

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado.

SUMÁRIO: 1. As partes diante da decisão arbitral. 2. Caráter excepcional e subsidiário da ação anulatória de decisão arbitral. 3. Descabimento de ação rescisória. 4. Concorrência entre ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença. 5. Modo de reconhecimento de decisões arbitrais inexistentes. 6. Objeto do processo da ação anulatória: o pedido. 7. Objeto do processo: os fundamentos para a anulação. 8. Interesse de agir. 9. Legitimidade ativa e passiva. 10. Ônus de alegação e limites do julgamento. 11. Bibliografia.

1. As partes diante da decisão arbitral

Proferida a decisão arbitral¹, aí incluídos eventuais esclarecimentos que ela possa ensejar, duas possibilidades relativamente óbvias se apresentam para as partes: a primeira está no campo da normalidade e consiste em se dar cumprimento – se não espontâneo, ao menos voluntário, ao que foi decidido; a segunda está no terreno – se não exatamente da patologia – da excepcionalidade e consiste na resistência ao comando contido na decisão, o que se traduz em alguma forma de impugnação, total ou parcial. É nesse contexto, portanto, que se encontra a assim denominada *ação anulatória* da decisão arbitral², de que ora se trata.

Quando se reflete sobre o tema, ainda que com objetivos marcadamente pragmáticos (e até por isso), vem a calhar a lembrança colhida na doutrina sobre a indagação feita por tribunal italiano, assim explicitada: “por que as partes recorrem à arbitragem se sempre voltam a nós?”³. De fato, quem escolhe a via arbitral deve saber que suas vantagens exigem alguma contrapartida: a celeridade na solução da controvérsia – um dos méritos mais ressaltados da

1. Vide Cap. 7.

2. Alude-se à anulação da *decisão* arbitral porque, como será exposto no item 6 a seguir, não apenas a sentença arbitral é passível de ataque via ação anulatória, mas também determinadas decisões proferidas ao longo do processo arbitral.

3. DINAMARCO, Cândido. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 47.

arbitragem no confronto com a jurisdição estatal – dá-se não apenas pela racionalidade do processo e pela maior disponibilidade dos árbitros, mas também e principalmente pela supressão de meios internos de impugnação (exceto se as partes convencionarem de forma diversa, o que usualmente não ocorre).

Para que se combata o potencial inconformismo – nocivo porque prolonga o conflito –, o antídoto mais adequado parece estar no cuidado que os árbitros tenham na condução do processo e especialmente na acurada análise da controvérsia, sob os ângulos fático e jurídico. Diante disso, até poderá haver alguém decepcionado com o resultado do mérito. Contudo, quando as partes elegeram a arbitragem, sabiam (ou deveriam saber) que a derrota em eventual litígio seria uma possibilidade, como de resto é no Judiciário, com a diferença de que aí há frentes recursais a explorar. Esse desapontamento pode eventualmente encontrar eco numa das limitadas hipóteses previstas pelo art. 32 da LArb, que devem ser vistas como excepcionalidade – como, analogamente, ocorre com a ação rescisória. Se houver vício, sua correção pelo Judiciário só fará com que a jurisdição arbitral tenda a se aperfeiçoar. Mas, nessa tomada de decisão a cargo do vencido, deve haver ponderação e equilíbrio, com adequada avaliação dos riscos, encargos e chances no momento de decidir se é, ou não, caso de ir à jurisdição estatal.

2. Caráter excepcional e subsidiário da ação anulatória de decisão arbitral

Da circunstância de a arbitragem ser fruto da vontade das partes⁴ decorrem conhecidos desdobramentos: a sujeição só se dá em relação às partes que a contrataram (princípio da relatividade dos contratos)⁵; o controle estatal da sentença proferida pelos árbitros é excepcional, de tal sorte que é inviável eventual revisão sobre eventual *error in iudicando*⁶; e não se pode pretender

4. Na doutrina, vide BARBI FILHO, Celso Agrícola. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 749, mar. 1998. p. 107; THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros. *Revista de Direito Bancário*, São Paulo, n. 14, out.-dez. 2001. p. 373-374; e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Manual da arbitragem*, São Paulo: RT, 1997. p. 115.

5. THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. *Revista de Direito Bancário*, n. 14, out.-dez. 2001. p. 373-374; e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel, *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997. p. 185.

6. YARSHELL, Flávio Luiz, *Ação rescisória – Juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 207. Sobre o efeito negativo decorrente da cláusula

que o Judiciário reveja os fundamentos de fato e de direito adotados pelo juízo arbitral⁷.

No direito brasileiro a ação rescisória, embora seja excepcional, não está sujeita à regra que lhe confere caráter subsidiário, isto é, que só a torna admissível diante do prévio esgotamento dos recursos ordinários e extraordinários cabíveis. Contudo, o mesmo não pode ser dito para a ação anulatória de sentença arbitral: o controle estatal em matéria de arbitragem já é subsidiário, quando se considera a premissa de que, estando vinculadas as partes, elas estão submetidas primeiramente ao juízo arbitral. Daí se afirmar em doutrina que “A Lei de Arbitragem, não há dúvida, foi rigorosa em afirmar a subsidiariedade da jurisdição estatal. Esta se concretiza em momento subsequente ao esgotamento da jurisdição arbitral”⁸.

Mesmo quando se cogita de *error in procedendo*, ao Judiciário só se pode logicamente chegar depois do completo exercício da jurisdição arbitral. Conforme destacou a doutrina, nessa matéria vige a “absoluta excepcionalidade da intervenção judicial na arbitragem”. Assim, “a possibilidade de intervenção judicial na arbitragem deve ser ponderada com a necessidade de o Judiciário ser deferente à escolha das partes, sob pena de inviabilizar-se a utilização e funcionamento do mecanismo não estatal”⁹. Permitir que uma das partes, embora ainda com a possibilidade de obter do órgão arbitral resposta quanto ao litígio que lhe foi submetido, deixe deliberadamente de assim proceder, e consentir que ela vá diretamente ao Judiciário, não atenta apenas contra a lealdade e a boa-fé, mas contra a regra que estabeleceu a vinculação das partes à arbitragem.

Nem mesmo a revogação do disposto no inciso V do art. 32 da LArb pela Lei 13.129/2015 – pensada com escopo diverso¹⁰ – leva a conclusão diversa. Com efeito, se a falta de completa apreciação do objeto do processo da arbitragem,

compromissória, v. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Arbitragem nos contratos com o Estado: direito brasileiro e comparado. *Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*, Belo Horizonte, 2003. p. 125.

7. LUISSO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 356, “[...] il lodo è impugnabile solo se l'arbitro non palesa le ragioni della decisione, non anche se le ragioni palesate non sono convincenti”.
8. MARTINS, Pedro Antônio Batista. As três fases da arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, set. 2006. p. 90-91.
9. SALLES, Carlos Alberto de Salles. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 49.
10. Ao que se extrai dos trabalhos preparatórios e considerações contemporâneas à edição da nova lei, essa modificação, em particular, foi justificada por conta da possibilidade das assim denominadas “sentenças parciais”.

pelos árbitros, deixou de ser causa de nulidade da sentença, daí se deve extrair que a revogação só ratificou o caráter subsidiário da demanda anulatória. Assim, de duas uma: ou a sentença deixou de apreciar o que era devido e a parte promove o pedido de esclarecimento de que trata o art. 30 da LArb, ou ela se queda inerte. Se o interessado ficar inerte, não poderá ir a juízo justamente porque revogado aludido dispositivo, mas, se pediu o esclarecimento e a omissão remanesceu, então, haverá a invalidade a ensejar a demanda anulatória por infringência ao inciso II do art. 26 da LArb. É nesse contexto que deve ser interpretada a regra do § 4º do art. 33 da LArb, cuja redação foi dada pela mesma lei: subsiste a possibilidade de a parte interessada “ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem”, desde que essa decisão tenha sido tempestiva e adequadamente provocada.

