

5.2 Ação

Segundo uma conceituação que se pode dizer clássica, “ação é o poder de exigir o exercício da atividade jurisdicional. Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce mediante um complexo suceder de atos inerentes ao processo”.²⁸⁸ Sem prejuízo do detalhamento que será feito nos parágrafos subsequentes, observa-se, já a partir desta definição, a sua plena aplicabilidade à arbitragem. Além de se inserir na noção de Jurisdição, também a ação se dá e se faz presente no processo arbitral.

O conceito teórico da ação foi longamente debatido, desde os momentos iniciais do surgimento da ciência do direito processual. Em termos históricos, por muito tempo não se distinguia a ação e o direito material que por ela era veiculado. Entendia-se que se tratava de manifestações do mesmo fenômeno, sendo a ação, uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação.²⁸⁹ Essa perspectiva passou a ser superada a partir dos debates já referidos, inicialmente entre autores alemães, acerca da existência de duas relações jurídicas distintas. Uma, de direito material, com seus sujeitos, elementos, pressupostos. Outra, separada e independente, que tem natureza processual, também com seus próprios sujeitos, elementos e pressupostos. Tais noções foram desenvolvidas de forma relevante pela doutrina italiana do início do século XX, sobretudo com as contribuições de Giuseppe Chiovenda.²⁹⁰

No Brasil, o debate também foi travado e constituiu um aspecto relevante da denominada fase autonomista do direito processual, momento histórico do desenvolvimento desta ciência, marcado pelo estudo (exacerbado) de seus institutos específicos, com um enfoque interno, sem preocupações com a relação do direito processual com os ramos do direito material aos quais o processo serve.²⁹¹ Exemplo

288. DINAMARCO, BADARÓ, LOPES. *Teoria geral do processo*, cit., p. 309.

289. Na obra *Teoria Geral do Processo*, desde suas primeiras edições, os autores destacavam que tal conceito reinou incontestado, através de várias conceituações, as quais sempre resultavam em três consequências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito. Foi a teoria de Savigny seguida, no Brasil, por João Monteiro, *Teoria geral do processo*, cit., p. 309.

290. CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1960. v. I, p. 20-22.

291. Marcelo Barbi Gonçalves observa que as inquirições a respeito da natureza jurídica da ação eram, do ponto de vista prático, irrelevantes: ser a ação autônoma ou imanente ao direito subjetivo, abstrata ou concreta, dirigida contra o Estado, o juízo ou o réu, são discussões teóricas que não possuem repercussão na entrega do bem da vida devido, GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 351.

típico dessa perspectiva equivocada se observava no artigo 75 do Código Civil de 1916, vigente até 2001, que prescrevia que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

Em termos teóricos, afora este debate sobre a ação constituir ou não um direito autônomo, debateu-se também, longamente, se a ação, não obstante autônoma, consistia em um direito concreto, necessariamente atrelado à existência do direito material,²⁹² ou se constituía um direito abstrato, que se exercita independentemente da titularidade de algum direito material por parte do autor da demanda. A evolução destes debates conduziu a ciência processual brasileira, com marcante influência da doutrina italiana e, em específico, de Enrico Tullio Liebman,²⁹³ a acolher a denominada teoria eclética do direito de ação. Eclética porque, ao mesmo tempo que exclui em absoluto a ideia de que só tem o direito de ação quem é titular do direito material, de outro lado não acolhe uma ideia de um direito completamente desprovido de requisitos, porque esta também não reflete a realidade do modo de exercício do direito de ação.

Há uma gradação, uma escalada. A parte pode exercitar o direito de ação e submeter sua pretensão ao Poder Judiciário.²⁹⁴ Ao fazê-lo, rompe a inércia da jurisdição, exercita seu direito de ação e faz surgir o processo. No Brasil, este direito tem conotação muito ampla, pois consagrado na Constituição Federal, artigo 5º, XXXV. De fato, se é garantida a inafastabilidade da tutela jurisdicional, se ela se

292. Ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 20-22, com referências à teoria de Adolf Wach da ação como direito concreto à tutela jurídica, detido por quem tem razão. Também, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milano: Giufrè, 1992. v. I, p. 139-144.

293. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 139-144.

294. Na obra *Teoria Geral do Processo*, os autores afirmam que “(...) o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. Sendo a ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito”. Em outro trecho, os autores explicam a aplicação desta ideia também ao processo penal, porque “se o Estado não pode auto-executar a sua pretensão punitiva, deverá fazê-lo dirigindo-se a seus juízes, postulando a atuação da vontade concreta da lei para a possível satisfação daquela. O direito de pedir o provimento jurisdicional nada mais é senão a própria ação. Assim como a proibição da autodefesa criou o direito de ação para os particulares (*facultas exigendi*), a proibição da auto-executoriedade do direito de punir fez nascer o direito de agir para o Estado (*Teoria Geral do Processo*, cit., p. 312 e 318).

exercita mediante o direito de ação, é evidente que este direito assume feição constitutiva, do que decorre não apenas um conjunto de direitos (e medidas concretas por parte do Estado) relacionados ao acesso, ao ingresso, como também um olhar sobre a efetividade desta tutela jurisdicional, pela oferta de diferentes meios e técnicas processuais.²⁹⁵ Neste contexto, também a oferta de meios extrajudiciais de solução de conflitos pode ser entendida como uma forma de o Estado dar cumprimento a esta garantia constitucional.

Contudo, não obstante essa amplitude, exige-se, ainda assim, que a ação atenda a requisitos mínimos e, acaso inobservados, a consequência será a rejeição da ação, a extinção do processo sem que se realizem outros atos processuais e, sobretudo, sem que o órgão jurisdicional profira decisão acerca do mérito da controvérsia. A doutrina se refere a uma escalada de situações, sendo este o patamar mínimo. Porque mesmo quando a ação é rejeitada liminarmente, pelo não atendimento de seus requisitos mínimos, ainda assim houve ação, que obriga o órgão jurisdicional a dar uma resposta, a proferir uma decisão de absolvição da instância, de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Mas se certos requisitos são preenchidos, a resposta do órgão jurisdicional será relacionada ao mérito da controvérsia, para definir qual dos litigantes é titular do direito material em disputa. A sentença de mérito só pode chegar a ser proferida em ações que preencham certos requisitos, que a doutrina denomina condições da ação, divididas em legitimidade das partes e interesse processual. Estes elementos se ligam ao mérito da controvérsia, constituem categorias intermediárias entre a ação – aqui entendida como o direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional – e o mérito.

