao da Competência-Competência, o qual se analisará detalhadamente no próximo capítulo.¹⁷¹

¹⁶⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 189.

¹⁶⁸ **Ibidem**, p.189.

No mesmo sentido Carmona: “A Lei, portanto, foi clara no sentido de permitir a autonomia da cláusula, embora não ignore que, em diversas situações, as causas de nulidade (e de anulabilidade) tanto do contrato principal quanto da cláusula possam ser as mesmas, já que ambos os pactos podem ter sido gerados conjuntamente, padecendo dos mesmos vícios, especialmente no que se refere à declaração de vontade (vícios de consentimento) ou capacidade dos contratantes” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 174).

¹⁶⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 174/175.

No mesmo sentido Scavone: “Em resumo, ainda que o conflito verse sobre a nulidade do próprio contrato ou da cláusula arbitral, a controvérsia deverá ser decidida inicialmente pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário, ainda que as partes tenham resilido bilateralmente o contrato e a controvérsia verse sobre o distrato”. (SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, conciliação e negociação**. 10ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020.P. 104).

¹⁷⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 192.

¹⁷¹ CAMELO, Antônio Sampaio. **A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 40/2014, p. 151-177. RTOnline, p. 4.

Portanto, o Princípio da Autonomia da Cláusula arbitral, juntamente com a Competencia- Competencia, são responsáveis por promover à arbitragem a possibilidade de ser uma jurisdição privada e autônoma, a qual escolhida não pode ser descartada, posta o seu caráter vinculativo.

Características estas extremamente importantes frente a tentativas das partes, inconformadas, de invalidarem o procedimento arbitral, o que não prosperará.¹⁷²

2.2. Cooperação da jurisdição estatal na arbitragem

Em que pese a autonomia da jurisdição arbitral, outorgada pela cláusula compromissória, a cooperação entre o poder judiciário e o juízo arbitral é de extrema importância para o regular desenvolvimento do procedimento arbitral.

Contudo, essa complementariedade, não foi o entendimento prevalecente desde o início. Primeiro, entendia-se ser a arbitragem totalmente dependente do Poder Judiciário, depois, em total oposição, passou-se a entender que os institutos eram totalmente independentes. Obviamente nenhum dos dois entendimentos supria a efetividade do procedimento arbitral.¹⁷³

Em que pese a arbitragem, sendo instituto autônomo, afaste a jurisdição estatal, no que diz respeito à análise de mérito, pacífico que hoje a relação entre as duas jurisdições é de complementariedade.¹⁷⁴

Essa interligação pode ser observada de várias formas, desde o art. 7º da Lei de Arbitragem, em razão da cláusula compromissória vazia até a ação anulatória de sentença

¹⁷² Nesse sentido a jurisprudência do STJ tem entendido: “Nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo”. (STJ - REsp: 1288251 MG 2011/0250287-8, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 09/10/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2012).

No mesmo sentido: “3.1 Por expressa disposição legal (art. 8º, caput, da Lei n. 9.307/1996), a cláusula compromissória, por meio da qual as partes convencionam submeter eventuais e futuros litígios à arbitragem, é autônoma no tocante à relação contratual subjacente. Desse modo, o exame acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não se confunde com o do contrato a que se relaciona. Por consectário, eventual nulidade, ou mesmo inexistência jurídica, do contrato principal não tem nenhuma repercussão na convenção de arbitragem”. (STJ - REsp: 1699855 RS 2017/0240742-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 01/06/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2021).

¹⁷³ NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli. LIGERO, Gilberto Notário. **Carta Arbitral: Novo Instrumento de cooperação entre árbitros e juízes estatais.** Revista dos Tribunais, vol 988/2018, p. 83/103. RTOonline, p. 6.

¹⁷⁴ **Ibidem**, p. 6/7.

arbitral, visando um controle, em casos excepcionalíssimos. Ao longo do procedimento, passa-se pelas medidas de urgência ou coercitivas e até pela execução da sentença arbitral. Sendo certo, portanto, que o juízo estatal pode atuar preliminarmente, no curso ou até depois do juízo arbitral.¹⁷⁵

A colaboração entre as duas jurisdições está expressamente prevista no art. 22, 22-A e 22-B¹⁷⁶ da Lei de arbitragem, com a possibilidade do judiciário conduzir coercitivamente testemunhas, visto que a arbitragem não tem, como já visto, poder coercitivo, bem como de proferir tutelas de urgência ou cautelar, as quais poderão ser mantidas, modificadas ou revogadas pelo árbitro.¹⁷⁷

Ademais, o Capítulo II, do Título III do CPC, denominado “Da Cooperação Nacional”, traz o dever recíproco de cooperação entre os órgãos do Poder judiciário, nos termos do art. 67¹⁷⁸. Inovando ao trazer, no parágrafo primeiro do art. 69¹⁷⁹, a figura da carta arbitral, integrando o juízo arbitral nesse sistema de cooperação.

Importante frisar que a forma que se dará essa cooperação entre as jurisdições depende da solicitação. Se informações ou a prática de determinado ato judicial, bastará um ofício do árbitro dirigido ao magistrado. Nesses casos há um destinatário certo, o juízo de determinada vara ou tribunal. Agora, há casos em que há necessidade de livre distribuição para determinar qual o juiz competente para o ato, aqui utiliza-se a carta

¹⁷⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 322.

¹⁷⁶ “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem”.

“Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

“Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”.

¹⁷⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 322.

¹⁷⁸ “Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores”.

¹⁷⁹ “Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código”.

arbitral, como ocorre na condução coercitiva de testemunhas ou outras medidas coercitivas, como bloqueio e busca e apreensão.¹⁸⁰

Tanto na carta como no ofício deve ser demonstrada a legitimidade da solicitação, comprovando-se a existência de convenção arbitral e a decisão pertinente proferida por um árbitro competente, cabendo ao juízo estatal promover o que foi solicitado, cooperando com o árbitro do que lhe couber, não examinando o que foi lá decidido, apenas promovendo a efetividade do cumprimento dos atos.¹⁸¹

Diante disso, não há que se falar em jurisdição compartilhada, mas sim, partilhada, visto que tratar-se-ão de funções complementares e não concorrentes¹⁸².

2.2.1. A carta arbitral

A Carta Arbitral passou a existir no âmbito da cooperação jurisdicional com o advento do Código de Processo Civil de 2015, uniformizando o procedimento no juízo estatal.

Conforme preceitua o art. 237, inciso IV, será expedida carta “arbitral para que o órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória”. Tecendo, o parágrafo 3º¹⁸³ do art. 260, os requisitos necessários da carta arbitral.

Já a Lei 13.129/2015, acrescentou à Lei de Arbitragem o Capítulo IV-B “Da Carta Arbitral”. Trazendo o art. 22-C¹⁸⁴, o qual dispõe expressamente a possibilidade do árbitro expedir carta arbitral ao judiciário.

¹⁸⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 324/325.

¹⁸¹ **Ibidem**, p. 325.

¹⁸² **Ibidem**, p. 325.

¹⁸³ “Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:

I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;

II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;

III - a menção do ato processual que lhe constitui o objeto;

IV - o encerramento com a assinatura do juiz.

(...) § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função”.

¹⁸⁴ “Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro”.

“Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem”.

Criada assim, através da carta arbitral, uma estrutura formal para a comunicação entre as duas jurisdições, por certo muito vantajosa, evitando-se qualquer desencontro entre o estabelecido pelo juízo arbitral e a forma de efetivação pelo juízo estatal.

A carta arbitral, assim estruturada, traz maior segurança jurídica à arbitragem e às partes, que nela se vinculam, visto que à primeira carece de *imperium* e as segundas almejam a resolução de seu conflito de forma efetiva¹⁸⁵.

Importante ressaltar, que o Poder Judiciário será provocado para assistir o juízo arbitral, não podendo modificar o que fora determinado na arbitragem. Ou seja, ao juiz togado não cabe analisar o mérito da questão a ele submetida, limitando-se a cumprir a solicitação¹⁸⁶.

Nesse sentido, certo é que a carta arbitral, resolve a questão da ausência de poder coercitivo dos árbitros, os quais não podem executar as medidas coercitivas, mas podem decidir por sua necessidade.¹⁸⁷

Desde a publicação da Lei modelo da UNCITRAL, diversos tratados internacionais e leis domésticas preveem o poder de os árbitros decretarem medidas coercitivas. Conforme consigna Marcelo Barbi Gonçalves, não faz sentido atribuir ao árbitro jurisdição para decidir o mérito do conflito, mas lhe subtrair os meios para assegurar o resultado útil de sua decisão.¹⁸⁸

Certo é que compete ao árbitro apreciar providências cautelares em virtude da inviabilidade da separação dos poderes cognitivos e assecuratórios. Nesse sentido, continua o autor, que dos cinco elementos que compõem o poder jurisdicional - *novatio*, *vocatio*, *iudicium*, *coertio* e *executio* - os árbitros não deteriam apenas os dois últimos.¹⁸⁹

Assim, ao passo que a jurisdição exercida pelo árbitro não inclui atos de constrição sobre pessoas ou bens é imprescindível que haja cooperação entre o juízo estatal e arbitral, garantindo-se a efetividade da decisão arbitral.¹⁹⁰

¹⁸⁵ NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli. LIGERO, Gilberto Notário. **Carta Arbitral: Novo Instrumento de cooperação entre árbitros e juízes estatais**. Revista dos Tribunais, vol 988/2018, p. 83/103, fev/2018. RTOnline, p. 8.

¹⁸⁶ **Ibidem**, p.9.

¹⁸⁷ **Ibidem**, p. 9.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 142.

¹⁸⁹ **Ibidem**, p. 143.

¹⁹⁰ **Ibidem**, p. 143.

Crucial trazer aqui questão analisada por Marcelo Barbi Gonçalves a respeito da, cada vez mais recorrente, desjudicialização e privatização da execução, contida na Recomendação n. 17/2003 do Conselho da Europa. Nas palavras do autor:

“A desjudicialização parte da premissa de que a tutela executiva, embora de natureza jurisdicional, não exige que o juiz detenha a direção formal do processo, isto é, os atos executivos rotineiros (penhora, avaliação, expropriação, etc), estes podem ser praticados por terceiros estranhos ao processo”.¹⁹¹

Vários são os países europeus que já aplicam o sistema da desjudicialização da execução, por meio do chamado “agente de execução”, tido este como principal ente jurídico da execução.¹⁹²

Cabe ressaltar que no Brasil essa tendência de desjudicialização da execução já se mostra com a edição do projeto de lei nº 6.204/2019, em trâmite desde 21 de novembro de 2019, de autoria da senadora Soraya Thronicke.

Tal projeto tem como base o direito estrangeiro, em especial o português, visando a desjudicialização da execução de títulos judiciais e extrajudiciais, permitindo a realização da execução de forma privada e compatível com a Constituição Federal.¹⁹³

Nos termos do art. 236¹⁹⁴ da Constituição Federal, a atividade executiva pode ser delegada por opção legislativa. Contudo, os atos de constrição patrimonial devem ser realizados por particulares delegados pelo próprio Estado, que passam a exercer uma função pública, mas de forma privada.¹⁹⁵

O projeto de lei propõe que essa delegação seja realizada ao tabelião de protesto, ou seja, o Estado delegará uma parcela do poder de *imperium* a outro e determinado órgão da estrutura estatal.¹⁹⁶

¹⁹¹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 145.

¹⁹² FERNANDES, Geraldo OG Nicéas. RIBEIRO, Flávia Pereira. KOEHLER, Fredderico Augusto Leopoldino. **A desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o PL 6.204/2019 do Senado Federal**. Boletim Revista dos Tribunais Online, vol. 27/2022. Maio, 2022. RTOnline, p. 2.

¹⁹³ **Ibidem**, p.4.

¹⁹⁴ “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

¹⁹⁵ FERNANDES, Geraldo OG Nicéas. RIBEIRO, Flávia Pereira. KOEHLER, Fredderico Augusto Leopoldino. **A desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o PL 6.204/2019 do Senado Federal**. Boletim Revista dos Tribunais Online, vol. 27/2022. Maio, 2022. RTOnline, p. 4.

¹⁹⁶ **Ibidem**, p. 4.

Ademais, o projeto não afronta a Constituição, pois entendendo, o devedor, que a execução procede de forma ilegal ou injusta, este pode socorrer-se do judiciário por meio de embargos à execução, suscitação de dúvidas e impugnação, assegurados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça.¹⁹⁷

O projeto é importante inovação que pode potencializar a eficiência dos processos executivos, muitas vezes ineficazes, desafogando o judiciário e trazendo melhoria na tutela jurisdicional executiva. Sendo, quem sabe, o primeiro passo para começarmos a pensar em uma possível outorga do poder de *imperium* também ao árbitro.

Veja-se o projeto de lei é claro, o Estado delegará o poder de *imperium* apenas ao tabelião de protesto, ente também estatal. Contudo, segundo Marcelo Barbi Gonçalves, sendo certo que o árbitro aplica o direito e o mérito de sua decisão não pode ser revisto pelo judiciário, não haveria razão, segundo o autor, para que as partes não pudessem, mediante negócio jurídico processual, atribuir poderes executórios ao árbitro.¹⁹⁸

Ressalvado, ainda, que se necessário for diligência de oficial de justiça ou a presença de força policial é substancial que seja utilizada a carta arbitral, buscando-se a cooperação do judiciário. Isto porque, os servidores da justiça e as forças policiais não cumprem ordens privadas.¹⁹⁹

Tampouco as hipóteses sujeitas a reserva absoluta de jurisdição, como a interceptação telefônica, a decretação de prisão e a inviolabilidade domiciliar. Nesses casos, por óbvio, é imprescindível ordem emanada de juiz estatal, sendo nula a cláusula contratual que estipule tais poderes ao árbitro.²⁰⁰

Portanto, diante de tais inovações, não é absurdo pensar que daqui há alguns anos poderemos ter a possibilidade de o árbitro realizar a execução de sua própria decisão, salvo às hipóteses acima mencionas.

Enfim, no que diz respeito a este trabalho importante termos em mente que a inovação trazida com a criação da carta arbitral afastou qualquer ideia retrógrada de

¹⁹⁷ FERNANDES, Geraldo OG Nicéas. RIBEIRO, Flávia Pereira. KOEHLER, Fredderico Augusto Leopoldino. **A desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o PL 6.204/2019 do Senado Federal.** Boletim Revista dos Tribunais Online, vol. 27/2022. Maio, 2022. RTOonline, p. 5.

¹⁹⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 145/146.

¹⁹⁹ **Ibidem**, p. 147.

²⁰⁰ **Ibidem**, p. 148.

superioridade hierárquica ou subordinação entre as jurisdições, consolidando a ideia de cooperação para que ambas as justiças trabalhem de forma mútua e solidária.²⁰¹

2.2.2. Tutelas cautelar e de urgência

A Lei de Arbitragem traz dois dispositivos dedicados as medidas de urgência, o art. 22-A e o art. 22-B. O primeiro trata da fase pré-arbitral, dispondo que “antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”. Sendo certo que, nos termos do parágrafo único deste mesmo artigo, “cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão”.

Por sua vez, o art. 22-B prevê que “instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”. Especificando o parágrafo único correlato que, caso a arbitragem já esteja instituída, “a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”.

Da leitura dos arts. 22-A e 22-B, resta-se claro que o modelo de competência para concessão de medidas cautelares que vigora no nosso País é o da competência coordenada, em detrimento da competência exclusiva dos árbitros, competência exclusiva do Poder Judiciário e competência concorrente.²⁰²

A competência coordenada estabelece que a jurisdição arbitral é preferencial, mas a competência do judiciário é mantida quando for mais indicada diante da circunstância. Nos termos da Lei arbitral brasileira, o poder judiciário só terá competência para conceder as medidas de urgência até a formação do Tribunal Arbitral, a partir de então a competência passa a ser exclusiva dos árbitros. Portanto, são competências exclusivas exercidas em momentos distintos.²⁰³

²⁰¹ NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli. LIGERO, Gilberto Notário. **Carta Arbitral: Novo Instrumento de cooperação entre árbitros e juízes estatais**. Revista dos Tribunais, vol 988/2018, p. 83/103. RTOline, p. 8.

²⁰² NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. Medidas cautelares em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 452.

²⁰³ **Ibidem**, p. 456/458.

Aqui há clara exceção à regra da jurisdição arbitral exclusiva atribuída pela convenção. Ou seja, nos casos de urgência, em um primeiro momento, excepciona-se a regra da competência.

Noutro giro, o modelo de competência exclusiva dos árbitros é puramente teórico, não sendo adotado por nenhum ordenamento jurídico. Já o de competência exclusiva do Judiciário é adotado em alguns países, como na Itália, Tailândia e Suíça, no que diz respeito às arbitragens domésticas. Por sua vez, na competência concorrentes partes podem solicitar medidas de urgência ao juiz estatal ou ao Tribunal Arbitral. Este é o modelo adotado pela UNCITRAL²⁰⁴, optado pela Alemanha, Argentina, França, Portugal e Japão.²⁰⁵

Ademais, a lei brasileira não especifica os requisitos para concessão da medida de urgência, havendo, portanto, total discricionariedade conferida aos árbitros em relação aos parâmetros que irá utilizar para conceder ou não a tutela provisória. Sendo, contudo,

²⁰⁴ “Article 17. Power of arbitral tribunal to order interium measures

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interium measures.

Article 17 J. Court-ordered interium measures

A court shall have the same power of issuing an interium measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration”.

Tradução livre: Art. 17. Poder do tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares

(1) Salvo acordo em contrário das partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma das partes, conceder medidas cautelares.

Art. 17 J. Medidas cautelares ordenadas pelo tribunal

O tribunal terá o mesmo poder de proferir uma medida cautelar em relação aos processos de arbitragem, independentemente de sua sede ser no território deste Estado, como em relação aos processos nos tribunais. O tribunal exercerá tal poder de acordo com seus próprios procedimentos, considerando as características específicas da arbitragem internacional.

²⁰⁵ NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. Medidas cautelares em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.453/455.

de rigor o respeito da lei modelo UNCITRAL, que estabelece no art. 17-A²⁰⁶, alguns requisitos para que o árbitro conceda a medida²⁰⁷.

Por sua vez, o Código de Processo Civil brasileiro divide as tutelas provisórias em: tutelas de urgência e tutela de evidência. Sendo que as tutelas de urgência se subdividem em: tutela antecipada e tutela cautelar, podendo estas serem requeridas de forma antecedente, antes do ajuizamento da ação ou de forma incidental, no curso da ação.

As tutelas de urgência (antecipada ou cautelar), nos termos do art. 300²⁰⁸ do Código de Processo Civil, serão concedidas se presentes dois requisitos: a “probabilidade do direito” e o “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Diferenciando-se a tutela antecipada da cautelar, segunda a doutrina, no sentido de que a primeira é satisfativa, permite a fruição direta do bem, e a segunda é conservativa, permite a conservação do resultado útil do processo²⁰⁹.

Como já visto, na arbitragem há liberdade para as partes escolherem o direito que será aplicado ao processo arbitral, assim, o direito processual brasileiro não será automaticamente aplicado a arbitragem interna, sendo de rigor observado o que foi definido pelas partes em convenção arbitral ou no regulamento da instituição escolhida, desde que não haja violação da ordem pública processual da sede de arbitragem.²¹⁰

Portanto, as disposições sobre tutelas provisórias trazidas no Código de Processo Civil, não serão, necessariamente, aplicadas na arbitragem. Contudo, importante trazer, brevemente, algumas comparações.

²⁰⁶ “Art. 17.º-A Requisitos para a concessão de medidas provisórias (1) A parte que solicita uma medida provisória com base no art. 17.º, parágrafo 2.º, alíneas a), b) e c), deverá demonstrar ao tribunal arbitral que: (a) Caso a medida provisória não seja concedida, é provável que haja dano não adequadamente reparável por uma indenização, e que esse dano ultrapasse substancialmente aquele que a parte, contra a qual a medida é voltada, sofreria se a medida fosse ordenada; e (b) Existe uma possibilidade razoável de que a parte que solicita a medida provisória tenha sucesso quanto à substância do seu pedido. A determinação desta possibilidade não afetará a decisão do tribunal arbitral em decisões posteriores. (2) No que diz respeito a um pedido de medida provisória, ao abrigo do art. 17.º, parágrafo 2.º, alínea d), os requisitos do parágrafo 1.º, alíneas a) e b) do presente artigo., só se aplicarão se o tribunal arbitral o considerar apropriado”.

²⁰⁷ NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. Medidas cautelares em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 452.

²⁰⁸ “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

²⁰⁹ NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. Medidas cautelares em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.p. 482.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 476/478.

Nos mesmos termos que no processo judicial, conforme §2^o²¹¹ do art. 300 do Código de Processo Civil, caso não haja disposição em sentido contrário, no regulamento da instituição escolhida ou pelas próprias partes, é possível que a tutela seja concedida *inaudita altera parte*, ou seja, sem a manifestação da parte contrária, visto que tal situação não viola o Princípio do Contraditório.²¹²

Contudo, importante frisar que diante da facilidade de comunicação entre as partes e árbitros no processo arbitral, tal medida deve ser excepcional, quase nunca sendo utilizada na prática.²¹³

Porém, a própria UNCITRAL permite a concessão, em situações específicas.²¹⁴ Assim como os regulamentos da SIAC (Schedule 1 (8)), SCAI (Art. 26.3), LCIA (art. 9.7) e da Câmara de Arbitragem do Mercado (art. 5.1.1)²¹⁵.²¹⁶

Ademais, frisa-se que na arbitragem, como no processo judicial, a tutela antecipada “não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”, nos exatos termos do § 3^o²¹⁷ do art. 300 do Código de Processo Civil. Configurando a irreversibilidade como requisito negativo.²¹⁸

Outra importante semelhança é que, assim como o juiz togado, o árbitro detém liberdade para escolher o meio processual mais adequado para a posterior efetivação da

²¹¹ “§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia”.

²¹² NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. Medidas cautelares em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 485

²¹³ **Ibidem**, p. 485

²¹⁴ **Ibidem**, p. 465.

“Art. 17.º-B Pedidos de providências cautelares e requisitos para a sua concessão (1) Salvo acordo das partes em contrário, uma das partes pode, sem notificar qualquer das outras partes, submeter um pedido de medida provisória, juntamente com um pedido de providência cautelar, requerendo que determinada parte não frustre o objetivo da medida provisória solicitada. (2) O tribunal arbitral pode conceder uma providência cautelar desde que considere que a divulgação prévia do pedido de medida provisória à parte contra a qual ela foi solicitada implica risco de frustração do objetivo da medida provisória”.

²¹⁵ “Art. 5.1.1 O Árbitro de Apoio deverá decidir sobre a medida de urgência após ouvir a parte contrária, que será notificada para manifestar-se no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. A medida de urgência poderá ser determinada sem a oitiva da parte contrária, quando for indispensável para a sua eficácia, devendo o árbitro ordenar sua notificação imediata acerca do conteúdo da decisão”.

²¹⁶ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 422.

²¹⁷ “§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

²¹⁸ FICHTNER, José Antônio. MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.p. 488.

medida pelo judiciário, não estando o Tribunal arbitral vinculado ao pedido da parte. Restando-se clara a aplicação, ao procedimento arbitral, da atipicidade dos meios de efetivação da tutela provisória existente atualmente no processo civil.²¹⁹

Como já visto, caso não seja cumprida a medida espontaneamente o Tribunal arbitral solicitará cooperação do Judiciário para efetiva-la. Porém a concessão ou não da medida é decisão competente ao árbitro, não cabendo ao juiz togado analisar se estão ou não preenchidos os requisitos para a concessão da medida.²²⁰

Importante ressaltar, ainda, que a tutela pode ser concedida pelo árbitro por meio de sentença parcial ou ordem processual. No primeiro caso está deverá ser executada e no segundo prosseguirá por meio da Carta Arbitral, conforme o art. 22-C²²¹.

Já no que diz respeito a revogação da tutela provisória, é necessário entender como se deu a concessão. Se antes de instituída a arbitragem, por requerimento ao Poder Judiciário ou ao árbitro de emergência, figura que será abordada mais adiante; ou se diretamente pelos árbitros, quando já instituída a arbitragem²²².

No primeiro caso, quando concedida pelo judiciário, ou pelo árbitro de emergência, antes de instituída a arbitragem, está passará pelo crivo do árbitro com jurisdição definitiva constituído pelas partes, que poderá mantê-la, modificá-la ou revogá-la, nos termos do art. 22-A da Lei de Arbitragem. Já no segundo caso, esta pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que haja fato superveniente.²²³

Importante ressaltar que o parágrafo único do art-22-A, dispõe que “cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias”.

Nesse sentido, tratando-se de tutela provisória antecedente concedida pelo Poder Judiciário, existindo convenção arbitral, não se aplicará os artigos do Código de Processo

²¹⁹ FICHTNER, José Antônio. MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 488/489.

²²⁰ **Ibidem**, p. 489.

²²¹ NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. Medidas cautelares em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 465.

²²² FICHTNER, José Antônio. MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 493.

²²³ **Ibidem**, p. 493.

Civil que dispõe a respeito da continuação do procedimento no judiciário, pois, por óbvio, o processo continuará na arbitragem.

Tratando-se de Tutela de Evidência, esta não necessita de comprovação do *periculum in mora*, apenas do *fomus boni iuris*, ou seja, da demonstração da probabilidade da existência do direito, disposto os requisitos para sua concessão no art. 311²²⁴ do Código de Processo Civil.

Certo é que os árbitros não estão limitados a tais requisitos, cabendo ao tribunal arbitral apenas analisar a alta probabilidade da existência do direito, podendo ser alterada a qualquer tempo, por estar a medida sob a égide da provisoriedade.²²⁵

Por fim, importante esclarecer que a estabilização da tutela, conforme prevista no art. 304 do Código de Processo Civil²²⁶, não pode se aplicar à arbitragem, justamente pela disposição contrária dos arts. 22-A e 22- B da Lei de Arbitragem, que traz um procedimento próprio.²²⁷

2.2.3. A figura do árbitro de urgência

Com o advento da reforma da Lei de Arbitragem, em 2015, como visto, tornou-se claro o papel de cooperação entre juízes e árbitros. Definindo a lei que o árbitro é competente para a apreciação de medidas de urgência, podendo o juiz togado decidir sobre as medidas antes de instaurada a arbitragem.

²²⁴ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

²²⁵ FICHTNER, José Antônio. MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 511

²²⁶ “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

²²⁷ FICHTNER, José Antônio. MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 515.

Contudo, paira uma dúvida: Antes de instaurada a arbitragem e nomeados os árbitros, só o Judiciário poderia conceder as medidas urgentes surgidas nesse interstício de tempo? Para suprir tal lacuna, surge a figura do “árbitro de emergência”.

Com origem no procedimento pré-arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI), o qual fazia parte de um conjunto separado de regras, em 1990, foi de fato introduzido pelas novas regras da CCI, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2012.²²⁸

Outras câmaras, ao longo dos últimos anos, também introduziram o árbitro de emergência, como a *Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*, *The International Center for Dispute Resolution (ICDR)* e a *American Arbitration Association (AAA)*²²⁹. No Brasil, a Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (CAMFIEP) e a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), também adotaram a inovação²³⁰. Além da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) e a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB).

Tal popularidade cominada na inserção da figura nos regulamentos de diversas Câmaras, tanto internacionais como nacionais, está diretamente ligada à necessidade das medidas provisórias na arbitragem e a insatisfação em afastar a apreciação de tal questão, em um primeiro momento, do Tribunal Arbitral, ao levar o requerimento ao juiz togado, possibilitando às partes resolverem todas as controvérsias em arbitragem (*one-stop shop arbitral*).²³¹

Conceitua-se, portanto, o árbitro de emergência, como aquele investido, por acordo entre as partes, de poderes para apreciar, provisoriamente, medidas de urgência, enquanto os árbitros que de fato contém jurisdição para o procedimento arbitral ainda não foram nomeados.²³²

Nos regramentos de algumas instituições arbitrais, que trazem o árbitro de emergência, cabe às partes, se assim quiserem, acordar expressamente pela exclusão,

²²⁸ BARUCH, Baigel. **The Emergency Arbitrator producere under the 2012 ICC rules: a juridical analysis**. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, 2014. volume 31. p. 1.

²²⁹ **Ibidem**, p. 1.

²³⁰ GRION, Renato Stephan. Àrbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 407/408.

²³¹ BARUCH, Baigel. **The Emergency Arbitrator producere under the 2012 ICC rules: a juridical analysis**. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, 2014, volume 31, p. 1.

²³² GRION, Renato Stephan. Àrbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 408.

sistema chamado de *opt-out*. Portanto, adotando as partes ao regulamento de determinada instituição e estando previsto, como regra, o árbitro de emergência, as partes estão a ele vinculadas caso *silencium*.²³³

Um exemplo de instituição que adota esse sistema é a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), com a resolução administrativa 44/2020²³⁴.

Já a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)²³⁵ e a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB)²³⁶, adotam o sistema *opt-in*. Ou seja, havendo a figura do árbitro de emergência na instituição, cabe às partes, expressamente disporem sobre o desejo de aderir.