Essa conclusão se afigura coerente com o disposto no art. 20 da LArb, peremptório ao exigir que questões relativas aos árbitros ou à validade e eficácia da convenção de arbitragem sejam arguidas “na primeira oportunidade” que o interessado tiver para se manifestar, embora para as questões relativas à validade e eficácia da convenção de arbitragem não haja preclusão, por se tratarem de matérias de ordem pública e que, por isso, podem (e devem) ser apreciadas a qualquer momento; aliás, de forma também harmônica com a regra instituída no parágrafo único art. 8º da mesma lei. E, ainda que o objetivo da alteração levada a cabo no art. 32 não tenha sido exatamente o de deixar claro o caráter subsidiário da demanda anulatória, fato é que a modificação operada se afeiçoa à ideia de ser exigível da parte que primeiramente esgote todas as possibilidades de obter do órgão arbitral o julgamento do mérito e a resolução das questões de mérito¹¹.

Ademais, sendo a arbitragem um meio “alternativo” (ou “adequado”) de resolução de controvérsias, o caráter subsidiário do controle estatal se afina também com a ideia de escalonamento que se costuma invocar naquele âmbito. Isso se traduz no dever de empregar todos os meios possíveis para solucionar a controvérsia “de forma diligente e de boa fé”, conforme destaca a doutrina¹²,

11. Que, aliás, e salvo disposição das partes em contrário, passam a ser cobertas pela coisa julgada, na forma do disposto no art. 503, § 1º do CPC, também no processo arbitral (mesmo que não sejam objeto de “sentenças parciais”).

12. PINTO, José Emílio Nunes. *O mecanismo multi-etapas de solução de controvérsias*. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/6024/o-mecanismo-multi-etapas-de-solucao-de-controversias>]. Acesso em: 29.06.2018. No mesmo sentido, LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusula escalonada, mediação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Coords.). *Arbitragem*

e, mais do que isso, o texto expresso da lei, conforme previsão contida no § 3º do art. 3º do CPC. Aquele que deliberadamente deixa de apontar omissão em para reclamar ausência de adequada fundamentação, não age em conformidade com tal postulado.

Então, a consequência da falta de observância do ônus de alegação, dado o caráter subsidiário do controle jurisdicional, há que se resolver em aceitação do que foi decidido pelo órgão arbitral. Se a parte, tendo a prerrogativa de impugnar tempestivamente a decisão, deixou de fazê-lo, só se pode entender que a aceitou, quando se constata a falta de interesse de agir para o pleito de desconstituição em juízo.

3. Descabimento de ação rescisória

Muito embora a sentença arbitral produza “os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”, sua desconstituição não pode se dar pela ação rescisória¹³.

Primeiro, a Lei de Arbitragem já previu as hipóteses que autorizam a desconstituição da sentença e, sendo lei especial, ela derroga a norma geral que está inscrita no art. 966 do CPC, válida para a desconstituição de decisões jurisdicionais estatais. Não há, portanto, necessidade ou justificativa para a aplicação subsidiária do CPC quanto aos fundamentos que justificariam invalidar a decisão arbitral, tanto mais em um contexto em que a impugnação deve ser vista como exceção.

Segundo, uma interpretação sistemática da lei, que descarta “recurso” para o Poder Judiciário, que também prevê o emprego da impugnação ao cumprimento de sentença, além da circunstância já destacada de que a norma especial prevalece sobre a regra geral, tudo isso, enfim, confirma o descabimento da ação rescisória. De certa forma, é lícito afirmar que a “ação rescisória” da sentença arbitral já está regulada pelo citado art. 33 da LArb, de sorte a excluir, portanto, o remédio previsto pelo CPC.

Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 163-178.

13. O conteúdo deste tópico, e eventualmente de outros, reproduz, eventual e parcialmente (nas partes reproduzidas, eventualmente de forma literal), considerações feitas em trabalho anterior deste autor: *Ação rescisória – Juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. *passim*. O aproveitamento, em boa medida, dá-se pelo paralelismo que se pode estabelecer entre a rescisória e a anulatória de sentença arbitral, tal como está no texto.

Isso não significa dizer que as partes possam validamente renunciar ao controle estatal: disposição dessa ordem feriria a garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da CF e seria desprovida de qualquer eficácia. Por outro lado, não se afigura possível que as partes convençionem o cabimento da ação rescisória, dado que determinação de via processual diz com tema fora do alcance do poder de disposição das partes, insuperável mesmo diante do disposto no art. 190 do CPC. Contudo, coisa diversa disso, salvo melhor juízo, é facultar que as partes ampliem o rol de hipóteses de anulação da sentença arbitral (mantida, portanto, a via processual) previsto pelo art. 32 da LArb. Embora isso possa até parecer contraditório com as razões que as levaram à solução arbitral, a convenção não é ilícita e, portanto, deve ser admitida.

4. Concorrência entre ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença

Como é sabido, o § 3º do art. 33 da LArb estabelece a possibilidade de que a invalidação da decisão arbitral seja arguida mediante impugnação, na forma do CPC. Deixadas deliberadamente de lado eventuais perplexidades quanto ao exato teor do texto vigente¹⁴, a concorrência de remédios processuais precisa ser interpretada de forma sistemática.

Assim, se fundamento da impugnação for qualquer um daqueles previstos pelo art. 32 da LArb, a medida só poderá ser admitida se for interposta dentro do prazo estabelecido pelo § 1º do art. 33 da mesma Lei. É que, se fosse de forma diversa, ficaria esvaziada a regra deste último dispositivo legal, com a indesejada possibilidade de se prolongar indefinidamente o prazo para impugnação da decisão arbitral com base naqueles fundamentos. Assim, considerando que os embargos à execução – e, a rigor, também a impugnação ao cumprimento de sentença – têm natureza jurídica de ação, tanto quanto a demanda anulatória, permitir-se que a parte deixasse de ajuizar esta última para, então, deduzir alegações fundadas no art. 32 da LArb apenas ao ensejo da resistência ao cumprimento seria, na verdade, dizer que o lapso estabelecido pelo § 1º do art. 33 não teria razão de ser e que seria regra inútil – interpretação que, justamente por isso, deve ser descartada¹⁵.

Conforme lembra a doutrina, esse entendimento foi encampado expressamente pela Lei portuguesa (63/2011), cujo art. 48º permite que “À execução

14. É que o art. 1.061 do CPC deu nova redação ao dispositivo, mas o fato é que a Lei 13.129/2015 é posterior e, portanto, prevalece o teor ditado por esta última, embora, como está no texto, a situação permaneça a mesma.

15. RICCI, Edoardo. *Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 93, 1999. p. 45 e ss.

de sentença arbitral pode o executado opor-se com qualquer dos fundamentos de anulação da sentença[...]", mas "[...]desde que, na data em que a oposição for deduzida, um pedido de anulação da sentença arbitral apresentado com esse mesmo fundamento não tenha já" sido rejeitado por sentença transitada em julgado". E, ainda, aquela lei estabelece que não pode ser invocado pelo executado nenhum dos fundamentos previstos para a ação anulatória se já tiver decorrido em branco o prazo fixado para a apresentação¹⁶.

Nesse contexto, se a ação anulatória tiver sido intentada e não houver medida que eventual e excepcionalmente obste o cumprimento da decisão arbitral, a rigor não se afigura necessário deduzir impugnação. É que a identidade já mencionada levaria ao fenômeno da litispendência, exceto se, respeitado o prazo tal como acima exposto, a impugnação trouxesse eventuais outros fundamentos previstos pelo art. 32 da LArb, que não constantes da demanda anterior.