Há ação quando ela é extinta sem resolução de mérito, antes ou depois da convocação da parte requerida a participar, e também quando o mérito é examinado, seja para rejeitar a pretensão do requerente, seja para acolhê-la (total ou parcialmente). Porque a ação tem, necessariamente, estes elementos que constituem seus requisitos, disso decorre que o exame quanto ao modo de exercício da ação se divide, necessariamente, em duas etapas. Há uma etapa relacionada à admissibilidade do manejo da ação, à qual se somam atividades de exame dos pressupostos

295. Para Dinamarco, Badaró e Lopes, “a garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz – tudo através daquilo que se denomina tradicionalmente devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). Daí resulta que o direito de ação não é extremamente genérico, como muitos o configuram” (*Teoria Geral do Processo*, cit., p. 271).

de desenvolvimento válido e regular do processo (ver item 6.4, *infra*). E superado esse juízo de admissibilidade, se poderá passar ao exame do mérito das demandas.

No que diz respeito especificamente às condições da ação, cuida-se de conceitos teóricos, que podem sofrer influências de regras positivas, mas que não dependem de alguma previsão legal para que se considerem existentes.²⁹⁶ Integram a essência da própria noção teórica da ação, e como tal, exigirão sempre do julgador a análise do atendimento a estes mesmos requisitos, como etapa necessária da análise em direção ao mérito da controvérsia.²⁹⁷⁻²⁹⁸

Todo este conjunto de conceitos processuais têm plena aplicação ao processo arbitral. Também na arbitragem há o exercício da ação, que igualmente se constitui um direito público de exigir a prestação jurisdicional sobre um dado direito material. A pretensão não é exercida em face do Estado, não nos termos em que a expressão é usualmente adotada pela doutrina processual.²⁹⁹ Mas esta noção, que foi construída e pensada sob a perspectiva do monopólio da jurisdição estatal, pode

296. No processo penal, Gustavo Badaró destaca que o art. 395 do CPP não define o que seria “a condição para o exercício da ação penal”, tendo a doutrina sumarizado que “a denúncia ou a queixa deve ser rejeitada se (1) não descrever um fato aparentemente típico, (2) ou se já estiver extinta a punibilidade, (3) ou se quem a ofertar não tiver legitimidade para tanto, ou (4) não houver prova da existência do crime imputado e indícios de autoria da prática delitiva”. BADARÓ, Gustavo Henrique. As condições da ação penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 425.

297. Nelson Nery Jr. observa, acertadamente, ser irrelevante que o CPC/15 deixou de ser referir às expressões *condições da ação* e *carência da ação*, pois “porque categorias jurídicas teóricas prescindem da lei para serem consideradas”. Elas permanecem existindo, fruto da construção doutrinária, que não é, evidentemente, revogada por modificações legais, “de sorte que o CPC/2015, por não mais repetir as expressões condições da ação e carência da ação, não revogou a teoria geral do direito processual civil, que trata e considera as duas figuras”. (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 75).

298. Em termos mais estritamente processuais, no âmbito da doutrina que se dedica ao processo estatal, há um ulterior debate, acerca do momento que deve ser aferido o atendimento às condições da ação. Em estudo anterior, me filiei à teoria da asserção, que considera que as condições da ação devem ser verificadas a partir da declaração contida na petição inicial. A investigação ulterior sobre estes elementos integra o mérito da controvérsia, não sendo correto entender o sistema processual estatal como autorizador de que, mesmo em estágio avançado do procedimento, inclusive após a instrução probatória, se possa extinguir o processo sem resolução do mérito, pelo reconhecimento da falta de alguma condição da ação. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*, cit., p. 76-80.

299. Leonardo Greco define a ação como “o direito subjetivo público, autônomo e abstrato de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre determinada demanda de direito material”. (GRECO, Leonardo. *A Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 9-14).

ser lida de tal forma que o Estado, mesmo quando não assegura o exercício do direito de ação por meio dos seus órgãos, pode assegurá-lo pela previsão e regulamentação da atividade arbitral. Cuida-se de um ajuste terminológico, mas em essência, este mesmo direito é exercitado pelo requerente de uma ação arbitral. O direito de provocar uma atividade jurisdicional que não é realizada diretamente pelo Poder Judiciário, mas que é autorizada e normatizada pelo Estado, e que se realiza diretamente perante instituições privadas, no caso das arbitragens institucionais, e pessoas que desempenham as funções jurisdicionais de árbitros.³⁰⁰

A ação arbitral igualmente se exercita mediante o atendimento de certas condições, as quais, acaso inexistentes, igualmente ensejam uma resposta do órgão jurisdicional no sentido da inadmissibilidade da ação. Há, portanto, um duplo exame, uma escala. Primeiro se averiguam os requisitos do manejo adequado da ação, juntamente com os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, para depois se passar ao exame do mérito da controvérsia. A ação que se exercita pela via arbitral adota, portanto, a mesma base estrutural, os mesmos fundamentos que as demais manifestações do processo. Também aqui há coincidência dos fenômenos, dos mecanismos para o seu enfrentamento, da tipologia das decisões que encerram estes incidentes.

Trata-se, igualmente, de um direito autônomo, exercitado sem correlação direta com a titularidade dos direitos materiais em discussão, mas que se exercita igualmente mediante o atendimento de certas condições. E se as condições da ação são, inequivocamente, uma ponte entre a ação e o mérito, porque são aferidas a partir dos elementos concretos do caso, esta circunstância se faz ainda mais nítida no caso da arbitragem. A legitimidade, por exemplo, caracteriza-se pela pertinência subjetiva das partes do processo com a relação material subjacente, e necessariamente se afere à luz das alegações de mérito feitas pelo autor da demanda. Assim, em uma relação contratual, as partes do contrato serão os legitimados para discutir as obrigações dele decorrentes, ou para a demanda que vise à rescisão ou revisão do contrato. Na dissolução do vínculo conjugal, serão os cônjuges os legitimados ativos e passivos. Na ação penal, o Estado incluirá no polo passivo a pessoa a quem se imputam a prática do(s) crime(s). Em termos processuais, a legitimidade é tida por ordinária – quando o próprio titular do direito material é a parte da relação processual – ou extraordinária, que se aplica em relação a certas relações jurídicas,

300. FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 17: “não há nenhuma dúvida de que também na arbitragem o jurisdicionado exercita o direito de ação”, que não é dirigido contra o Estado, mas é dirigido aos árbitros, a quem a própria lei, “complementada posterior e concretamente pela vontade das partes”, atribuiu o poder de julgar o mérito do conflito.

nas quais se admite que substitutos processuais atuem em nome próprio, representando direitos alheios, de que é exemplo mais característico o Ministério Público.³⁰¹

No caso de relações jurídicas em que se tenha convencionado arbitragem, a legitimidade das partes se vincula, de modo muito direto, à celebração da convenção de arbitragem. Porque sendo um mecanismo opcional, dependente de consentimento, e se referindo, ordinariamente, às relações de índole contratual, é no contrato que se afere a pertinência subjetiva das partes para a correspondente disputa. A esta noção deve-se agregar a consideração de que a convenção de arbitragem constitui negócio jurídico próprio, que não obstante se refira a alguma relação jurídica material, tem seus requisitos de existência, validade e eficácia verificados autonomamente.