Para Napoleão Casado Filho, o árbitro de urgência deveria ser facultativo, cabendo oportunidade para a parte requerente da medida decidir quando surge a necessidade. Visto que há casos que o judiciário é mais célere, sendo preferível em algumas situações, sendo impossível prever de antemão, antes do surgimento da necessidade da medida, se a melhor escolha é o árbitro de urgência ou o Judiciário.²³⁷

Outro ponto que merece atenção é a data em que a cláusula arbitral foi pactuada, isto porque muitos regulamentos preceituam que só será cabível o procedimento do

²³³ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 411/412.

²³⁴ Regulamento CAM-CCBC: “Art. 1º – A parte que necessitar de medidas de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral nos termos do art. 4.14 do Regulamento do CAM-CCBC poderá requerer a designação de um Árbitro de Emergência (“Requerimento de Medidas Urgentes” ou “Requerimento”), nos termos das regras dispostas abaixo.

§1º O Requerimento de Medidas Urgentes somente será aceito se recebido pela Secretaria do CAM-CCBC antes da constituição do Tribunal Arbitral prevista no art. 4.14 do Regulamento do CAM-CCBC, mediante protocolo eletrônico

§2º Não haverá intervenção do Árbitro de Emergência se as partes celebraram convenção de arbitragem anterior à presente Resolução, salvo opção expressa pela adoção do Árbitro de Emergência”.

²³⁵ Regulamento CAM: “5.1.3 O Árbitro de Apoio somente poderá ser acionado se a convenção de arbitragem contiver previsão expressa quanto à sua atuação. Caso contrário, a parte deverá requerer diretamente ao Poder Judiciário as medidas conservatórias necessárias à prevenção de dano irreparável ou de difícil reparação, e tal proceder não será considerado renúncia à arbitragem”.

²³⁶ Regulamento CAMARB: “9.2 Enquanto não instalado o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer tutela de urgência, cautelar ou antecipada, à autoridade judicial competente”.

“9.4 Anteriormente ao início da jurisdição do Tribunal Arbitral, a parte interessada em requerer tutelas de urgência previstas no item 9.2 poderá, alternativamente, requerer aplicação do procedimento do árbitro de emergência, nos termos da Resolução vigente na data do pedido, destinada a regulamentar o procedimento específico e as respectivas custas”.

²³⁷ Fala (adaptada) do professor Napoleão Casado Filho na aula Fase Pré-Arbitragem - a figura do árbitro de emergência e as Anti Suits Injunctions, no curso Arbitragem em Três fases, oferecido pela Associação dos Advogados de São Paulo, em 15/06/2022.

árbitro de emergência se a convenção foi firmada após a data do regulamento da instituição.²³⁸

Importante ressaltar que o árbitro de emergência está impedido de atuar em qualquer questão de mérito, restringindo-se unicamente ao pedido de urgência, antes da nomeação dos árbitros que decidiram o litígio. Sendo certo que a decisão não vincula o tribunal arbitral posteriormente constituído, o qual poderá modificar ou revogar a medida.

Assim, algumas instituições definem que a parte deve trazer o pedido de indicação do árbitro de emergência concomitantemente ou após o protocolo do requerimento de arbitragem²³⁹. Já outros regulamentos preveem que o pedido pode ser feito anteriormente ao protocolo, o que é mais razoável.^{240_241}

A nomeação do árbitro de emergência, visando a celeridade do procedimento, é feita pelas instituições arbitrais, sendo escolhido um árbitro apenas, normalmente prevendo um prazo para a indicação do árbitro e para que este prolate a decisão. Nomeado, o árbitro deve estabelecer um cronograma para o procedimento emergencial, devendo sua atuação oportunizar a alegação de ambas as partes, em razão do contraditório e da ampla defesa, sendo certo a maioria dos regulamentos não permite a concessão de medidas de urgência *inaldita altera parte*.²⁴²

Tal como no procedimento arbitral, no de emergência há uma sede. Normalmente, a mesma sede da arbitragem. A CCI, ainda prevê que na ausência de disposição das partes sobre a sede, o presidente da Corte da CCI fixará o local do procedimento de emergência. Podendo, assim, haver duas sedes distintas, uma para o procedimento emergencial e outra para a arbitragem.²⁴³

²³⁸ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 412/413.

²³⁹ SIAC e HKIAC.

²⁴⁰ ICC, SCC e Swiss Chamber's Arbitration Institution.

²⁴¹ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 413.

²⁴² **Ibidem**, p. 413/416

²⁴³ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 416/417.

Como em qualquer procedimento arbitral, o árbitro de emergência deve ser independente e imparcial, tendo o dever de revelação, podendo as partes apresentarem impugnação quanto a nomeação do árbitro de emergência.²⁴⁴

O procedimento findará com a decisão sobre a concessão ou não da tutela emergencial, tendo esta forma de sentença ou de ordem processual, A CCI, por exemplo, estabelece expressamente que a decisão no procedimento emergencial será uma ordem. Após a prolação da decisão, a demanda é transferida aos árbitros competentes para julgar o mérito, os quais, já investidos de jurisdição, não estão vinculados à decisão, podendo mantê-la, revoga-la ou modifica-la.²⁴⁵

Importante debate sobre a figura do árbitro de emergência, diz respeito a sua natureza jurídica e a possibilidade de execução de sua decisão quando não cumprida voluntariamente.

Inicialmente, ressalta-se que a decisão do árbitro de emergência é vinculante às partes²⁴⁶. Nesse sentido, não cumprida voluntariamente, o ordenamento pátrio não deixa dúvidas sobre a possibilidade da execução dessa decisão no poder judiciário, como a decisão do Tribunal Arbitral, caso a concessão se dê após a instauração da arbitragem.²⁴⁷

Para Renato Stephan Grion, o árbitro de emergência é um árbitro como os demais, sendo terceiro investido de poderes, atribuídos pelas partes expressamente, para julgar uma demanda, no caso o procedimento de urgência. Acrescenta o autor que a única diferença é que a atuação do árbitro de emergência é limitada no tempo, visto que com a instauração da arbitragem finda sua competência, e em relação a tutela, já que apenas pode decretar medidas de urgência ou acautelatória.²⁴⁸

Ademais, a fonte dos poderes é contratual, manifestada pela vontade das partes de admitir sua atuação ou de sua exclusão, contudo atribuindo jurisdição ao árbitro para decidir a respeito das tutelas de emergência. Sendo sua decisão passível de revisão pelo

²⁴⁴ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 417.

²⁴⁵ **Ibidem**, p.118/119.

²⁴⁶ A título de exemplo: Art. 29 do regulamento da CCI: “2 A decisão do árbitro de emergência se revestirá da forma de ordem. As partes comprometem-se a cumprir qualquer ordem proferida pelo árbitro de emergência”.

²⁴⁷ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 429.

²⁴⁸ **Ibidem**, p. 430.

tribunal arbitral, o que denota que a natureza jurídica das decisões é a mesma, sendo em tudo comparada com a decisão de urgência tomada pelo árbitro que decidirá o mérito.²⁴⁹

Contudo tal posicionamento não é pacífico, para Baigel Baruch, o árbitro de emergência não deve ser tratado como um árbitro, mas sim como mecanismo processual *sui generis*.²⁵⁰

Para o autor, como o procedimento é pré arbitral, não pode ser considerado como um procedimento arbitral de fato, visto que não constituído ainda o Tribunal Arbitral. Nesse sentido, a relação entre a fase pré arbitral e o processo arbitral em si, pode ser comparada com a relação entre as fases de uma cláusula de resolução de disputas (convenção arbitral).²⁵¹

Explica ainda que esses procedimentos pré-arbitrais são meios alternativos de disputa à arbitragem e ao litígio judicial. O tribunal arbitral e o árbitro de emergência tem o mesmo poder, conceder medidas de urgência e cautelar, contudo existem em momentos distintos. Sendo tal distinção momentânea de crucial importância para evitar decisões conflitantes. E, mais, caso haja decisões conflitantes e ambos os procedimentos sejam reconhecidos como arbitragem, o Tribunal não poderia preferir uma decisão em favor da outra. Portanto, o ideal, segundo o autor, é considerar que esse procedimento pré arbitral não é arbitragem²⁵².

²⁴⁹GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 431/435.

²⁵⁰ No original: “(...) the EA is not be treated as na arbitrator but as a *sui generis* oncontractual mechanism” (In BARUCH, Baigel. **The Emergency Arbitrator producere under the 2012 ICC rules: a juridical analysis**. Journal of International Arbrtration. Kluwer Law International, 2014. Volume 31, p. 7). Tradução livre: o EA não deve ser tratado como um árbitro, mas como um mecanismo *sui generis* contratual.

²⁵¹ No original: “There is a view that where the parties agree to a pre-arbitral procedure and an actual arbitral procedure, the pre-arbitral procedure is by definition not arbitral and is merely pre-arbitral. The relationship between the pre-arbitral stage and the arbitration proceedings is akin to the relationship between the phases in a multi-tiered dispute resolution clause”.(In: BARUCH, Baigel. **The Emergency Arbitrator producere under the 2012 ICC rules: a juridical analysis**. Journal of International Arbrtration. Kluwer Law International, 2014. Volume 31, p. 8).

Tradução livre: Há uma visão de que quando as partes concordam com um procedimento pré-arbitral e um procedimento arbitral real, o procedimento pré-arbitral é, por definição, não arbitral e é meramente pré-arbitral. A relação entre a fase pré-arbitral e o processo de arbitragem é semelhante à relação entre as fases de uma cláusula de resolução de disputas em vários níveis

²⁵² No original: “These pre-arbitral procedures are intended as a means of dispute resolution which is an alternative to arbitration and court litigation. Jarossen’s argument that page “9” ‘arbitration on arbitration does not work’ is compelling. Article 28 of the 2012 ICC Rules provides the arbitral tribunal with the power to order any interim measures it deems appropriate. Article 29 then provides the EA with the same power to order any interim measures, provided that such measures are sufficiently urgent and cannot await the constitution of the tribunal. It must be assumed that the parties would not have intended to entrust two separate bodies with an identical jurisdiction to order interim measures. The fact that these bodies do not

Esclarece ainda que o fato de a decisão não ser definitiva, visto que pode ser alterada pelo Tribunal Arbitral, e do árbitro de emergência não ser formalmente um árbitro, não pode impedir de que essa decisão seja devidamente executada. A decisão do árbitro de emergência é exequível, pois é projetada para impedir que a sentença final seja inútil.²⁵³

Independentemente de o árbitro de emergência ser ou não um árbitro em si, resta-se claro que é figura legal e internacionalmente reconhecida, tendo sua decisão a mesma forma de qualquer outra decisão proferida pelos árbitros que julgaram o mérito da demanda, devendo esta ser respeitada e cumprida pelas partes, sendo passível de execução.

Assim, a figura do árbitro de emergência tem uma série de vantagens e desvantagens a quais vale a pena trazer, resumidamente, neste ponto.

usually co-exist in time is not material. The dangers of two arbitral bodies existing with identical jurisdictions in respect of interim relief can cause serious problems. The two decision-makers could reach different conclusions on the same application for interim relief. A court presented with these conflicting judgments would find it difficult to distinguish between the two decisions. If both decisions were made by arbitrators, a court would not be able to prefer the arbitral tribunal's decision on the question merely because it came later in time. Such an interpretation could cause uncertainty, problems with enforcement and unnecessary additional costs. Accordingly, an interpretation which says that a pre-arbitral procedure for interim relief is not arbitration is to be preferred.” (In: BARUCH, Baigel. **The Emergency Arbitrator producere under the 2012 ICC rules: a juridical analysis**. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, 2014. Volume 31, p. 8).

Tradução livre: Estes procedimentos pré-arbitrais destinam-se a ser um meio de resolução de litígios que é uma alternativa à arbitragem e ao litígio judicial. O argumento de Jarossen de que a página "9" 'arbitragem sobre arbitragem não funciona' é convincente. O Art. 28 das Regras da CCI de 2012 confere ao tribunal arbitral o poder de ordenar quaisquer medidas provisórias que considere apropriadas. O art. 29.º confere então à AE o mesmo poder de ordenar quaisquer medidas provisórias, desde que tais medidas sejam suficientemente urgentes e não possam aguardar a constituição do tribunal. Deve-se presumir que as partes não pretendiam confiar a dois órgãos distintos com uma jurisdição idêntica para ordenar medidas provisórias. O fato de que esses corpos geralmente não coexistem no tempo não é material. Os perigos de dois órgãos arbitrais existentes com jurisdições idênticas em relação a medidas provisórias podem causar sérios problemas. Os dois decisores podem chegar a conclusões diferentes sobre o mesmo pedido de medidas provisórias. Um tribunal apresentado a essas decisões conflitantes acharia difícil distinguir entre as duas decisões. Se ambas as decisões fossem tomadas por árbitros, um tribunal não poderia preferir a decisão do tribunal arbitral sobre a questão apenas porque ela veio mais tarde. Tal interpretação pode causar incerteza, problemas de fiscalização e custos adicionais desnecessários. Assim, uma interpretação que diga que um procedimento pré-arbitral para medidas cautelares não é arbitragem deve ser preferida.

²⁵³ No original: “On this approach, the decision of an EA may be enforceable by virtue of the fact that, even though it is not itself ‘final’, it is designed to prevent the final award of an arbitral tribunal from being meaningless. The fact that the EA is not formally an arbitrator or that his decision is not final should not prevent the court from enforcing the EA’s decision”. (In: BARUCH, Baigel. **The Emergency Arbitrator producere under the 2012 ICC rules: a juridical analysis**. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, 2014. Volume 31, p. 14.).

Tradução livre: Nesta abordagem, a decisão de um EA pode ser executória em virtude do fato de que, mesmo não sendo “final”, ela é projetada para evitar que a sentença final de um tribunal arbitral seja sem sentido. O fato de o EA não ser formalmente um árbitro ou de sua decisão não ser definitiva não deve impedir o tribunal de fazer cumprir a decisão do EA.

Renato Stephan Grion, cita como principais vantagens da adoção do árbitro de emergência, em especial na arbitragem internacional: a possibilidade de poder analisar o contrato em sua língua mãe; não precisar obter a mesma decisão em diversos países, nos quais a medida deverá produzir efeitos; maior disponibilidade de tempo e especialização dos árbitros e a confidencialidade e neutralidade do procedimento, em especial em relação ao direito nacional, visto que se a medida for julgada por um juiz togado este decidirá e interpretará segundo o direito de seu país. Outra questão importante, segundo o autor, seria a possibilidade de a decisão do árbitro de emergência impactar o interesse transacional entre as partes, possibilitando até mesmo um acordo, em algumas situações.²⁵⁴

Em contrapartida, cita como uma das maiores desvantagens a demora do procedimento, já que a nomeação do árbitro e a obtenção da ordem liminar, demora alguns dias em detrimento do Poder Judiciário, em que o juiz togado decide e executa a medida, muitas vezes em poucas horas.²⁵⁵

Ademais, em razão da não vinculação de terceiros à arbitragem, em casos que a efetivação da medida envolverá pessoas que não firmaram cláusula arbitral, de rigor a intervenção judicial, não havendo outro modo.²⁵⁶

Por fim, outra desvantagem é que na maioria dos regulamentos quando traz a figura do árbitro de emergência não possibilita a concessão da medida *inaudita altera parte*, pois obrigatória a oitiva da parte contrária, o que se afasta da normatização das tutelas provisórias do Código Processual brasileiro, como anteriormente colocado.²⁵⁷

Portanto, o árbitro de emergência é inovação importante que visa assegurar que todo o procedimento seja realizado no âmbito privado, cabendo às partes definirem se, para sua demanda, tal figura será vantajosa ou se a preferência será pela apreciação do Poder Judiciário.

²⁵⁴ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 409.

²⁵⁵ **Ibidem**, p. 410.

No mesmo sentido entende o professor Napoleão Casado Filho, conforme aula Fase Pré-Arbitragem - a figura do árbitro de emergência e as *Anti Suits Injunctions*, ministrada no curso Arbitragem em Três fases, oferecido pela Associação dos Advogados de São Paulo, em 15/06/2022.

²⁵⁶ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 410.

²⁵⁷ **Ibidem**, p. 410.

2.3. Excepcionalidade do controle jurisdicional estatal sobre a sentença arbitral

Como já visto o procedimento arbitral é independente e não está vinculado ao Poder Judiciário, cabendo aos juízes togados, única e exclusivamente, a cooperação quando necessária, aos árbitros, seja na concessão de medidas de urgência ou acautelatórias, seja na execução da sentença arbitral.

Nesse sentido, a arbitragem deve sofrer o mínimo de intervenção do poder judiciário, resumindo-se nessa complementariedade entre o sistema público e privado, sendo certo que não há entre o juiz e o árbitro qualquer hierarquia, mas sim divisão de competências e momentos de atuação.²⁵⁸

Inclusive, nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem²⁵⁹, a sentença arbitral é equiparada à judicial, produzindo os mesmos efeitos entre as partes e seus sucessores, constituindo título executivo judicial, nos termos do art. 515, VII²⁶⁰ do Código de processo Civil.²⁶¹

Nesse prisma, a interferência estatal se regrada é salutar e constitui fator de efetividade das decisões arbitrais e de segurança jurídica para as partes, mas se desregrada implica na destruição do próprio *modus operandi* da arbitragem.²⁶²

Assim, tal controle deve ser excepcionalíssimo, mantendo-se a autonomia do Tribunal Arbitral e o procedimento conforme convencionado pelas partes. Por este motivo a apreciação da validade da convenção de arbitragem só será realizada pelos

²⁵⁸ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 38/39.

²⁵⁹ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

²⁶⁰ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral”.

²⁶¹ TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação, vol. 38/2013, p. 283-32. RTOonline, p. 6.

²⁶² NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 38/39, p. 39.

tribunais estatais após o julgamento pelos árbitros e desde que preencha os requisitos do art. 33²⁶³ da Lei de Arbitragem.²⁶⁴

Tal artigo traz a Ação Anulatória, a qual pode ser tida como uma forma de controle, exercida pelo Judiciário em face à sentença arbitral. Isto porque, em que pese a escolha das partes pela jurisdição arbitral, as impugnações à sentença arbitral serão apreciadas e julgadas pela jurisdição estatal, a qual poderá decretar a nulidade da sentença arbitral e até mesmo da convenção de arbitragem, anulando todo o procedimento arbitral.²⁶⁵

Contudo, como a intervenção judicial deve ser mínima, esse controle jurisdicional só será realizado após a prolação da sentença arbitral, tendo uma série de limites, como o prazo prescricional de 90 dias, conforme art. 33, § 1º²⁶⁶ da Lei de Arbitragem e o rol, por muitos tido como taxativo, de matérias elencadas no art. 32 da mesma lei.²⁶⁷

Nos termos do art. 32, a sentença arbitral será nula quando: (i) for nula a convenção arbitral; (ii) emanada de quem não poderia ser árbitro; (iii) não preenche os requisitos do art. 26 (relatório, fundamentos, dispositivo, data e lugar em que proferida); (iv) proferida fora dos limites convencionados; (v) comprovada prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (vi) proferida fora do prazo; e (vii) desrespeitar os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

²⁶³ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. § 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem”.

²⁶⁴ TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação, vol. 38/2013, p. 283-32. RTOnline, p. 10.

²⁶⁵ **Ibidem**, p. 10.

²⁶⁶ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos”.

²⁶⁷ TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação, vol. 38/2013, p. 283-32. RTOnline, p. 10.

Da leitura do rol, aparentemente, taxativo do art. 32, fica claro que todas as hipóteses que ensejariam ação anulatória tratam de *error in procedendo* e não *error in judiciando*, sendo certo que o mérito da sentença arbitral não será revisto pelo Judiciário.²⁶⁸

O que nos leva à conclusão que esse controle jamais poderá ser utilizado como instrumento recursal pela parte sucumbente. Não há efeito devolutivo, ou seja, devolução da apreciação do julgamento proferido na arbitragem, não havendo reapreciação do julgamento, em atenção à autonomia da vontade, corolário do procedimento arbitral.²⁶⁹

Importante ressaltar que se prescrita a ação, passado o prazo de 90 dias, a parte apenas poderá impugnar a questão já em execução, quando oportunizada a apresentar Impugnação ao Cumprimento de Sentença²⁷⁰, podendo apenas arguir as hipóteses do art. 525 do Código de Processo Civil.²⁷¹

Arnold Wald entende que o art. 525 deveria ser aplicado de forma mitigada, não podendo permitir à parte inerte, que não promoveu a anulação da sentença arbitral no momento oportuno, suscitar tal anulação posteriormente. Contudo, este entendimento é minoritário, entendendo a maioria da doutrina que a discussão poderá se dar de forma ampla na execução.²⁷²

Ademais, parte da doutrina entende que, em casos excepcionalíssimos, poderia haver ampliação das hipóteses trazidas no art. 32. Carmona leciona que a taxatividade do art. 32 deve ser bem compreendida, trazendo, o dispositivo, preceitos de ordem pública que não podem ser superados, conduto, não limitado a todas as hipóteses possíveis de ofensa à ordem pública, sendo certo que a sentença arbitral deve estar de acordo com os valores preservados pela Constituição.²⁷³

Nesse sentido, ainda que não haja previsão expressa no art. 32, esse controle à ordem pública deve ser realizado pelo juízo estatal, visto que se trata de princípio

²⁶⁸ TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação, vol. 38/2013, p. 283-32. RTOonline, p. 10.

²⁶⁹ **Ibidem**, p. 10/11

²⁷⁰ “§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.

²⁷¹ TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação, vol. 38/2013, p. 283-32. RTOonline, p. 11.

²⁷² WALD, Arnold. **Os meios judiciais do controle da sentença arbitral.** Revista de Arbitragem e Mediação. Vol, 1/2004, p. 40/66. RTOonline, p. 12.

²⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.** 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 412.

fundamental do Estado brasileiro, não podendo, por óbvio ser mantida decisão que fere tal instituto.²⁷⁴

Frisa-se que o dever de observância da ordem pública pelo árbitro está expressamente previsto no § 1º²⁷⁵ do art. 2º da Lei de Arbitragem, sendo certo que sua inobservância, deve acarretar a anulação da sentença arbitral.

Esse controle deve ser realizado, principalmente, quando diante de arbitragem internacional, nos mesmos termos do controle que é efetuado nas sentenças estrangeiras, em especial se o direito aplicado for estrangeiro, regras internacionais comerciais, princípios gerais do direito, usos e costumes, ou ainda, equidade. Nesses casos é imprescindível averiguar a regularidade da sentença junto a ordem pública nacional.²⁷⁶

Conclui-se que o controle da sentença arbitral só será realizado por meio de ação anulatória, nos casos excepcionais em que esta é cabível, bem como por oposição de embargos à execução, quando do processo executório já instaurado. Determinado o juiz estatal o proferimento de nova sentença arbitral ao tribunal arbitral competente, conforme dispõe o § 2º do art. 33.²⁷⁷

Portanto, de rigor a existência equilibrada entre o poder judiciário e os procedimentos arbitrais, sendo certo que não é possível que o controle judicial seja extinto por completo, o que poderia ser prejudicial e até mesmo perigoso²⁷⁸, porém, esse controle deve ser mínimo e excepcional, visando proteger a autonomia do Tribunal Arbitral, princípio coronário da arbitragem.

2.4. Conflito positivo de “competência” entre magistrado e árbitro

Como já visto, por meio da convenção de arbitragem as partes atribuem ao árbitro competência para apreciar e decidir determinada demanda, por meio do procedimento arbitral. Assim, o conflito de “competência” ocorrerá quando tanto o árbitro quanto o juiz togado entenderem possuir “competência” para julgar a mesma demanda.

²⁷⁴ TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação, vol. 38/2013, p. 283-32. RTOonline, p. 11.

²⁷⁵ “Art. 2 A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1 Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

²⁷⁶ TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação, vol. 38/2013, p. 283-32. RTOonline, p. 11.

²⁷⁷ **Ibidem**, p. 11/12.

²⁷⁸ WALD, Arnold. **Os meios judiciais do controle da sentença arbitral.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 1/2004, p. 40-66. RTOonline, p. 18.

Em primeiro lugar, importante ressaltar que a palavra “competência” aqui não é a mais adequada, existindo na realidade um conflito de jurisdição e não de competência entre o magistrado e o árbitro.

Em que pese a importante distinção conceitual entre competência e jurisdição que vigora no processo judicial, na arbitragem esses termos acabam por ser aplicados indistintamente. Na arbitragem, a jurisdição do árbitro está intimamente ligada à competência a ele atribuída pelas partes, por meio da convenção arbitral, cabendo ao próprio árbitro averiguar se deve prevalecer naquele determinado litígio a jurisdição arbitral ou judicial.²⁷⁹

Ultrapassada tal premissa, passamos a analisar se de fato existe ou não a possibilidade da existência de conflito de “competência” entre o árbitro e o juiz estatal. A questão está longe de ser incontroversa, apontado a doutrina dois entendimentos diversos.

Uma parte da doutrina²⁸⁰ aduz que a autonomia da convenção de arbitragem e o princípio da competência-competência, o qual será esmiuçado no próximo capítulo, impedem ao juiz togado reconhecer sua “competência” antes do árbitro; bem como a ausência de hierarquia entre os órgãos seria outro limitante, visto que a arbitragem não compõe a estrutura do Poder Judiciário.²⁸¹

Em contrapartida, outra parte da doutrina entende que é possível a existência desse conflito de competência, em razão da natureza jurisdicional da arbitragem, cabendo nesses casos a aplicação do instrumento processual previsto na lei processual, por ser a solução mais prática e razoável.²⁸²

Carmona afirma que a atribuição de poderes ao árbitro para arguir sobre a jurisdição legítima não resolve todos os problemas, pois em alguns casos caberá ao juiz togado apreciar a questão de existência, validade e eficácia da convenção arbitral. A lei de arbitragem não estabelece uma competência exclusiva do árbitro para julgar qualquer questão relacionada à convenção de arbitragem, podendo, por exemplo, uma parte iniciar

²⁷⁹ VAUGHN, Gustavo Fávero. SANCHES, Matheus Soubina. **Em torno do conflito de competência entre juiz e árbitro**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 15/2007, p. 134/190. RTOnline, p. 3.

²⁸⁰ Nesse sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery -“Não há controle a priori da competência arbitral, mas só a posteriori. Daí porque não há nem pode haver conflito de competência entre tribuna arbitral e juízo estatal” (Cf. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1114).

²⁸¹ VAUGHN, Gustavo Fávero. SANCHES, Matheus Soubina. **Em torno do conflito de competência entre juiz e árbitro**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 15/2007, p. 134/190. RTOnline, p. 1.

²⁸² **Ibidem**, p.1.

procedimento arbitral, onde o adversário alega invalidade da convenção e ao mesmo tempo ajuíza processo judicial, pleiteando o primeiro pela extinção do processo.²⁸³

Segundo o autor este seria um exemplo de conflito de “competência”, em que há grave risco de decisões conflitantes. Para Carmona, a solução mais sensata e prática nesse caso seria a suspensão do procedimento arbitral até a decisão do juiz togado, já que a ele, de qualquer forma, futuramente, caberá analisar a validade da convenção, em uma ação anulatória, fundamentada no art. 32 da lei de arbitragem, a qual certamente será ajuizada.²⁸⁴

No mesmo sentido, Leonardo de Faria Beraldo aduz que o simples fato de existir dois juízos, um estatal e outro arbitral, ambos alegando competência para julgar um mesmo processo já é suficiente para concluir-se que há conflito de competência. O que importa, continua o autor, é que a mesma demanda não seja julgada por jurisdições distintas.²⁸⁵

Em que pese o primeiro posicionamento, não há como negar que na prática já houveram, e continuará existindo, casos em que tanto o juiz togado como o árbitro entendem ser competentes para julgar a demanda e tal questão não pode ser ignorada, sob o risco da existência de duas sentenças conflitantes, o que deve ser combatido.

Contudo, a lei de arbitragem é silente, não regulamentando o conflito de “competência”, fazendo-se necessário, portanto, a adoção da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, os quais, embora não regulamentem o conflito entre árbitro e juiz, podem ser usados por interpretação sistemática e analógica.

A Constituição Federal no art. 105, inciso I, alínea “d”²⁸⁶, atribuí ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar conflitos de competência. Cabendo destaque a expressão contida no artigo “entre juízes vinculados a tribunais diversos”, não se limitando apenas aos tribunais integrantes do Poder Judiciário²⁸⁷.

²⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 176.

²⁸⁴ **Ibidem**, p. 176.

²⁸⁵ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 636.

²⁸⁶ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”.

²⁸⁷ VAUGHN, Gustavo Fávero. SANCHES, Matheus Soubina. **Em torno do conflito de competência entre juiz e árbitro**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 15/2007, p. 134/190. RTOnline, p. 3.

Já em relação ao Código de Processo Civil, os arts. 66 e 951²⁸⁸ a 959²⁸⁹ regulamentam o conflito de competência. Trazendo o art. 66²⁹⁰ as três hipóteses em que haverá o conflito. Podendo-se entrever o conflito de competência entre juiz e árbitro no inciso I, quando “dois ou mais juízes se declaram competentes”²⁹¹.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado, no sentido de que, por ter a arbitragem natureza jurisdicional, há sim possibilidade de conflito de competência²⁹², prevalecendo o entendimento de que o STJ tem competência para dirimir acerca desses conflitos.

²⁸⁸ “Art. 951. O conflito de competência pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz”.

²⁸⁹ “Art. 959. O regimento interno do tribunal regulará o processo e o julgamento do conflito de atribuições entre autoridade judiciária e autoridade administrativa”.

²⁹⁰ “Art. 66. Há conflito de competência quando:

I - 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes;

II - 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência;

III - entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Parágrafo único. O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo”.