Finalmente, convém lembrar que a impugnação pode se fundar em disposições do art. 525 do CPC e, nesse caso, não há que se cogitar do prazo previsto pela Lei de Arbitragem pela diversidade de fundamentos, isto é, de causa de pedir.

5. Modo de reconhecimento de decisões arbitrais inexistentes

Conforme admite a doutrina, é possível reconhecer a *inexistência* da decisão arbitral¹⁷. Trata-se de tema que intuitivamente reclama cuidado: de um lado, reconhecer-se a inexistência é forma de contornar ou superar o caráter excepcional da ação anulatória e as hipóteses previstas pelo art. 32 da LArb; de outro, atenuar a garantia da coisa julgada é invadir o campo da segurança jurídica. Por outras palavras, prestigiar o alargamento da categoria da *inexistência* é tomar partido em prol do escopo jurídico, impedindo a perpetuação de decisão injusta; já limitar tal enquadramento é, ao menos em princípio, referendar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, pela certeza da eliminação da controvérsia e conseqüente pacificação social.

Se as decisões consideradas juridicamente inexistentes dispensam ação anulatória, mas, considerando que, se não em todos, em muitos dos casos em que isso ocorrer haverá um componente constitutivo negativo na desconsideração do que antes se decidira, será preciso cautela no modo pelo qual se opera o reconhecimento da inexistência.

16. BONATO, Giovanni. *La riforma brasiliana dell'arbitrato*. *Rivista dell'arbitrato*, Milano, ano 27, fasc. 1, 2017. p. 83-84.

17. BONATO, Giovanni. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*. Napoli: Jovene, 2012. p. 268 e ss.

Quanto à competência para tanto, em tese e por coerência, qualquer órgão jurisdicional – estatal ou mesmo arbitral – poderá reconhecer a inexistência, de forma principal ou incidental. Não se trata de rever o mérito da decisão anterior, ainda que, indiretamente, o resultado prático decorrente seja a pura e simples desconsideração do que aparentemente se houvera decidido. De forma coerente, tratando-se de efetiva inexistência, não vigora o princípio da demanda e o tema poderá ser conhecido de ofício pelos julgadores (estatais ou arbitrais).

Àquele a quem interessa a subsistência da decisão (que seu adversário pretende inexistente), é preciso de alguma forma assegurar o contraditório, embora não se possa falar em ônus de contestar. Deve ser facultada a quem alega a inexistência, tanto quanto a quem resiste a tal pretensão, a produção de provas, se for o caso. Tratando-se de ação autônoma para tal reconhecimento, não parece haver maior problema. Contudo, sendo o reconhecimento incidental em dado processo, parece que a questão, aí, só poderá ser conhecida se depender exclusivamente de prova documental, à semelhança do conceito de “liquidez e certeza” do mandado de segurança. Sendo necessário produzir outros meios de prova, as partes hão que ser remetidas para processo que comporte esse tipo de atividade cognitiva. E a alegação de inexistência não deve suspender o cumprimento da decisão, não sendo lícito que tal suspensão se extraia da mera alegação do vício, ainda que presumivelmente mais intenso do que aqueles arrolados no art. 32 da LArb. Contudo, não se descarta que, por tutela de urgência, seja determinada tal suspensão, analogamente ao que se admite na ação anulatória.

6. Objeto do processo da ação anulatória: o pedido

O objeto do processo – ou pretensão – é integrado pelo pedido conjugado à respectiva causa de pedir, composta pelos fatos (causa de pedir remota) e fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima). No instituto aqui examinado – analogamente ao que se passa, nesse particular, na ação rescisória –, a pretensão é de *desconstituição* da decisão arbitral. É certo que a lei fala em causas de *nulidade* da decisão (LArb, art. 32), como também é certo que a natureza do vício pode ser relevante em termos processuais, por ditar a natureza do provimento – se meramente declaratório ou se constitutivo negativo. Mas, apesar da dicção legal, do que se trata é excluir do mundo a eficácia decorrente da decisão arbitral. Portanto, afigura-se mais correto falar em típica *desconstituição* – o que, aliás, parece ser coerente com a teoria das invalidades processuais e que pode, ainda que com alguma ressalva, ser adequado mesmo nos casos em que eventualmente se reconheça a inexistência de dada decisão (judicial ou arbitral).

O que se busca desconstituir é a *parte dispositiva* de dado ato decisório. Mas, particularmente em relação à ação anulatória, algumas ressalvas devem ser feitas.

Primeiro, não são passíveis de anulação apenas as decisões *finais*, mas eventualmente também aquelas proferidas ao longo do processo. Como é sabido, mesmo antes de o CPC positivizar a regra do art. 356, a experiência do processo arbitral já admitia decisões *parciais* dedicadas a parte do objeto do processo – impropriamente chamadas de “sentenças parciais”. Para ilustrar, decisões (i) que reputam extinto o contrato, sendo necessário prosseguir para apuração de responsabilidade por multa e indenização; (ii) que impõem condenação genérica a ser liquidada; ou (iii) que decidem parte da controvérsia que, tendo autonomia em relação a outras parcelas do litígio, dispensa dilação probatória. Todas elas, enfim, julgam parte do objeto do processo e, portanto, podem ensejar pleito de desconstituição. Saber se, num dado contexto, haverá interesse para, *antes* de findar o processo arbitral, pedir-se a anulação da decisão proferida no curso do processo é problema relevante, mas diverso porque afeto ao *interesse de agir*.

Segundo, não apenas decisões de mérito – isto é, aquelas que de alguma forma produzem efeitos substanciais – são passíveis de controle jurisdicional estatal, mas eventualmente também aquelas que tratam de temas prejudiciais à instauração e ao desenvolvimento do processo arbitral: decisões acerca da jurisdição do tribunal arbitral; da validade da cláusula compromissória; e da arbitrabilidade da controvérsia são bons exemplos de pronunciamentos que, embora sem tratarem propriamente de parte do objeto do processo (mérito), em tese podem desafiar, desde logo, demanda de desconstituição. Mais uma vez, saber *quando* poderá vir tal demanda é um problema afeto ao interesse de agir.

Nessa mesma linha de raciocínio, decisões terminativas – entendendo-se como aquelas que põem fim ao processo sem resolução do mérito – podem também ser objeto da pretensão anulatória, bastando lembrar que, ao contrário do que dispõe o *caput* do art. 966 do CPC (para a ação rescisória), a LArb não fez distinção nesse particular (art. 32). A eventual possibilidade de instauração de uma nova arbitragem, em que teria lugar o julgamento do mérito (não decidido anteriormente), poderá eventualmente ser relevante para aferir o interesse de agir para a anulatória, embora não seja, *a priori*, excludente desta última demanda.

Mas, ainda sob esse ângulo, não é qualquer decisão tomada no curso do processo (“ordem processual”) que enseja desde logo ação anulatória. Esta, salvo situações verdadeiramente excepcionais, não pode e não deve cumprir papel de controle preventivo de suposta e futura decisão inválida. Nesse ponto,

um critério a considerar está na autonomia do objeto do que foi decidido (em relação a outros temas que devam ser decididos) e em sua aptidão de gerar um prejuízo concreto e imediato, inclusive sob a ótica do interesse processual. Portanto, se o prejuízo supostamente causado for apenas potencial, somente caberá deduzir a impugnação ao final, isto é, contra a decisão arbitral final. Mesmo nos casos de prejuízo imediato, a regra continua a ser a de que o controle jurisdicional estatal não se opera de forma preventiva.