Assim, para se aferir a legitimidade das partes do processo arbitral, será sempre necessário recorrer à convenção de arbitragem, examiná-la, para se determinar se as partes com ela consentiram, de forma expressa ou tácita. A falta de legitimidade das partes no processo arbitral conduzirá, assim como ocorre no processo estatal, à extinção do processo sem resolução do mérito.³⁰² Não obstante, não há previsões legais específicas na Lei de Arbitragem acerca da ação, dos seus elementos, condições ou das consequências do desatendimento a estes parâmetros.

Há, de outro lado, dispositivos na Lei de Arbitragem que atribuem aos árbitros a competência para examinar questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (art. 20). O eventual reconhecimento de que estas condições não estão presentes resultará na extinção do processo arbitral por falta de jurisdição dos árbitros, o que pode se dar, inclusive, por problemas relacionados às condições da ação arbitral.

Os problemas de ausência de jurisdição dos árbitros podem dizer respeito à totalidade dos litigantes, ou a parte deles. Porque a arbitrabilidade se afere nos planos subjetivo e objetivo, pode ser que a ação não reúna condições de prosseguir porque às partes falta esta pertinência subjetiva com o litígio, ou porque a matéria objeto do processo não foi contemplada na convenção de arbitragem que está na base da demanda proposta.

No aspecto subjetivo, pode ocorrer – e não raro estes temas são concretamente debatidos – que a disputa verse sobre um conjunto de contratos, firmados entre diferentes partes, sendo debatido se todos se vinculam à convenção de arbitragem. Isso se dá também em relação a grupos de sociedades, quando a discussão

301. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In: Antonio Carlos Marcato (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2022. p. 33.

302. PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*, cit., p. 159-160.

se centra na vinculação de outras pessoas jurídicas, em função da sua eventual participação na celebração ou execução do contrato. Se há múltiplas partes da relação jurídica material, mas apenas parte delas manifestou intenção de submeter litígios à arbitragem, a solução dependerá da natureza do litisconsórcio a ser formado, que por sua vez dependerá do tipo de pretensão a ser deduzida.

Não há dúvidas quanto à aplicabilidade, ao processo arbitral, do litisconsórcio, que igualmente se classifica em unitário ou não unitário, necessário ou facultativo. Este tema, não obstante sua regulação no âmbito do processo, deriva diretamente do direito material, no qual relações são estabelecidas com múltiplos sujeitos. Dessa forma, independentemente das omissões na Lei de Arbitragem, aplicam-se ao processo arbitral as regras (de processo, não de procedimento) relativas à necessidade de integração do contraditório necessário.³⁰³ Dessa forma, nos casos de litisconsórcio necessário, o litígio somente poderá ser submetido à arbitragem se todos os litisconsortes manifestarem consenso. Caso contrário, a convenção de arbitragem não poderá produzir seus efeitos, devendo o árbitro “encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem. Proferirá sentença terminativa na esfera arbitral, para que a lide possa ser resolvida pelo Poder Judiciário”.³⁰⁴

Ainda a propósito da ação, há dois comentários adicionais que devem ser feitos neste tópico específico, acerca dos conceitos de litispendência e conexão.

Primeiro, quanto à noção teórica de litispendência. Como visto, pela via arbitral também se exercita a ação. Se assim é, é necessário também reconhecer que a ação arbitral também é classificada e examinada à luz dos seus elementos, que são as partes, a causa de pedir e o pedido. Para diversas finalidades, é necessário classificar e identificar as ações, o que se faz pela verificação destes seus elementos. A correta identificação da ação tem finalidades internas ao processo, sobretudo no que diz respeito à estabilização da demanda, à determinação dos seus limites e, em consequência, da resposta que o órgão jurisdicional é obrigado a dar (que não pode deixar de examinar qualquer das pretensões formuladas e,

303. GRINOVER, Ada Pellegrini, observa que devem figurar no processo *todos os que são titulares de um mesmo direito subjetivo ou de uma só obrigação*, sendo a obrigatoriedade do litisconsórcio definida não pelo direito processual, *mas pelo direito material em debate*, que determina os titulares e os possíveis afetados pela sentença. “É a estrutura interna da relação jurídica – um estado jurídico único – formada pela ligação entre várias pessoas, que torna, senão impossível, ao menos ilegítima a formação de um processo em que apenas uma ou algumas delas estejam presentes” (Parecer – Arbitragem e Litisconsórcio Necessário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 10, 2006. p. 23).

304. GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer – Arbitragem e Litisconsórcio Necessário, cit., p. 32.

ao mesmo tempo, não pode extrapolar o âmbito destas mesmas pretensões, tal qual trazidas pelas partes). E tem finalidades externas, para prevenir a repetição de demandas, durante ou após a sua tramitação e, se for o caso, para determinar a reunião destas mesmas demandas.

Como em todos os aspectos que permeiam a arbitragem, os fenômenos processuais se repetem, mas as soluções específicas do processo arbitral podem ser (muito) diferentes daquelas propostas para o processo estatal. O capítulo cinco será dedicado ao exame mais aprofundado de diversos institutos processuais, para reafirmar sua base comum e o pertencimento do processo arbitral à teoria geral do processo, e ao mesmo tempo para esclarecer as diferenças no tratamento de várias destas questões. Porque a aproximação dos conceitos, categorias e estruturas processuais não impõe um tratamento idêntico, ou a importação de todas as regras do processo estatal para a arbitragem. Como ramo próprio, o processo arbitral compartilha a estrutura fundamental, mas responde diferentemente a muitas situações específicas. Os processos possuem contornos parecidos, mas dentro das respectivas molduras, cada um observa peculiaridades próprias.