²⁹¹ VAUGHN, Gustavo Fávero. SANCHES, Matheus Soubina. **Em torno do conflito de competência entre juiz e árbitro**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 15/2007, p. 134/190. RTOnline, p. 3.

²⁹² “PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. 1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. 2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta. 3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribuna Arbitral”. (CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014)

No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. NATUREZA JURISDICIONAL. RECONHECIMENTO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ALCANCE INTERPRETATIVO. REGRA DA "COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA". APLICAÇÃO. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento de que "a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral" (CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014). 2. As questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória devem ser apreciadas pelo juízo arbitral, conforme dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei n. 9.307/1996, em virtude da regra "competência-competência", que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a própria competência. Precedentes. 3. Hipótese em que a decisão agravada reconheceu a competência do tribunal arbitral para definir o alcance interpretativo de cláusula compromissória, no tocante à possibilidade de instauração do procedimento de arbitragem para "dirimir questões financeiras do contrato" firmado entre a suscitante, ora agravada, e sociedade de economia mista estadual. 4. Agravo interno desprovido”. (STJ. 1ª Seção. AgInt no CC 156.133-BA, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 22/08/2018)

Outra questão interessante, é a análise desses conflitos de competência sobre o enfoque da figura do árbitro de emergência, sendo certo que sua atuação se dá justamente no momento em que caberia à parte provocar o Poder Judiciário para ver sua medida de urgência concedida, podendo gerar conflitos de jurisdição, caso a questão não seja bem definida.

Como visto há regras institucionais que preveem o árbitro de emergência, mas não excluem a jurisdição estatal. Nesse sentido, tem-se duas jurisdições concorrentes, podendo as partes optarem tanto pelo árbitro de emergência quanto pelo poder judiciário, para apreciação das medidas de urgência e acautelatórias, antes de constituído o Tribunal Arbitral.²⁹³

Contudo, claro está que as partes não podem provocar ambas as jurisdições, sob pena da existência de decisões conflitantes. Assim, segundo Renato Stephan Grion, no caso dos árbitros de emergência, quando a parte opta por uma delas automaticamente há renúncia tácita da outra, já que não poderá haver litispendência surgida por meio de dois procedimentos idênticos.²⁹⁴

Nesse sentido, nas instituições em que a adoção do procedimento do árbitro de emergência é automática, admitindo o sistema *opt out*, de rigor que as partes expressamente tragam a sua exclusão, desvinculando-se da utilização de tal serviço.²⁹⁵

Renato Stephan Grion, traz algumas situações que poderiam gerar discussões a respeito da exclusão ou não do árbitro de emergência. A primeira hipótese citada é quando há adoção de um regulamento que traz expressamente a adoção do árbitro e as partes trazem na cláusula arbitral que o Poder Judiciário tem competência exclusiva para apreciar tais pedidos. Aponta o autor, que uma solução possível seria a interpretação da expressão “jurisdição exclusiva”, como uma forma de renúncia da jurisdição do árbitro de emergência.²⁹⁶

A segunda situação trazida pelo autor pode trazer ainda mais discussões. Seria o cenário em que as partes estabelecem uma determinada comarca, mas não a jurisdição exclusiva do judiciário, o que leva à interpretação de que as partes não excluam o árbitro

²⁹³ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 423.

²⁹⁴ **Ibidem**, p. 424.

²⁹⁵ **Ibidem**, p. 424.

²⁹⁶ **Ibidem**, p. 425.

de emergência, mas apenas estabeleceram qual a comarca teria competência, caso fosse escolhido o judiciário.²⁹⁷

Conclui o autor, que é de crucial importância a atenção na redação da cláusula arbitral, devendo esta conter expressamente e claramente a intenção das partes de excluir o árbitro de emergência, sob o risco de ter-se jurisdição concorrente com o Poder Judiciário, o que pode gerar discussões e decisões conflitantes.²⁹⁸

Portanto, utopicamente a autonomia da convenção arbitral e o poder do árbitro de ser o responsável para julgar se tem ou não jurisdição para a demanda, deve prevalecer. Contudo, certo é que, na prática, há casos em que surge conflito entre a jurisdição arbitral e a estatal, cabendo assim ao Superior Tribunal de Justiça analisar, por meio do Conflito de Competência, quem, naquele contexto, deteria jurisdição para julgar a demanda.

Capítulo 3. O “Princípio” da Competência-Competência e suas exceções

Passar-se-á a tratar de um dos princípios mais importantes do procedimento arbitral, o princípio da Competência-Competência. Além da sua crucial importância, serão trazidos os casos em que, apesar da existência, pelo menos em um primeiro momento, de convenção arbitral, será competente o Poder Judiciário para a resolução da lide.

3.1. Conceito e importância da regra da Competência-Competência

Antes de tratar do assunto propriamente dito, importante trazer duas premissas, a primeira é a ressalva de que aqui a competência é tida como jurisdição, nos mesmos ditames explicados no item 2.4 deste trabalho.

A segunda é que, apesar da denominação majoritária de princípio da Competência-Competência, em especial devido a sua importância para o funcionamento do procedimento arbitral de forma autônoma, não estamos diante de um princípio em si,

²⁹⁷ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017 p. 426.

²⁹⁸ **Ibidem**, p. 426.

mas sim de uma regra atributiva de competência, a qual define o exercício de um poder e o sujeito que irá exercê-lo.²⁹⁹

Diferentemente do princípio, não há ponderação a ser feita, não havendo necessidade de sopesar ou ponderar valores pelo julgador. Este aplicará a regra posta de forma substitutiva, analisando o caso concreto. A argumentação para aplicar a regra será a demonstração pura e simples da correspondência entre o conceito da descrição normativa e a matéria fática.³⁰⁰

Competência-Competência assumiu *status* de princípio da teoria geral do processo em razão de sua importância. Sendo certo que a regra não está restrita ao procedimento arbitral, mas estende-se a qualquer sujeito investido de poder decisório, visto que toda autoridade é o juiz primeiro de sua própria competência, definida por critérios prévios, sem tocar o exame do mérito³⁰¹.

Portanto, tal princípio não se aplica única e exclusivamente ao tribunal arbitral, pois a todos os tribunais é oportunizada a apreciação de sua competência, com total autonomia em relação a qualquer outro tribunal.³⁰²

Em relação a sua origem, a regra da Competência-Competência advém do *Kompetenz-Kompetenz*, consagrada pela jurisprudência alemã na década de 1950, a qual, originalmente, retratava a ideia de que os árbitros seriam juízes únicos e últimos de sua competência, não cabendo qualquer revisão pelo Poder Judiciário. Porém, essa formulação inicial está totalmente superada³⁰³.

Hoje, a regra da Competência-Competência determina que cabe ao árbitro julgar sua própria competência. Ou seja, o próprio árbitro decidirá se tem poder para apreciar determinado processo arbitral. Englobando nesta regra tanto questionamentos sobre à abrangência do contrato de arbitragem, como sobre a própria existência, validade e eficácia do contrato.³⁰⁴

²⁹⁹ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 134.

³⁰⁰ **Ibidem**, p. 134.

³⁰¹ TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153, jul/set, 2016. RTOonline, p.2.

³⁰² NERY JR., Nelson. **Convenção de arbitragem e compromisso arbitral - aplicabilidade do princípio Kompetenz-Kompetenz**. Soluções práticas de Direito - Nelson Nery Junior, vol 5/2014, p. 71-150, RTOonline, p. 23.

³⁰³ TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153, jul/set, 2016. RTOonline, p.3.

³⁰⁴ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 121.

No ordenamento brasileiro, a regra está expressamente disposta no parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, o qual dispõe que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Importante notar a relevância do estudo realizado anteriormente sobre a validade do contrato, visto que esse assunto se relaciona diretamente às questões de competência do árbitro.

Note-se que, caso entenda o árbitro que não há um contrato de arbitragem; ou há, mas este é inválido ou ineficaz, ou; ainda, a matéria ali tratada não pode se submeter à arbitragem, sendo inarbitrável, ou; por fim, que este negócio jurídico não está abrangido pela convenção arbitral, é exatamente igual o árbitro decidir que não tem jurisdição para julgar a matéria.³⁰⁵

Apesar de a regra da competência-competência muitas vezes ser tratada juntamente com a Autonomia do Tribunal Arbitral ou Separabilidade, fez-se questão de tratar esses temas em capítulos diferentes, visto que, apesar de coligadas, há distinção entre elas.

O princípio da separabilidade da cláusula arbitral diz respeito à validade substantiva da convenção, já a Competência-Competência tem uma dimensão processual, visto o poder reconhecido ao tribunal de apreciar e decidir questões jurisdicionais³⁰⁶.

A separabilidade apenas ocasiona essa autonomia em relação ao contrato em si, não traz a validade da cláusula ou quem seria responsável por decidir ao seu respeito, estes assuntos ficam a cargo da regra da Competência-Competência. Contudo, com base apenas nesta regra, não seria possível ao árbitro declarar inválido o contrato principal sem afetar diretamente a cláusula compromissória³⁰⁷.

Nesse sentido, a competência-competência é uma questão puramente processual, ou seja, saber quem tem competência. Já a separabilidade é uma questão de direito material, acarretando em dois contratos distintos e autônomos, o contrato propriamente dito e a convenção arbitral que dele surge. Inclusive, é nesse sentido que a doutrina

³⁰⁵ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 121.

³⁰⁶ CAMELO, Antônio Sampaio. **A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 40/2014, p. 151-177. RTOnline, p. 4.

³⁰⁷ **Ibidem**, p. 4.

francesa traz que a cláusula de arbitragem não é simplesmente uma cláusula, mas sim um novo contrato.³⁰⁸

Em que pese tal diferença, as matérias são interligadas e se complementam. A lei modelo da UNCITRAL trata as duas questões juntamente no art. 16³⁰⁹, visto seu caráter complementar.

Portanto, a regra da competência-competência é complementar a separabilidade ou autonomia da cláusula arbitral, mas ambas têm objetivos e funcionamento distintos.

Agora, se a regra da competência-competência define que cabe ao árbitro julgar sobre sua competência, por que existe conflito de competência entre o árbitro e o juiz, conforme tratado no capítulo anterior?

Afirmar que o árbitro é quem define se cabe a ele ou não julgar determinada questão é diferente de dizer que cabe “apenas” a ele. O que se tem, em verdade, é uma competência concorrente entre o árbitro e o juiz togado para decidirem a respeito da competência, mas esta se dá em tempos distintos.³¹⁰

No ordenamento jurídico brasileiro a predileção é do árbitro. Isto porque a competência-competência tem um efeito positivo e um efeito negativo, o primeiro, no sentido de que estabelece que o árbitro será o primeiro a decidir sobre sua competência, em detrimento do magistrado, que só poderá rever a decisão após o término do processo arbitral, sendo este o efeito negativo.³¹¹

O efeito positivo consiste no poder inerente dos árbitros de determinar sua jurisdição com base na análise da convenção arbitral, amplamente aceita como a melhor ferramenta para salvaguardar o processo arbitral³¹². Sem o efeito positivo seria muito fácil

³⁰⁸ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 123.

³⁰⁹“Art. 16.º Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência

(1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória”.

³¹⁰ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 125.

³¹¹ **Ibidem**, p. 126.

³¹² Texto original: “The positive effect consists of the arbitrators’ inherent power to determine their jurisdiction on the basis of the arbitration agreement, which is broadly accepted as the best tool to enhance the safeguard of the arbitral proceedings”. (...). *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p. 4.

um pleiteante, agindo de má-fé, retardar a conclusão da arbitragem, obstruindo o procedimento correto³¹³.

Nesse sentido, o efeito positivo traz a prerrogativa de obrigar a parte a ir para a arbitragem, mesmo que esta não o queira. A ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem é uma manifestação desse efeito³¹⁴.

Em contrapartida, o efeito negativo diz respeito à jurisdição dos tribunais, trazendo que os tribunais nacionais não devem, paralelamente e com o mesmo grau de escrutínio, pronunciarem-se a respeito da existência, validade ou alcance de uma convenção arbitral. Contudo, este segundo efeito não é aceito em todos os sistemas jurídicos nacionais³¹⁵.

A manifestação do efeito negativo está na obrigatoriedade de o juiz, diante de uma convenção de arbitragem, extinguir o processo sem resolver o mérito. O efeito negativo inibe a ação estatal, estando inscrito na relação entre a arbitragem e o Poder Judiciário³¹⁶.

Contudo, este efeito negativo não retira definitivamente do juiz togado a possibilidade de averiguar a extensão dos poderes do árbitro, podendo realiza-lo a *posteriori*³¹⁷. Como já tratamos no capítulo anterior, o juiz só poderá realizar o controle da decisão arbitral, ou seja, após o fim do processo arbitral, por meio de eventual ação anulatória ou impugnação ao cumprimento de sentença, podendo aqui tratar das questões de competência.

Assim, o efeito positivo é a permissão dada ao árbitro de decidir sobre sua própria jurisdição. Já o negativo é o fato de o árbitro não ser o único a dizer sobre a jurisdição, mas sim o primeiro, cabendo ao juiz togado a revisão desta questão.³¹⁸

³¹³ Texto Original: “Furthermore, without the positive effect of Kompetenz-Kompetenz, it would be too easy for a pleader, acting in bad faith, to delay the conclusion of the arbitration, obstructing the correct procedure. A pleader might not only attempt to allege a defect in the arbitration agreement, but also dispute its scope, and maintain, at the same time, the arbitrators to be incompetent to decide on these issues”. *In.*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p. 31.

³¹⁴ TEODORO, Viviane Rosalia. **Princípios da Arbitragem: o princípio Kompetenz-Kompetenz e suas conseqüências**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 51/2016, p.221-248, RTOnline, p.9.

³¹⁵ Texto original: “(...) whilst the negative effect means that domestic courts should not, in parallel and with the same degree of scrutiny, rule on the same issue, at least at the outset of the Arbitral Tribunal. This latter effect, as discussed below, is not accepted by some national legal systems”. *In.*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p. 4.

³¹⁶ TEODORO, Viviane Rosalia. **Princípios da Arbitragem: o princípio Kompetenz-Kompetenz e suas conseqüências**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 51/2016, p.221-248. RTOnline, p.9.

³¹⁷ **Ibidem**, p.9.

³¹⁸ BERBALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 193.

Esses efeitos, como visto anteriormente, são inerentes a convenção de arbitragem, assegurando que, surgindo o conflito, a questão será dirimida pela arbitragem em detrimento do Poder Judiciário.

Na Convenção de Nova Iorque a regra da Competência-Competência não é tratada tão explicitamente, determinando o art. 3º, II³¹⁹ o efeito positivo, não trazendo a redação, expressamente, o efeito negativo. Porém, indiretamente este está presente, já que o juiz togado “encaminha as partes à arbitragem”, sinalizando que só na arbitragem a matéria poderá ser discutida.³²⁰

A regra modelo da UNCITRAL, ICC, AAA, Regras do LCIA, todos incorporam a regra da Competência-Competência, fornecendo os elementos necessários para o árbitro decidir sobre sua jurisdição.³²¹

As “*ICC rules*” não apenas reconhecem a regra da Competência-Competência, como trazem uma solução na prática, apontando, em seu art. 6º³²², que a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) deve fazer um exame *prima facie* da convenção arbitral³²³.

Ademais, nos termos do parágrafo 9º³²⁴ do art.6º das Regras da CCI, um árbitro continuará a ter jurisdição para manter o processo até a sentença final, mesmo que o

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

³²⁰ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O Princípio Competência-Competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira.** Revista de arbitragem e mediação, vol. 9/2006, p.277/303. RTOonline, p.3/4.

³²¹ Texto Original: “(...) in light of the different sources given by the Uncitral, ICC, AAA International Rules and LCIA Rules. All of them incorporate the Kompetenz-Kompetenz principle”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p. 9.

³²² “Art.6º (3) Caso alguma das partes contra a qual uma demanda é formulada não apresente uma resposta, ou caso qualquer parte formule uma ou mais objeções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem ou quanto à possibilidade de todas as demandas apresentadas serem decididas em uma única arbitragem, a arbitragem deverá prosseguir e toda e qualquer questão relativa à jurisdição ou à possibilidade de as demandas serem decididas em conjunto em uma única arbitragem deverá ser decidida diretamente pelo tribunal arbitral, a menos que o Secretário-Geral submeta tal questão à decisão da Corte de acordo com o art. 6(4).

(4) Em todos os casos submetidos à Corte, de acordo com o art. 6(3), esta deverá decidir se, e em que medida, a arbitragem deverá prosseguir. A arbitragem deverá prosseguir se, e na medida em que, a Corte esteja *prima facie* convencida da possível existência de uma convenção de arbitragem de acordo com o Regulamento”.

³²³ Texto original: “In our view, the ICC Rules not only recognize the Kompetenz-Kompetenz, as stated above, but also gives a practical solution by pointing out that the ICC Court must make a *prima facie* examination of the arbitration agrément”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p.11.

³²⁴ “(9) Salvo estipulação em contrário, a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará a incompetência do tribunal arbitral, caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida.

próprio contrato seja inexistente, nulo e sem efeito. Trazendo aqui a adoção também do Princípio da Separabilidade.³²⁵

O parágrafo 3º³²⁶ do art. 16 da Lei Modelo da UNCITRAL dispõe que o tribunal arbitral poderá decidir sobre as impugnações de sua competência como questão preliminar ou sentença de mérito, sendo a decisão do tribunal apenas revista quando afirmativa, sendo omissa a lei quanto às decisões que declinam a jurisdição, podendo ser interpretado como um impedimento para a revisão. Contudo, a falta de reconhecimento expresso deve ser examinada à luz da lei processual aplicada na sede da arbitragem.³²⁷

No ordenamento brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 consagra a regra da Competência-Competência em seu art. 485, VII, trazendo expressamente a dimensão negativa do princípio, visto que “ o juiz não resolverá o mérito quando: (...) acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

Portanto, a competência para apreciação da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória é, primeiro, do árbitro, cabendo ao Poder Judiciário a possibilidade de analisar tal questão apenas após a análise do árbitro.³²⁸

Para Carmona se há duas ações versando sobre o mesmo objeto, uma por meio de procedimento arbitral e outra pelo processo judicial, a arbitragem deveria ser suspensa até que o juiz togado aprecie a questão da competência. Nesse sentido, entende que quando o réu alega, em contestação, existência de convenção arbitral, e o juiz a acolhe,

O tribunal arbitral continuará sendo competente para determinar os respectivos direitos das partes e para decidir as suas demandas e pleitos, mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato”.

³²⁵ Texto original: “In other words, under the ICC Rules, an arbitrator continues to have jurisdiction to keep on with the proceedings until the final award is rendered, even if the contract itself proves to be in-existent or null and void (principle of separability, that we examined before)”. *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p.11.

³²⁶ “(3) O tribunal arbitral pode decidir sobre a alegação referida no 2.º parágrafo do presente artigo, quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre o mérito da disputa. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer uma das partes pode, no prazo de 30 (trinta) dias após ter sido notificada dessa decisão, pedir ao tribunal estatal referido no art. 6.º que decida a questão, decisão essa que será insuscetível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o procedimento arbitral e proferir a sentença arbitral”.

³²⁷ Texto original: “Finally, according to paragraph 3 of art. 16, the Arbitral Tribunal may rule on challenges to its jurisdiction either as a preliminary question or as an award on the merits. Court review is only provided for when the tribunal rules in the affirmative. However, the law is silent as to rulings declining jurisdiction, and this can be reasonably interpreted to preclude court review. In our opinion, the lack of expressed recognition of such reviewing power should be examined under the procedural law applicable at the seat of arbitration”. *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p. 15/16.

³²⁸ BERARDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 193.

teremos uma decisão judicial definitiva. Agora, se o juiz não acolher a alegação do réu e afirmar ser competente, entende ser a decisão provisória, visto que extinguirá o processo e remeterá às partes à arbitragem, cabendo aos árbitros decidirem sobre a competência.³²⁹

Em relação a esta questão acrescenta António Sampaio Caramelo que o mais correto seria o árbitro ponderar se deve ou não suspender a arbitragem, caso este tenha dúvidas em relação a sua competência. Isto diante do atraso na resolução do litígio e os custos em tempo e dinheiro que serão despendidos por uma arbitragem que poderá ser ao final inutilizada³³⁰.

Em contrapartida, entende Leonardo de Faria Beraldo que tal análise pelo Poder Judiciário, após a decisão do árbitro sobre sua competência, a qual podemos dizer será uma sentença parcial, poderá ser realizada mesmo na pendência da arbitragem, com fundamento no art. 32 da Lei de Arbitragem, não sendo obrigatório se aguardar o desfecho do procedimento arbitral.³³¹ Sendo este o entendimento doutrinário majoritário.³³²

O autor discorda de Carmona, pois para ele a lei de arbitragem é clara, trazendo o árbitro como aquele que decidirá em primeiro lugar sobre a competência, tendo o Poder Judiciário a palavra final sobre o assunto. Segundo o autor, o legislador deu à arbitragem oportunidade de iniciar e terminar sem a presença do Judiciário para decidir sobre eventual vício na convenção arbitral, cabendo a este o direito de dar a última palavra sobre o assunto, por meio da ação anulatória. Assim, para o autor, a decisão tida como provisória, para Carmona, seria definitiva.³³³

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, tem entendido ser inadmissível a judicialização prematura da matéria da Competência³³⁴.

³²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 176/177.

³³⁰ CAMELO, António Sampaio. **A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 40/2014, p. 151-177. RTOnline, p. 8.

³³¹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 193.

³³² **Ibidem**, p. 194.

³³³ **Ibidem**, p. 198.

³³⁴ “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. ACORDO OPTANDO PELA ARBITRAGEM HOMOLOGADO EM JUÍZO. PRETENSÃO ANULATÓRIA. COMPETENCIADO JUÍZO ARBITRAL. INADMISSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO PREMATURA. 1.- Nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo. 2.- Mesmo no caso de o acordo de vontades no qual estabelecida a cláusula arbitral no caso de haver sido homologado judicialmente, não se admite prematura ação anulatória diretamente perante o Poder Judiciário, devendo ser preservada a solução arbitral, sob pena de se abrir caminho para a frustração do instrumento alternativo de solução da controvérsia. 3.- Extingue-se, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), ação que visa anular acordo de solução de controvérsias via

Tem-se como exceção, em que o juiz poderá conhecer da competência antes do árbitro, de extrema relevância para o presente trabalho, quando for proposta uma ação judicial sobre o mérito e o réu alegar, em preliminar, exceção de arbitragem. Cabendo ao juiz decidir se aquela demanda cabe a ele ou deverá ser instaurada a arbitragem.³³⁵

Ou seja, não está excluída a competência do Poder Judiciário para realizar controle incidental dos defeitos da convenção arbitral constatáveis *prima facie*. Quando ajuizada uma demanda judicial, arguindo o réu a existência de convenção arbitral, os vícios manifestos e patentes, de existência, validade ou eficácia, os quais permitem a constatação de plano, poderão ser reconhecidos, neste momento, pelo juiz estatal. Contudo, importante conceber que esta possibilidade é restrita e limitada aos vícios manifestos, sob pena de ferir a regra da Competência-Competência.³³⁶

De acordo com o entendimento geral, existem diferentes níveis de evidência. A *prima facie* é o controle superficial, enquanto, por exemplo, “pela preponderância da evidência”, “além de uma dúvida razoável” ou “confortável satisfação”, implicam em um controle mais profundo. Portanto, uma verificação *prima facie* deve ser o mais superficial possível, de acordo com às circunstâncias particulares de cada caso.³³⁷

Ademais, também no caso do art. 7º da Lei de Arbitragem, quando a instauração do procedimento depende do juízo estatal, em razão da cláusula vazia, a convenção acabará sendo analisada previamente pelo Poder Judiciário.³³⁸

De outra forma não poderia ser, sob pena, inclusive, de afronta ao art. 5º, inciso XXXV da CF, o qual versa sobre o direito de ação. O princípio da Competência-Competência, poderá, e deverá ser invocado quando a arbitragem já está instaurada, antes de sua instauração, não há que se falar em uma espécie de condição potestativa para o

arbitragem, preservando-se a jurisdição arbitral consensual para o julgamento das controvérsias entre as partes, ante a opção das partes pela forma alternativa de jurisdição. 4.- Recurso Especial provido e sentença que julgou extinto o processo judicial restabelecida”. (STJ - REsp: 1302900 MG 2012/0006413-5, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 09/10/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2012).

³³⁵ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 126.

³³⁶ TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153. RTOnline, p.8.

³³⁷ Texto original: “(...) According to the general understanding, there are different levels of evidence. The *prima facie* is the shallow control, whilst, for example, “by the preponderance of the evidence”, “beyond a reasonable doubt” or “comfortable satisfaction”, all of them imply a deeper control. Thus, in our view, a *prima facie* verification should be as shallow as possible, according to the particular circumstances of each case”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.32.

³³⁸ TEODORO, Viviane Rosalia. **Princípios da Arbitragem: o princípio Kompetenz-Kompetenz e suas consequências**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 51/2016, p.221-248. RTOnline, p.8.

exercício do direito de ação, podendo a parte ir ao Judiciário, momento em que este acabará por analisar a questão da competência. Só após de constituído o tribunal que se terá uma decisão do árbitro, antes é, por óbvio, inviável³³⁹.

Frisa-se, ainda, a possibilidade de controle nos casos de manifesta e inequívoca inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral. Aqui não estamos diante de uma exceção, mas sim, resultado de ponderação de valores. Seria desarrazoado e arbitrário que a jurisdição estatal não pudesse intervir nos casos em que é óbvio que não há legitimação para a atuação arbitral. Sendo certo que este controle antecipado só se justifica quando estritamente necessário, como resultado de ponderação de valores.³⁴⁰

Ressalta-se, por fim, que na maioria dos países, assim como no Brasil, a objeção à competência, deve ser arguida dentro de um prazo, sob pena de preclusão. No ordenamento brasileiro, a Lei de Arbitragem traz o prazo decadencial de 90 dias para se requerer a nulidade da decisão, contado a partir da intimação das partes dessa decisão.³⁴¹

Como já dito anteriormente, quando do estudo da autonomia da convenção arbitral, sem a observância do princípio da separabilidade somado a Competência-Competência, o Judiciário passaria a realizar interferências indevidas, bastando que uma das partes trouxesse uma argumentação a respeito da invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, para que a discussão fosse realizada fora da arbitragem.³⁴²

Nesse sentido, as legislações nacionais dos tribunais devem procurar salvaguardar a autonomia processual arbitral, excluindo o controle ou interferência estatal, prevalecendo o caráter obrigatório das decisões arbitrais. Uma das formas de fazer isso é precisamente respeitando o princípio da Competência-Competência³⁴³.

³³⁹ NERY JR., Nelson. **Convenção de arbitragem e compromisso arbitral - aplicabilidade do princípio Kompetenz-Kompetenz**. Soluções práticas de Direito - Nelson Nery Junior, vol 5/2014, p. 71-150. RTOnline, p. 23.

³⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153. RTOnline, p.4.

³⁴¹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 197.

³⁴² FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O Princípio Competência-Competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 9/2006, p.277/303. RTOnline, p. 5/6.

³⁴³ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kompetenz in international commercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.2.

Texto original: "National legislations and court decisions should seek, in general terms, to safeguard arbitral procedural autonomy, the seclusion of international arbitral proceedings from state control or interference, and the binding character of their determinations and awards. One of the main ways to do it is precisely by respecting the principle of Kompetenz-Kompetenz".

Tradução livre: As legislações nacionais e as decisões dos tribunais devem procurar, em termos gerais, salvaguardar autonomia processual arbitral, a exclusão de procedimentos arbitrais internacionais de controle ou interferência estatal, e o caráter obrigatório de suas determinações e prêmios. Uma das principais formas de o fazer é precisamente respeitando o princípio da Kompetenz- Kompetenz.

A Competência-Competência é regra de extrema importância na medida que impede o emprego de subterfúgios por um dos contratantes com o intuito de escapar do procedimento arbitral, desempenhando papel fundamental na garantia do acesso ao juízo arbitral.³⁴⁴

3.2. Competência-competência no Direito comparado

Importante frisar que não há um conceito universal da competência-competência, é uma escolha política, uma proposição a ser escolhida de acordo com uma análise jurídico-positiva da questão, havendo vários modelos de competência-competência.³⁴⁵

Ressalva-se que a Convenção de Nova York não traz diretamente o assunto, não indica que o árbitro pode decidir sobre sua competência nem mesmo se é prioritário. Assim, de rigor a análise do tema por meio do Direito comparado, em especial o efeito negativo, visto o tratamento distinto que recebe nos ordenamentos.³⁴⁶

Como já dito, a expressão Kompetenz, usada como sinônimo da regra da competência-competência, não tem exatamente o mesmo significado. Aquela significa o poder decisório a respeito da competência, contudo sem a incidência de qualquer revisão posterior. Se levarmos essa regra à arbitragem, significa dizer que a decisão do árbitro em hipótese alguma poderia ser revista pelo Poder Judiciário.³⁴⁷

Porém, esse entendimento não é aceito, hoje, nem na própria Alemanha. Com a adoção da Lei modelo Uncitral, em 1998³⁴⁸, a nova lei de arbitragem alemã passou a adotar que os tribunais detêm a última palavra sobre jurisdição e, em alguns casos, também a primeira.³⁴⁹

³⁴⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O Princípio Competência-Competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira.** Revista de arbitragem e mediação, vol. 9/2006, p.277/303. RTOnline, p.6.