Terceiro, ao menos como regra, a pretensão de desconstituição se dirige à parte dispositiva da decisão, e não exatamente aos respectivos fundamentos, ainda que, naturalmente, o ataque à conclusão do pronunciamento traga consigo o exame das questões que estão à sua base. Mas, sobre isso convém ao menos considerar o seguinte: no CPC, o art. 503, § 1º passou a admitir – sem a necessidade de pedido (que ali vinha sob a forma de ação declaratória incidental) – que a coisa julgada acoberte também a resolução da *questão prejudicial*, nas condições ali previstas se (i) da resolução depender o julgamento do mérito (elemento que configura a questão como “prejudicial”); (ii) tiver havido contraditório “prévio e efetivo” a respeito (com expressa exclusão no caso de revelia); (iii) o juízo for competente; e (iv) não houver limitação em profundidade da cognição (incisos I a III e § 2º).

Na premissa de que essa regra seja aplicável à arbitragem¹⁸, parece possível falar-se no cabimento desse remédio também contra decisão que resolver *questão de mérito*. Assim, com o trânsito em julgado material, não poderá a parte em desfavor de quem foi resolvida a questão prejudicial – agora em eventual processo subsequente (arbitral ou judicial) – negar a premissa contida na anterior resolução da questão prejudicial (desde que atendidas as condições legais). Não caberá mais argumentar, para tanto, que tal resolução fora feita antes de forma incidental, nem será possível sustentar que a mesma questão

18. Esse é um problema relevante e difícil: saber em que medida se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil ao processo arbitral, suposto que não haja disposição específica das partes e dos árbitros a regular o assunto. O que parece importante destacar é que aplicar o Código de Processo Civil parece ser diferente de invocar a *ratio* que está à base de alguns de seus dispositivos como razão de decidir. Em alguns casos, considerando as naturais limitações da Lei de Arbitragem, dos regulamentos dos órgãos arbitrais e mesmo das previsões das partes, isso será absolutamente imprescindível. No exemplo contido no texto, as partes podem excluir a coisa julgada sobre resolução de prejudicial; mas, no seu silêncio, parece lícito aceitar que a imutabilidade também se opera em relação a elas, dado que a norma busca dar à solução do conflito a maior amplitude possível, desde que observadas as condições que menciona. Trata-se, portanto, de uma regra de *teoria geral do processo civil*.

antes resolvida poderia ser posteriormente decidida de forma diversa em outro processo, com objeto (pedido) diverso. Daí, então, o interesse para se pedir a desconstituição.

Apenas para ilustrar, figure-se que o autor fundamente sua demanda em responsabilidade objetiva do réu e que sobre isso haja controvérsia, a ensejar questão prejudicial. Suponha-se que ela seja resolvida de forma desfavorável ao autor que, contudo, sagra-se vencedor porque se entende que a mera responsabilidade subjetiva bastaria para autorizar o ressarcimento pretendido. Nesse caso, não haverá interesse em anular a parte dispositiva, mas eventualmente haverá no tocante à resolução da questão prejudicial. Aliás, quando houver cúmulo eventual (subsidiário) de causas de pedir, o mesmo raciocínio parece ser possível: se o autor alega ser credor por força de contrato e, subsidiariamente, por força de ilícito extracontratual, a rejeição do primeiro fundamento não é necessariamente impeditiva do acolhimento do pedido pelo outro fundamento.

Naturalmente, como na esfera jurisdicional estatal, é de se esperar alguma dificuldade na aplicação do referido dispositivo do CPC. Primeiro, a extensão da coisa julgada à resolução das prejudiciais não se opera de forma automática, justamente porque depende da ocorrência dos requisitos exigidos pelo inciso I do § 1º do art. 503 do CPC. Segundo, tais requisitos – ao menos em princípio – não serão reconhecidos pela própria decisão que enfrentou a questão, ao menos não direta e explicitamente. O que deve ser extraível da decisão não é a afirmação de que a resolução da questão fará coisa julgada (seria até estranho que isso ocorresse espontaneamente), mas sim a certeza de que o contraditório foi observado e que a cognição desenvolvida foi suficiente para se reputar indiscutível tal ou qual questão, se e quando surgir em outro processo, no caso, arbitral. Portanto, saber se houve trânsito em julgado de questão prejudicial será tarefa a ser enfrentada em processo subsequente, arbitral ou mesmo estatal¹⁹.

7. Objeto do processo: os fundamentos para a anulação

Como já foi afirmado, a sentença arbitral só está sujeita a controle jurisdicional estatal por vícios que configurem *error in procedendo*, ficando excluídas as hipóteses de controle sobre eventual *error in iudicando*. Além disso, as hipóteses de invalidade devem se restringir àquelas previstas no art. 32 da LArb. Outros fundamentos, inclusive aqueles contidos no art. 966 do CPC, até podem ser invocados, mas desde que isso resulte da vontade expressa das partes, expressa no compromisso ou em eventual outro negócio jurídico processual.

19. Por certo, poderá ser delicado que o juiz estatal interprete a decisão arbitral. Mas, a recíproca também pode ocorrer. Também é possível que um juiz interprete a decisão de outro e que um árbitro interprete a decisão de outro.

O primeiro dos fundamentos possíveis diz respeito à *invalidade da convenção de arbitragem* (LArb, art. 32, I). Não se trata de desconstituir a sentença por vício que lhe seja intrínseco, mas como decorrência da invalidação do negócio jurídico celebrado pelas partes, esse sim o verdadeiro objeto da demanda. Conquanto a lei fale em “nulidade”, essa terminologia deve ser interpretada de forma sistemática, para abranger todos os possíveis fundamentos para desconstituição da convenção, isto é, tanto as hipóteses de *nulidade* (CC, art. 166) quanto as de *anulabilidade* (CC, art. 171), que são espécies do gênero *invalidade*. Não se trata, aqui, de desconsiderar a literalidade do texto legal, mas de assumir que se trata de disciplina jurídica especial. Pensar diferentemente seria, por exemplo, imaginar que a sentença arbitral estaria sujeita à desconstituição para muito além do prazo de noventa dias previsto pelo § 1º do art. 33 da LArb, ou mesmo da oportunidade de impugnação ao cumprimento de sentença (LArb, art. 33, § 3º), tendo em vista os prazos estabelecidos pela lei civil, por exemplo, para a anulação de atos por vícios de consentimento (CC, art. 178)²⁰.

De todo modo, como já foi salientado, o controle da convenção de arbitragem deve, por regra, ser realizado *a posteriori*. Só em situações verdadeiramente excepcionais será possível pretender-se o controle jurisdicional antecipado da convenção, uma vez que o juízo sobre sua validade cabe, antes de tudo, ao órgão arbitral.

O segundo fundamento que autoriza a anulatória – aqui voltada diretamente contra a sentença – consiste na circunstância de que a decisão tenha emanado “de quem não podia ser árbitro” (LArb, art. 32, II)²¹.

A condição de árbitro envolve diferentes aspectos e atributos que convém aqui considerar. A *investidura* é dada pela regular instituição da arbitragem, com a aceitação da nomeação (LArb, art. 19). Além disso, árbitro deve ser imparcial, independentemente de gozar da confiança das partes. Portanto, como usualmente se destaca em doutrina, a isenção do árbitro deve ser observada com rigor ainda maior do que aquele empregado para o juiz estatal. O controle

20. Certo que, no sistema do CPC, há previsão da ação rescisória, em que a pretensão de desconstituição se volta diretamente contra o ato estatal, e da ação anulatória, em que a pretensão se volta contra o ato das partes (transação, por exemplo), em relação ao qual a sentença cumpre apenas uma função homologatória. E, nesse contexto, realmente a ação anulatória pode ter um prazo consideravelmente superior ao da rescisória. Contudo, no sistema da Lei de Arbitragem não há tal distinção, de tal sorte que a lei previu um único instrumento para desconstituição da sentença; ora mediante ataque direto a ela, ora mediante ataque indireto, como no caso tratado no texto.

21. Cf. Cap. 3.

das partes sobre tais atributos ocorre antes e durante o processo arbitral. Aliás, é possível que eventualmente a quebra de algum daqueles atributos só possa mesmo ser detectada ao ensejo da prolação da sentença.