Neste capítulo, em que se pretende, por assim dizer, a releitura das categorias fundamentais da Teoria Geral do Processo, à luz da inserção do processo arbitral nela, são destacados alguns destes aspectos, sob uma perspectiva mais geral. Aqui, importa afirmar o compartilhamento da estrutura fundamental, e no que diz respeito à Ação, isso significa que há ação na arbitragem, que ela deve ser compreendida à luz dos seus elementos, que deve ser exercitada mediante o preenchimento de certos requisitos (ou condições), e que a repetição total ou parcial da ação enseja os fenômenos da litispendência, da conexão de causas. Significa também que, acaso julgado o mérito da controvérsia, a repetição da mesma ação – por via arbitral ou judicial – será obstada pelo fenômeno da coisa julgada. Pode haver particularidades no exame destas situações, mas é inequívoco que se está sempre a falar das mesmas categorias teóricas, da mesma estrutura, da mesma espinha dorsal.

O tema da litispendência pode acarretar uma circunstância particular quando envolve o processo arbitral, porque pode ocorrer litispendência entre a jurisdição arbitral e a estatal, nas hipóteses em que uma parte inicia um processo arbitral e, paralelamente, a outra parte submete questão correlata à jurisdição estatal.³⁰⁵ A técnica do processo estatal para lidar com processos paralelos parte de premissas

305. NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem e demandas paralelas: a visão do árbitro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 343-362, 345-349.

próprias, que incluem a ideia da unidade da Jurisdição, ainda que subdivida em órgãos, tribunais, juízos diferentes. Mas se a litispendência envolve uma outra espécie de jurisdição, os problemas devem ser resolvidos de outra forma, mediante o emprego de outras técnicas.

Se o juízo estatal, mediante alegação da parte, reconhece a existência da convenção de arbitragem, a solução legal será a de extinguir o processo proposto perante a jurisdição estatal, sem resolução do mérito (CPC, art. 485, VII). Não há o aproveitamento de atos processuais, não há remessa ao órgão competente.³⁰⁶ O processo proposto perante o Poder Judiciário deve ser extinto, sem prestar a tutela jurisdicional completa, porque inexistente a jurisdição estatal para aquela disputa em concreto. A jurisdição arbitral prevalecerá, sendo por ela processada e julgada a demanda.

De outro lado, se as duas demandas são admitidas pelas respectivas jurisdições,³⁰⁷ sob uma perspectiva estritamente teórica, o resultado deveria ser o de se admitir essa tramitação em paralelo, ainda que esta solução contenha, em si, não poucos inconvenientes. Por razões sistemáticas, mas com elevada dose de pragmatismo, a solução que os diversos sistemas jurídicos adotam é a de proteger a jurisdição arbitral de interferências das Cortes estatais. O Brasil, seguindo neste particular o parâmetro adotado internacionalmente, encampou em sua legislação um conjunto de princípios e regras que visam reduzir ao máximo o risco de interferências, que podem ser resumidas em três pilares básicos: (i) a carga de eficácia da convenção de arbitragem, não suscetível de resilição unilateral, que produz efeitos de vincular às partes à solução arbitral e proibir que juízes togados examinem aquele mesma controvérsia, (ii) a prioridade cronológica dos árbitros no exame das questões relacionadas à admissibilidade do processo arbitral, o que inclui o exame das questões sobre existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e (iii)

306. Esta solução, aliás, é adotada mesmo no âmbito de dois processos submetidos à jurisdição estatal. Refiro-me aos processos perante os Juizados Especiais, que não são remetidos à justiça comum, mas igualmente extintos, conforme Lei 9.099/95, art. 51.

307. O Código de Processo Civil impõe ao juiz estatal a extinção do processo sem resolução de mérito, seja quando a parte alega e o juiz acolhe a exceção de convenção de arbitragem (artigo 485, VII, parte inicial), seja quando os próprios árbitros reconhecem a sua jurisdição (artigo 485, VII, parte final). Há aqui uma previsão de que, ainda que o juiz não tenha examinado a preliminar de existência de convenção de arbitragem, ele deverá extinguir a demanda ao ser comunicado de que os árbitros, enfrentando o tema da arbitrabilidade da controvérsia, tenham decidido no sentido de possuírem jurisdição para a disputa. Os árbitros não podem determinar aos juízes que extingam processos judiciais, mas a solução que decorre desta parte final do artigo 485, VII é tal que, para dizer o mínimo, convida o juiz a extinguir o processo, baseado na decisão tomada pelos árbitros.

o controle do processo arbitral que ocorre apenas depois da tramitação do processo arbitral, controle que se exercita em relação à sentença arbitral, mediante a predisposição de uma demanda judicial específica, para a desconstituição os efeitos da sentença arbitral.

É certo que a Convenção de Nova Iorque contém disposição que autoriza o Poder Judiciário a examinar, excepcionalmente, a controvérsia sobre a qual haja uma convenção de arbitragem, nas hipóteses de evidente nulidade da convenção de arbitragem. Mas para além de uma admissibilidade absolutamente excepcional desta válvula de escape, a previsão está contida em norma sobre o reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, o que torna no mínimo discutível que esta mesma solução possa ser adotada no âmbito de arbitragens internas (ou domésticas).³⁰⁸ Assim, ao se examinar o arcabouço normativo aplicável às arbitragens internas, observa-se que a única solução proposta pelo legislador é a de instar o juiz estatal a recusar o exame da demanda, permitindo o desenvolvimento do processo arbitral, o qual será objeto de controle por meio de ação anulatória.

E se as duas demandas correrem paralelamente, a questão que daí decorre dirá respeito ao conflito jurídico de julgados, situação que o ordenamento processual civil procura evitar, mas reconhece como uma realidade possível. E nestes casos, a solução que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, e que me parece correta, é a de prevalência da coisa julgada que se forma posteriormente.³⁰⁹

As considerações acima feitas são estritamente teóricas, porque no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça adotou uma solução de compromisso, com nítido viés pragmático, que foi a de admitir Conflito de Competência entre órgãos arbitrais e judiciais, e (mais recentemente) até mesmo entre tribunais arbitrais distintos,³¹⁰

308. Esse tema se relaciona muito diretamente com o das medidas antiarbitragem. A esse respeito, ver NUNES, Thiago Marinho, A prática das *anti-suit injunctions* no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 5, p. 15-51, 2005. SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. O papel do juiz no fortalecimento da arbitragem: efeito negativo da competência-competência v. anti-suit injunctions. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 60, p. 44-58, 2018.