³⁴⁵ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro.** Salvador: Juspodivm: 2016, p. 136.

³⁴⁶ **Ibidem**, p. 136.

³⁴⁷ **Ibidem**, p. 142.

³⁴⁸ Texto original: “However, this situation changed in 1998, when Germany adopted the Uncitral Model Arbitration Law (...)” . *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.16.

³⁴⁹ Texto original: “(...) Thus, courts should always have the last word on jurisdiction, and, in some instances, should also have the first word”. *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.16.

Contudo, no país é possível ajuizar ação direta para controlar a existência, validade e eficácia de uma convenção, apenas se proposta até o momento da constituição do tribunal arbitral.³⁵⁰

Na França, o Poder Judiciário não pode tratar da competência de um tribunal arbitral antes da prolação da sentença arbitral. Entende, a jurisprudência francesa, que sempre que o processo arbitral estiver em curso, não pode haver interferência para discutir a competência do árbitro, podendo existir uma primeira revisão, caso o tribunal não esteja ainda instalado e a convenção for manifestamente nula.³⁵¹

Ou seja, o judiciário está proibido de examinar a validade e eficácia da convenção arbitral na pendência de uma arbitragem, restando a ele averiguar defeitos *prima facie*, apenas antes da instauração do procedimento arbitral.³⁵²

A arbitragem francesa parece adotar claramente a regra da Competência-Competência. Assim, um tribunal deve se declarar incompetente quando lhe for subjugado um litígio que já tenha sido submetido a um tribunal arbitral e, da mesma forma, quando lhe for subjugado um litígio que ainda não tenha sido submetido ao tribunal arbitral, salvo nos casos em que se verifica, manifestamente, a nulidade da convenção arbitral.³⁵³

Como na França, na Suíça, no que tange as arbitragens internas, há esse controle *prima facie*, sendo esta a única hipótese de controle judicial. Contudo, no caso da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras o judiciário tem poderes para exame pleno da validade e eficácia da convenção arbitral.³⁵⁴

Na Suíça, um tribunal arbitral decidirá sobre sua própria jurisdição, no entanto, os tribunais poderão verificar a existência de uma convenção arbitral no exame *prima facie*,

³⁵⁰ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 143.

³⁵¹ **Ibidem**, p. 137/138.

³⁵² TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153. RTOonline, p.3.

³⁵³ Texto original: “The French approach seems to plainly adopt the priority rule in the exercise of Kompetenz-Kompetenz. Thus, a court must declare that it lacks jurisdiction when a dispute which has already been submitted to an Arbitral Tribunal is brought before it and, likewise, when a dispute which has not yet been submitted to an Arbitral Tribunal is brought before it, unless it ascertains that the arbitration agreement is manifestly null or void”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kompetenz in international commercial arbitration**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p.3.

³⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153, RTOonline, p.3.

no caso em que as partes recorrem aos tribunais estatais, sendo certo que esse exame é limitado à revisão de questões de direito.³⁵⁵

No caso da Lei de Arbitragem Inglesa, a qual segue a lei modelo UNCITRAL, os árbitros devem, via de regra, primeiro determinar a validade da convenção de arbitragem que instituiu sua jurisdição. Sendo esta uma decisão preliminar sujeita a posterior revisão judicial.³⁵⁶

Ou seja, o árbitro pode decidir sobre sua competência tanto por meio de uma decisão parcial tanto ao final. Contudo, em contrapartida ao ordenamento Francês, a decisão do árbitro pode ser questionada pelo poder judiciário antes do término do procedimento arbitral. Ademais, é possível ainda uma ação anulatória da sentença parcial arbitral ainda na pendência de uma decisão final de mérito, ou seja, se o árbitro julgou ser competente, por meio de uma sentença parcial, esta será passível de ação anulatória.³⁵⁷

Em Portugal, assim como no Brasil, o Judiciário só poderá intervir após a questão ser decidida em arbitragem, momento em que terá cognição plena e exauriente sobre a questão. É expressamente vedada ação judicial que tem como objeto averiguar de forma autônoma nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade da convenção arbitral, bem como providência cautelar para impedir a instauração do juízo arbitral. Nesse sentido, contra decisão de competência do tribunal arbitral cabe medida judicial específica, a qual não suspende a arbitragem.³⁵⁸

Já a exposição de motivos da Lei de Arbitragem espanhola de 2005 é enfática ao demonstrar que a aplicabilidade da regra da Competência-Competência não tem o condão de afastar a apreciação do juiz estatal acerca de sua competência. Assim, nas hipóteses

³⁵⁵ Texto original: “As a conclusion, as far as Switzerland is concerned, an Arbitral Tribunal shall rule on its own jurisdiction; however, courts could verify the existence of an arbitration agreement in a prima facie examination that takes place when the parties resort to courts. This examination should be in depth if the place of the arbitration is in a foreign country, i.e., out of Switzerland. On the other hand, this examination should be limited to review questions of law”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.22.

³⁵⁶ Texto original: “In conclusion, the English Arbitration Act, following the Uncitral MAL, has endorsed the view that the arbitrators should, as a rule, go first in determining the validity of the arbitration agreement instituting their authority and the subject matter scope of their authority, albeit this is a preliminary determination subject to later court review”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.19.

³⁵⁷ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 139/141.

³⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153. RTOnline, p.3.

em que a parte já sabe que determinada matéria não cabe ao árbitro esta deve se socorrer do Poder Judiciário.³⁵⁹

Por outro lado, a perspectiva dos Estados Unidos é baseada no contrato dando enfoque na vontade das partes como fonte do poder dos árbitros para determinar sua própria jurisdição. Intervenções judiciais são permitidas sem limitações, em qualquer momento do procedimento arbitral e em relação a qualquer questão jurisdicional.³⁶⁰

Nesse sentir, como a jurisprudência americana tem entendido que o judiciário pode ser acionado, para decidir sobre a competência, mesmo durante o processo arbitral,³⁶¹ há uma adoção atenuada da regra da Competência-Competência, a qual tendência para um fortalecimento com o passar dos anos.³⁶²

Nos casos do México e do Panamá, as Cortes Supremas, recentemente, negaram o reconhecimento da Competência-Competência.

A Lei de Arbitragem Mexicana confere aos árbitros, não apenas jurisdição, mas também a regra da Competência-Competência³⁶³. Contudo, em afronta à própria lei, o Superior Tribunal de Justiça mexicano, estabeleceu que quem tem competência para estabelecer a validade ou não de uma convenção de arbitragem são os tribunais estaduais³⁶⁴.

A Corte do Panamá, indo ao encontro da Corte mexicana, argumentou que os árbitros não têm legitimidade para decidir sobre sua jurisdição, somente os tribunais

³⁵⁹ NERY JR., Nelson. **Convenção de arbitragem e compromisso arbitral - aplicabilidade do princípio Kompetenz-Kompetenz**. Soluções práticas de Direito - Nelson Nery Junior, vol 5/2014, p. 71-150. RTOnline, p. 25/26.

³⁶⁰ Texto original: “(...) Thus, the American approach is based on contract and focuses on the will of the parties as the source of the power of the arbitrators to determine their own jurisdiction. Moreover, in the United States, court intervention is allowed without limitations. American courts can intervene with respect to the jurisdiction of arbitrators at any moment of the arbitral procedure and in relation to any jurisdictional issue”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.26.

³⁶¹ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm: 2016, p. 146.

³⁶² TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153. RTOnline, p.3.

³⁶³ Texto original: “(...) the Mexican Arbitration Law gives the arbitrators not only a mandatory jurisdiction over the parties, but also the power known as Kompetenz-Kompetenz”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.28.

³⁶⁴ Texto original: “However, the Mexican Supreme Court of Justice has recently ignored the text and spirit of the law that recognizes the Kompetenz-Kompetenz principle, setting forth that it is for state courts to establish the validity or not of the agreement to arbitrate (...)”. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.29.

poderiam decidir tal questão. Demonstrando um sério revés para a arbitragem comercial internacional no País.³⁶⁵

Por fim, em relação a Ásia, a recente Lei de Arbitragem japonesa, de 2004, em substituição a de 1890, reconhece a Competência-Competência, seguindo, em grande parte, a lei modelo UNCITRAL³⁶⁶.

Diante o exposto, torna-se certo que a Competência-Competência é uma ferramenta pró-arbitragem, que se tornou quase universalmente aceita, devido, sobretudo, à Lei Modelo Uncitral, representando um importante passo para garantir que a convenção de arbitragem seja capaz de produzir seus efeitos, não obstante quaisquer táticas dilatórias das partes. Foi a consciência disso que levou os ordenamentos jurídicos nacionais à adoção do princípio.³⁶⁷

Na maioria dos países da Europa Ocidental e na Lei Modelo Uncitral, não há obrigação para o árbitro aguardar a decisão do tribunal. Além disso, na maioria dos sistemas jurídicos, as partes devem apresentar sua objeção jurisdicional dentro de um prazo razoável. Caso contrário, as partes renunciaram ao direito de oposição.³⁶⁸

Os regimes jurídicos da maioria das jurisdições da Europa e da América, bem como a maioria das convenções e as regras de muitos sistemas de arbitragem institucionalizados, como ICC, LCIA, AAA, mantém em grande medida a autoridade dos

³⁶⁵ Texto original: “The court reasoned that arbitrators had no legal standing upon which to decide on their jurisdiction. Only courts, using their publicly-conferred authority, could rule on such questions.(...) This is a serious setback for the International Commercial Arbitration in Panama (...)”. *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p.29.

³⁶⁶ Texto original: “We have decided to analyze the Japan’s new Arbitration Law,130 which was adapted to the global standard of international commercial arbitration, by following the Uncitral Model Law for the most part. t. Japan replaced its old arbitration law of 1890 with an entirely new arbitration law, which was enacted in July 2003, and came into effect on March 1, 2004”. *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p.29.

³⁶⁷ Texto original: “The Kompetenz-Kopetenz principle is a pro-arbitration tool, which has become almost universally accepted, due, above all, to the Uncitral Model Law; however, flaws still do exist in its implementation. At any rate, the present situation represents an important step towards ensuring that the arbitration agreement is able to produce its effects notwithstanding any dilatory tactics by the parties. It was the awareness of this state of facts by national legal systems that led to the adoption of the principle”. *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p.33.

³⁶⁸ Texto original: “However, in most western European and Uncitral Model Law countries, there is no obligation for the arbitrators to wait for the court to decide. Also, in most legal systems, the parties must raise their jurisdictional objection within a reasonable time. Otherwise, the parties will have waived the right to object”. *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOonline, p.34.

árbitros para fazer uma avaliação preliminar em sua própria jurisdição.³⁶⁹ No entanto, quando o consentimento de uma parte para a arbitragem está claramente ausente, a intervenção antecipada do tribunal contribui para o objetivo de estabelecer a arbitragem como um meio confiável e funcional de resolução de litígios³⁷⁰.

Conclui-se, portanto, que uma boa cooperação entre tribunais nacionais e tribunais arbitrais exige a intervenção judicial somente após a emissão da sentença arbitral, para decidir sobre os pedidos de anulação ou de execução. Qualquer intervenção anterior a isso deve ser vista como excepcional e deve ser limitada ao mínimo estrito, como um exame *prima facie*, para determinar se uma convenção de arbitragem é "manifestamente nula e sem efeito".³⁷¹

3.3. Exceções: hipóteses em que o juiz pode decidir mesmo diante da existência de cláusula arbitral

Diante do exposto até aqui, tem-se que a convenção de arbitragem afasta a jurisdição estatal, atribuindo ao árbitro o poder-dever de decidir sobre os litígios decorrentes do contrato, além das questões de existência, validade e eficácia desta convenção arbitral, diante da regra da Competência-Competência.

Há apenas três hipóteses em que o juiz togado estará revestido de jurisdição e poderá decidir mesmo diante da existência de uma convenção arbitral. Passar-se-á a analisar cada uma delas.

3.3.1. Renúncia tácita na citação

³⁶⁹ Texto original: "Today, the legal regimes of most jurisdictions in Europe and America, most international conventions and the rules of many institutionalized arbitration systems, such as ICC, LCIA, AAA, uphold to a significant extent the authority of arbitrators to make a preliminary assessment on their own jurisdiction (...)". *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p. 34.

³⁷⁰ Texto original: "However, when a party's consent to arbitration is clearly lacking, the court's early intervention contributes to the goal of establishing arbitration as a reliable and functional means of dispute resolution". *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.34.

³⁷¹ Texto original: "As a general rule, good cooperation between courts and Arbitral Tribunals requires that the courts intervene only after the arbitration award has been issued, for the sole purpose of ruling on applications for setting aside or for obtaining enforcement, and that any intervention prior to this should be seen as exceptional and should be limited to the strict minimum, as a prima facie examination, to determine if an arbitration agreement is "manifestly null and void". *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kopetenz in internation comercial arbitratio**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol, 15/2007, p. 134.190. RTOnline, p.35.

A primeira hipótese ocorre quando, em um processo judicial, o réu não alega a existência de convenção arbitral em preliminar de contestação, renunciando, assim, de forma tácita, o procedimento arbitral. Nesse caso, o processo judicial continuará normalmente.

Como já analisado, o compromisso arbitral, quando diante de uma cláusula cheia, tem eficácia positiva e negativa. A primeira consiste na existência de todos os elementos necessários para a imediata instauração e tramitação da arbitragem. Já o segundo consiste no fato de a cláusula obstar o julgamento de mérito dos litígios relacionados ao contrato, pelo Poder Judiciário³⁷².

A tradição jurídica luso-brasileira, entende que, para a convenção produzir seu efeito negativo, esta deverá ser invocada pelo interessado, que normalmente será o réu, perante o juízo estatal.³⁷³

O Código de Processo Civil de 1973, assim como no de 1916, trazia apenas o compromisso como convenção arbitral, indicando no art. 301, VIII, posteriormente IX pelo advento da Lei 5.925, o compromisso arbitral como uma das matérias processuais que deveria ser alegada pelo réu em sua defesa. Estabelecendo, ainda, que a existência do compromisso não poderia ser conhecida de ofício pelo juiz.³⁷⁴

Com o advento da Lei 9.307/1996 e a admissão da cláusula arbitral e do compromisso arbitral como espécies do gênero convenção arbitral, o inciso IX do art. 301 do CPC de 1973 passou a ser lido como “convenção”, porém houve parte da doutrina que entendeu que a cláusula poderia ser conhecida *ex officio* pelo Judiciário.³⁷⁵

Entretanto, como retro analisado, não se faz lógico trazer qualquer distinção em relação as espécies da convenção arbitral, visto que os efeitos são os mesmos. Sendo certo que, mesmo na vigência do CPC de 1973, ambos, tanto a cláusula como o compromisso, deveriam ser arguidos pela parte interessada para fazer valer o efeito negativo da convenção e afastar o judiciário.

³⁷² TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de arbitragem)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol.40/2014, p. 81-103. RTOnline, p. 2.

³⁷³ **Ibidem**, p.2.

³⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de arbitragem)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol.40/2014, p. 81-103. RTOnline, p. 2.

³⁷⁵ **Ibidem**, p.2.

Ademais, a Convenção de Nova York indica explicitamente a necessidade de arguição da convenção de arbitragem pela parte interessada no processo judicial³⁷⁶. Tendo esta sido ratificada pelo Brasil pelo Decreto 4.311/2002, sendo certo que a regra da necessidade de arguição da convenção arbitral integra, desde então, o ordenamento jurídico brasileiro.³⁷⁷

No que diz respeito ao direito comparado, esta regra esta presente em vários sistemas jurídicos estrangeiros, como em Portugal, Espanha, Alemanha e França³⁷⁸. Além de constar na Lei Modelo da UNCITRAL, no art. 8. n.1³⁷⁹.

Indo ao encontro dos ordenamentos internacionais, o Código de 2015, trouxe expressamente, como preliminar de Contestação a obrigatoriedade de o réu alegar convenção de arbitragem, nos termos do inciso X do art. 337³⁸⁰.

Especificando, ainda, o parágrafo 6º do mesmo artigo que “a ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.

Por fim, o inciso VII do art.485 do CPC traz que “o juiz não resolverá o mérito quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem”. Afastando expressamente, nos termos do parágrafo 3º³⁸¹ do mesmo artigo o conhecimento de ofício pelo juiz.

Portanto, resta-se claro que para o ordenamento jurídico pátrio, a convenção arbitral precisa ter a existência arguida pelo réu para impedir o prosseguimento do processo judicial.

Em outras palavras, a falta da alegação pelo réu implica a extinção da eficácia negativa da convenção arbitral, outorgando-se ao juiz estatal a plena jurisdição para

³⁷⁶ “Art. II, n. 3 O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

³⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de arbitragem)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol.40/2014, p. 81-103. RTOnline, p. 4.

³⁷⁸ **Ibidem**, p.4.

³⁷⁹ “Art. 8º (1) O juízo perante o qual é proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem remeterá as partes para arbitragem se uma das partes assim o solicitar, até ao momento de apresentar as suas primeiras alegações relativas ao mérito da disputa, a menos que constate que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz”.

³⁸⁰ “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: X - convenção de arbitragem”

³⁸¹ “Art. 485(...) § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.

conhecer e julgar aquele litígio, afastada a caracterização de qualquer defeito ou nulidade naquele processo judicial.³⁸²

Não há propriamente uma renúncia, mas sim resilição, a verdadeira extinção da convenção por manifestação da vontade de ambas as partes do negócio jurídico arbitral³⁸³. Visto que uma, ao invés de instaurar a arbitragem, ajuizou ação judicial, e a outra, quando oportunizada a se defender, silenciou em relação a existência da convenção, assumindo o processo judicial.

A existência de convenção arbitral deve ser arguida em preliminar de contestação, se não o for, ocorrerá a preclusão temporal de tal arguição. Assim, a convenção não é um pressuposto processual negativo como a coisa julgada e a litispendência, mas sim repercute sobre a validade do processo judicial, devendo ser arguida pela parte interessada, não podendo ser conhecida de ofício.³⁸⁴

Nesse sentido, se não for suscitada no momento oportuno a existência de convenção arbitral, esta não poderá ser posteriormente alegada para a desconstituição de mérito do processo judicial, visto que não há qualquer nulidade passível de fundamentar o ajuizamento de uma Ação Rescisória, ou qualquer outro meio de impugnação.³⁸⁵

Sendo uma preliminar de contestação, a arguição de convenção arbitral será decidida na decisão saneadora do processo, evitando-se assim a postergação para a sentença final³⁸⁶. Cabendo ao judiciário, como trazido pelo art. 485 do CPC, a extinção do processo judicial.

Relevante se faz, nesse momento, trazer crítica a respeito da não adoção da exceção de arbitragem no Código de Processo Civil de 2015.

No projeto de Lei do Código de 2015, a Câmara dos Deputados trouxe, inicialmente, uma importante inovação, a criação da chamada exceção de arbitragem. Tratar-se-ia de incidente para alegação da convenção arbitral no juízo arbitral, afastando a alegação como preliminar de contestação, solucionando uma das maiores questões atuais práticas dos militantes da área.³⁸⁷

³⁸² TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de arbitragem)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol.40/2014, p. 81-103. RTOnline, p. 4.

³⁸³ **Ibidem**, p.4

³⁸⁴ **Ibidem**, p.4/5.

³⁸⁵ **Ibidem**, p.5.

³⁸⁶ **Ibidem**, p. 6.

³⁸⁷ ROCHA, Pedro Cavalcanti. **Apontamentos sobre as principais alterações no instituto da arbitragem no Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49. RTOnline, p. 6.

Tem-se que com o Princípio da Eventualidade a defesa deverá, não só trazer a convenção de arbitragem como preliminar de mérito, mas sim trazer toda a questão de mérito na contestação, para que, caso a preliminar seja afastada, o juiz possa analisar e julgar o mérito.³⁸⁸

Porém, caso o juízo competente de fato seja o arbitral, o réu terá antecipado toda a sua matéria de defesa em momento anterior ao que deveria expor. Abrindo precedente para que algumas partes, estrategicamente, ajuízem ação judicial, apresentando fundamentação incompleta, ao invés de instaurar o procedimento arbitral válido, justamente para ter contato com a defesa da parte adversa, sabendo os principais pontos da parte contrária, quando da instauração da arbitragem.³⁸⁹

Além disso, uma das principais características do procedimento arbitral é o sigilo. Em que pese nada dispor a Lei de Arbitragem sobre o assunto, os regulamentos das instituições arbitrais de maior prestígio, assim dispõem. Sendo certo que, salvo disposição em contrário, confidencial será o procedimento. Em contrapartida, o processo judicial, via de regra, é público, em atenção ao Princípio Constitucional da Publicidade. Sendo este outro problema que merece atenção.

Com a exceção de arbitragem sugerida, a convenção seria arguida em petição simples e autônoma, suspendendo o processo até que a questão fosse resolvida, evitando-se perda de tempo, o adiantamento da tese defensiva e a exposição da questão de forma pública. Contudo, o projeto foi negado, quando da apresentação ao Senado Federal, tendo sido retirada do projeto de lei.³⁹⁰

Assim o atual Código de 2015 estabelece como preliminar de contestação a arguição de convenção de arbitragem, admitindo, nos termos do inciso V do art. 1.015, a interposição de Agravo de Instrumento quando rejeitada a alegação de convenção arbitral.

3.3.2. Cláusula Patológica

A segunda hipótese em que há possibilidade de um juiz estatal analisar o mérito de um litígio advindo de um contrato com existência de convenção arbitral, é no caso das chamadas, pela doutrina, de cláusulas patológicas.

³⁸⁸ ROCHA, Pedro Cavalcanti. **Apontamentos sobre as principais alterações no instituto da arbitragem no Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49. RTOonline, p.6.

³⁸⁹ **Ibidem**, p.6.

³⁹⁰ **Ibidem**, p.6.

Para que se dê a instauração direta do procedimento arbitral, a convenção arbitral deve ser redigida de forma clara, precisa, organizada, com todos os elementos e peculiaridades pertinentes às perspectivas das partes³⁹¹. Contudo, nem sempre isso ocorre.

Assim, as cláusulas compromissórias mal redigidas, ambíguas, obscuras, incongruentes e contraditórias, ou seja, de difícil entendimento e interpretação, são as chamadas cláusulas patológicas.³⁹²

Essa imprecisão pode comprometer a certeza quanto à vontade das partes, dificultando a efetivação da cláusula, pode conter erros, impropriedades ou falhas que afetam a eficácia da convenção, impedindo a execução do que foi inicialmente imaginado pelas partes.³⁹³

A título de exemplo, seria patológica a cláusula que: indicar uma instituição inexistente; prevê procedimento incompatível ao da câmara de arbitragem indicada; traz dúvida sobre o número de árbitros, indica o regulamento de uma instituição, mas traz a administração de outra; etc. Sem contar convenções que põe em dúvida até mesmo se o interesse das partes é atribuir o método da arbitragem para a solução do litígio.³⁹⁴

Tem-se, assim, que diante de uma cláusula patológica, há necessidade de intervenção judicial para se instaurar procedimento arbitral, cabendo ao juiz togado, dizer o objeto e a extensão da cláusula compromissória.³⁹⁵

Importante frisar que cláusula patológica não é a mesma coisa que cláusula vazia, trazida anteriormente. A vazia apenas determina que o litígio será dirimido por meio de arbitragem, não trazendo qualquer outro elemento, distintamente, a patológica seria uma cláusula cheia defeituosa.³⁹⁶

Nesse sentido, desde que não haja dúvida em relação à vontade das partes de afastar a jurisdição estatal, deve-se tentar, a todo custo, quando possível, salvaguardar a

³⁹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 180.

³⁹² BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179. No mesmo sentido: CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 181.

³⁹³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 181.

³⁹⁴ **Ibidem**, p. 181.

³⁹⁵ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179.

³⁹⁶ **Ibidem**, p. 179.

arbitragem. Trazendo a doutrina as expressões: princípio da salvação da convenção arbitral, da preservação da arbitragem e, por fim, do favor arbitral.³⁹⁷

A solução nestes casos é tentar extrair da cláusula defeituosa o melhor resultado possível, com o objetivo de dar efeito útil à convenção viciada, preservando-se a real intenção das partes quando do momento em que a pactuação, em conformidade com o art.112³⁹⁸ e 113³⁹⁹ do Código Civil.⁴⁰⁰

Sendo possível, mesmo diante da patologia, instaurar o procedimento arbitral, ao árbitro caberá a total autonomia para encontrar a melhor solução possível para controvérsia, dando, inclusive, amplitude ao princípio da competência-competência. Sendo pertinente, para tanto, buscar o consenso das partes na formulação do adendo à convenção.⁴⁰¹

Porém, cláusulas em que a patologia é tão grave a ponto de ensejar dúvidas sobre o interesse das partes em resolver a controvérsia pela arbitragem, devem ser invalidadas, preservando o acesso ao Judiciário. Como a renúncia à jurisdição estatal é matéria extremamente relevante, posto que altera todo o procedimento de resolução do litígio, deve ser interpretada estritamente e de forma extremamente rigorosa.⁴⁰²

Frisa-se, para se subtrair do Judiciário a competência para resolução de um litígio, há necessidade da máxima segurança jurídica quanto à manifestação de vontade das partes. Nesses casos, o desenvolvimento de uma arbitragem poderá ser totalmente inútil, já que a sentença, com vício de manifestação da vontade estará sujeita a anulação. Podendo até mesmo ser suscitado o inciso XXXV do art. 5º da CF, que dispõe a respeito do acesso à justiça, matéria esta de ordem pública.⁴⁰³

Esse é o entendimento que vem sendo adotado pela jurisprudência.⁴⁰⁴ Existindo dúvida acerca da possibilidade de determinadas cláusulas contratuais serem ou não

³⁹⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 182.

³⁹⁸ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

³⁹⁹ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁴⁰⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180.

⁴⁰¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 183.

⁴⁰² **Ibidem**, p. 182.

⁴⁰³ **Ibidem**, p. 182.

⁴⁰⁴ Cf. Trecho do voto do relator para o acórdão: “Percebe-se que a cláusula compromissória não tem uma redação própria, mas deve ser inequivocamente demonstrado que as partes concordam em submeter seus litígios perante um julgamento arbitral. E não poderia ser diferente porquanto a sentença arbitral, além de afastar a revisão meritória pelo Poder Judiciário, possui os efeitos de um título executivo judicial. Na

compromissórias, no caso concreto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a cláusula compromissória deve ser clara ao atribuir jurisdição ao tribunal arbitral em detrimento do juízo estatal, não podendo existir, a esse respeito qualquer dúvida. Afastando-se, assim, no caso concreto, a arbitragem.⁴⁰⁵

Portanto, caso o judiciário esteja diante de uma convenção manifestamente patológica, podendo ser reconhecida tal patologia *prima facie*, não sendo possível a instauração do procedimento arbitral, a controvérsia será dirimida no Judiciário, salvo se as partes pactuarem posterior compromisso arbitral.

3.3.3. Ação Anulatória

De antemão importante lançar algumas premissas. A primeira: não há nulidade sem prejuízo. Tal entendimento é amparado pela doutrina e pelo ordenamento jurídico pátrio, expresso pelos art.277⁴⁰⁶ e §1º do art. 282⁴⁰⁷, ambos do CPC, bem como pelo princípio da instrumentalidade das formas⁴⁰⁸. Assim, sempre que possível, a sentença arbitral deverá ser mantida.

Sempre que não for caracterizado prejuízo em decorrência do ato processual, é defesa a declaração de sua nulidade. Em outras palavras, se não ficar comprovada o prejuízo que a suposta invalidade traz ao processo, não há como anular o ato processual, adotando o nosso sistema o *pas de nullité sans grief*.⁴⁰⁹

espécie em exame, não é possível inferir de uma redação obscura do contrato a presença da cláusula compromissória (fls. 35, XXIV, 24.1/24.4) que modifica radicalmente a resolução dos litígios”. (TJMG, 10a C., Ap. n. 2.0000.00.503787-4/000, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, Rel. p/ o acórdão Des. Alberto Vilas Boas, j. 23/9/2005).

⁴⁰⁵ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 182.

⁴⁰⁶ “Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

⁴⁰⁷ “Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte”.

⁴⁰⁸ Cf. Cândido Rangel Dinamarco: “O chamado princípio da instrumentalidade das formas impõe que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido - porque afinal o que interessa é o objetivo do ato e não o ato em si mesmo. Várias são as suas manifestações na lei processual e pode-se dizer que essa regra coincide com aquela contida no brocardo *pas de nullité sans grief*. Tal regra, formulada legislativamente nesses mesmos termos no direito francês, está presente nos códigos brasileiros: a) mediante expressa referência ao prejuízo como requisito para anulação (CPP, art. 563-CPC, art.282, § 1º); b) estatuinto a lei que a consecução do objetivo visado pela determinação da forma processual faz com que o ato seja válido ainda se praticado contra a exigência legal (CPC, art. 277)”. (In. DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 429).

⁴⁰⁹ NERY JR., Nelson. **Sentença Arbitral - inexistência de nulidade - cumprimento do regulamento do centro de arbitragem**. Soluções práticas do direito, vol. 5/2014. RTOnline, p. 6.