Excetuando-se a questão da investidura²², eventuais vícios relativos aos demais atributos do árbitro não são geradores de *inexistência*, mas de *invalidade* da sentença, que, portanto, é passível de convalidação, se não aforada a demanda em tempo hábil (LARb, art. 33, § 1º). Pelo caráter subsidiário da intervenção estatal, afigura-se indispensável que a alegação do vício tenha sido feita quando da tramitação do processo originário, salvo se a ocorrência ou a ciência do fato foram supervenientes. Embora não haja na lei exigência expressa, o ônus de alegação se impõe não apenas por força do dever de lealdade e boa-fé, mas, como dito, pelo fato de que a intervenção estatal deve ser tida como excepcional e subsidiária.

Desconstituída que seja a decisão, a menos que se pudesse cogitar de superação do vício que inquinava a pessoa do árbitro, será imprescindível que o novo julgamento (ou a retomada do processo arbitral) fique a cargo de novo julgador ou painel, de tal sorte que seja afastado aquele que, por qualquer das razões acima, não tinha isenção.

Tratando-se de órgão arbitral colegiado, a constatação de impedimento de apenas um dos árbitros pode ensejar alguma dificuldade. Por um lado, poder-se-ia sustentar que só caberia anular a sentença se a participação do impedido fosse determinante do resultado, de tal sorte que, sendo irrelevante para o resultado do julgamento, sob o ângulo quantitativo, então, não seria caso de desconstituição. Contudo, parece mais correto entender que o pronunciamento de um só dos árbitros pode alterar ou influir sobre o pensamento de outros, e, não sendo possível saber até que ponto isso poderia ter ocorrido (até porque não é usual a prolação de voto, mas simplesmente a subscrição conjunta da decisão), a anulação deve ocorrer desde que qualquer um deles estivesse de alguma forma impedido, salvo se realmente o entendimento encampado pelo impedido tiver ficado reconhecidamente vencido, porque, nesse caso, realmente fica patente que não houve interferência no resultado.

De todo modo, firmada a premissa de impedimento, nem mesmo a adequada motivação, nem o emprego de fundamentos consistentes e convincentes afasta a invalidação. A atuação desprovida de imparcialidade, independência

22. A ausência de arbitrabilidade da controvérsia não pode ser considerada como um vício relativo à pessoa do árbitro. E, preservada opinião em contrário, esse fundamento não é conducente à inexistência da sentença arbitral, porque o erro se enquadra na hipótese do inciso IV do art. 32 da LArb.

e confiança das partes compromete a validade da sentença, por maior que seja a excelência dos argumentos empregados. Além disso, se um dos árbitros não era isento, é possível que a condução do processo tenha sido também contaminada, ainda que o impedido não seja o presidente. Mas, essa contaminação e o conseqüente prejuízo (nessa situação específica) precisam ficar adequadamente demonstrados.

Também pode a ação anulatória estar fundada na falta de observância dos requisitos previstos pelo art. 26 da LArb (art. 32, III). No contexto da teoria das invalidades, eventual falha no relatório não deve levar à desconstituição da sentença. Para que isso ocorresse, seria preciso demonstrar que a omissão de alguma forma teria prejudicado os demais elementos da sentença. Ainda nesse caso, o vício estaria nestes, e não na falta ou incompletude do relatório. O mesmo, em termos, pode ser dito da eventual falta de data ou ausência de indicação do lugar, requisitos supríveis a partir de outros dados, como a intimação da sentença às partes e a prévia indicação da sede da arbitragem. Tratando-se de invalidade, não se pode desconsiderar a existência e a relevância do prejuízo decorrente da falta de observância de requisito formal.

Já a falta ou insuficiência da motivação é vício grave. Para tanto, é preciso considerar que os árbitros estão obrigados a examinar todas as *questões* (pontos de fato ou de direito controvertidos) suscitadas pelas partes (e as que devam eventualmente conhecer de ofício) e dar-lhes resposta adequada – lembrando-se de que *questão* não se confunde com argumentos utilizados pelas partes. De todo modo, quanto mais completa puder ser a motivação, tanto melhor, atentando-se para a regra inscrita no art. 489, § 1º, I, II e III, do CPC, cuja *ratio*, por positivar e desdobrar regra constitucional, é invocável também na arbitragem²³.

Quanto à falta de dispositivo, a omissão significa ausência de adequada resposta aos pedidos das partes, daí o reforço contido na regra do § 4º do art. 33 da LArb, que reitera a possibilidade de a parte ingressar em juízo para a prolação de sentença complementar – o que não infirma o caráter subsidiário da ação anulatória, tal como anteriormente sustentado. Apenas é preciso considerar que a parte dispositiva nem sempre constará da conclusão da sentença, embora possa ser encontrada – certo que de forma assistemática – no corpo da decisão. O que justifica a invalidação é a efetiva ausência, que, como no

23. Quanto ao novo julgamento, como regra o objeto do processo voltará ao reexame do painel anteriormente constituído. Mas, não se deve descartar, conforme circunstâncias que cerquem o vício relativo à motivação, que seja imprescindível a constituição de novo painel, lembrando-se da necessidade não apenas de imparcialidade e independência, mas também de confiança.

caso da insuficiente motivação, levará à necessidade de novo julgamento para superação dos vícios²⁴.

Também está sujeita à anulação a decisão que extrapolar os limites da convenção de arbitragem (LARb, art. 32, IV). Sendo a arbitragem solução de controvérsia fundada na vontade das partes, é na convenção que os árbitros encontram os limites do encargo que lhes foi atribuído. Qualquer decisão fora daí há de ser reputada inválida, sendo impossível que o Judiciário corrija o erro de julgamento que possa ali se conter. E, tendo a lei qualificado o vício como de invalidade, não há como o tratar como inexistência. E, assim, ainda que o painel julgue fora dos limites da convenção, se não houver impugnação tempestiva, a decisão consolidar-se-á e, como tal, terá que ser observada. É preciso considerar que o árbitro, tanto quanto o magistrado estatal, é considerado juiz de fato e de direito (LARb, art. 18). Da mesma forma que cumpre à parte se opor ao julgamento estatal quando o tema está afeto à arbitragem, o inverso também ocorre²⁵.

Por outro lado, se a decisão extrapolar o objeto do processo (que, naturalmente, deve guardar coerência com os limites da convenção), ela também poderá ser invalidada: quer com fulcro no inciso IV do art. 32 da LARb, quer por violação ao devido processo legal²⁶ (art. 32, VIII), dado que a regra de adstrição tem inspiração na preservação da imparcialidade (que, na arbitragem, desdobra-se em independência e confiança) e no contraditório.

Também pode ser invalidada a sentença resultante de *prevaricação*, *conculsação* ou *corrupção passiva* (LARb, art. 32, VI). Sobre isso, a lei não exigiu a prévia apuração e condenação no âmbito criminal, de tal sorte que a prova dos fatos alegados, a rigor, pode ser feita no processo da própria ação anulatória. Eventualmente, se não ficarem caracterizadas tais alegadas condutas a partir da instrução no processo da ação anulatória, poderá ser caso de se reconhecer ao menos quebra de imparcialidade, da independência ou da confiança e, desde que mantidos os fatos expostos na causa de pedir, será possível, invocando-se o brocardo *iura novit curia*, qualificar-se os fatos segundo o disposto no inciso II do art. 32 da LARb. De todo modo, para que não haja qualquer prejuízo ao contraditório nem se cogite de julgamento fora do objeto do processo, o ideal

24. Vide considerações feitas na nota precedente, potencialmente válidas para a hipótese de falta de julgamento de todo o objeto do processo.