309. Conforme julgados mencionados na nota 3 ao artigo 503, em NEGRÃO, Theotônio et. Al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 53. ed. São Paulo: SairaivaJur, 2022. p. 580. Na doutrina, TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 155. Em sentido contrário, defendendo a prevalência da primeira coisa julgada, ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1262. Também, DINAMARCO. Coisas julgadas conflitantes. *Memórias de um Processualista*, cit., p. 113.

310. STJ, 2ª Seção, CC n. 185.702, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 17.03.2022.

perante o próprio STJ.³¹¹ Aplicando, por analogia, as regras acerca do Conflito de Competência entre órgãos de Justiças diferentes, o STJ atribuiu para si a competência de decidir quais dos órgãos deve processar a demanda.

Ocorre que esta solução é tecnicamente imprópria, porque atribui aos órgãos arbitrais uma natureza que não possuem, porquanto adota uma solução pensada para a estrutura dos órgãos do Poder Judiciário para um órgão jurisdicional privado, que em nenhuma circunstância pode ser considerado como integrante da estrutura do Estado. Na realidade, a admissibilidade de Conflitos de Competência entre processos arbitrais e judiciais decorre de uma má compreensão da própria noção de jurisdição privada.

Ainda que seja uma solução desejada pelo Estado, regulamentada por lei federal, que corresponda a uma oferta de serviços jurisdicionais adicionais, que compartilhe da mesma estrutura conceitual fundamental que as demais manifestações de processo, fato é que o processo arbitral se desenvolve fora do âmbito do Estado, de modo que não devem ser a ele aplicáveis os mecanismos exclusivos de controle da atividade jurisdicional estatal, de que são exemplos o Conflito de Competência, o Mandado de Segurança ou a Reclamação. Aliás, vale o registro de que a possibilidade de escapar às Cortes judiciais constitui, precipuamente, uma das vantagens e um dos objetivos da arbitragem, portanto, um dos limites para a comunicação entre as regras processuais aplicáveis a um e outro ramo.

O segundo comentário que merece ser feito diz respeito à conexão. Trata-se de outro conceito teórico, pertencente à teoria geral do processo, que se aplica às suas diferentes ramificações, ainda que com nuances. No âmbito da arbitragem, há dois planos que podem ser examinados. O primeiro, mais relacionado ao processo arbitral propriamente dito, que diz respeito ao próprio conceito. O segundo, pertinente ao procedimento a ser adotado em caso de identificação da conexão entre duas causas.

Em termos conceituais, a conexão se estabelece quando há elementos em comum entre duas causas distintas. As demandas não são idênticas, mas compar-

311. STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência nº 111.230, rel.^a Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2013; STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência nº 146.939, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23.11.2016; STJ, 1ª Seção, Conflito de Competência nº 139.519, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.10.2017. Reconhece o STJ que: “esta conclusão decorre do reconhecimento de que o Tribunal Arbitral, a despeito de não compor organicamente o Poder Judiciário, deve ser compreendido na expressão “quaisquer tribunais” a que a norma constitucional em questão (art. 105, I, d, CF) se refere, sobretudo, porque, tal como o Judiciário, resolve o conflito de interesses em definitivo, com aplicação da ordem jurídica” (STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência nº 185.702, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 04.03.2022).

tilham de um ou mais elementos, que conduzem a uma certa sobreposição entre as causas. O conceito lógico-jurídico aqui aplicável é o de que a conexão representa a parcial identidade entre elementos de duas ações diferentes. No sistema processual brasileiro, este conceito foi positivado, tornando-se um conceito jurídico-positivo,³¹² pelo qual reputam-se conexas duas causas quando lhes são comuns a causa de pedir ou o pedido (CPC, art. 54). A identidade das partes, isoladamente, não constitui fator que caracteriza a conexão, no ordenamento brasileiro.

A necessidade de classificar e identificar os elementos de uma demanda e, a partir deles, identificar causas conexas, tem sua razão de ser na conveniência de se promover a reunião de causas para julgamento conjunto, o que, por sua vez, é um imperativo de eficiência e economia processual. Toda solução jurisdicional de conflitos deve atender a estes postulados, inclusive na arbitragem. Ainda que seja um processo das partes, que tenha origem contratual e tenha por finalidade, de forma mais nítida, a solução do caso concreto para as partes envolvidas – sem uma preocupação sistêmica com a administração da Justiça – a eficiência e a economia são valores que devem ser perseguidos também no âmbito da jurisdição arbitral, porque, Jurisdição que é, tem os mesmos escopos e atende a propósitos semelhantes. Ao se enfatizar a justiça do caso concreto e a satisfação das partes contratantes da arbitragem, o objetivo de eficiência e economia ficam até mais nítidos, porque não faz sentido que as partes escolham este método extrajudicial com objetivos de obter uma decisão pior, mais demorada ou mais custosa.

Assim é que, conceitualmente, também na arbitragem tem aplicação a ideia de conexão e o objetivo mais geral de que, idealmente, causas com elementos em comum serão mais bem julgadas se forem reunidas. Ocorre que a solução para esta situação decorre do procedimento a ser fixado, e no caso particular da arbitragem, é também condicionada à questão do consentimento das partes em se submeter à via arbitral.

Se causas conexas envolvem partes diferentes, sendo que apenas algumas delas estão vinculadas à convenção de arbitragem, não é possível a reunião das causas. Porque as partes vinculadas à convenção de arbitragem não podem renunciar a ela, isoladamente, apenas porque é mais conveniente demandar perante tribunais estatais, mirando a conexão de causas. Em contrapartida, partes não signa-

312. Como já visto, a classificação dos conceitos aplicáveis ao processo em lógico-jurídicos e jurídico-positivos é adotada por Fredie Didier, como forma de distinguir os elementos puramente teóricos, que integram verdadeiramente a Teoria Geral do Processo, daqueles conceitos que são positivados e que representam escolhas do legislador, mas que não necessariamente integram a natureza dos respectivos institutos jurídicos. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*, cit., p. 37-38.

tárias não podem ser obrigadas a litigar em arbitragem. Assim, o resultado dessa equação será que as causas não serão reunidas, correrão em separado e podem receber julgamentos contraditórios. Para contornar essa dificuldade, tendo em vista a prejudicialidade que se estabelece entre as causas, os árbitros podem determinar a suspensão do procedimento, à espera da decisão da causa prejudicial.³¹³