A segunda é que o Judiciário não é uma “segunda instância” da arbitragem, não tendo caráter revisor. Como já visto, não cabe ao juiz togado, em hipótese alguma, reanalisar o mérito decidido pela jurisdição arbitral. A ação anulatória não tem a função de discutir o mérito da lide já decidido pela sentença arbitral, sob pena de violação da Lei de Arbitragem.⁴¹⁰

Diante de tal questão, certo é que a maioria das hipóteses de nulidade do rol do art. 32 da Lei de Arbitragem decorrem de *error in procedendo*, não existindo a possibilidade de anulação de uma sentença arbitral por *error in iudicando*.⁴¹¹

Terceiro ponto salutar, refere-se ao prazo para ajuizamento da ação anulatória. Nos termos do §1º do art. 33 da Lei de Arbitragem “a demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento”.

Depois de transcorrido tal prazo decadencial para anulação, a sentença arbitral se torna definitiva, não podendo mais ser alterada ou invalidada, salvo se tratar de vício de inexistência, hipótese em que será cabível *querela nullitatis insanabilis*.⁴¹² Ou seja, caso a ação anulatória não seja ajuizada dentro do prazo decadencial legal, deverá o juiz julgar o pedido improcedente, com fulcro no art. 487, II⁴¹³, do CPC.⁴¹⁴

Outra premissa crucial a ser considerada é o momento em que a parte prejudicada deve arguir a questão viciada que enseja anulação, sendo este a primeira oportunidade possível. Em outras palavras, assim que tiver ciência inequívoca do vício, a parte deve arguir a suposta invalidade que tenha ocorrido durante a arbitragem, sob pena, inclusive, de preclusão desse direito. A não manifestação, a tempo e a contento, importará, em *venire contra factum proprium*, não devendo ser aceita, posteriormente, em eventual ação anulatória, pelo Judiciário.⁴¹⁵

Postas tais premissas, analisar-se-á as hipóteses de cabimento da Ação Anulatória.

3.3.3.1. Hipóteses de cabimento

⁴¹⁰ BERVALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 481.

⁴¹¹ **Ibidem**, p. 481.

⁴¹² **Ibidem**, p. 481.

⁴¹³ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição”.

⁴¹⁴ BERVALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 482.

⁴¹⁵ **Ibidem**, p. 482.

O art. 32 da Lei de Arbitragem traz o rol das hipóteses em que cabe ação anulatória. Sendo a sentença arbitral nula quando: (i) há nulidade da convenção arbitral; (ii) emanada de quem não poderia ser árbitro; (iii) não contenha os requisitos legais do art.26; (iv) proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (v) comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (vi) proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art.12, inciso III, desta Lei; e (vii) forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º desta Lei.

Inicialmente, oportuno apontar que da leitura do rol, tem-se que o legislador não trouxe, na maioria das hipóteses, nulidades propriamente ditas, mas sim anulabilidades do laudo arbitral.⁴¹⁶

Ademais, importante frisar que este rol é quase taxativo, quase, pois há questões, como a violação à ordem pública, que violam o próprio sistema da Lei de Arbitragem e, por este motivo, apesar de não estar no rol, devem ser consideradas como causa de invalidade da sentença arbitral.⁴¹⁷

Nesse sentido, tais hipóteses são taxativas, pois os motivos de impugnação não podem ser ampliados pelas partes, tampouco podem estas estabelecerem novas formas de revisão judicial da sentença arbitral na convenção arbitral. Porém, em casos excepcionais, visando manter o sistema pensado pela Lei Arbitral, mesmo não sendo hipótese contida no rol, a sentença deverá ser invalidada por meio da ação anulatória ou declarada inexistente como será visto no próximo capítulo.⁴¹⁸

O primeiro inciso do art. 32 traz a nulidade da convenção arbitral. Tal questão já foi tratada no capítulo 1.3 e 1.4 deste trabalho, cabendo aqui apenas breve síntese. A nulidade aqui está intimamente ligada à falta de algum elemento essencial de validade do negócio jurídico processual, sendo eles: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Em relação ao agente capaz, podemos citar uma convenção em que uma das partes é absolutamente incapaz. Com relação ao objeto, uma convenção que tem como objeto direitos indisponíveis ou não patrimoniais. Por fim, em relação a forma, a convenção deve

⁴¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 398.

⁴¹⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 484.

⁴¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 399.

ser escrita; sendo verbal, parte da doutrina entende que será possível decretar a nulidade, parte entende ser válida.⁴¹⁹

O segundo inciso trata da sentença arbitral proferida por quem não poderia ser árbitro. Dentre deste inciso, há três situações diversas: o árbitro é incapaz; o árbitro é impedido ou não ter sido escolhido pelas partes para solucionar a controvérsia.⁴²⁰

O art. 13 da Lei de Arbitragem traz a obrigação de o árbitro ser pessoa capaz, devendo a capacidade estar presente ao longo de todo o procedimento, sendo certo que cessada tal capacidade o árbitro deve ser substituído. Ademais, aos árbitros aplica-se os casos de impedimento e suspeição dos arts. 144 e 145⁴²¹ do CPC, estando impedido de julgar a demanda caso recaia em um desses casos.⁴²²

Importante, ressaltar que a parte interessada deve arguir o impedimento do árbitro no primeiro momento possível, caso contrário, presume-se que concordou com a permanência deste no processo. Nesse sentido, se ajuizada posterior ação anulatória fundamentada neste inciso, cabe ao autor demonstrar o fato impeditivo e ao réu que tal

⁴¹⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei n° 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 487/488.

⁴²⁰ **Ibidem**, p. 489.

⁴²¹ “Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado”.

“Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes”.

⁴²² BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei n° 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 489/490.

impedimento não existe ou que já era conhecido pelo autor, formulando a tese de que a arguição de impedimento já precluiu⁴²³.

Contudo, importante frisar que, em razão do princípio da autonomia privada, é plenamente possível as partes aceitarem um árbitro impedido. Tendo conhecimento da causa de impedimento e a aceitando, entendendo não haver qualquer ferimento na imparcialidade do árbitro, não há qualquer nulidade na nomeação. Não podendo nenhuma das partes, posteriormente, levantarem o suposto impedimento, aceito em um primeiro momento, alegando nulidade da sentença arbitral, visto se tratar de claro *venire contra factum proprium*.⁴²⁴

Por fim, em consonância e complemento a este inciso, a Lei de Arbitragem traz o dever de revelação do árbitro. Nos termos do art. 14⁴²⁵, este tem o dever de trazer ao processo arbitral qualquer questão que possa gerar dúvida justificada quando à sua imparcialidade e independência, sendo certo que esta omissão pode acarretar em posterior anulação da sentença arbitral, com fundamento no inciso II do art. 32.

Frisa-se, contudo que na ação de anulação o que deverá ser verificado é o reflexo da ausência de revelação do árbitro a ensejar mácula na decisão arbitral. Ou seja, se aquela questão de fato influenciaria o julgamento com independência e imparcialidade do árbitro. Portanto, não é a falta de revelação que enseja a ação anulatória, mas sim, se o fato não revelado pelo árbitro for capaz de influenciar o seu julgamento.⁴²⁶

A terceira situação é a do árbitro que não foi escolhido pelas partes, ou porque começou a exercer a função sem ter sido escolhido; ou assinou a sentença um árbitro desconhecido, ou, ainda o árbitro escolhido morre e foi substituído.⁴²⁷

No primeiro caso, se as partes não se manifestarem, presumir-se-á a concordância. No segundo caso, as partes poderão tentar a oposição de embargos de declaração para

⁴²³ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 490.

⁴²⁴ **Ibidem**, p. 490.

⁴²⁵ “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

⁴²⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. **O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1º da Lei 9.37/1996) e a adoção de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol.36, p.231. RTOonline, p. 7/8.

⁴²⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 490.

sanar o equívoco, superado, será possível manejar até ação declaratória de inexistência, visto que o árbitro que proferiu a sentença não tem jurisdição para tanto, sendo ato inexistente no mundo jurídico. Por fim, no terceiro caso, a substituição só será possível se as partes expressamente autorizaram, se a sentença for proferida sem tal autorização, também será inexistente, como no segundo caso.⁴²⁸

Outra hipótese de nulidade é a nomeação dos árbitros se dar de modo diferente do estipulado pelas partes na convenção arbitral. Se há características a serem preenchidas pelo árbitro e este não as preencher, poderá ser manejada a ação anulatória fundamentada no inciso II do art. 33 da Lei de Arbitragem.⁴²⁹

O terceiro inciso traz a hipótese da sentença proferida sem os requisitos legais do art. 26⁴³⁰ da Lei de Arbitragem.

Assim, a sentença proferida sem relatório ou sem fundamentação é nula, sendo cabível a ação anulatória. Frisa-se que deve inexistir um relatório, não sendo motivo a ensejar anulação um relatório mal feito. Agora, no caso de uma motivação incompreensível, há possibilidade da decretação de invalidade da sentença arbitral, no mesmo sentido o julgamento por equidade sem autorização expressa das partes.⁴³¹

O dispositivo, por sua vez, deve ser claro para a compreensão das partes a respeito da solução dada ao litígio. Caso este seja contraditório ou incoerente, poderá ser decretado nulo. Frisa-se que a contradição que pode ensejar a anulação é do dispositivo e não da motivação. Sendo certo que na motivação, para se ter a anulação, a contradição deve tornar incompreensível os motivos de decidir. Assim, se a contradição ocorrer entre a motivação e o dispositivo, tornando a *ratio decidendi* inteligível, é cabível a ação anulatória fundamentada na ausência de motivação.⁴³²

⁴²⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 491.

⁴²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 402.

⁴³⁰ “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato”.

⁴³¹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 494.

⁴³² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 404.

Já a ausência de local e data, requisitos fundamentais para estabelecer a nacionalidade da sentença e a contagem do prazo decadencial de 90 dias da ação anulatória e do início da fase executória, também enseja a invalidação da sentença arbitral. Ressalvando-se que se possível, por outros meios, ter conhecimento do local ou da data da sentença, com segurança e precisão, sem ensejar prejuízo a nenhuma das partes, deve ser considerada válida.⁴³³

O quarto inciso trata da sentença proferida fora dos limites da convenção arbitral. Ou seja, uma sentença *ultra petita*, que julga mais do que foi pedido e *extra petita*, que julga fora do pedido.

Parte da doutrina traz essa sentença como inexistente, visto que a jurisdição do árbitro é atribuída por meio da convenção para que ele julgue apenas o pedido, logo se julgar fora disto, não terá poder jurisdicional, sendo assim inexistente a decisão. Contudo, o fato de julgar equivocadamente não quer dizer que o árbitro não tem jurisdição, mas sim que extrapolou os limites da convenção. Há, portanto, um vício de julgamento, o qual compromete a validade da sentença arbitral. Em outras palavras, o árbitro tem jurisdição, mas não tem competência para as questões extrapoladas, estando o problema no plano da validade e não da existência.⁴³⁴

Apesar da consequência de ambos os casos ser a mesma, a anulação do laudo, o tratamento da sentença *extra* e *ultra petita* são diferentes. Na primeira, o reconhecimento da anulação do laudo levará a devolução da causa aos árbitros para que profiram nova sentença arbitral, quando diante de sentença *extra petita* total. No segundo caso, haverá apenas à redução do laudo, sendo possível, inclusive a anulação parcial da decisão.⁴³⁵ Se possível a anulação apenas parcial da decisão assim deve ser, respeitando-se os princípios da celeridade e da efetividade do processo.⁴³⁶

No caso da sentença *extra petita*, entretanto, importante fazer a distinção, se *extra petita* total, quando todos os pedidos são diferentes, a solução será a posta retro, agora se a sentença for *extra petita* parcial, ou seja, nem todos os pedidos analisados estão fora do

⁴³³ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 495.

⁴³⁴ **Ibidem**, p. 496.

⁴³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 405.

⁴³⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 495.

que foi requerido, é possível suprir o vício sem que seja preciso que o árbitro profira nova sentença.⁴³⁷

Importante ressaltar, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça entende que a sentença *extra petita* é nula, mas a *ultra petita* não.⁴³⁸

Agora, no que diz respeito a sentença *infra* ou *citra petita*, está será inexistente, tendo em vista que um ou mais pedidos formulados pelas partes não foram apreciados. Sendo inexistente a sentença, em relação a este ponto omitido. Portanto, a hipótese do inciso V do art. 32 é de inexistência e não de nulidade.⁴³⁹

Importante ressaltar que esse vício diz respeito à demanda, ou seja, os pedidos e não à defesa das partes, sendo certo que se o árbitro não apreciar a defesa alegada pela parte, cabe a esta manejar embargos de declaração, não sendo cabível a ação anulatória.⁴⁴⁰

Já o inciso VI do art. 32 trata da sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção ativa.

Inicialmente, frisa-se que esses crimes devem ter sido praticados no caso concreto, ou seja, pouco importa se o árbitro praticou esses crimes em outros casos, para ensejar a anulação, o crime deve ter sido praticado no caso em que se requer a anulação da sentença. Ademais, não há necessidade de o árbitro ter sido condenado criminalmente, muito menos da sentença condenatória ter transitado em julgado, tampouco que o inquérito policial já esteja findado. A comprovação necessária deve ser na esfera cível, apenas.⁴⁴¹

Ressalta-se, ainda, que a sentença judicial que decretar a nulidade da decisão arbitral não condenará o árbitro pela prática desses crimes na esfera penal, devendo o árbitro ser processado e julgado pela jurisdição penal, a qual é independente da cível.⁴⁴²

Agora, e se o Tribunal Arbitral for formado por mais de um árbitro e apenas um deles praticou tais crimes?

⁴³⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 496.

⁴³⁸ Cf. “A sentença *extra petita* é nula, não ocorrendo o mesmo com a sentença *ultra petita*, isto é, a que decide além do pedido. Esta, ao invés de ser anulada deverá ser reduzida aos limites do pedido” (STJ, 3a T., AgRg nos EDcl no AI n. 885.455/SP, Rel. Min. Paulo Furtado (desembargador convocado do TJBA), j. 23/6/2009, DJe 4/8/2009).

⁴³⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 498.

⁴⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 407.

⁴⁴¹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 503.

⁴⁴² **Ibidem**, p. 504.

Trazida a premissa que não há nulidade sem prejuízo, nesse sentido, se a sentença arbitral for unânime e se o árbitro “criminoso” foi o único a votar de forma diversa, não houve prejuízo, portanto, não há que se falar em anulação da sentença. Agora, se a sentença favoreceu a parte ilicitamente beneficiada, a sentença certamente será anulada.⁴⁴³

Importante frisar que, sempre que a sentença for proferida por unanimidade, não há que se falar em favorecimento de um ou mais árbitros a qualquer das partes. Sendo certo que não há prejuízo sendo inadmissível a anulação da decisão arbitral em virtude do princípio geral do direito *pas de nullité sans grief*.⁴⁴⁴

O inciso VII trata da sentença proferida fora do prazo legal ou convencional. Aqui importante a observância do art. 23 da Lei de Arbitragem que versa que “a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”. Portanto, violado tal artigo, cabe às partes manejarem ação anulatória.⁴⁴⁵

O último inciso, VIII, trata da sentença que desrespeita os princípios do art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem.

Nos termos do art. 21, § 2º, “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Portanto, se a arbitragem, em qualquer fase, desrespeitar qualquer destes princípios, gerando prejuízo as partes, poder-se-á buscar a decretação de invalidade da sentença arbitral.⁴⁴⁶

Importante ressaltar, ainda, que se houver a violação de um desses princípios a parte deve se manifestar na primeira oportunidade que tomar conhecimento, sob pena de preclusão de arguição posterior da nulidade da sentença.⁴⁴⁷

Assim, o cerceamento de defesa deve ser visto como uma das hipóteses de nulidade. Sendo considerado como cerceamento de defesa quando o árbitro indeferir a

⁴⁴³ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 504.

⁴⁴⁴ NERY JR., Nelson. **Sentença Arbitral - inexistência de nulidade - cumprimento do regulamento do centro de arbitragem**. Soluções práticas do direito, vol. 5/2014, p. 167-257. RTOnline, p. 6.

⁴⁴⁵ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 505.

⁴⁴⁶ **Ibidem**, p. 506.

⁴⁴⁷ **Ibidem**, p. 507.

produção de uma prova essencial para a instrução e resolução do processo. Contudo, a questão é delicada, visto que o que é cerceamento de defesa para um julgador pode não ser para o outro, devendo o magistrado se acautelar quando o único fundamento da ação anulatória for cerceamento de defesa.⁴⁴⁸

Ademais, o direito à ampla produção de prova é direito constitucional corolário ao princípio da ampla defesa. Quando a sentença não dá oportunidade ampla para as partes se defenderem, esta sofre de nulidade em razão do desvio de procedimento, visto que o direito constitucional à ampla defesa é elementar de todo ordenamento jurídico, não podendo jamais ser afastado.⁴⁴⁹

A doutrina não é pacífica nesse ponto. Há quem diga que a primeira coisa julgada deve prevalecer, pois a segunda seria ato inexistente⁴⁵⁰, há quem afirme que a segunda deve prevalecer sobre a primeira, preservando-se os efeitos já produzidos por esta, aplicando-se, por analogia, a eficácia das normas jurídicas no tempo, isto é, a segunda revoga a primeira⁴⁵¹.

3.3.3.2. Ofensa a coisa julgada e a ordem pública

O art. 31 da Lei de Arbitragem prevê que a sentença arbitral possui os mesmos efeitos da sentença proferida em jurisdição estatal. Porém, a coisa julgada não é tida como um efeito, mas sim uma situação jurídica⁴⁵². Cabendo, em primeiro lugar, pontuar se há ou não coisa julgada arbitral.

Inequívoca a estabilidade da sentença arbitral, mas, tal estabilização gera, necessariamente, coisa julgada?

A primeira premissa que se deve ter é em relação ao, já tratado, caráter jurisdicional da arbitragem, visto que apenas atos jurisdicionais podem ser cobertos pela

⁴⁴⁸ BERVALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 508/510.

⁴⁴⁹ NERY JR., Nelson. **Sentença arbitral inconstitucional - impossibilidade de homologação**. Soluções Práticas do Direito, vol. 3/2014, p. 167-257. RTOnline, p. 21.

⁴⁵⁰ Cf. Teresa Arruda Alvim. *In*: ALVIM, Teresa Arruda. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação Rescisória e Querella Nulitatis. Semelhanças e Diferenças**. 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 244.

⁴⁵¹ Cf. Flávio Luiz Yarshell. *In*: ALVIM, Teresa Arruda. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação Rescisória e Querella Nulitatis. Semelhanças e Diferenças**. 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 244. *Apud*. YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 318.

⁴⁵² SCHINEMANN, Caio César Bueno. **Coisa Julgada arbitral: a natureza jurídica da sentença arbitral imutável**. Revista de arbitragem e mediação. vol. 65/2020, p.189/207. RTOnline, p. 2.

coisa julgada. Assim, como estamos diante de ato jurisdicional, temos um argumento favorável para a formação de coisa julgada na arbitragem.⁴⁵³

Noutro giro, a coisa julgada tem a finalidade de pacificar e estabilizar as relações sociais, sendo garantia fundamental, restringindo a possibilidade de outra autoridade alterar situação já consolidada, prevalecendo a segurança das partes. Sendo, portanto, a coisa julgada, a estabilidade processual mais forte que existe.⁴⁵⁴

Isto porque, trata-se de expressão direta da segurança jurídica sendo corolário do Estado de Direito, conferindo uma série de características próprias como a excepcionalidade das hipóteses de desconstituição, a submissão ao prazo decadencial, a eficácia preclusiva da coisa julgada, etc.⁴⁵⁵

Nesse prisma, pensar-se-á, se a sentença arbitral não ensejar na formação de coisa julgada material, tal qual a sentença judicial, e se a coisa julgada formada no processo judicial é espécie de estabilização mais forte que a formada na arbitragem, não haveria impedimento de a parte discutir a questão no judiciário. E mais, se a coisa julgada é garantia fundamental, é impossível que a lei obste a parte de busca-la, de forma definitiva.⁴⁵⁶

Diante de tais questionamentos, torna-se claro que há sim coisa julgada arbitral tal qual no processo estatal. Assim, a imutabilidade da sentença arbitral deve ser compreendida a partir dos mesmos pressupostos e parâmetros da coisa julgada judicial.⁴⁵⁷

Contudo, em relação à violação a coisa julgada, certo é que não está disposta no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem como uma das hipóteses de anulação da sentença arbitral. Porém, a coisa julgada, como em qualquer procedimento é imprescindível devendo ser respeitada. Portanto, havendo duas sentenças arbitrais versando sobre o mesmo objeto, uma delas deverá ser decretada nula.⁴⁵⁸

No que diz respeito a violação a ordem pública e os bons costumes, tem-se que não está elencada no rol do art. 32, mas por ser uma violação tão grave, certo é que enseja a invalidade da sentença arbitral.

⁴⁵³ SCHINEMANN, Caio César Bueno. **Coisa Julgada arbitral: a natureza jurídica da sentença arbitral imutável**. Revista de arbitragem e mediação. vol. 65/2020, p.189/207. RTOnline, p. 3.

⁴⁵⁴ **Ibidem**, p. 4/5.

⁴⁵⁵ **Ibidem**, p. 5.

⁴⁵⁶ **Ibidem**, p. 5.

⁴⁵⁷ **Ibidem**, p. 6.

⁴⁵⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook.São Paulo: Atlas, 2014, p. 510/511.

A ordem pública pode ser usada como instrumento para tornar ineficazes, total ou parcialmente, atos jurídicos que ofendam princípios ou leis do direito interno. No Direito Internacional Privado o princípio da ordem pública é responsável por afastar a incidência do direito estrangeiro sobre a questão jurídica interna quanto aquele ofende o ordenamento interno.⁴⁵⁹

Tal princípio está diretamente ligado a valores transcendentais como a segurança e a paz, no âmbito internacional, à soberania. Nesse prisma, a ordem pública é um conceito jurídico indeterminado, dependendo unicamente da aplicação do juiz nacional no caso concreto.⁴⁶⁰

Pode-se identificar a ordem pública como interesse público, somatória dos interesses da coletividade, ou seja, está relacionada a preservação do interesse de todos, da coletividade considerada.⁴⁶¹

A noção de ordem pública é de crucial importância para as limitações impostas à autonomia da vontade dos privados, sendo nulo o ato praticado com violação a tal preceito, já que impossível a produção de qualquer efeito jurídico⁴⁶², sendo, portanto, fulcral sua observância nas arbitragens nacionais e internacionais.

Do ponto de vista sistemático, o princípio é apto a remover problemas e obstáculos, bem como restabelecer o equilíbrio. Assim, de um lado a função da ordem pública é equilibrar conflitos entre exigências jurídicas distintas e por outro lado, é fonte do direito, adaptando a regra de direito a circunstância fática, podendo ainda, ter função criadora, atuando na geração da solução do caso concreto.⁴⁶³

Ademais, segundo o § 1º do art. 2º da Lei de Arbitragem, as partes podem escolher as regras que regerão o processo arbitral, desde que respeitada a ordem pública e os bons costumes, e, nos termos do art. 39, II, será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira se o STJ constatar que a decisão ofende a ordem pública nacional.

Assim, é vedado ao árbitro proferir decisão contrária aos dispositivos legais considerados matérias de ordem pública, sendo inadmissível também que o árbitro possa proferir uma decisão que vá contra a constituição federal. Diante disso, mesmo que o

⁴⁵⁹ NERY JR., Nelson. **Sentença arbitral inconstitucional - impossibilidade de homologação**. Soluções Práticas do Direito, vol. 3/2014, p. 167-257. RTOline, p. 4.

⁴⁶⁰ **Ibidem**, p. 4.

⁴⁶¹ **Ibidem**, p. 4.

⁴⁶² **Ibidem**, p. 5.

⁴⁶³ **Ibidem**, p. 6.

árbitro decida por equidade, está vinculado a todos os preceitos constitucionais, bem como os dispositivos infraconstitucionais que tratem de matéria de ordem pública.⁴⁶⁴

As matérias de ordem pública, são aquelas consideradas como o mínimo que se deve proteger, tendo como exemplo a independência e imparcialidade dos árbitros, o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, a igualdade entre as partes, preceitos estes que, ao lado da proteção que se dá ao livre convencimento dos árbitros, devem ser respeitados. O ordenamento, portanto, insere normas de direito material e processual que não pode ser objeto de convenção arbitral, sendo insuscetíveis de arbitralidade.⁴⁶⁵

Em outras palavras, não há convenção arbitral que permite afastar princípios constitucionais e matéria de ordem pública.

Portanto, apesar de não estar expresso no rol do art. 32, não há dúvidas que tal violação à ordem pública é motivo de invalidação da sentença arbitral. O sistema arbitral é coerente sendo certo que tanto a sentença nacional como a estrangeira estão sujeitas à mesmas condições de validade, qual seja, a não violação à ordem pública.⁴⁶⁶

Por fim, importante pontuar que há um caráter subsidiário da ação anulatória. Isto porque, todo o controle estatal em matéria arbitral, como já demonstrado, é subsidiário, visto que, a convenção de arbitragem vincula as partes.⁴⁶⁷

Nesse sentido, se antes da instauração do procedimento arbitral as partes não podem submeter sua controvérsia ao Poder Judiciário, o mesmo valerá ao longo do procedimento, devendo as partes, em consonância com a lealdade e boa-fé, buscarem todas as respostas primeiro com os árbitros, esgotando a demanda, para apenas posteriormente buscar o juiz togado.⁴⁶⁸

Portanto, as partes devem deduzir, quando possível, todas as pretensões ao juízo arbitral, inclusive as questões de nulidade, por meio dos esclarecimentos, para apenas, posteriormente, se ainda necessário, ajuizar a competente ação anulatória.

3.4. Sentença arbitral inexistente

⁴⁶⁴ NERY JR., Nelson. **Sentença arbitral inconstitucional - impossibilidade de homologação**. Soluções Práticas do Direito, vol. 3/2014, p. 167-257. RTOonline, p. 14.

⁴⁶⁵ **Ibidem**, p. 14.

⁴⁶⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 418.

⁴⁶⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral**. Revista de Processo, vol. 207/2012, p. 13-23. RTOonline, p. 2.

⁴⁶⁸ **Ibidem**, p.3.

Além da invalidade, as sentenças arbitrais também podem ser inexistentes ou ineficazes, quando recair sobre elas vício extremamente grave.

Para que a sentença exista juridicamente é preciso que preencha requisitos mínimos e para ser eficaz, ou seja, para produzir efeitos, precisa ter legitimidade. A grande consequência, e vantagem, em se determinar inexistente ou ineficaz a sentença arbitral é a não sujeição ao prazo decadencial de 90 dias, do § 1º do art. 33 da Lei de Arbitragem.⁴⁶⁹

No plano da existência, atribui-se ao negócio jurídico quatro elementos: agente, objeto, forma e vontade exteriorizada consciente. Assim, seriam exemplos de sentença inexistente a: sentença arbitral sem dispositivo; sentença sem assinatura; sentença ilegível; sentenças *citra petita* e *extra petita* em relação à pretensão não apreciada; sentença cujo objeto seja objetivamente inarbitrável; sentença ilógica; sentença em processo arbitral sem que exista convenção de arbitragem.

O primeiro exemplo é da sentença sem dispositivo. Fato notório que o dispositivo é o cerne da sentença, é nesse tópico que se tem a síntese da decisão e o julgamento em si, sendo inexistente a sentença quando da ausência do dispositivo, pois impossível será executá-la.⁴⁷⁰

Nesse sentido, falta o elemento crucial da sentença, sendo certo que sem ele não se pode admitir a existência da sentença no mundo jurídico. Contudo, se possível for extrair o comando judicial que se pretende, há *decisum*, nesse caso não há que se falar em inexistência.⁴⁷¹

Já a sentença sem assinatura será inexistente, admitindo duas exceções. Tratando-se de tribunal arbitral, quando a firma foi suprimida pelo presidente e se não for possível confirmar a origem, ou seja, se de fato foi ou não proferida pelo árbitro nomeado, a simples intimação do árbitro para confirmação da autenticidade, poderá resolver a questão.⁴⁷²

O terceiro exemplo se admite apenas por amor ao debate, visto que para ser ilegível a sentença teremos que supor que ela foi escrita por caneta ou lápis, o que é praticamente inconcebível na atual realidade.

⁴⁶⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 469.

⁴⁷⁰ **Ibidem**, p. 471.

⁴⁷¹ **Ibidem**, p. 471.

⁴⁷² **Ibidem**, p. 471/472.