25. E, salvo melhor juízo, não se pode considerar inexistente sentença estatal que, ainda que equivocadamente, tenha se pronunciado sobre tema que estava afeto a solução arbitral. Nesse caso, o vício está no plano da validade, não no da existência.

26. Vide Cap. 4 e 13.

é que o autor apresente o fato sob aquela dupla qualificação, ainda que em caráter subsidiário.

Conquanto os vícios mencionados sejam realmente repugnantes, não se pode falar em inexistência do ato. Isso significa, a senso contrário, que o decurso do prazo sem a propositura dessa demanda deve levar à convalidação do ato. Valem aqui as mesmas considerações feitas a respeito de impedimento, quando se tratar de decisão colegiada e a má conduta for imputada a apenas um dos árbitros.

Outro fundamento para a invalidação é a *superação do prazo previsto para a apresentação da sentença*, conforme regra do art. 32, VII da LArb, que se reporta ao inciso III do art. 12 e este, por seu turno, ao inciso III do art. 11 da mesma lei. Aqui o problema não é apenas o de decurso formal de um prazo, mas a implicação que isso tem sobre a vigência do compromisso arbitral, que, entre outros, extingue-se quando decorrido o lapso em questão. E, como a atuação dos árbitros está respaldada pela convenção de arbitragem, a extinção do compromisso compromete a higidez da sentença. De todo modo, a extinção não se opera de pleno direito e está sujeita à notificação e ao decurso do (novo) prazo, ambos estabelecidos pelo inciso III do art. 12 da LArb.

Finalmente, é causa de invalidade da decisão arbitral a “falta de observância dos princípios estatuidos pelo art. 21, § 2º” (art. 32, VIII). De fato, a exigência do art. 21 está em consonância com o que dispõem os incisos LIV e LV do art. 5º da CF, e a regra sobretudo se dirige aos árbitros. Mas, sob a ótica das partes e do que elas possam livremente convencionar, aquela exigência tem que ser vista em sua devida dimensão: limitações bilaterais e substancialmente isonômicas devem ser admitidas, sendo essencial que se preserve a paridade de armas e a igualdade substancial entre as partes. Naturalmente, seria inconcebível interferir na imparcialidade do árbitro. Mas assim ocorre, porque a equidistância é da essência da solução jurisdicional. Sem terceiro imparcial não haveria autêntico caráter substitutivo e, portanto, haveria um simulacro de decisão por terceiro, quando substancialmente haveria decisão imposta por uma das partes, apenas que com a intermediação de um terceiro ou, ainda, por interposta pessoa²⁷. De forma análoga, seria inviável limitar o contraditório apenas para um dos litigantes.

27. As considerações feitas aqui, que relacionam convenção das partes e devido processo legal, constam, inclusive de forma literal, em trabalho anterior deste autor: Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 20, n.1, jan.-abr. 2018. p. 240-258.

Fora dos casos em que efetivamente haja ofensa ao devido processo legal, prevalece o que as partes tiverem convencionado. Não se afiguraria jurídico ou ético que uma das partes viesse – depois de ter livremente convencionado, mas em razão de resultado desfavorável – queixar-se de suposto vício para o qual não teria atentado no momento próprio, tudo conforme já se teve oportunidade de observar²⁸. Nem colhe a tese de limite às convenções processuais ditado por “direitos fundamentais”, que faria do processo uma espécie de meio indisponível de solução de controvérsias, o que, em última análise, seria a negação de seu caráter instrumental. Se as partes podem transigir no plano material e, nessa medida, até mesmo abrir mão de posições jurídicas de vantagem nessa esfera e se podem fazê-lo sem a necessidade de qualquer processo (portanto, cessários), seria incoerente entender que elas não poderiam voluntariamente transigir com posições emergentes da relação processual.

Por outro lado, o postulado do livre convencimento também precisa ser examinado com um grão de sal. Embora seja forçoso reconhecer que a atuação do árbitro é um limite a ser considerado na celebração de negócios processuais, isso não justifica a assertiva singela de que as partes não podem dispor sobre poderes daquele agente: não se pode confundir a capacidade de impor soluções adjudicadas, de um lado, com uma espécie de prerrogativa absoluta na condução do processo, de outro. A subespécie poder jurisdicional – estatal ou judicial – é desencadeada também pelo exercício de outro, que é o poder de ação. Esse poder impõe sujeição ao Estado e aos árbitros, que devem dar resposta ao reclamo de tutela (para concedê-la ou rejeitá-la). Se isso realmente não significa dizer que o juiz ou o árbitro estariam sujeitos à vontade das partes (o que, de fato, seria um notório e grave equívoco). De outro lado, evidencia que não se pode simplesmente falar no poder do juiz como uma prerrogativa desprovida de teleologia.

Portanto, tanto mais no ambiente da arbitragem, são admissíveis convenções processuais que, sem propriamente afastar o livre convencimento dos árbitros, estabeleçam parâmetros para a decisão. Eventual objeção de que o árbitro é o destinatário da prova não convence²⁹, bastando lembrar os casos de prova antecipada fundada nos incisos II e III do art. 381 do CPC, nos quais

28. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 63-80.

29. Para maior discussão, vide Cap. 6.

o juiz – assim como o árbitro, caso a prova seja colhida nesse âmbito – está inclusive impedido de se pronunciar sobre a ocorrência dos fatos e respectivas consequências jurídicas, conforme § 2º do art. 382 do mesmo diploma – cuja constitucionalidade não consta tenha sido posta em discussão.

8. Interesse de agir

No contexto dos meios de impugnação de decisões jurisdicionais – estatais ou arbitrais –, o que confere interesse processual, de um modo geral, é o julgamento desfavorável e cuja modificação possa levar, por alguma forma, a situação mais favorável do que aquela imposta à parte, tida então por “sucumbente”. Assim também ocorre no tocante à ação anulatória.

Assim, por mais tênue que seja o proveito a ser obtido pela anulação haverá interesse de agir, não cabendo, em nome do caráter excepcional desse remédio, cogitar-se da relevância ou significância da demanda para a ordem jurídica. Caberá ao autor considerar os ônus decorrentes do ajuizamento, de um lado, com os benefícios que possa extrair da procedência da demanda, de outro lado. E caberá ao Judiciário aferir até que ponto existe abuso no exercício do direito de demandar.

É possível que a desconstituição seja pleiteada por ambos litigantes, se verificada a situação de sucumbência recíproca. Em matéria recursal, como cediço, isso se traduz na possibilidade de manifestar recurso adesivo. Tratando-se de ação anulatória – tal como, nesse particular, ocorre na rescisória –, o demandado poderá pleitear a desconstituição por fundamentos próprios, por via reconvenção. Aliás, se não o fizer, da improcedência da demanda não resultará mais do que a integral subsistência da decisão arbitral. Desconstituir capítulo favorável ao autor da ação anulatória equivaleria a uma reforma para pior (*reformatio in pejus*), com violação ao princípio da inércia da jurisdição e eventualmente a outros postulados que integram o devido processo legal.

Em tese, é possível que autor e réu pretendam a desconstituição pelo mesmo fundamento. Nesse caso, na premissa de que efetivamente haja perfeita convergência de vontades, como regra não haverá interesse de agir para a demanda anulatória e a recusa à eficácia da decisão pode resultar do ato das partes. Contudo, será preciso considerar a eventual repercussão que o reconhecimento do vício possa ter em relação a terceiros, inclusive em relação aos árbitros.

Ainda, para que haja interesse de agir, é preciso que a decisão arbitral tenha se tornado imutável, isto é, que os possíveis meios internos de impugnação – se

houver³⁰ – tenham sido esgotados, o que tanto mais se justifica diante do fato de que a intervenção estatal em decisões arbitrais deve ser vista como excepcional³¹.