O mesmo resultado decorrerá das situações em que as duas causas conexas tenham convenções de arbitragem perante instituições arbitrais diferentes. Na falta de acordo para modificar o conteúdo de uma das convenções, não será possível impor a reunião das demandas perante uma das instituições eleitas.³¹⁴

O cenário se modifica se as convenções de arbitragem apontam a mesma instituição como a administradora dos processos e submete ambas as disputas ao mesmo regulamento, porque, a depender da instituição, a solução procedimental pode ser dada no âmbito do Regulamento.³¹⁵ No Brasil, instituições arbitrais como o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá CAM-CCBC e a Câmara do Mercado e a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo – FIESP/CIESP contém disposições sobre conexão. Também a Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI – possui disposição semelhante. No âmbito destas instituições, as causas poderão ser reunidas.³¹⁶

313. Parente admite a incidência do conceito processual da prejudicialidade e observa que, entre uma demanda judicial e uma arbitral, não pode ser aplicada uma regra de conexão. Por isso é preciso definir qual juízo deve aguardar a decisão do outro, sendo que o árbitro deve interpretar restritivamente pedidos de suspensão do processo arbitral, para evitar litispendências criadas para impedir seu *munus*. PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*, cit., p. 194.

314. Octávio Fragata de Barros observa que, nesta hipótese, o problema se agrava, porque nos dois processos a autoridade arbitral foi conferida pelas partes. Se há alguma ambiguidade que permite uma dupla instauração, não é claro quem deva ter precedência sobre o outro. BARROS, Octávio Fragata de. Litispendência arbitral. Concorrência de julgadores na arbitragem internacional: O Brasil e a “litispendência arbitral”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 15, 2007. p. 23-24.

315. Gaillard reconhece a aplicabilidade da exceção de litispendência, caso se admita a primeira representação da arbitragem, que identifica a jurisdição arbitral como integrada ao país da sede. Mas ressalva que, sob a perspectivas das duas outras possíveis representações da arbitragem (multilocalizadora e de uma ordem jurídica autônoma), entende que então não haverá lugar para uma exceção de litispendência. GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*, cit., p. 78. Essa circunstância se dá igualmente em caso de existência de litígios perante jurisdições estatais diferentes, porque segundo o modelo processual brasileiro, a existência de uma demanda estrangeira não induz litispendência com demanda promovida perante o Judiciário brasileiro, cf. CPC, art. 24.

316. Regulamento CAM-CCBC de 01.11.2022, artigo 19. Regulamento da Câmara de Mercado de 26/10/2011, artigo 6.2 e seguintes. Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem de

A conexão é, assim, um conceito processual, um elemento que se pode dizer inerente à própria ideia do processo jurisdicional. Mas seus contornos específicos são fixados pela lei processual geral, que serão aplicáveis ao processo arbitral em virtude da identidade das estruturas fundamentais dos respectivos processos. Não se quer com isso dizer que não possa haver combinações diversas, fruto da autonomia da vontade das partes. Ao menos em tese, seria possível que uma convenção de arbitragem vedasse a conexão de causas, mesmo diante da existência de elementos comuns. As partes têm liberdade para estruturar seu processo de modo diferente, porque o ideário de julgamentos eficientes e que evitem contradição entre as decisões não é absoluto, mesmo no processo estatal. No arbitral, as partes poderiam regular a conexão de forma diferente.

Mas se não o fazem – e efetivamente esse tema não é objeto das convenções de arbitragem, como regra – as noções teóricas da conexão terão aplicação ao processo arbitral.

5.3 Defesa

A doutrina processual brasileira considera a defesa como uma categoria com relevância equiparada à ação, o seu contraponto exato, que deve merecer, portanto, mesmo tratamento sistemático. Afirma-se, com razão, que exceto pela iniciativa de romper a inércia da jurisdição, não há diferenças relevantes entre as posições assumidas pelos diferentes polos de uma relação jurídica processual.³¹⁷

Adicionalmente, no Brasil a ampla defesa tem status constitucional, juntamente com a garantia do contraditório.³¹⁸ Essa previsão reforça a ideia de que não pode haver algum tipo de predomínio ou favorecimento ao autor/requerente. As-

São Paulo, FIESP/CIESP, de 01.08.2013, artigo 4.1. Regulamento da Câmara de Comércio Internacional CCI de 01/2021, art. 10.

317. DINAMARCO, BADARÓ e LOPES. *Teoria geral do processo*, cit., p. 334. Em outro trecho, afirmam que defesa é a faculdade de resistir à pretensão do autor, com a mesma relevância que a ação (p. 70).

318. Tratando em termos mais gerais sobre a ampla defesa, Leonardo Greco pontua: “as partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir toda as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à autodefesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações” (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 06.06.2022.

segura-se a igualdade entre os litigantes, com idênticas oportunidades de influir no convencimento do julgador.³¹⁹

Não obstante o que se disse acima, se no plano mais geral, observado o ordenamento como um todo, a defesa representa um direito fundamental dos litigantes, em termos concretos, ela se constitui um ônus para o requerido, que pode optar por comparecer e apresentar resposta, ou se omitir.³²⁰ Essa é uma construção dogmática necessária, porque se a tutela jurisdicional não pode ser negada a quem rompe a inércia da Jurisdição, seria um contrassenso tornar esta mesma tutela dependente de alguma reação ou da efetiva participação do réu. O que se assegura ao réu é a oportunidade de responder aos termos de uma demanda, inclusive apresentando pleitos reconventionais, mas daí não decorre nem um dever de apresentar estas respostas, nem um direito que, não exercitado, impeça o desenvolvimento do processo e a prolação da decisão.³²¹

Se em relação à Ação foi dito que ela constitui um direito público subjetivo, que o requerente exercita para compelir o Estado, direta ou indiretamente, a examinar o mérito de uma pretensão, a defesa deve ser entendida como um direito

319. Ensina Heitor Sica que “tanto a ação quando a defesa são meios para atingimento de um fim, que é a tutela jurisdicional, perseguida por autor e réu com oportunidades praticamente iguais”, constituindo a defesa em ferramenta para atuação do Estado, com intuito de pacificação social e de afirmação do direito objetivo” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 443).

320. Leonardo Greco igualmente observa que a defesa do réu é um direito, que corresponde a um dever do juiz, de assegurá-la da forma mais ampla possível. É um direito e um ônus. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, cit.