No caso das sentenças *infra e citra petita*, não há dispositivo em relação a questão que foi objeto do processo, sendo certo que a sentença não existira em relação ao ponto que foi omitido, já que não houve *decisum*, o ato não aconteceu.⁴⁷³

Ademais, se a matéria, objeto da arbitragem, for inarbitravel, ou seja, não puder ser apreciada em um procedimento arbitral, pouco importa se esta está ou não disposta na convenção de arbitragem, a sentença que versar sobre tal questão será inexistente.⁴⁷⁴

Por sua vez, se impossível for entender a sentença, sendo esta manifestamente ilógica, também será inexistente, pelos mesmos fundamentos da decisão sem *decisum*. Assim, também o é a sentença que é proferida dentro de um procedimento arbitral sem que exista para tanto uma convenção de arbitragem.⁴⁷⁵

Se inexistente convenção arbitral, e a jurisdição do árbitro advém, como já exaustivamente exposto, da convenção arbitral, o árbitro não tem jurisdição para realizar o processo, assim, “não estará árbitro”, nesse sentido, o ato proferido por quem não “está” árbitro não é sentença arbitral, portanto inexistente.⁴⁷⁶

Portanto, se for inexistente a convenção arbitral, inexistente será a sentença, se for invalida a convenção, será nula a sentença. Isto porque, a fonte dos poderes jurisdicionais do árbitro advém da convenção arbitral, e, sendo ela inexistente, significa que o árbitro nunca teve poderes para decidir a lide entre as partes, sendo ela invalida, significa que existe, porém, com algum vício, o que tornará a sentença nula.⁴⁷⁷

Por fim, inexistente também o compromisso de arbitragem celebrado por advogado, em nome do cliente, sem que tenha poderes específicos para tanto, visto que diante da ausência de vontade, inexistente o ato.⁴⁷⁸

Assim, esses vícios extraordinários, tamanha a seriedade, podem ser arguidos incidentalmente no processo judicial, mesmo já tendo escoado o prazo decadencial de 90 dias do § 1º do art. 33 da LA.⁴⁷⁹

A parte prejudicada deve buscar a declaração da inexistência desse ato por meio da *querela nullitatis*, não por meio da ação anulatória tratada anteriormente. Podendo arguir o vício tanto por meio da ação autônoma quanto em impugnação no Cumprimento

⁴⁷³ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 472.

⁴⁷⁴ **Ibidem**, p. 474.

⁴⁷⁵ **Ibidem**, p. 475.

⁴⁷⁶ **Ibidem**, p. 475.

⁴⁷⁷ **Ibidem**, p. 489.

⁴⁷⁸ **Ibidem**, p. 487.

⁴⁷⁹ **Ibidem**, p. 482.

de Sentença. Contudo, se a parte não apresentar a impugnação, não há qualquer preclusão, podendo posteriormente e a qualquer tempo ingressar com a ação declaratória de inexistência.⁴⁸⁰

Importante frisar que o julgamento de procedência do pedido na ação declaratória de inexistência de sentença arbitral não importará, necessariamente, no desfazimento de todo o processo arbitral, dependendo sempre do caso concreto. Há situações que haverá necessidade de apenas determinado ato processual ser repetido no juízo arbitral, já em outros casos, como a falta de ciência, da parte requerida, do início do procedimento arbitral, todo o processo será declarado inexistente.⁴⁸¹

Em relação ao cumprimento de sentença em trâmite, quando for julgada procedente a ação declaratória de inexistência, aplicar-se-á, o art. 248 do CPC, com exceção da parte final do ar. 694, caput e do § 2º do CPC. Ou seja, os efeitos produzidos até aquele momento serão tidos como ineficazes, devendo as partes retornarem ao *status quo ante*.⁴⁸²

3.5. Extinção da convenção arbitral

O art. 12 da Lei de Arbitragem traz que “extingue-se o compromisso arbitral: I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral”.

Da leitura do primeiro e segundo inciso, tem-se que a regra, nessas hipóteses, seria a substituição do árbitro, preservando-se o julgamento em jurisdição arbitral. Assim, só se extinguirá o compromisso, nesses dois casos, quando a personalidade do árbitro for questão crucial para as partes, tendo estas trazido expressamente, no momento em que redigido o compromisso a impossibilidade de substituição.⁴⁸³

⁴⁸⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 547.

⁴⁸¹ **Ibidem**, p. 548.

⁴⁸² **Ibidem**, p. 549.

⁴⁸³ **Ibidem**, p. 189.

Por vezes, a escolha do árbitro é um fator determinante, tendo um caráter personalíssimo, devido a confiança que o árbitro imprime às partes, sendo o julgamento realizado por sua pessoa crucial para a predileção da apreciação da controvérsia fora da jurisdição estatal. Faltando aquele árbitro, não haverá mais motivos para a arbitragem. Sendo estes os casos que os dois primeiros incisos vêm resguardar.⁴⁸⁴

No primeiro, antes de instaurada a arbitragem, o árbitro quando instado a manifestar sua concordância com a nomeação, recusa-a. No segundo, o árbitro após aceitar o encargo, por algum motivo, fica impossibilitado de fazê-lo. Naquele sequer instaura-se o juízo arbitral, neste ocorrerá a extinção do processo sem solução do mérito.⁴⁸⁵

Uma das causas que pode levar a impossibilidade de o árbitro continuar, além de moléstia grave ou morte, seria a descoberta de fatos que tornem o árbitro impedido ou suspeito - aqui se demonstrado que aceitou o encargo ocultando às partes dúvida justificada sobre a independência de sua atuação, ou seja, inerte em relação ao seu dever de revelação, caberá ao árbitro indenizar as partes todos os danos que vier a causar.⁴⁸⁶

Já o terceiro inciso traz a questão do prazo para prolação da sentença arbitral. O art. 23 da Lei de Arbitragem estabelece que cabe às partes definirem o prazo para ser proferida a sentença arbitral, não tendo este sido definido, o prazo é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Nesse sentido, se as partes estabelecerem um prazo insuficiente para a solução da demanda, pode ocorrer violação ao art. 11, III⁴⁸⁷ da Lei de Arbitragem, podendo a parte interessada notificar o árbitro para que sentencie em até dez dias, podendo ser extinto o compromisso, caso não seja prolatada a sentença.⁴⁸⁸

Caso o árbitro julgue a demanda após o prazo de dez dias, trazido pelo inciso III do art. 12 da Lei de Arbitragem, essa sentença será tida como nula, nos exatos termos do inciso VII do art. 32 da mesma Lei. Sendo certo, contudo, que só terá interesse de agir, para ajuizar a competente ação anulatória, a parte que notificou o árbitro, em relação a

⁴⁸⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 220.

⁴⁸⁵ **Ibidem**, p. 221.

⁴⁸⁶ **Ibidem**, p. 221.

⁴⁸⁷ “Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: (...) III - o prazo para apresentação da sentença arbitral”.

⁴⁸⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 190.

outra parte, presume-se que a demora na prolação da sentença não gerou prejuízo e, portanto, não poderá ajuizar ação anulatória motivada por este fundamento.⁴⁸⁹

Essa notificação não tem forma especificada em lei, apenas há necessidade de comprovação de ter o árbitro, ou o presidente do tribunal, recebido. Tal cautela é imprescindível, pois se pretender, futuramente, ingressar com uma ação anulatória do laudo, imprescindível será provar ao juiz togado que notificou o árbitro, se assim não o fizer, poderá ser decretada a carência da ação fundada no art. 32, VII da Lei de Arbitragem.⁴⁹⁰

Cabe aqui trazer questão interessante. Mas e se não foi possível ao árbitro julgar a controvérsia dentro do prazo estipulado por culpa exclusiva de uma ou ambas das partes?

Questão de difícil comprovação, sendo certo que cabe ao árbitro evitar a realização de diligências desnecessárias, inúteis ou protelatórias, que violem a celeridade e a economia processual do procedimento, atentando-se ao real motivo do requerimento da parte. Tal diligência pode evitar que recaia à arbitragem situações puramente protelatórias.⁴⁹¹

Ressalta-se que cabe ao árbitro controlar com rigor os prazos do procedimento arbitral, já que, havendo atraso na prolação da sentença, poderá ser ele responsabilizado. Uma solução plausível para minimizar riscos, seria a determinação na convenção de arbitragem que o prazo para proferir a sentença arbitral seja contado a partir do término da instrução processual, fase de maior demora, e não a partir da instituição do procedimento.⁴⁹²

Portanto, ocorrendo extinção da convenção arbitral em qualquer uma das hipóteses elencadas, a controvérsia deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário, salvo se decidirem, por novo compromisso, iniciar nova arbitragem.

Capítulo 4. Sentença inexistente por falta de jurisdição proferida pelo juízo estatal

⁴⁸⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 190/191.

⁴⁹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 223.

⁴⁹¹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 190.

⁴⁹² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 224.

A regra é a observância do Princípio da Competência-Competência, ou seja, havendo convenção de arbitragem, a jurisdição é do Tribunal Arbitral, cabendo a ele julgar a controvérsia, salvo nos casos, apontados no capítulo anterior, em que mesmo havendo uma convenção arbitral a jurisdição estatal não será afastada, cabendo ao juiz togado resolver a demanda.

Como já visto neste trabalho, a convenção arbitral deve sempre ser respeitada, sendo afastada apenas quando não há outra alternativa, em atenção a Autonomia do Tribunal Arbitral.

Nesse sentido, a doutrina entende que as irregularidades que podem existir em um ato processual não possuem a mesma gravidade, dividindo-as em quatro grupos: irregularidades sem consequências - as quais por óbvio manterão a convenção arbitral; irregularidades que acarretam sanções extraprocessuais; irregularidades que acarretam nulidades e irregularidades que acarretam a inexistência jurídica do ato⁴⁹³.

Quando faltam elementos essenciais à constituição do ato, ele será inexistente juridicamente, ou seja, não existirá perante o Direito, pois a ausência desses elementos fará com que o ato não reúna condições de ser eficaz, de atingir o resultado desejado, seria, assim, um “não-ato”.⁴⁹⁴

Neste capítulo, demonstra-se-á que uma sentença judicial proferida em uma controvérsia que deveria ter sido resolvida em arbitragem - sobre um contrato em que há convenção arbitral - e em um caso que foge de qualquer das exceções mencionadas no capítulo anterior, é ato jurídico inexistente, por não estar presente o pressuposto processual da jurisdição.

4.1. Jurisdição como pressuposto processual de existência da ação

O processo pode ser definido como relação jurídica que se estabelece entre autor, juiz e réu. Nas exatas palavras de Dinamarco:

Conhecer o processo e a teoria geral é estar consciente de que toda essa ciência gira em torno da jurisdição exercida pelo juiz, da ação que o demandante exerce ao provocar o exercício da jurisdição, da defesa que o demandado tem o direito de opor à pretensão do demandante e do

⁴⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 426.

⁴⁹⁴ **Ibidem**, p. 431.

processo mediante o qual o juiz exerce a jurisdição, o autor exerce a ação e o réu, a defesa.⁴⁹⁵

A partir de tal definição extrai-se que: a petição inicial, meio pelo qual o demandante exerce a ação; a jurisdição, exercida pelo juiz; e a citação, instrumento para chamar o réu; são a própria essência do processo, cuja ausência leva a sua inexistência.⁴⁹⁶

Nesse sentido, estarão presentes os pressupostos processuais se correta a propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por um sujeito capaz de ser parte em juízo⁴⁹⁷.

Assim, o primeiro momento merecedor de atenção pelo juízo é a análise dos pressupostos processuais, visto que são elementos imprescindíveis para a existência e validade da relação processual, e, por outro lado, cuja inexistência é imperativa para que a relação jurídica exista validamente. Nesse sentido, só é possível que uma sentença de mérito seja proferida se estiverem presentes a existência jurídica e a validade da relação processual.⁴⁹⁸

Nos exatos termos do art. 485, IV do CPC, “o juiz não resolverá o mérito quando: (...) verificar a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo”.

No que diz respeito a classificação, os pressupostos processuais dividem-se em intrínsecos (positivos) e extrínsecos (negativos). Os primeiros se subdividem em pressupostos processuais de existência e pressupostos processuais de validade.

Em relação aos pressupostos de existência, a doutrina diverge. Para Teresa Arruda Alvim, tem-se: a jurisdição, a representação do autor (legitimidade postulatória), a petição inicial e a citação. Já em relação aos pressupostos de validade, tem-se: a competência absoluta, a imparcialidade (ausência de impedimentos), a capacidade e legitimidade processual das partes (*ad processum*), petição inicial apta e citação válida.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 29.

⁴⁹⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 398.

⁴⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 355.

⁴⁹⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 42.

⁴⁹⁹ Cf. quadro esquemático. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 58

Dinamarco, por sua vez, traz como elementos de existência apenas a propositura de uma demanda e a investidura jurisdicional⁵⁰⁰.

Contudo, a maior parte da doutrina entende ser a jurisdição pressuposto processual de existência⁵⁰¹, visto que sua ausência levará a inexistência do ato, sendo este o elemento que importa para o presente trabalho.

Já os pressupostos processuais extrínsecos (negativos), externos ao processo, são elementos que não podem constar, sob pena de comprometer a validade da relação processual, são eles a litispendência e a coisa julgada.⁵⁰²

Importante mencionar que a convenção de arbitragem não é um pressuposto negativo, visto que se uma das partes ajuizar uma ação judicial, havendo a existência de convenção arbitral, cabe a outra argui-la, caso esta se mantenha silente, o processo judicial continuará, não se tratando de litispendência, já que não pode o magistrado manifestar-se de ofício sobre a existência da convenção arbitral.⁵⁰³

Caso fosse pressuposto negativo, sua existência levaria à nulidade do processo judicial que versasse sobre o mesmo objeto de que trata a convenção arbitral, mesmo que não houvesse a alegação do réu, conhecendo o juiz estatal de ofício a jurisdição do árbitro, o que, como dito, não é possível.⁵⁰⁴

Nesse sentido, a convenção arbitral se assemelha à uma incompetência relativa do juízo. Originalmente o processo deveria ser realizado no âmbito arbitral, não o sendo, ajuizada ação judicial, caso preclua o direito do réu de alegar a existência de convenção arbitral, em preliminar de contestação, sanado está o vício, pois o processo judicial continuará normalmente.⁵⁰⁵

Diante do exposto, do que importa para o presente trabalho, tem-se que ausentes os pressupostos processuais de existência jurídica do processo, estaremos diante de um

⁵⁰⁰ BATISTA, Lia Carolina. **Pressupostos processuais e efetividade do processo civil - uma tentativa de sistematização**. Revista de Processo, vol. 214/2012, p. 79/119. RTOnline, p.6.

⁵⁰¹ Cf. Teresa Arruda Alvim In: ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. p. 43.

No mesmo sentido entende Humberto Theodoro Júnior :“ Assim, inexistentes são, como lembra Pontes de Miranda: a) a sentença proferida pela pessoa que não é juiz (...) In: THEODORO JR., **Nulidade Inexistência e rescindibilidade da sentença**. Revista de Processo. Vol. 6, p. 175-193, out/2011. RTOnline, p. 6. “

⁵⁰² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 58.

⁵⁰³ **Ibidem**, p. 84.

⁵⁰⁴ **Ibidem** p. 86.

⁵⁰⁵ **Ibidem**, p. 85.

“simulacro” de processo, o qual não pode ser qualificado como tal, pois ausentes elementos integrantes da própria definição de processo.⁵⁰⁶

Resta-se claro, portanto, que um ato proferido por quem não tem jurisdição é um “não ato”, faltando o vértice superior da triangulação: autor, réu e juiz.⁵⁰⁷

Sendo certo que para o processo existir juridicamente é imprescindível que haja jurisdição. E, para que exista validamente, é necessário que a autoridade possa exercer essa atividade jurisdicional, ou seja, que tenha competência, sendo imparcial e não estando impedida para tanto.⁵⁰⁸

4.2. Sentença juridicamente inexistente

O Código de Processo Civil, no § 1º do art. 203, define sentença como “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum”. Quando fundado no art. 487⁵⁰⁹, o juiz, por meio da sentença, decide o mérito da causa, já quando decide com fundamento no art. 485⁵¹⁰, não haverá julgamento de mérito, por estar presente um dos elementos elencados nos incisos do artigo.

Dá leitura desse dispositivo fica claro o intuito do legislador em trazer a concepção do processo sincrético - ou seja, a unificação, em um mesmo processo, da atividade

⁵⁰⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 398.

⁵⁰⁷ **Ibidem**, p. 401.

⁵⁰⁸ **Ibidem**, p. 43.

⁵⁰⁹ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
 III - homologar:
 a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 b) a transação;
 c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção”.

⁵¹⁰ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;
 II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
 III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
 IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
 V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;
 VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
 VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;
 VIII - homologar a desistência da ação;
 IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e
 X - nos demais casos prescritos neste Código”.

cognitiva e executória - e a adoção do conceito baseado no conteúdo da sentença e na finalidade de terminar a fase cognitiva ou executória.⁵¹¹

A partir do conteúdo da sentença é possível defini-la como de mérito ou processual. As primeiras têm seu conteúdo encartável em algum dos incisos do art. 487 do CPC, somada à finalidade de pôr fim a fase cognitiva ou executória, visto que, ausente o segundo requisito, tratar-se-á de decisão interlocutória de mérito.⁵¹²

Enquanto as processuais, são aquelas que atestam a inexistência dos pressupostos de admissibilidade, do exame e do julgamento de mérito, ou seja, há a existência de algum dos elementos do art. 485, por isso, será impossível ao julgador julgar o mérito.⁵¹³

Ainda, a sentença processual, será típica caso consigne a inexistência de pressupostos processuais e de condição da ação ou a presença de pressupostos processuais negativos.⁵¹⁴ Já a sentença processual atípica é aquela em que não julga o mérito da demanda, tampouco consigna a ausência de pressuposto processual positivo e condição da ação ou presença de pressuposto negativo, mas sim, leva à extinção do procedimento.⁵¹⁵

É nesse segundo grupo, que se encontra a sentença judicial que extingue o processo por reputar a existência de convenção arbitral.

Nos termos do inciso VII, do art. 485 do CPC, a exceção de arbitragem é matéria que deve ser suscitada como preliminar de contestação, sendo certo que, “o juiz não resolverá o mérito quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

Nesse sentido, tendo o árbitro reconhecido sua competência no procedimento arbitral, a parte interessada deverá peticionar nos autos judiciais e requerer sua extinção no estado em que estiver cabendo ao juiz determinar tal extinção.⁵¹⁶

Da mesma forma, a decisão do árbitro em que este se declara competente, a qual gera um efeito externo ao processo arbitral, em atenção a regra da Competência-

⁵¹¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 21.

⁵¹² **Ibidem**, p. 98.

⁵¹³ **Ibidem**, p. 38.

⁵¹⁴ **Ibidem**, p. 42.

⁵¹⁵ **Ibidem**, p. 75.

⁵¹⁶ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodium: 2016. P. 160.

Competência, leva à extinção do processo judicial que tenha o mesmo objeto. Cabendo, assim, ao juiz apenas acatar a decisão do árbitro.⁵¹⁷

Como já dito neste trabalho, o juízo estatal só pode decidir sobre a incompetência do juízo arbitral em situações de manifesta nulidade, como exemplo, a ausência absoluta de uma convenção arbitral, arbitragem que atingem interesse de menores, ou em caso de objetos contratuais inarbitráveis.⁵¹⁸

Assim, excepcionalmente, o reconhecimento da existência de convenção arbitral pode resultar em uma sentença processual atípica, a qual colocará fim ao processo judicial ajuizado e determinará que a controvérsia seja dirimida em arbitragem.⁵¹⁹

Agora, o que acontece se o magistrado, equivocadamente, der continuidade ao processo judicial?

O inciso III do art. 1.015 do CPC⁵²⁰, traz que a “rejeição da alegação de convenção de arbitragem” é matéria que poderá ser discutida em recurso de Agravo de Instrumento.

Assim, caso seja proferida uma decisão interlocutória de mérito rejeitando a alegação do Réu de existência de convenção arbitral, este poderá interpor um Agravo de Instrumento.

Fica a dúvida a respeito das demais situações. Primeira: Em relação a segunda parte do inciso VII, do art. 485, do CPC, reconhecido a competência do juízo arbitral, ignora o juízo estatal e continua o processo, julgando o mérito. Segunda: O juízo estatal não rejeita a alegação, mas sim, omite-se e julga o mérito. Nesses casos, o que acontece com tais sentenças?

Para João Luiz Lessa Neto, no caso em que a decisão entender pela não extinção do processo, apesar do árbitro ter se declarado competente, também será cabível Agravo de Instrumento. Em que pese a hipótese não esteja elencada no rol taxativo do art. 1.015 do Código de Processo Civil, aplicar-se-á, segundo o autor, o inciso III do artigo que traz o cabimento do agravo de instrumento quando há “rejeição da alegação de convenção de arbitragem”, pois entende que a razão de tal cabimento é a mesma⁵²¹.

⁵¹⁷ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodium: 2016. P. 160.

⁵¹⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 85.

⁵¹⁹ **Ibidem**, p. 86.

⁵²⁰ “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem”.

⁵²¹ NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodium: 2016. P. 161.

Contudo, respeitado o entendimento do autor, rejeitar a alegação de arbitragem é uma coisa - a parte alegou a existência da convenção, o juiz entendeu que não há convenção, sendo plenamente possível a interposição do Agravo de Instrumento. Até porque nesse caso estamos diante de uma decisão interlocutória. Agora, outra hipótese, totalmente diferente, é o magistrado ignorar a decisão do juízo arbitral, em afronta a regra da Competência-Competência, continuar o processo e, pior, proferir uma sentença de mérito.

Ou ainda, ausente a renúncia tácita, omitir-se - considerando aqui que mesmo após a oposição de Embargos de Declaração manteve o magistrado seu entendimento - proferindo sentença de mérito.

Frisa-se ainda, que nessas hipóteses, supõe-se que não estamos diante de nenhuma das exceções tratadas no capítulo anterior, ou seja, a convenção de arbitragem não contém qualquer vício.

Nesses casos, estamos diante da chamanda sentença juridicamente inexistente. Sendo esta a sentença que não pode ser chamada de sentença, pois ausentes elementos cruciais. O ato existe, mas desprovido de elementos que lhe dão identidade, não sustenta o *nomen juris* sentença.⁵²²

A sentença, assim como qualquer ato jurídico, deve ser analisada sob o prisma de três aspectos: a existência jurídica, a validade e a eficácia. Assim, apenas existirá no mundo jurídico se presentes os requisitos essenciais que a configurem como tal ato. O defeito será tão grave a ponto de desidentificá-la como sentença.⁵²³

A teoria da inexistência jurídica surgiu na França, no início do século XIX, tendo sido adotada e desenvolvida pelos juristas franceses, em especial da denominada escola exegese.⁵²⁴

Em que pese a inexistência jurídica representar o vício mais grave que um ato processual pode conter, estando acima da nulidade absoluta, ela não foi reconhecida expressamente pelo Código de Processo Civil de 2015, não existindo legalmente a nomenclatura “inexistência jurídica”.⁵²⁵

⁵²² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 308.

⁵²³ **Ibidem**, p. 540/541.

⁵²⁴ BUFULIN, Augusto Passamini. BONOMO JR., Aylton. SANTOS, Katherine Maia dos. **Breve Análise do vício processual de inexistência jurídica em face do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Privado. Vol. 68/2016, p. 17-36. RTOonline, p. 2.

⁵²⁵ **Ibidem**, p. 2.

Entretanto, o sistema jurídico pátrio, a partir de seus princípios e regras dá suporte a teoria do ato inexistente, sendo essa plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátria^{526 527}.

Nesse sentido, o vício que macula as sentenças trazidas nas hipóteses acima é justamente a ausência do pressuposto processual jurisdição. Isto porque, diante de uma convenção arbitral válida, não havendo renúncia tácita à arbitragem; ou já instaurado um procedimento arbitral, sendo o juízo arbitral competente para julgar a demanda, não havendo qualquer situação manifesta e excepcional, que levaria o juiz a entender ser incompetente o árbitro, o magistrado não terá, para aquela demanda, jurisdição.

A jurisprudência pátria entende que a sentença proferida por um “não juiz” será inexistente⁵²⁸. São os casos das sentenças proferidas por juiz aposentado, licenciado,

⁵²⁶ “SENTENÇA INEXISTENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Hipótese em que a sentença omite-se na apreciação de todos os pedidos formulados pelo reclamante na inicial, o que implica na própria ausência da prestação jurisdicional. Trata-se de sentença inexistente”.(TRT-4 - ROT: 00211236920155040203, 11ª Turma, Data de Publicação: 14/12/2016)

No mesmo sentido: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. QUERELA NULLITATIS. AVENTADA AUSÊNCIA DE EFETIVA CITAÇÃO DOS AUTORES. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. 1. A ação de querela nullitatis é remédio vocacionado ao combate de sentença contaminada pelos vícios mais graves dos erros de atividade (erros in procedendo), nominados de vícios transrescisórios, que tornam a sentença inexistente, não se sanando com o transcurso do tempo. 2. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil. 3. A violação ao art. 535 do Código de Processo Civil configurou-se no caso dos autos, uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração - nos quais os recorrentes apontam a existência de omissão, mormente no tocante à falta de efetiva citação dos demandados no processo de reintegração de posse -, o Tribunal não se manifestou de forma satisfatória sobre o alegado, notadamente pelo fato de ter afirmado que essa matéria já fora analisada em outros julgados, o que não ocorreu. 4. O enfrentamento da questão ventilada nos embargos de declaração é absolutamente insuperável e não pode ser engendrado pela primeira vez nesta Corte, principalmente pelo óbice da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial provido”. (STJ - REsp: 1201666 TO 2010/0132993-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/06/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2014)

⁵²⁷ BUFULIN, Augusto Passamini. BONOMO JR., Aylton. SANTOS, Katherine Maia dos. **Breve Análise do vício processual de inexistência jurídica em face do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Privado. Vol. 68/2016, p. 17-36. RTOonline, p. 3.

⁵²⁸ “9. Trata-se de pressuposto processual de existência subjetivo da relação jurídica processual a investidura do magistrado na função jurisdicional. Portanto, somente será considerado inexistente o processo e as decisões nele incidentes se prolatada por um não-juiz”. (STJ. RHC n. 57.488/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/6/2016, DJe de 17/6/2016.)

No mesmo sentido: “2. Quando o órgão judicante ultrapassa sua competência estabelecida pela Constituição Federal, não estamos diante apenas de incompetência absoluta ou *ratione materiae*, mas sim de uma total e completa falta de jurisdição, retirando a validade da decisão judicial proferida e sua capacidade de gerar a coisa julgada”. (STJ AgRg no Ag n. 1.174.321/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/6/2015, DJe de 3/8/2015.)

No mesmo sentido: “Mesmo que tenha encerrado a instrução, o juiz aposentado não possui mais jurisdição, perdendo a competência para julgar a causa” (RJTJSP 39/218). “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (artigo 1.092, Código Civil de 1916). Não age de má-fé a parte que faz uso de garantia constitucional para trazer à apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito”. (TJ-MG 200000049101740001 MG 2.0000.00.491017-

removido, promovido ou afastado.⁵²⁹ Em todos esses casos, assim como nas hipóteses trazidas neste trabalho, falta ao juiz o pressuposto processual da jurisdição.

Portanto, ausente a renúncia tácita à convenção arbitral, bem como, não se tratando de cláusula patológica identifica *prima facie* ou de ação anulatória de sentença arbitral, exceções estas tratadas no capítulo anterior, a sentença proferida pelo juiz togado será inexistente, pois emanada por autoridade a qual foi suprimida jurisdição, pressuposto este de existência do processo.⁵³⁰

4.3. Não submissão da sentença inexistente à coisa julgada

A coisa julgada é instituto voltado a garantir a certeza do direito, assegurando a paz social. É exigência essencial à segurança jurídica, estando presente no art. 5º, XXXVI, da CF/1988⁵³¹, exatamente porque a relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças concretiza o anseio de certeza do direito presente nas relações sociais.⁵³²

Subdivide-se em coisa julgada formal e coisa julgada material, ambas levam à imunização do pronunciamento judicial que põe fim ao processo ou a parte dele. Referem-se, assim, às consequências que se extraem quando não mais oponível, ao pronunciamento, qualquer recurso.⁵³³

Proferida a sentença, ou decisão interlocutória, tendo ela conteúdo processual ou de mérito, a parte sucumbente tem o ônus de interpor recurso cabível, expirado o prazo sem interposição do recurso ou interpostos os recursos cabíveis, tendo todos sido apreciados, chega ao fim o processo.⁵³⁴

Quando a sentença não é mais suscetível de reforma por meio de recursos, ela transita em julgado, tornando-se, assim, imutável, é a chamada coisa julgada formal,

4/000(1), Relator: JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 28/09/2005, Data de Publicação: 12/11/2005)

⁵²⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 552.

⁵³⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 358.

⁵³¹ “Art. 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵³² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional**. *Revistas dos Tribunais*, vol. 983/2017, p. 31-47. RTOnline, p. 2.

⁵³³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 25/26.

⁵³⁴ **Ibidem**, p. 26.

requisito este que impossibilita o reexame daquela decisão. Tem-se a preclusão máxima, a extinção do direito àquele processo.⁵³⁵

Assim, a coisa julgada formal representa a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo. No caso das sentenças processuais, aquelas cujo conteúdo está previsto no art. 485 do CPC, em que o juiz extingue o processo sem analisar o mérito, apenas a coisa julgada formal acontece. Visto que, nada impede a parte de propor nova ação idêntica, desde que corrigido o vício que levou à extinção.⁵³⁶

Contudo, nos casos de sentenças que acolhem a alegação de preempção, litispendência e coisa julgada, mesmo sendo de natureza processual, o pronunciamento projetará efeitos para fora do processo, o que impedirá a repositura.⁵³⁷

Lado outro, quando proferido um pronunciamento de mérito, opera-se a coisa julgada material, a qual pressupõe que houve coisa julgada formal.⁵³⁸ A primeira, torna o ato processual imutável dentro do processo. Já a segunda torna imutável a eficácia da sentença fora daquele processo. A sentença sob a égide da coisa julgada material torna imutável a relação jurídica entre aquelas partes, estando disposta no art. 502 do CPC⁵³⁹.⁵⁴⁰

É nesse sentido que a doutrina leciona que, em regra, a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo ou endoprocessual, enquanto a material é externa ao processo ou extraprocessual, já que projeta seus efeitos para fora do processo.⁵⁴¹

Ou seja, em relação aos pronunciamentos de mérito, se a parte deixou escoar *in albis* os prazos recursais, ou interpostos os recursos, foram todos apreciados, operar-se-á, além da coisa julgada formal, a material, a qual consiste na imutabilidade da parte dispositiva do pronunciamento, que não poderá ser revista nem naquele processo nem em outro.⁵⁴²

Decorrente do princípio constitucional da segurança jurídica, tem como traço característico a imutabilidade do pronunciamento judicial, a qual tem duas funções. A

⁵³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 458.