No caso de julgamento fracionado do objeto do processo (ou mesmo de outros temas que, como visto anteriormente, sejam prejudiciais à instauração e ao desenvolvimento do processo arbitral), isto é, no caso de “sentenças parciais”, é forçoso reconhecer que o interesse processual para sua desconstituição nasce com a preclusão a que tal pronunciamento esteja sujeito no processo arbitral. Então, suposto que o objeto do julgamento parcial tenha autonomia lógica em relação a outros tópicos que devam ser julgados na sequência, é admissível a ação anulatória na pendência da relação processual em que originalmente editada a decisão a desconstituir. A preclusão desta, portanto, não coincide necessariamente com a extinção do processo em que editada. Isso significa dizer que, nascido o interesse, nasce também o ônus de alegação, de cuja falta de observância resultará consumação da decadência, tanto que decorrido o prazo legal³².

Não desprestigia essa assertiva o teor do verbete 401 da súmula da jurisprudência dominante do STJ, quer porque esse entendimento não deve – não ao menos nessa altura – ser tido como óbice à formação gradual da coisa julgada, quer porque, neste particular, não é possível fazer exato paralelismo entre ação anulatória (de decisão arbitral) e ação rescisória.

De outra parte, a imutabilidade decorrente da preclusão – à semelhança do que se passa em relação à exigência de trânsito em julgado como condição para a rescisória – deve, ao menos como regra, ter se consumado antes do aforamento da anulatória. Contudo, caso a demanda venha prematuramente, se não indeferida a petição inicial (pelo reconhecimento da falta de interesse de agir), afigura-se razoável aceitar que o interesse venha a se configurar no curso do processo (quando, então, tenha-se tornado preclusa a decisão por anular), de sorte a serem aproveitados os atos assim já praticados; e, em particular, impedindo-se que se tenha por consumada eventual decadência. Assim, se o interesse surgiu no curso do processo, e desde que isso não represente alteração do seu objeto, admite-se que o mérito seja julgado (o que, repita-se, não exclui o indeferimento do pleito, pelo órgão judicial, desde logo).

30. A experiência mostra que Regulamentos e partes não preveem mecanismos internos de impugnação e, portanto, a referência no texto tende a ficar restrita ao pedido de esclarecimentos.

31. Para intervenções estatais em processos arbitrais, *vide* Cap. 9.

32. *Vide*, contudo, observações anteriores relativas ao objeto da ação anulatória.

Sob ótica diversa, é possível que fatos posteriores à decisão arbitral interfiram no interesse de agir. Toda decisão de mérito, ainda que estabilizada pela preclusão, está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, sua eficácia substancial pode ser modificada ou prejudicada por fatos supervenientes, tais como o adimplemento e eventual transação, por isso haverá eventual falta de interesse para se pretender a anulação da decisão arbitral, ressalvada a possibilidade de discussão do fato ou negócio que prejudicou os efeitos de tal pronunciamento.

Tratando-se de relações jurídicas de trato sucessivo (“continuativas”), a determinação dos limites objetivos – aí ligados aos limites cronológicos – da decisão arbitral depende, de um lado, do objeto do processo, e, de outro, dos elementos da relação jurídica trazida para julgamento no processo. A partir desses dois elementos é que se há de determinar o interesse de agir para a ação anulatória, na consideração de fatos posteriores à decisão arbitral (e respectiva preclusão).

9. Legitimidade ativa e passiva

Definindo-se o objeto do processo, definem-se a legitimidade ativa e a passiva para a ação anulatória. Sob o ângulo ativo, nem todo aquele que figurou como parte no processo arbitral é legitimado a lançar mão da ação anulatória. Se a decisão contiver diferentes capítulos, em relação a diferentes litisconsortes, não tem legitimidade aquele no tocante a quem o pronunciamento tenha sido favorável, o que, de resto, é uma projeção direta do interesse processual, tal como exposto em tópico precedente.

Havendo no processo arbitral situação de litisconsórcio, pode acontecer que esses mesmos litisconsortes ajam em conjunto na anulatória. Suposto que a decisão por desconstituir tenha capítulos diferenciados em relação a (diferentes) litisconsortes, esse litisconsórcio ativo tanto poderá ser *unitário* quanto, eventualmente, *simples*. Mas, se apenas um dos litisconsortes (no processo originário) aforar a ação anulatória contra decisão arbitral que afete os demais integrantes do mesmo polo (que não figuraram como coautores em situação de litisconsórcio ativo na anulatória), todos os demais devem obrigatoriamente integrar a relação processual³³.

33. Que esses litisconsortes (tratando-se de litisconsórcio unitário) devem integrar a relação processual na ação anulatória parece certo: a procedência da demanda levará à desconstituição da decisão e, nessa medida, não haveria como supor pudesse tal desconstituição operar-se em relação a uns e não em relação a outros, o que somente encontra exceção na hipótese em que a sentença seja objetivamente complexa e o pedido de anulação não diga respeito a um dos aludidos sujeitos.

Na premissa de que se trate de litisconsórcio *unitário necessário*, não são aplicáveis expedientes que pudessem levar à extensão subjetiva do quanto foi julgado a quem, embora presente na relação processual originária (arbitragem), não comparecesse à relação processual na anulatória, não sendo caso de substituição processual³⁴. Nem parece possível afirmar, nesse contexto, que o litisconsórcio, sendo unitário, fosse facultativo, a menos que por isso se entenda que o polo ativo não precisa ser necessariamente composto por todos os litisconsortes do processo originário e que eles, não integrando o polo atilitisconsórcio ativo necessário, mas haveria litisconsórcio passivo necessário (abrangendo todos os que participaram do processo, em qualquer dos polos, mas que não figuraram como autores).

Se, de um lado, e a abonar a tese da facultatividade, é certo que não se pode compelir quem quer que seja a demandar (o que parece ficar ainda mais claro tratando-se de pretensão à desconstituição de decisão jurisdicional), por outro lado, também não parece correto simplesmente guindar as pessoas que não ajuizaram a demanda para o polo passivo da relação processual. Com a procedência da anulatória, ficariam os réus (incluindo aqueles que poderiam ter sido autores) vinculados a um resultado que não queriam e que não pediram. Além da questão relativa aos ônus decorrentes do ajuizamento da demanda, é preciso considerar que ao juízo rescindente eventualmente se seguirá o rescisório, a cargo dos árbitros, de que poderá resultar uma situação talvez menos favorável para a parte do que aquela vigente antes do julgamento da anulatória.

Tudo isso leva, portanto, à conclusão de que, quanto ao polo ativo, o litisconsórcio entre aqueles que participaram da relação processual originária, se unitário, é mesmo necessário, considerado no polo ativo, e não simplesmente no polo passivo da ação anulatória. Sendo o litisconsórcio necessário e não sendo possível “adjudicar” quem quer que seja ao polo ativo ou, como visto, ao polo passivo alguém que no ativo deveria figurar, a solução é a de exigir que todos os interessados integrem a demanda, ou deverá ser decretada a carência de ação por ilegitimidade *ad causam* ativa.

Ao contrário do que se passa em matéria de ação rescisória (CPC, art. 967, II), na anulatória não há que se cogitar da legitimidade ativa de terceiros prejudicados. A sentença arbitral só pode produzir efeitos diretos e passíveis de imutabilidade em relação a quem tenha voluntariamente participado do processo – por subscrição ou posterior adesão à convenção de arbitragem.

34. Exceto se dela se puder cogitar, pela lei ou até por negócio jurídico.

Assim, não há interesse e não há legitimidade daquele que tenha permanecido como terceiro.

É certo que a convenção de arbitragem³⁵ não pode se prestar a servir de instrumento para possível fraude, de tal sorte que, eventualmente, será possível estender a eficácia da convenção para quem, embora formalmente seja terceiro, na realidade se confunda com a parte que celebrou o negócio em que inserida a cláusula compromissória. É pensar nos casos de desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50). Contudo, isso deverá ser desde logo levado ao painel, que decidirá sobre a viabilidade da extensão, diante dos requisitos legais (materiais) para tanto. Então, se o terceiro for trazido para dentro da arbitragem, naturalmente ele perderá aquela condição e, portanto, passará a ser legitimado como qualquer das partes seria, diante da decisão arbitral.