321. SILVA, Paula Costa e. O processo e as situações jurídicas processuais. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, p. 771: “Também ainda numa primeira aproximação, detecta-se imediatamente uma distinção entre, por um lado, as faculdades e os ônus, e, por outro, os deveres processuais. Enquanto aqueles se apresentam como efêmeros, estes impendem sobre os sujeitos adjectivos ao longo de todo o processo. As faculdades e os ônus processuais têm existência breve no processo, constituem-se num dado momento, para imediatamente se extinguirem. E extinguem-se ou decorrido o prazo para a prática do acto adjectivo que legitimam ou praticado o acto que legitimam. Isto significa que estes dois tipos de situações, caso se possam autonomizar, têm uma função muito específica no processo. Elas são constituídas para permitirem o desenvolvimento de actividades conexas com a produção de um resultado final. Uma vez desenvolvida essa actividade ou ultrapassado o prazo a ela destinado, tais situações extinguem-se. São situações a cuja constituição preside uma finalidade específica dentro do processo”.

público subjetivo de se opor à ação, com igualdade de oportunidades.³²² Mas assim como ocorre em relação à ação, a defesa, ou resposta, também exige o atendimento de certos requisitos. Não são propriamente condições, nem são as mesmas condições da ação, mas requisitos de outra ordem. O primeiro deles, o de ser apresentada no prazo estabelecido pelo órgão jurisdicional. No caso do processo estatal, civil, penal, trabalhista etc., esses prazos são fixados na própria lei. No caso do processo arbitral, também este aspecto do procedimento (o tempo do ato processual) é deixado à livre determinação das partes ou, omissas estas, ao critério dos árbitros. Em termos práticos, em geral estes prazos são fixados (em dias corridos, não úteis) consensualmente, no Termo de Arbitragem. Mas antes de ser firmado, nas arbitragens institucionais, os regulamentos fixarão prazo para as primeiras manifestações, tais como a de responder à instauração da arbitragem, recolher as custas iniciais e designar árbitro.

Ao se abordar o tema da resposta do requerido, alguns aspectos merecem comentários. Em primeiro lugar, a importância de se realizar adequadamente o ato de convocação do requerido acerca dos termos da demanda, para que possa, querendo, apresentar resposta. Seja qual for a modalidade de processo, a convocação adequada do requerido é um tema crucial do processo, necessária para a triangularização da relação processual, que constitui um requisito de existência do processo, relativamente ao réu. Não por acaso, a doutrina sustenta a possibilidade de manejo de *querella nulitatis* pelo réu, para declarar a inexistência de sentença proferida em relação processual da qual não fez parte. No plano normativo brasileiro, a falta ou nulidade da citação é causa que autoriza a apresentação de impugnação ao cumprimento da sentença, constituindo um vício relativo à fase de conhecimento que não é absorvido pela coisa julgada.³²³

No processo arbitral, o tema possui importância equivalente, ainda que, em termos procedimentais, as coisas se passem de modo muito diferente. Porque a parte requerida não é propriamente citada, afinal a arbitragem é instaurada pela apresentação de um requerimento inicial que, em regra, ainda não corresponde propriamente a uma petição inicial. A parte requerente indica o resumo do conflito, antecipa o que pretende com a instituição da arbitragem, mas a especificação da demanda ocorrerá somente em momento posterior. A este respeito, remete-se para o capítulo cinco do livro. Neste momento, importa apenas ressaltar que, na

322. DINAMARCO, BADARÓ E LOPES dizem que o réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais, a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado, a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor. *Teoria Geral do Processo*, p. 331.

323. A respeito, ver APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*, p. 93-94.

arbitragem, dispensam-se em geral maiores formalidades para o ato citatório, mira-se mais na substância, que consiste em assegurar que a parte contrária tenha efetiva notícia da instauração da arbitragem.³²⁴ Não obstante a relevante diferença procedimental que possa haver, no processo arbitral é igualmente necessário que a parte requerida tenha plena ciência da demanda que lhe é proposta, e plena oportunidade de a ela se opor.

A defesa, garantia constitucional que se aplica a todo e qualquer processo, se manifesta concretamente segundo diversos parâmetros, que se extraem do modelo processual brasileiro, e que em geral são positivados nas normas do Código de Processo Civil. A conformação exata do direito à defesa e os parâmetros que se observam no processo arbitral são objeto de item próprio no capítulo cinco. Da mesma forma, diretamente conectado ao tema da defesa, tem-se os institutos processuais da revelia e da preclusão, igualmente desenvolvidos no capítulo cinco.

Ainda neste tópico, um rápido comentário deve ser feito quanto à preclusão, entendida como a perda da faculdade de prática de certos atos no processo, seja pelo decurso do seu prazo, seja pelo esgotamento da oportunidade para praticá-lo.³²⁵ Ainda que modelos procedimentais não rígidos, ou largamente flexíveis, como é o caso típico do processo arbitral, não adotem regras procedimentais específicas de preclusões rígidas, o tema em si sempre é observado, o instituto da preclusão – como conceito processual geral – é aplicável também ao processo arbitral.³²⁶

Afora as hipóteses que a própria Lei de Arbitragem contempla, como a de suscitar questões relativas à competência, suspeição ou impedimento dos árbitros, a preclusão é uma decorrência do modelo processual brasileiro. Poder-se-ia admitir, em tese, uma convenção de arbitragem em que as partes autorizassem a apresentação da demanda em etapas, a apresentação de argumentos de resposta ao longo de todo o procedimento, ou outras variações de um modelo livre de preclusões, mas não é possível excluir totalmente a preclusão, porque a tutela jurisdicional deve ser

324. Como observa Gabrielle Kaufmann-Kohler, no panorama da arbitragem internacional as coisas se colocam em patamares semelhantes. Decisões judiciais examinadas pela autora indicam que se busca aferir se o réu teve efetiva ciência da existência do processo, não se eventuais formalidades quanto ao ato citatório foram observadas. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitration procedure: identifying and applying the law governing the arbitration procedure. In: van den Berg, Albert Jan. *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. The Hague, Kluwer Law International, 1999. p. 356-365, p. 363.

325. ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 20ª. Ed., p. 727-728.

326. Sobre sistemas procedimentais rígidos e flexíveis, ver GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo, Atlas, 2008.

prestada em algum momento, respeitado o contraditório, o que impõe o encerramento da apresentação de submissões e argumentos, de forma a permitir a prolação da decisão. E se esta cogitação é meramente teórica, o que se observa em termos práticos é praticamente a antítese desta ideia, porque as partes costumam organizar procedimento mais rígido, com a fase postulatória claramente demarcada, momento próprio para estabilização da demanda etc.