⁵³⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 27.

⁵³⁷ **Ibidem**, p. 29.

⁵³⁸ **Ibidem**, p. 30.

⁵³⁹ “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

⁵⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 458.

⁵⁴¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 32/33.

⁵⁴² **Ibidem**, p. 31.

primeira de projetar os efeitos da sentença para o futuro, visando zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, função esta positiva. E a segunda, que garante a impossibilidade de existir outra decisão sobre a mesma pretensão, sendo esta a função negativa da coisa julgada.⁵⁴³

Em outras palavras, tem-se como consequência de tal imutabilidade, a impossibilidade da propositura de demanda com objeto idêntico, bem como, a vinculação dos juízes de processos futuros, quando alegada a situação jurídica transitada em julgado como questão prejudicial.⁵⁴⁴

Frisa-se que apenas as sentenças que resolvem o mérito são capazes de formar coisa julgada material, as sentenças que extinguem o processo sem resolução do mérito, não estão revestidas pela coisa julgada material.⁵⁴⁵

Ademais, importante acrescentar que a coisa julgada possui limites objetivos e subjetivos. Os primeiros dizem respeito às partes da sentença em que recaí a coisa julgada, sendo estas: o preceito concreto, que está contido na parte dispositiva, bem como, as questões prejudiciais expressamente apreciadas na motivação da sentença e que sejam determinantes para o resultado do julgamento sempre que preenchidos os requisitos do § 1º do art. 503 do CPC⁵⁴⁶. Nesse sentido estão excluídos do alcance da coisa julgada os motivos que não se qualifiquem como questão prejudicial, além da verdade dos fatos.⁵⁴⁷

“Questões” são as matérias controvertidas, essas questões antecedentes, são classificadas em preliminares ou prejudiciais. As primeiras, como o próprio nome já diz, devem ser decididas antes do mérito, visto que a possibilidade de decidi-lo depende dessas questões anteriores. Já as segundas definem o modo como o juiz decide o pedido.

⁵⁴³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 61/62.

⁵⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo.** 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 458/459.

⁵⁴⁵ **Ibidem**, p. 459.

⁵⁴⁶ “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”.

⁵⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo.** 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 465

Ou seja, preliminares interferem na possibilidade de ocorrência do julgamento, enquanto prejudiciais determinam como será decidido o mérito.⁵⁴⁸

Já em relação aos limites subjetivos, o qual se refere a quem será atingido pela autoridade da coisa julgada material, tem-se, nos exatos termos do art. 506 do CPC⁵⁴⁹, que a sentença faz coisa julgada às partes - àquele que pede e em face de quem se pede - não prejudiciando terceiros. Assim, o terceiro que não figurou no processo e sequer foi substituído por um legitimado extraordinário, se prejudicado, poderá insurgir contra a sentença, visto que não é atingido pela coisa julgada material.⁵⁵⁰

Como já visto, as sentenças proferidas em processos que faltem pressupostos processual de existência, como a jurisdição, são juridicamente inexistentes. Carecendo, portanto, de aptidão material para transitar em julgado.⁵⁵¹

Se a sentença é um simulacro, não é tida nem como sentença em razão do vício gravíssimo que a macula, diante a ausência de um elemento crucial para vir a existir, não terá como transitar em julgado e tampouco formar coisa julgada.

Frisa-se que o trânsito em julgado se difere da coisa julgada, na medida em que o primeiro se trata do esgotamento dos recursos cabíveis ou; a ausência da interposição dos recursos cabíveis ou; ainda, a interposição de recursos que não preenchem as condições de admissibilidade, não sendo aptos a serem conhecidos ou; por fim, o exaurimento do duplo grau de jurisdição, quando a sentença é sujeita a reexame necessário.⁵⁵²

O trânsito em julgado está intimamente ligado ao aspecto cronológico, ao momento em que, do pronunciamento judicial, já não caibam mais recursos, nem seja o caso de reexame necessário. Tornando, como consequência, imutável o pronunciamento judicial, essa consequência é a coisa julgada.⁵⁵³

Por certo que, se existentes, a estabilidade e a autoridade da coisa julgada devem prevalecer, mas reconhecida a inexistência da sentença, não há que se falar em coisa julgada.⁵⁵⁴

⁵⁴⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 70.

⁵⁴⁹ “Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

⁵⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo.** 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 464/465.

⁵⁵¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 58.

⁵⁵² **Ibidem**, p. 60.

⁵⁵³ **Ibidem**, p. 60.

⁵⁵⁴ TREVISAN, Oswaldo. **Sentença Inexistente.** Revista dos Tribunais. Vol. 823/2004, p. 735-749. RTOnline, p. 7.

A doutrina majoritária se posiciona no sentido de que presente vício ao qual leva a inexistência jurídica, incorre a coisa julgada. Sendo certo que este é um dos principais motivos de distinção da inexistência jurídica para os demais vícios processuais. Apenas os vícios que geram inexistência jurídica estarão imunes à coisa julgada.⁵⁵⁵

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido, já desde o Código de Processo Civil de 1973, no mesmo sentido, ou seja, sendo inexistente a sentença, esta não estará resguardada pela autoridade da coisa julgada.⁵⁵⁶

Portanto, se as sentenças juridicamente inexistentes não são capazes de formar coisa julgada, e a sentença proferida por uma autoridade sem jurisdição, como demonstramos no item anterior, é inexistente. Certo é que a sentença proferida por um juiz togado, quando existente uma convenção arbitral sem qualquer mácula e fora dos casos em que não fere a regra da Competência-Competência, é inexistente, assim, não está sujeita a coisa julgada.

4.4. A desnecessidade de rescindir sentença inexistente

Antes de adentrar na rescindibilidade da sentença, importante tecer breves considerações a respeito do ato nulo.

⁵⁵⁵ BUFULIN, Augusto Passamini. BONOMO JR., Aylton. SANTOS, Katherine Maia dos. **Breve Análise do vício processual de inexistência jurídica em face do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Privado. Vol. 68/2016, p. 17-36. RTOnline, p. 4.

⁵⁵⁶ “O art. 485 em comento, não cogita, expressamente da admissão da ação rescisória para declaração da nulidade por ausência de citação, pois não há que se falar em coisa julgada na sentença proferida em processo em que não se formou a relação jurídica apta ao seu desenvolvimento. É que nessa hipótese estamos diante de uma sentença juridicamente inexistente, que nunca adquire a autoridade da coisa julgada. Falta-lhe, portanto, elemento essencial ao cabimento da rescisória, qual seja, a decisão de mérito acobertada pelo manto da coisa julgada. Dessa forma, as sentenças tidas como nulas de pleno direito e ainda as consideradas inexistentes, a exemplo do que ocorre quando proferidas sem assinatura ou sem dispositivo, ou ainda quando prolatadas em processo em que ausente citação válida ou quando o litisconsorte necessário não integrou o polo passivo, não se enquadram nas hipóteses de admissão da ação rescisória, face a inexistência jurídica da própria sentença porque inquinada de vício insanável”. (STJ, REsp 1.105.944/SC, 2ª Turma, j. 14/12/2010, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08/02/2011).

No mesmo sentido: “Com efeito, conforme já se posicionou esta Corte, “não há que se falar em coisa julgada na sentença proferida em processo em que não se formou a relação jurídica apta ao seu desenvolvimento”. (STJ, REsp n. 1.857.852/SP, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 16/3/2021, DJe de 22/3/2021).

As nulidades podem ser relativas, também chamadas de anulabilidades, previstas no art. 171⁵⁵⁷ do Código Civil e absolutas, previstas nos arts. 166⁵⁵⁸ e seguintes do mesmo Código.

As nulidades absolutas são aquelas que podem ser alegadas pelas partes a qualquer tempo, podem ser decretadas de ofício e não precluem, pois caso não sejam sanadas, maculam o processo irremediavelmente. Já as nulidades relativas, ou anulabilidades, não podem ser decretadas de ofício, podendo apenas serem trazidas pelas partes tempestivamente, não o sendo, ocorrerá preclusão e o vício considerar-se-á sanado.⁵⁵⁹

Ressalta-se que a nulidade está diretamente ligada aos pressupostos de validade.⁵⁶⁰ Tidas como nulas, sentenças, ou porque o sejam intrinsecamente, ou porque são providas de processos em que se observe nulidades absolutas, não sanadas ao longo do processo em que foi dado o provimento rescindendo.⁵⁶¹

Assim, se transitadas em julgado tais sentenças, estas formarão coisa julgada, a qual deve ser desconstituída por ação própria, qual seja, a ação rescisória.

Tem-se, portanto, que a ação rescisória é meio desconstitutivo da coisa julgada, instituto que compõe o rol das garantias constitucionais estabelecidas no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, garantia esta que não é absoluta por opção do próprio constituinte que trouxe a possibilidade de ajuizamento desta ação de impugnação, nos termos do art. 102, I, j, da CF⁵⁶².⁵⁶³

Só em casos excepcionais, taxativamente prescritos pelo legislador, há possibilidade de desconstituir a coisa julgada por intermédio da ação rescisória, visto que

⁵⁵⁷ “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

⁵⁵⁸ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

⁵⁵⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 248/249.

⁵⁶⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 118.

⁵⁶¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 311.

⁵⁶² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”.

⁵⁶³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 120.

a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor “justiça” sobre o valor “segurança”. Assim, previu expressamente o legislador no art. 966⁵⁶⁴, do CPC, os casos de rescindibilidade da sentença que transitou em julgado e formou coisa julgada.⁵⁶⁵

Tem-se três espécies de sentença sobre as quais pesa a autoridade da coisa julgada, as quais seriam passíveis de desconstituição: sentenças provindas de processos em que houve infrações que o tornou nulo; sentenças em si mesmas nulas e sentenças meramente rescindíveis, como o previsto no art. 966, VII, do CPC.⁵⁶⁶

Nesse sentido, a rescindibilidade é a circunstância de o ato defeituoso, o qual padece de vício de nulidade, poder ser impugnado por meio da ação rescisória. Não sendo tecnicamente correto dizer que a nulidade se converte em rescindibilidade, visto que a primeira é um vício e a segunda um estado que permite a ação rescisória. Não se trata de um vício que se transforma em outro. Ademais, ser rescindível não quer dizer, necessariamente, ser viciado.⁵⁶⁷

Assim, desconstitui-se a coisa julgada para atingir a nulidade da decisão rescindenda. Do exposto, rescindibilidade da sentença significa dizer que o modo de se impugnar é a ação rescisória. Já quando se diz que a sentença é nula, refere-se ao vício de que ela padece. Portanto, pode-se dizer que todas as sentenças nulas são rescindíveis, mas nem todas as sentenças rescindíveis são nulas.⁵⁶⁸

Igualmente, há hipóteses legais de rescindibilidade, sem que haja coisa julgada. São as previstas no §2º, I e II⁵⁶⁹ do art. 966 do CPC. Admite o dispositivo que decisões

⁵⁶⁴ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”.

⁵⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional**. Revistas dos Tribunais, vol. 983/2017, p. 31-47. RTOnline, p. 2.

⁵⁶⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 316.

⁵⁶⁷ **Ibidem**, p. 228.

⁵⁶⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 117/118.

⁵⁶⁹ “§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

que não sejam de mérito transitem em julgado e impedem a propositura da demanda, salvo se corrigido o vício, é o caso, por exemplo, de extinto o processo por ilegitimidade.⁵⁷⁰

Portanto, o objeto da ação rescisória é um determinado ato judicial que, em razão do trânsito em julgado, tornou-se imutável e indiscutível. Por essa razão, para que se possa debater as questões ali tratadas é necessário desconstituir a coisa julgada, rompendo-se a barreira da imutabilidade.⁵⁷¹

A ação rescisória será o instrumento para tanto, cabível nas hipóteses legais, as quais se referem a situações em que o ato judicial padeça de vício grave de nulidade ou que decorram de processos em que tais vícios estejam presentes.⁵⁷²

Lado outro, em que pese o regime jurídico da inexistência ser o mesmo da nulidade, quando o processo está em curso, é crucial distingui-los quando do término do processo.⁵⁷³ Isto porque, findo o processo, o vício da inexistência jurídica, como visto no item anterior, se não sanado, impedirá a formação da coisa julgada.

É justamente nesse sentido que não há necessidade de rescindir uma sentença inexistente. Isto porque, a ação rescisória é uma ação de impugnação autônoma que tem como objetivo a desconstituição da coisa julgada que, com o trânsito em julgado, revestirá o pronunciamento de mérito.⁵⁷⁴

Se inexistente a sentença, por ausência dos pressupostos de existência - como no caso estudado, a jurisdição - esta não transitará em julgado e assim não haverá formação da coisa julgada.⁵⁷⁵

Um processo juridicamente existente é aquele em que estabelece uma relação jurídica entre um autor e um réu perante uma autoridade que detém jurisdição. Sem que haja um pedido formulado diante da autoridade emanada de jurisdição, em face de um réu, não há, como já visto, juridicamente, um processo.⁵⁷⁶

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente”.

⁵⁷⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 429/430.

⁵⁷¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 116.

⁵⁷² **Ibidem**, p. 116.

⁵⁷³ **Ibidem**, p. 338.

⁵⁷⁴ **Ibidem**, p. 115.

⁵⁷⁵ **Ibidem**, p. 118.

⁵⁷⁶ **Ibidem**, p. 119.

Assim, se o ato nulo é viciado de alguma forma, o inexistente sequer chega a ser jurídico. Atos inexistente são meros atos.⁵⁷⁷ A inexistência é problema anterior a validade, é o de ser ou não ser jurídico aquele ato a ser impugnado. Sendo, impossível falar de desvio de algo que sequer tem condições para estar no caminho.⁵⁷⁸

Essas sentenças sequer têm aptidão para transitar em julgado, não havendo, portanto, necessidade de rescindi-las. Não havendo coisa julgada, rigorosamente, não estão presentes nem mesmo os requisitos necessários de cabimento da ação rescisória, nos termos do art. 966 - “a decisão de mérito, transitada em julgado”- tampouco se enquadraria em uma das hipóteses de cabimento trazidas nos incisos.⁵⁷⁹

Desse modo, não havendo nada a desconstituir, não há limite temporal para costatar-se a inexistência.⁵⁸⁰

Frisa-se, apenas as sentenças inexistentes não passam em julgado e nesse sentido não estão adstritas ao prazo decadencial de dois anos de instauração da ação rescisória. Este prazo começa a fluir a partir da formação da coisa julgada, se esta não há, nunca começará a contagem do interstício legal.⁵⁸¹

Sentenças proferidas em processos juridicamente inexistentes não podem ser rescindíveis, pois só se rescinde, o que, ainda que nulo, exista juridicamente. Não estando sujeitas ao prazo da ação rescisória, não precisando ser eliminados do universo jurídico, necessitando apenas que seja declarada a sua inexistência.⁵⁸²

Diante de um pronunciamento inexistente, os órgãos julgadores, monocráticos ou colegiados, devem apenas declará-los inexistentes, já que não são alcançados pela confirmação, tampouco, prescrição, não dependendo sua ineficácia de outro pronunciamento judicial.⁵⁸³

⁵⁷⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 288.

⁵⁷⁸ **Ibidem**, p. 229.

⁵⁷⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 345.

⁵⁸⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 229.

⁵⁸¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **A sentença e a coisa julgada**. Revista de Processo. Vol. 41/1986, p. 177-184. RTOnline, p. 5.

⁵⁸² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 318.

⁵⁸³ TREVISAN, Oswaldo. **Sentença Inexistente**. Revista dos Tribunais. Vol. 823/2004, p. 735-749. RTOnline, p. 4

Nesse contexto, pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que sentença inexistente não precisa ser rescindida, visto que não há formação de coisa julgada, em conformidade com o aqui exposto.⁵⁸⁴

Portanto, sentenças que sequer existem não transitarão em julgado. Reconhecida a inexistência da decisão não há que se falar em coisa julgada, tampouco em ação rescisória. Frisa-se, não há como rescindir o que nunca existiu.⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ “PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS. REJEIÇÃO. CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES. AUSÊNCIA. HIPÓTESE DE QUERELLA NULLITATIS. ARGÜIÇÃO POR SIMPLES PETIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. As hipóteses excepcionais de desconstituição de acórdão transitado em julgado por meio da ação rescisória estão arroladas de forma taxativa no art. 485 do Código de Processo civil. Pelo caput do referido dispositivo legal, evidencia-se que esta ação possui natureza constitutiva negativa, que produz sentença desconstitutiva, quando julgada procedente. Tal ação tem como pressupostos (i) a existência de decisão de mérito com trânsito em julgado; (ii) enquadramento nas hipóteses taxativamente previstas; e (iii) o exercício antes do decurso do prazo decadencial de dois anos (CPC, art. 495).

2. O art. 485 em comento não cogita, expressamente, da admissão da ação rescisória para declaração de nulidade por ausência de citação, pois não há que se falar em coisa julgada na sentença proferida em processo em que não se formou a relação jurídica apta ao seu desenvolvimento. É que nessa hipótese estamos diante de uma sentença juridicamente inexistente, que nunca adquire a autoridade da coisa julgada. Falta-lhe, portanto, elemento essencial ao cabimento da rescisória, qual seja, a decisão de mérito acobertada pelo manto da coisa julgada. Dessa forma, as sentenças tidas como nulas de pleno direito e ainda as consideradas inexistentes, a exemplo do que ocorre quando proferidas sem assinatura ou sem dispositivo, ou ainda quando prolatadas em processo em que ausente citação válida ou quando o litisconsorte necessário não integrou o polo passivo, não se enquadram nas hipóteses de admissão da ação rescisória, face a inexistência jurídica da própria sentença inquinada de vício insanável.

3. Apreciando questão análoga, atinente ao cabimento ou não de ação rescisória por violação literal a dispositivo de lei no caso de ausência de citação válida, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que o vício apontado como ensejador da rescisória é, em verdade, autorizador da querela nullitatis insanabilis. Precedentes: do STF - RE 96.374/GO, rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 30.8.83; do STJ - REsp n. 62.853/GO, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 01.08.2005; AR .771/PA, Segunda Seção, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior DJ 26/02/2007.

4. No caso específico dos autos, em que a ação tramitou sem que houvesse citação válida do litisconsórcio passivo necessário, não se formou a relação processual em ângulo. Há, assim, vício que atinge a eficácia do processo em relação ao réu e a validade dos atos processuais subsequentes, por afrontar o princípio do contraditório. Em virtude disto, aquela decisão que transitou em julgado não atinge aquele réu que não integrou o polo passivo da ação. Por tal razão, a nulidade por falta de citação poderá ser suscitada por meio de ação declaratória de inexistência por falta de citação, denominada querela nullitatis, ou, ainda, por simples petição nos autos, como no caso dos autos.

5. Recurso especial provido”. (REsp n. 1.105.944/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe de 8/2/2011).

No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. CITAÇÃO. CONFRONTANTE. AUTOR. RESCISÓRIA. DESCABIMENTO.

1 - Se o móvel da ação rescisória é a falta de citação de confrontante (ora autor), em ação de usucapião, a hipótese é de ação anulatória (querella nullitatis) e não de pedido rescisório, porquanto falta a este último pressuposto lógico, vale dizer, sentença com trânsito em julgado em relação a ele. Precedentes deste STJ.

2 - Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido para decretar a extinção do processo rescisório sem julgamento de mérito (art. 267, VI do CPC) ”. (REsp n. 62.853/GO, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 19/2/2004, DJ de 1/8/2005, p. 460).

⁵⁸⁵ TREVISAN, Oswaldo. **Sentença Inexistente**. Revista dos Tribunais. Vol. 823/2004, p. 735-749. RTOnline, p. 7.

Por fim, a título de complemento, insta ressaltar a questão da Ação Anulatória. O CPC traz no §4º do art. 966, que “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

Da leitura denota-se que não é nítido qual seria o objeto da ação anulatória, levando a impressão de que seria cabível apenas frente a vícios que ensejam anulabilidade prevista no Código Civil, o que não é correto, visto que pode ser ensejada em causas de nulidade absoluta.⁵⁸⁶

Apesar de trazer “homologados pelo juiz”, a melhor doutrina entende que a ação anulatória poderá ser ensejada para anular o próprio ato. Será passível de ação anulatória a renúncia ao direito de recorrer que é ato processual que não depende de homologação, além das partilhas amigáveis, pois se tratam de acordos. As judiciais, por sua vez, sujeitam-se a ação rescisória. A ação anulatória é medida adequada para impugnar atos na execução e de jurisdição voluntária, além de, por meio de interpretação analógica, negócio jurídicos processuais.⁵⁸⁷

Ademais, como trazido no capítulo 2 deste trabalho, a Ação Anulatória é instrumento que tem como objetivo a impugnação de sentença arbitral tida como nula, nos exatos termos do art. 32 da Lei de arbitragem. Estando para o procedimento arbitral da mesma forma que a ação rescisória esta para a sentença judicial nula, nas hipóteses do art. 966 do CPC.

4.5. A *Querella Nullitatis* - Ação Declaratória de Inexistência

Agora, se não há necessidade de rescindir uma sentença inexistente, como exposto no item anterior, qual será a forma de se desconstituir a sentença inexistente por falta de jurisdição?

A sentença inexistente, em si mesma, ou advinda de um processo inexistente, poderá vir a ser discutida por meio da ação declaratória de inexistência, também conhecida como *actio* ou *querela nullitatis*.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 139.

⁵⁸⁷ **Ibidem** p. 140/143.

⁵⁸⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença.** 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 311.

A *querela nullitatis* é conceituada de formas diversas na doutrina, para alguns é ação constitutiva negativa, para uma minoria, é uma situação jurídica que não existe ou que não deveria existir, para outros, o que parece ser o entendimento mais acertado e defendido neste trabalho, é ação de natureza declaratória constitutiva de inexistência jurídica de sentença.⁵⁸⁹

Tem origem atrelada ao Direito Romano, por meio da *nulla sententia*, tangendo o Direito Germânico, no que diz respeito ao conceito de que toda sentença é válida, desde que prolatada solenemente e não seja impugnada por meio de recurso. Para os romanos, todo defeito inerente ao procedimento significava inexistência da sentença, já os germânicos, reconheciam as nulidades procedimentais, mas entendiam que, não sendo estas impugnadas no prazo estabelecido por lei, passaria a sentença a ser válida.⁵⁹⁰

De tais ideias surge um conceito misto, extraído-se, do Direito Romano a distinção dos vícios da sentença, contudo, rejeitando-se os *errores in procedendo*, somando-se, do Direito Germânico, a ideia de que mesmo as sentenças contaminadas com vícios graves produzem efeitos, desde que não sejam alvo de recursos.⁵⁹¹

A partir desses conceitos surge a *querela nullitatis*, destinada à impugnação das sentenças acometidas por *errores in procedendo*.⁵⁹²

Contudo, vale ressaltar, que a origem da *querela* é controvertida, sendo certo que alguns entendem que o aparecimento se deu com a *appellatio* do Direito Romano, outros vinculam ao Direito Germânico, há aqueles que afirmam que nasceu no Direito Italiano e, ainda, quem a vincula ao Direito Canônico.⁵⁹³

Ressalta-se, ainda, que a denominação *actio nullitatis* não é consoante com o sistema jurídico brasileiro.⁵⁹⁴ Importante frisar que a *querela nullitatis* é a ação que visa impugnar sentença inexistente, a qual recaí em vício de inexistência, e não de nulidade, sendo certo que a sentença nula será impugnada pela ação rescisória, como visto no item anterior.⁵⁹⁵

⁵⁸⁹ GARCIA JR., Eduardo. MIYAMOTO, Yumi Maria Helena. **O novo CPC e a Querela Nullitatis - respeito aos vícios trasrescisórios e “destruição” da imutabilidade das decisões judiciais.** Revista de Processo. Vol. 245/2015, p. 225-244. RTOnline, p. 1.

⁵⁹⁰ **Ibidem**, p. 2.

⁵⁹¹ **Ibidem**, p. 3.

⁵⁹² **Ibidem**, p. 3.

⁵⁹³ **Ibidem**, p. 3.

⁵⁹⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença.** 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 568.

⁵⁹⁵ **Ibidem**, p. 563.

Outrora, não existia a figurada inexistência jurídica, apenas a categoria das nulidades absolutas. Assim, *actio nullitatis* decorre do fato de que antigamente não se concebia a figura dos atos juridicamente inexistentes, no passado, só havia a categoria das nulidades absolutas.⁵⁹⁶

Em que pese a origem e denominação dessa ação autônoma, o que de fato importa é que ela assegure a observância dos princípios, em sua plenitude, do devido processo legal e da instrumentalidade das formas, já que busca sanar ilegalidades que possam ter ocorrido no processo, objetivando uma prestação jurisdicional justa, plena e efetiva.⁵⁹⁷

Deve-se ter como premissa, que a sentença juridicamente inexistente, não deve produzir efeitos, caso produza, estes devem ser retirados do mundo jurídico. Como dito no item acima, essas sentenças não têm idoneidade para transitar em julgado, tampouco há limite de tempo para impugná-la.⁵⁹⁸

A doutrina é praticamente uníssona no entendimento de que são imprescritíveis as ações declaratórias de inexistência, visto a gravidade do vício que recaía a sentença, a qual deve ser varrida do mundo jurídico.⁵⁹⁹

Diante da imprescritibilidade, Dinamarco, entende ser a ação declaratória um sucedâneo da ação rescisória, quando escoado o prazo decadencial para apresentação da rescisória, assim, a *querela* acaba se apresentando como uma ação rescisória extraordinária.⁶⁰⁰

Contudo, esse não é a única função da ação declaratória de inexistência. Tem-se, que a finalidade da *querela nullitatis* é suprimir uma determinada incerteza jurídica. Isto porque, enquanto existir essa incerteza não há lugar para a prescrição da ação declaratória, tendo como objetivo fim acabar com essa incerteza jurídica.⁶⁰¹

Assim, para que haja um processo juridicamente existente, deve haver jurisdição. Portanto, a sentença *non iudice* é considerada inexistente, já que proferida em situação

⁵⁹⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 353.

⁵⁹⁷ GARCIA JR., Eduardo. MIYAMOTO, Yumi Maria Helena. **O novo CPC e a Querela Nullitatis - respeito aos vícios trasrescisórios e “destruição” da imutabilidade das decisões judiciais.** Revista de Processo. Vol. 245/2015, p. 225-244. RTOnline, p. 2.

⁵⁹⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença.** 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 557.

⁵⁹⁹ **Ibidem**, p. 562.

⁶⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo.** 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 508.

⁶⁰¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença.** 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 562.

que falta pressuposto processual de existência.⁶⁰² Diante disso, não restam dúvidas que o meio adequado para impugná-la é a ação declaratória de inexistência jurídica.⁶⁰³

Lado outro, cabe ressaltar que a declaração de inexistência jurídica pode se dar igualmente *incidenter tantum*, ou seja, no decurso de outro processo, por exemplo em impugnação ao cumprimento de sentença. Sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça^{604 605}.

Ademais, no Código de Processo Civil, o art. 525, § 1, inciso I⁶⁰⁶, encapa implicitamente a figura da inexistência jurídica, já que dispensa ajuizamento de ação rescisória para expurgar o vício do processo, quando há falta de citação, podendo este ser alegado em impugnação ao cumprimento de sentença.⁶⁰⁷

Assim, pode o executado por título judicial alegar, por meio de impugnação, a falta ou a nulidade da citação, nos termos do art. 525, § 1º, I do CPC, bem como qualquer outro vício da sentença que a torne inexistente. Essas sentenças, proferidas em processo que não contenha pressuposto processual de existência, não são títulos executivos, não tendo aptidão para transitar em julgado, como já afirmado.⁶⁰⁸

Nesse contexto, todo e qualquer caso de sentença inexistente pode ser arguido por meio de impugnação ao Cumprimento de Sentença, já que a finalidade de tal impugnação é justamente impugnar execução fundada em sentença. Nesse prisma, o cumprimento de sentença fundado em sentença juridicamente inexistente não tem qualquer fundamentação.⁶⁰⁹

⁶⁰² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 340.

⁶⁰³ **Ibidem**, p. 339.

⁶⁰⁴ “5- A inexistência jurídica da sentença pode ser declarada em ação autônoma (querela nullitatis insanabilis) e também no próprio processo em que proferida, na fase de cumprimento de sentença ou até antes dela, se possível, especialmente na hipótese em que a matéria foi previamente submetida ao crivo do contraditório e não havia a necessidade de dilação probatória”. (STJ. REsp n. 1.857.852/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/3/2021, DJe de 22/3/2021.)

⁶⁰⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença.** 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 565/566.

⁶⁰⁶ “Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;”.

⁶⁰⁷ BUFULIN, Augusto Passamini. BONOMO JR., Aylton. SANTOS, Katherine Maia dos. **Breve Análise do vício processual de inexistência jurídica em face do Novo Código de Processo Civil.** Revista de Direito Privado. Vol. 68/2016, p. 17-36. RTOonline, p. 5.