Além disso, assumindo que seja admissível a *assistência* no processo arbitral, da mesma forma o terceiro, nesse caso, perde tal qualidade e assume a de *parte*, sujeitando-se à eficácia da decisão e à respectiva imutabilidade, exceto se o contraditório não puder ser exercido em sua plenitude, conforme hipóteses retratadas pelo art. 123 do CPC, cuja *ratio* é aplicável à arbitragem³⁶. Nesse particular, a distinção entre assistência simples e litisconsorcial – que pode ter relevância em se tratando de jurisdição estatal – perde maior sentido na arbitragem, porque, como dito, em qualquer caso a eficácia direta e imutável da sentença arbitral³⁷ está condicionada à voluntária participação do sujeito³⁸. Apesar disso, para além da possível extensão da decisão a terceiros como decorrência do reconhecimento de mecanismos ilegais ou fraudulentos, não se pode descartar completamente análoga extensão por fenômeno de substituição processual (legal ou até mesmo convencional).

Finalmente, a legitimidade passiva há que se pautar pelas considerações feitas para a pertinência subjetiva ativa, especialmente no tocante à repercussão que a natureza do litisconsórcio formado no processo originário tem sobre a relação processual a ser formada na ação anulatória.

35. Cf. Cap. 2.

36. Para aplicação do CPC à arbitragem, vide Cap. 4.

37. Vide Cap. 1.

38. Embora não se descarte que decisões arbitrais – como as jurisdicionais estatais – possam produzir eficácia reflexa perante terceiros. Se essa eficácia reflexa se resolverá em assistência (no processo arbitral) é problema para a situação concreta. O que não é possível é equiparar o terceiro, sujeito a tal eficácia reflexa, a um litisconsorte necessário, e, com isso, inviabilizar a arbitragem, se e quando esse terceiro não tiver participado da convenção.

Mas sobre isso convém acrescentar que, ao menos por regra, os árbitros não são legitimados passivos na ação anulatória. Eventuais tentativas de indevida inclusão desses agentes, como resultado do contexto belicoso da controvérsia entre as partes, devem ser enérgica e sumariamente rechaçadas, sob pena de desprestígio grave do instituto. Nem mesmo quando a demanda se fundar em vício decorrente de ato praticado pelos árbitros (particularmente no caso do art. 32, VI, da LArb), e suposto que a pretensão seja exclusivamente a de desconstituição da decisão arbitral, haverá tal legitimidade passiva na medida em que os árbitros não são os destinatários da eficácia jurídica da desconstituição. Diversamente será se houver pretensão indenizatória dirigida aos árbitros. Mas, nesse caso, será preciso examinar com cuidado se realmente é possível o cúmulo de demandas contra sujeitos diversos, com objetos quando menos parcialmente distintos³⁹.

Contudo, não se deve descartar que, a depender do objeto do processo, possa haver efeitos reflexos sobre a esfera jurídica dos árbitros, o que os autorizaria a ingressar na qualidade de assistentes⁴⁰.

10. Ônus de alegação e limites do julgamento

Por força da inércia da jurisdição e do princípio da demanda, compete ao interessado tomar a iniciativa de pedir a desconstituição da sentença e de estabelecer os limites da pretensão, aos quais fica vinculado o órgão jurisdicional estatal. O que não se contém nesses limites – salvo exceção – sujeitar-se-á à coisa soberanamente julgada, tanto que decorrido o prazo legal, conquanto seja possível se reputar implícito no pedido tudo quanto for dependente do ato cassado, pela aplicação do princípio da causalidade, dentro do sistema que regula as invalidades.

Fora daí não há campo para atuação de ofício. Tratando-se de anulatória parcial, em que se pretenda tão somente a desconstituição de determinado capítulo, ainda que o Judiciário constate que, em relação aos tópicos não impugnados, haveria fundamento para a anulação, não pode agir de ofício. Mas essa avaliação dependerá dos termos em que o autor delimitar o objeto do processo.

39. Embora em tese, cúmulo de tal natureza fosse possível, na situação cogitada, de responsabilidade civil dos árbitros, só se poderia cogitar depois de reconhecida a invalidade da decisão. E não parece legítimo submeter-se o árbitro ao ônus da litispendência gerada pela pretensão anulatória, mesmo a pretexto de que deverá pagar indenização, enquanto se discute a validade do negócio. Em suma, aparentemente, o mais ajustado ao interesse de agir parece ser que primeiramente se reconheça a invalidade, e que só então sejam os árbitros demandados, se pretensão indenizatória houver.

40. Vide situação tratada na nota precedente.

Por outro lado, o pedido de anulação não transfere ao Judiciário todas as questões suscitadas e debatidas pela sentença arbitral. As questões surgidas no processo originário (arbitragem) são irrelevantes, a menos que se liguem aos fundamentos do pedido de anulação, sempre respeitado o objeto do processo, tal como posto pelo autor da anulatória. O que importa são os fatos e os fundamentos que integram a causa de pedir da demanda, tanto mais porque não haverá juízo rescisório (novo julgamento) a cargo do órgão estatal. Nem mesmo a pretexto de que, no processo originário, tal ou qual questão seria de ordem pública, haveria como fugir da causa de pedir posta pelo autor da demanda anulatória. Não há, para fazer paralelismo com o âmbito recursal, efeito “translativo” do aludido pleito.

Tratando-se de uma ação – e não de um recurso –, não há para o interessado o ônus de concentrar na demanda todas as alegações que possam servir de fundamento à anulatória. Dessa forma, havendo tempo hábil para tanto, nada impede que diferentes vícios da sentença sejam objeto de alegação em diferentes demandas, inclusive em impugnação ao cumprimento de sentença, com as ressalvas quanto ao prazo, feitas anteriormente.

Além do ônus de alegação dos fatos constitutivos de sua pretensão, o autor tem o encargo de os provar. A falta de contestação ou mesmo de impugnação específica dos fatos, diferentemente do que tende a se passar em matéria de ação rescisória⁴¹, é apta a gerar a presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor. Mas será preciso considerar os fundamentos de fato em que se lastreia a demanda. E, de qualquer modo, ainda que admitidos os fatos não contestados, será preciso avaliar se efetivamente são aptos a levar à (excepcional) desconstituição da sentença.

11. Bibliografia

- BARBIFILHO, Celso Agrícola. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 749, mar. 1998.
- BONATO, Giovanni. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*. Napoli: Jovene, 2012.
- BONATO, Giovanni. La riforma brasiliana dell'arbitrato. *Rivista dell'Arbitrato*, Milano, ano 27, fasc. 1, 2017.
- DINAMARCO, CÂNDIDO. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

41. Leva-se em conta o maior peso que a vontade – e, portanto, a conduta – das partes tem no âmbito da arbitragem.

- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Arbitragem nos contratos com o Estado: direito brasileiro e comparado. *Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*, Belo Horizonte, 2003.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusula escalonada, mediação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffré, 1997.
- MARTINS, Pedro Antônio Batista. As três fases da arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, set. 2006.
- PINTO, José Emílio Nunes. O mecanismo multi-etapas de solução de controvérsias. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/6024/o-mecanismo-multi-etapas-de-solucao-de-controversias>]. Acesso em: 29.06.2018.
- RICCI, Edoardo. Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem. *Revista de processo*, São Paulo, v. 93, 1999.
- SALLES, Carlos Alberto de Salles. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros. *Revista de Direito Bancário*, São Paulo, n. 14, out.-dez. 2001.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, jan.-abr. 2018.