⁶⁰⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença.** 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 426.

⁶⁰⁹ **Ibidem**, p. 427.

Tem-se, portanto, que a inexistência pode ser reconhecida por meio de ação própria, - a *querela nullitatis* - incidentalmente, em qualquer procedimento e, ainda, decretada de ofício.⁶¹⁰ Podendo, até mesmo, ser suscitada a inexistência em processo de execução⁶¹¹.

Contudo, se o provimento jurisdicional declaratório de inexistência se der fora da ação autônoma, a declaração não surtirá efeitos extraprocessualmente, já que para isso necessário será uma ação autônoma de declaração⁶¹². Não conferindo à parte a necessária segurança jurídica, sendo preferível, portanto, a manifestação sobre esse tema como objeto principal do processo.⁶¹³

Assim, por questão de segurança jurídica, de rigor o pronunciamento judicial que determina a inexistência jurídica. Até porque enquanto não declarada a inexistência o ato processual pode produzir efeitos, já que os planos da existência e eficácia não se confundem, sendo plenamente possível a presença de atos inexistentes e ineficazes.⁶¹⁴

Da possibilidade de reconhecimento da inexistência, por meio da impugnação ao Cumprimento de Sentença, fica a seguinte dúvida: Se foi oportunizada ao executado, em fase de cumprimento de sentença, alegar nos próprios autos o vício de inexistência, se não houver tal manifestação, estaria precluso o direito do executado em alegar tal vício?

Como o vício de inexistência é imprescritível, podendo, por meio da *querela nullitatis*, ser alegado a qualquer tempo, não parece correto restringir essa oportunidade.

Assim, o Código de Processo Civil traz uma possibilidade de alegação desses vícios em impugnação ao cumprimento de sentença, mas não impede, de forma alguma, a propositura da ação autônoma para que seja declarada a inexistência da sentença, mesmo que já preclusa a oportunidade de alegá-lo em impugnação ao Cumprimento de Sentença.⁶¹⁵

⁶¹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 569.

⁶¹¹ BUFULIN, Augusto Passamini. BONOMO JR., Aylton. SANTOS, Katherine Maia dos. **Breve Análise do vício processual de inexistência jurídica em face do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Privado. Vol. 68/2016, p. 17-36. RTOnline, p. 8.

⁶¹² **Ibidem**, p. 8.

⁶¹³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 565/566.

⁶¹⁴ BUFULIN, Augusto Passamini. BONOMO JR., Aylton. SANTOS, Katherine Maia dos. **Breve Análise do vício processual de inexistência jurídica em face do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Privado. Vol. 68/2016, p. 17-36. RTOnline, p. 7.

⁶¹⁵ GARCIA JR., Eduardo. MIYAMOTO, Yumi Maria Helena. **O novo CPC e a Querela Nullitatis - respeito aos vícios trasrescisórios e “destruição” da imutabilidade das decisões judiciais**. Revista de Processo. Vol. 245/2015, p. 225-244. RTOnline, p. 8.

Portanto, todas as nulidades que possam ter ocorrido em um processo, e não tenham sido sanadas, maculam a sentença, tornando-a rescindível, todos esses casos, com exceção do art. 966, V. Assim, não há nulidade que não se enquadre nas previsões para cabimento de ação rescisória. Por sua vez, as sentenças inexistentes, preferencialmente, devem ser objeto de ação declaratória de inexistência, não devendo ser impugnadas por ação rescisória, já que não há o que desconstituir.⁶¹⁶

4.6. Distinção e fungibilidade entre Ação Rescisória e Ação Declaratória de Inexistência

A Ação Rescisória, como visto, tem como objetivo atacar uma sentença transitada em julgado que faz coisa julgada, a qual esta maculada por um vício de nulidade, dentro das hipóteses do art. 966, do CPC. Já a Ação Declaratória de Inexistência, tem como finalidade impugnar a sentença inexistente, já que proferida sem algum dos pressupostos processuais de existência ou sem as condições da ação necessárias.⁶¹⁷

Importante ressaltar que este é o ponto distintivo principal entre as duas ações autônomas⁶¹⁸, qual seja, a Ação Rescisória ataca sentenças nulas e a *Querela Nullitatis* ataca sentenças inexistentes.

Ademais, para a propositura da ação rescisória há o prazo decadencial de dois anos, após o trânsito em julgado da decisão rescindível, nos exatos termos do art. 975, *Caput*⁶¹⁹, do CPC. Já para a propositura da *querela* não há prazo, podendo ser ajuizada a

⁶¹⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 575.

⁶¹⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 358.

⁶¹⁸ **Ibidem**, p. 358.

⁶¹⁹ “Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

qualquer momento.⁶²⁰ Tanto a jurisprudência, quanto a doutrina, entendem que as ações declaratórias são imprescritíveis.^{621 622}

Em complemento, a competência para a propositura das ações também é diversa. A ação declaratória de inexistência deve ser proposta frente ao juízo que proferiu a decisão inexistente. Normalmente competente será o juízo de 1º grau, mas há casos em que a ação deverá ser ajuizada perante o Tribunal local, quando este detém competência originária para julgar a ação que deu origem à decisão inexistente.⁶²³

No que diz respeito à Ação Rescisória, o juízo competente será o Tribunal de Justiça, o Tribunal Regional Federal ou o Tribunal Superior, dependendo de onde foi proferida a última decisão de mérito.⁶²⁴

Por fim, a que se falar do depósito. Para que seja proposta uma Ação Rescisória, deve o autor realizar o depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, o qual, ao final, será convertido em multa, caso a ação seja declarada inadmissível ou improcedente, por unanimidade de votos, nos exatos termos do art. 968, II⁶²⁵ do CPC.⁶²⁶

Caso não comprovada nos autos a realização do depósito, o relator concederá prazo de 15 dias para a realiza-lo, sob pena de indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 968, § 3º do CPC⁶²⁷, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito.⁶²⁸

⁶²⁰ GARCIA JR., Eduardo. MIYAMOTO, Yumi Maria Helena. **O novo CPC e a Querela Nullitatis - respeito aos vícios trasrescisórios e “destruição” da imutabilidade das decisões judiciais.** Revista de Processo. Vol. 245/2015, p. 225-244. RTOnline, p. 2.

⁶²¹ “2. O exercício do direito de ação para deduzir pretensão exclusivamente declaratória é imprescritível. Precedentes.” (AgInt no AREsp n. 890.822/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 22/8/2017, DJe de 4/10/2017.)

No mesmo sentido: “1. Com efeito, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a ação declaratória é imprescritível, o mesmo não ocorrendo com as ações condenatórias, as quais são atingidas pelo instituto da prescrição”. (AgRg no REsp n. 1.341.528/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/3/2014, DJe de 22/4/2014.)

No mesmo sentido: “2. A ação meramente declaratória, na lição de Cândido Rangel Dinamarco, é aquela que visa à eliminação da crise de certeza sobre a existência de determinado direito ou relação jurídica. Pode ser positiva ou negativa. E, assim caracterizada, não se sujeita à prescrição”. (REsp n. 1.361.575/MG, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/5/2013, DJe de 16/5/2013.)

⁶²² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 360.

⁶²³ **Ibidem**, p. 361.

⁶²⁴ **Ibidem**, p. 361.

⁶²⁵ “Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor: (...) II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.”

⁶²⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 361.

⁶²⁷ Art. 968 (...) § 3º Além dos casos previstos no art. 330, a petição inicial será indeferida quando não efetuado o depósito exigido pelo inciso II do caput deste artigo”.

⁶²⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 361.

Na Ação Declaratória de Inexistência não há essa regra. Não estando sujeita a qualquer depósito prévio para o conhecimento da ação.⁶²⁹

Lado outro, caminhando para o desfecho deste item, importante analisar a possibilidade ou não da aplicação do princípio da fungibilidade quando se está diante dessas ações autônomas.

A palavra fungibilidade, segundo o dicionário, é uma característica daquilo que é fungível, substituível, trocável.⁶³⁰

A origem desse princípio denota da necessidade que surgiu no sistema processual brasileiro de, em determinadas situações, admitir-se o cabimento de um recurso no lugar de outro.⁶³¹

Em contrapartida ao princípio da singularidade, segundo o qual para cada pronunciamento judicial recorrível existe apenas um recurso previsto, e o da correspondência, em que há correlação entre a decisão e o recurso cabível, o princípio da fungibilidade é uma atenuação destes dois princípios, já que permite o recebimento de um recurso no lugar de outro, o qual seria o originalmente cabível.⁶³²

Na medida em que a instrumentalidade das formas e o princípio da sanabilidade dos atos processuais foram sendo preferíveis e destacados pelos processualistas, com o intuito de garantir maior efetividade ao processo, a fungibilidade foi se abrangendo, fora do sistema recursal onde se originou, autorizando o recebimento de um mecanismo ou veículo processual no lugar de outro, quando há dúvida objetiva ou a indefinição no próprio sistema jurídico.⁶³³

Ressalva-se que a admissão do princípio da fungibilidade desta forma mais abrangente não oportuniza a busca de soluções à margem do ordenamento jurídico. As soluções devem estar contidas no sistema, manejando-se a lei, a doutrina e a jurisprudência de forma dinâmica.⁶³⁴

⁶²⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 361.

⁶³⁰ FUNGIBILIDADE. In: DICIO, Dicionário Online de Português. 7Graus. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/fungibilidade/>. Acesso em: 12/09/2022.

⁶³¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 361.

⁶³² **Ibidem**, p. 361.

⁶³³ **Ibidem**, p. 362/363..

⁶³⁴ **Ibidem**, p. 364.

As respostas devem sempre privilegiar os valores fundamentais do sistema como um todo, a fim de que o sistema processual possa verdadeiramente garantir tutela jurisdicional efetiva.⁶³⁵

Nesse prisma, diante da amplitude de possibilidade de aplicação da fungibilidade, de rigor que a aplicação se dê apenas nos casos de dúvida objetiva, a qual permeia a comunidade jurídica, refletindo em jurisprudência conflitante e na doutrina sem consenso.⁶³⁶

Em razão dessa dúvida objetiva a fungibilidade visa, unicamente, contribuir para que o processo atinja sua finalidade acarretando no menor prejuízo possível aos jurisdicionados. Certo é que a parte jamais poderá ser prejudicada pelo fato da doutrina e jurisprudência não terem chegado em um consenso a respeito de determinado tema.⁶³⁷

Importante ressaltar que o princípio da fungibilidade não traz a necessidade de converter um meio em outro, mas sim que determinado meio seja aceito no lugar de outro.⁶³⁸

O que se defende nesse trabalho é que todas as hipóteses que possam levar à ação declaratória de inexistência, qual sejam: sentenças de mérito proferidas sem estarem preenchidos pressupostos processuais de existência - aqui entra o caso da ausência de jurisdição; quando presentes os pressupostos negativos de existência; ou ainda, processo em que falte condição da ação; também podem ensejar à propositura da ação rescisória, em razão do princípio da fungibilidade.⁶³⁹

Contudo, em decorrência de serem muito mais numerosas as hipóteses de cabimento da ação rescisória, previstas no art. 966 do CPC, o inverso não será verdadeiro⁶⁴⁰, ou seja, tais hipóteses não admitem a aplicação da fungibilidade para que seja ensejada ação declaratória de inexistência. Cabendo, nesses casos, apenas rescisória.

De rigor a aplicação do princípio da fungibilidade quando há possibilidade de propositura da *querela nullitatis*, pois a doutrina é controvertida em relação a essa ação, não havendo consenso a respeito de serem estudadas como categoria autônoma. Ademais, não é pacífica a tese de que nos casos da sentença inexistente não se forma coisa julgada, como defendido neste trabalho. Por fim, não há disposição legal a respeito da *querela*

⁶³⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 364.

⁶³⁶ **Ibidem**, p. 365.

⁶³⁷ **Ibidem**, p. 365.

⁶³⁸ **Ibidem**, p. 365.

⁶³⁹ **Ibidem**, p. 367.

⁶⁴⁰ **Ibidem**, p. 368.

nullitatis, tratando-se de construção doutrinária com relevante aceitação jurisprudencial.⁶⁴¹

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento nesse sentido, recepcionando ações rescisórias quando o correto seria a propositura de *querela nullitatis*.⁶⁴²

Portanto, crucial que haja a possibilidade de discussão dos temas tratados na ação declaratória de inexistência em ação rescisória. Porém, jamais o inverso.⁶⁴³

4.7. A importância da delaração de inexistência da sentença proferida por autoridade sem jurisdição

Como já visto neste estudo, o Princípio da Autonomia da Cláusula arbitral, juntamente com a Competencia-Competencia, são os responsáveis por promover à arbitragem a possibilidade de ser uma jurisdição privada e autônoma, a qual escolhida, não pode ser descartada, posta o seu caráter vinculativo.

Nesse sentido, a convenção de arbitragem afasta a jurisdição estatal, atribuindo ao árbitro o poder-dever de decidir sobre os litígios decorrentes do contrato, além das questões de existência, validade e eficácia desta convenção arbitral, diante da regra da Competência-Competência.

Essa regra traz ao árbitro a competência para apreciação da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, primeiramente, cabendo ao Poder Judiciário a possibilidade de analisar tal questão somente após a análise do árbitro.⁶⁴⁴

Contudo, como a intervenção judicial deve ser mínima, esse controle jurisdicional só será realizado após a prolação da sentença arbitral, tendo uma série de limites, como o

⁶⁴¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 368.

⁶⁴² “8. Já tive oportunidade de sustentar que a exclusividade da querela nullitatis para a declaração de nulidade da sentença proferida sem regular citação das partes, apesar de defendida por alguns doutrinadores, representa solução extremamente marcada pelo formalismo processual, pois qualquer via é adequada para insurgência contra o vício verificado na presente hipótese (REsp 1028503/MG, 3ª Turma, DJe de 09/11/2010). (...) 10. Com efeito, o princípio da fungibilidade autoriza que a querela nullitatis assumam também a feição de outras formas de tutela, inclusive a ação rescisória, cuja escolha dependerá da situação jurídica em que se encontrar o interessado no momento em que toma conhecimento da existência do processo: se antes do prazo de dois anos, previsto no art. 495 do CPC/73, caberá a rescisória ou ação de nulidade, caso escoado o biênio (REsp 1600535/RS, 3ª Turma, DJe de 19/12/2016)” (REsp n. 1.456.632/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7/2/2017, DJe de 14/2/2017).

⁶⁴³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 368.

⁶⁴⁴ BERVALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. Ebook. São Paulo: Atlas, 2014, p. 193.

prazo prescricional de 90 dias da Lei de Arbitragem e o rol, por muitos tido como taxativo, de matérias elencadas no art. 32 da mesma lei.⁶⁴⁵

Ou ainda, por meio do controle incidental dos defeitos da convenção arbitral constatáveis *prima facie*, em caso de vícios manifestos e patentes, de existência, validade ou eficácia, os quais permitem a constatação de plano pelo juiz estatal. Contudo, importante conceber que esta possibilidade é restrita e limitada aos vícios manifestos, sob pena de ferir a regra da Competência-Competência.⁶⁴⁶

Assim, sem a observância do princípio da autonomia da cláusula arbitral somado a Competência-Competência, o Judiciário passaria a realizar interferências indevidas, bastando que uma das partes trouxesse uma argumentação a respeito da invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, para que a discussão fosse realizada fora da arbitragem.⁶⁴⁷

Nesse sentido, de rigor a salvaguarda da autonomia processual arbitral, excluindo o controle ou interferência estatal, prevalecendo o caráter obrigatório das decisões arbitrais.

Há apenas três hipóteses em que o juiz togado estará revestido de jurisdição e poderá decidir mesmo diante da existência de uma convenção arbitral, como trazido no capítulo 3: a renúncia tácita, quando não alegada a existência de convenção arbitral pelo réu em preliminar de contestação; presença de cláusula patológica, cujo vício é reconhecido *prima facie* e; nos casos da ação anulatória.⁶⁴⁸

Inicialmente importante frisar que, se há convenção arbitral e o processo chegou até o fim, pois o réu tenha em qualquer momento alegado a existência de convenção arbitral, descabe falar em falta de jurisdição. Neste caso, presume-se que as partes tenham desistido da convenção, visto que uma ajuizou ação judicial e a outra, quando oportunizada a trazer a existência da convenção, ficou-se silente.⁶⁴⁹

A hipótese aqui levantada é a de inexistência de renúncia tácita. Ou seja, a parte alegou a existência de convenção arbitral, porém entendeu o juízo estatal que, por algum

⁶⁴⁵ TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação. Vol. 38/2013, p. 283-32. Jul/set, 2013. Revista dos tribunais online, p. 10.

⁶⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153. RTOnline, p.8.

⁶⁴⁷ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O Princípio Competência-Competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira.** Revista de arbitragem e mediação, vol. 9/2006, p.277/303. RTOnline, p. 5/6.

⁶⁴⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças.** 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 356.

⁶⁴⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença.** 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 88.

motivo, teria jurisdição e, assim, decidiu o mérito do processo. Se essa sentença está fora de qualquer das três hipóteses em que é possível afastar a jurisdição arbitral, ela é inexistente.

Ademais, se já há arbitragem em curso e o juízo arbitral se deu por competente, pelo princípio da Competência-Competência, cabe ao magistrado extinguir o feito. Se não o fizer e vir a proferir uma sentença de mérito, está também será inexistente.

Em ambos os casos, frisa-se se não estamos diante das três hipóteses aqui mencionadas, o juiz togado não tem jurisdição para decidir sobre aquele processo, ausente, portanto, um pressuposto de existência, levando à sentença a ser inexistente.

Assim, sendo inexistente tal sentença, por ausência de jurisdição, deve esta ser retirada do mundo jurídico por meio de *querela nulitatis*.

Como já visto, atos juridicamente inexistentes podem produzir efeitos. Uma sentença a *non iudice*, proferida por autoridade sem jurisdição, como é o caso analisado nesse trabalho, é inexistente, mas pode produzir efeitos. Se tiver aptidão material para tanto os gerará.⁶⁵⁰

Nesse contexto, o estudo dos atos inexistentes é de crucial importância prática, já que trata de fenômeno que diz respeito a ausência de tipicidade. O ato carrega um defeito tão grave que o impede de se encaixar no tipo, tem um defeito de essência. Embora exista no plano dos fatos o ato não tem aptidão para ser considerado como tal no mundo jurídico, já que desprovido de elementos essenciais para sua constituição.⁶⁵¹

Porém, enquanto um ato não for declarado inexistente pela autoridade competente, qual seja, o Poder Judiciário, ele continuará a produzir efeitos, visto que o ato inexistente pode ter aparência de ato existente e válido, o qual, aparentemente, poderá ser apto a provocar validamente efeitos. Há, portanto, interesse jurídico, em suprimi-lo do mundo do direito.⁶⁵²

É exatamente o que acontecerá com uma sentença judicial que julgue o mérito. Enquanto ela não for desconstituída do mundo jurídico, pois foi proferida por um juiz togado, quando na realidade não havia nenhuma hipótese que justificaria a retirada da competência do árbitro, essa produzirá efeitos, podendo até mesmo vir a ser executada.

⁶⁵⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 542.

⁶⁵¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação Rescisória e querela nullitatis. Semelhanças e diferenças**. 2ª Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 339.

⁶⁵² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 565.

Contudo, tal sentença é inexistente tendo em vista que ao firmarem convenção arbitral, as partes atribuíram ao árbitro jurisdição para resolver determinada lide, em detrimento do Poder Judiciário. Assim, não havendo renúncia tácita à convenção arbitral; tampouco sendo a cláusula patológica, identificável *prima facie*; ou ainda, uma das hipóteses de ação anulatória de sentença arbitral; eventual pronunciamento proferido pelo juízo estatal é inexistente, pois emanado de órgão sem jurisdição. Sendo de rigor, portanto, a declaração de sua inexistência, por meio da *querela nullitatis*.

Conclusão

Conclui-se que por meio da convenção arbitral, a qual se divide em duas espécies, compromisso ou cláusula arbitral, as partes atribuem ao árbitro a jurisdição necessária para resolução de determinada controvérsia, vinculando-as à arbitragem.

Nesse contexto, a arbitragem detém natureza jurisdicional, sendo completamente autônoma ao Poder Judiciário, o qual, por sua vez, deverá cooperar com o árbitro quando necessário, em especial se preciso for a realização de um ato coercitivo ou a apreciação de uma medida de urgência.

Cabendo ao Poder Judiciário, em adição, um controle judicial, excepcional, via de regra, apenas após proferida sentença arbitral, nos casos previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem, por meio da ação anulatória, ou, antes da instauração do procedimento arbitral, por meio de uma análise *prima facie*, quando manifesto vício no procedimento arbitral. Salvaguardando-se, assim, o Princípio da Competência-Competência, o qual define que cabe ao árbitro atribuir sua própria “competência”, bem como, analisar a existência, validade e eficácia do procedimento arbitral.

Tal princípio possui três exceções, sendo elas: a renúncia tácita da convenção arbitral, a convenção patológica, identificada *prima facie* e a ação anulatória. Caso, presente uma dessas hipóteses, em que pese a existência da convenção arbitral, o juiz togado terá jurisdição para resolver a demanda, e assim o fará.

Agora, não sendo o caso de nenhuma dessas hipóteses, se o juiz togado não extinguir o processo judicial e proferir sentença está será inexistente, pois ausente o pressuposto processual de existência, a jurisdição.

Diante de tal vício gravíssimo, a sentença não transitará em julgado, tampouco formará coisa julgada, não havendo necessidade de ser rescindida. Assim, a ação correta para impugna-lá e retirá-la do mundo jurídico será a *querela nullitatis*, denominada também, ação declaratória de inexistência. Salvaguardada, contudo, a hipótese de propositura de Ação Rescisória, em atenção à fungibilidade que deve prevalecer nesses casos em razão da ausência de consenso entre a jurisprudência e a doutrina pátria.

Por fim, o presente trabalho demonstra a necessidade de ser retirada do mundo jurídico tal sentença emanada de vício gravíssimo - sendo certo que sequer sentença juridicamente é - em razão da possibilidade de gerar efeitos e ferir o Princípio da Autonomia do Tribunal Arbitral, corolário da arbitragem nacional e internacional.

Referências Bibliográficas

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro.** Revista de Processo, vol. 214/2012, p. 271-298, dez/2012. RTOnline.

ANDRADE, Érico. **Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional.** Revista do Processo, vol. 305/2020, p. 461-491, jul.2020. RTOnline.

ARAUJO, Nadia de. **O Princípio da Autonomia da Cláusula Arbitral na Jurisprudência Brasileira.** Revista de arbitragem e mediação, vol. 27/2010, p. 265-286, out/dez 2010. RTOnline.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Juízo Arbitral.** Soluções Práticas -Arruda Alvim, vol. 4, p. 1069-1106, ago/2011. RTOnline.

ARRUDA ALVIM, Teresa. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação Rescisória e Querrela Nulitatis. Semelhanças e Diferenças.** 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **A sentença e a coisa julgada.** Revista de Processo. Vol. 41/1986, p. 177-184. RTOnline.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do Processo e da Sentença.** 10 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

BARUCH, Baigel. **The Emergency Arbitrator producere under the 2012 ICC rules: a juridical analysis.** Journal of International Arbtration. Kluwer Law International, 2014. volume 31.

BATISTA, Lia Carolina. **Pressupostos processuais e efetividade do processo civil - uma tentativa de sistematização.** Revista de Processo, vol. 214/2012, p. 79/119. RTOnline.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil.** Vol. 1. 8. Ed. Re.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUFULIN, Augusto Passamini. BONOMO JR., Aylton. SANTOS, Katherine Maia dos. **Breve Análise do vício processual de inexistência jurídica em face do Novo Código de Processo Civil.** Revista de Direito Privado. Vol. 68/2016, p. 17-36. RTOnline.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação - conciliação - tribunal multiportas.** 6. Ed. Ebook. 7. Ed. Impressa. São Paulo: ED. RT, 2018.

CARAMELO, Antônio Sampaio. **A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 40/2014, p. 151-177. RTOonline.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo. Vol.58/1990, p.833-844, set/2014. RTOonline.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DICIO, **Dicionário Online de Português**. 7Graus. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/fungibilidade/>. Acesso em: 12/09/2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33 ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021.

Fala (adaptada) do professor Napoleão Casado Filho na aula Fase Pré-Arbitragem - a figura do árbitro de emergência e as Anti Suits Injunctions, no curso Arbitragem em Três fases, oferecido pela Associação dos Advogados de São Paulo, em 15/06/2022.

FERNANDES, Geraldo OG Nicéas. RIBEIRO, Flávia Pereira. KOEHLER, Fredderico Augusto Leopoldino. **A desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o PL 6.204/2019 do Senado Federal**. Boletim Revista dos Tribunais Online, vol. 27/2022. Maio, 2022. RTOonline.

FICHTNER, José Antônio. MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FONSECA, Rodrigo Gracia da. **A Arbitragem na Jurisprudência Recente do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 19/2008, p. 16-30, out/dez 2008. RTOonline.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio Competência-Competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira**. Revista de arbitragem e Mediação, vol. 9/2006, p. 277-303, abr-jun/2006. RTOonline.

GARCIA JR., Eduardo. MIYAMOTO, Yumi Maria Helena. **O novo CPC e a Querela Nullitatis - respeito aos vícios trasrescisórios e “destruição” da imutabilidade das decisões judiciais**. Revista de Processo. Vol. 245/2015, p. 225-244. RTOonline.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional**. Revistas dos Tribunais, vol. 983/2017, p. 31-47. RTOonline.

GRION, Renato Stephan. *Árbitro de emergência - perspectiva brasileira à luz da experiência internacional*. In: In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4 ed. Ebook. São Paulo, SP: Almedina, 2022.

GUERRERO, Luiz Fernando. *Convenção de Arbitragem da Revolução de 1996 a uma prática em consolidação*. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 156.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1º da Lei 9.37/1996) e a adoção de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol.36, p.231. RTOnline.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo Civil**, vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Função do Compromisso Arbitral**. Soluções Práticas - Marinoni, vol. 2, p. 569-586, out. 2011. RTOnline.

NERY JR., Nelson. **Convenção de arbitragem e compromisso arbitral - aplicabilidade do princípio Kompetenz-Kompetenz**. Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior, vol 5/2014, p. 71-150, set/2014. RTOnline.

NERY JR., Nelson. **Sentença arbitral inconstitucional - impossibilidade de homologação**. Soluções Práticas do Direito - Nelson Nery Junior, vol. 3/2014, p.167-257, set. 2014. RTOnline.

NERY JR., Nelson. **Sentença Arbitral - inexistência de nulidade- cumprimento do regulamento do centro de arbitragem**. Soluções Práticas do Direito - Nelson Nery Junior, vol. 5/2014, p.257-301, set. 2014. RTOnline.

NETO, João Luiz Lessa. **Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli. LIGERO, Gilberto Notário. **Carta Arbitral: Novo instrumento de cooperação entre árbitros e juízes estatais**. Revista dos Tribunais, vol 988/2018, p. 83-103, fev/2018. RTOnline.

NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. *Medidas cautelares em arbitragem*. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (orgs.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROCHA, Pedro Cavalcanti. **Apontamentos sobre as principais alterações no instituto da arbitragem no Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49. RTOonline.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. AZEVEDO, Marcelo Cândido de. SERPA, Pedro Ricardo. **Existência, validade e eficácia da Convenção Arbitral**. Revista de Direito Empresarial, vol. 3/2014, p. 321-351, maio/jun 2014. RTOonline.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação Conciliação e Negociação**. 10 ed. Ebook. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. **Coisa Julgada arbitral: A natureza jurídica da Sentença Arbitral imutável**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 65/2020, p. 189/207, abr/jun 2020. RTOonline.

TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de Arbitragem)**. Revista de Arbitragem e mediação, vol. 40/2014, p. 81-103, jan/mar/2014. RTOonline.

TALAMINI, Eduardo. **Competência-Competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 127-153, jul-set. 2016. RTOonline.

TEODORO, Viviane Rosalia. **Princípios da Arbitragem: o princípio Kompetenz-Kopetenz e suas consequências**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 51/2016, p. 221-248. RTOonline.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JR, Humberto. **Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da sentença**. Revista de Processo, vol. 19/1980, p.23-27, jul-set 1980. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 6, p. 175-193, out/2011. RTOonline.

TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. **Controle Judicial do processo arbitral?** Revista de arbitragem e mediação. Vol. 38/2013, p. 283 -320, jul-/set 2013. RTOonline.

TREVISAN, Oswaldo. **Sentença Inexistente**. Revista dos Tribunais. Vol. 823/2004, p. 735-749. RTOonline.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz- Kompetenz in internation comercial arbitration**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 15/2007, p. 134-190.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e Sentença Arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 23/25. RTOonline.

VAUGHN, Gustavo Fávero. SANCHES, Matheus Soubhia. **Em torno do Conflito positivo de Competência entre juiz e árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 56/2018, p. 217-240, jan/mar 2018. RTOonline.

WALD, Arnold. **Os meios judiciais do controle da sentença arbitral.** Revista de Arbitragem e Mediação. Vol, 1/2004, p. 40/66. RTOnline.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral.** Revista de Processo, vol. 207/2012, p. 13-23, maio/2012. RTOnline.