Uma decorrência desta ideia de preclusão é a de que a resposta do requerido deve conter todos os argumentos em contraposição aos fundamentos da ação, aplicando-se ao processo arbitral a regra da concentração dos atos da defesa, bem como o ônus de impugnação específica dos fatos alegados pelo requerente.³²⁷

A esta conclusão se chega também em atenção a postulados de eficiência e celeridade, porque o objeto da prova, em processos jurisdicionais, deve recair sobre as alegações de fato sobre as quais pairam dúvidas acerca da sua ocorrência. Não há fundamento racional, sob a perspectiva de um método jurisdicional de resolução de conflitos, para investigar fatos sobre os quais não haja dúvidas razoáveis acerca da sua ocorrência.

Por isso é que as noções processuais de ônus de impugnação específica e de exclusão de fatos incontroversos do objeto da prova são plenamente aplicáveis ao processo arbitral, como decorrência da sua própria natureza jurisdicional e da incidência do princípio da economia e razoável duração do processo.³²⁸

Também como decorrência lógica, é possível igualmente aplicar a ideia da revelia ao processo arbitral.³²⁹ Não no sentido que lhe emprega a própria Lei de

327. Guilherme Setoguti Pereira também é da opinião de que no processo arbitral o réu tem o ônus de responder, e que o tratamento do réu que não apresenta defesa deve ser o mesmo que é dado ao réu no processo estatal, suportando os efeitos da sua inércia, que serão o de se presumir verdadeiras as alegações feitas pelo autor. PEREIRA, Guilherme Setoguti, *Curso de Arbitragem*, p. 187.

328. O que significa que o requerido não pode apresentar uma contestação por negativa geral, limitando-se a afirmar genericamente que os fatos alegados não são verdadeiros. “O ônus de impugnação específica exige que o réu, além de manifestar-se precisamente sobre cada um dos fatos, expresse fundamentação em suas alegações, ou seja, cumpra ao réu dizer como os fatos ocorreram e porque nega os fatos apresentados pelo autor”. WAMBIER, Luis Rodrigues. TAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2, 19ª. Edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 147.

329. Guilherme Setoguti Pereira reconhece a incidência da revelia no processo arbitral, bem assim a aplicação das exceções à presunção de veracidade dos fatos, contidas no artigo 345 do CPC. Sustenta, igualmente, que o requerido revel pode participar do processo a qualquer momento, recebendo-o no estado em que se encontra (CPC, art. 346), por força do contraditório e devido processo legal. PEREIRA, Guilherme Setoguti, *Curso de Arbitragem*, p. 188.

Arbitragem, no artigo 22, §3º, mas em seu sentido técnico, processualmente adequado, correspondente à ausência de resposta do requerido. Como já dito (capítulo 1, item 2.7), a LARB adota a noção de contumácia para assegurar que o processo arbitral seja processado e receba julgamento, mesmo diante da ausência absoluta de qualquer das partes. Isso se dá para impedir que a mera recusa de uma delas em participar impeça a prolação da sentença.

Mas em termos técnicos, o fenômeno da revelia consiste na não apresentação de defesa por parte do requerido. Nestes casos, a consequência processual deve ser a de presunção (relativa) de veracidade dos fatos alegados pelo requerente, em virtude da ausência de impugnação específica a estes mesmos fatos. A defesa é uma conduta eventual do requerido, que quando não manifestada, faz surgir a revelia e, no mais das vezes, os efeitos previstos na legislação processual. Como será visto no capítulo cinco, reconhecer que da revelia decorre a presunção de veracidade dos fatos não impugnados não corresponde ao imediato julgamento da causa nem ao acolhimento do pedido do autor.

Em suma, por força da sua previsão constitucional e da sua semelhança ontológica em relação à ação, a defesa igualmente integra as categorias fundamentais da Teoria Geral do Processo, sendo os seus conceitos teóricos e parâmetros gerais igualmente aplicáveis no processo arbitral, não obstante o silêncio da legislação especial a respeito. Das normas processuais gerais extrai-se todo o arcabouço das suas regras processuais, a sua estrutura fundamental, como por exemplo a sua função no sistema processual, sua tipologia, estrutura, o rol de matérias preliminares que por ela podem ser suscitadas, o dever de o julgador examiná-las em caráter antecedente, relativamente ao mérito.

Exceto se de outro modo convencionado pelas partes, à defesa no processo arbitral aplicam-se igualmente as noções de ônus de impugnação específica, de concentração da defesa em um único ato, de preclusão (temporal, lógica e consumativa).

Não se cogita a aplicação, de outro lado, de disposições que versam sobre aspectos do procedimento de apresentação da defesa em sede judicial, como por exemplo, a possibilidade de indicação do réu legítimo e sua substituição no polo passivo (CPC, art. 338 e 339), a invocação de preliminares de competência relativa, capazes de determinar a remessa a outro juízo (por evidente incompatibilidade com o processo arbitral).

5.4 *Processo*

Não obstante não seja mais o núcleo central dos estudos da Teoria Geral do Processo, justamente por sua natureza instrumental, é inegável a importância que

o processo tem na construção das bases teóricas da ciência processual. Como já dito, é justamente quando se identifica a autonomia da relação que os litigantes estabelecem quando em conflito, que passa a ser possível a construção de inúmeros conceitos teóricos, amplamente aplicáveis e aplicados até hoje.

Há diferentes teorias acerca do processo, objeto de relevantes estudos por parte da doutrina. Em suas concepções originais, elas foram desenvolvidas como contrapontos umas às outras, como típica manifestação da fase autonomista do processo. Assim, Fazzalari desenvolveu sua hipótese de o processo como uma espécie do gênero procedimento, no qual há a participação dos interessados na formação do provimento final, como forma de negar a teoria do processo como relação jurídica, que para Fazzalari, correspondia a um empréstimo impróprio de noções advindas do direito privado.³³⁰

Mas o desenvolvimento da ciência processual permitiu constatar que tais definições não necessariamente se excluem, servem, antes, como complementares. As críticas feitas até hoje dizem respeito, na verdade, a uma questão de gradação, de intensidade. A proposição de qualificar o processo como um procedimento que se desenvolve em contraditório não chega propriamente a excluir aquela da relação jurídica, mas apenas enfatiza outros aspectos do fenômeno.³³¹ O mesmo quando se define o processo como uma situação complexa, ou como um feixe de situações, noções que devem ser tidas como igualmente verdadeiras, mas nem por isso precisam ser compreendidas como uma negação à ideia de uma relação jurídica processual.³³²⁻³³³

330. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Padua, Cedam, 1975, p. 5-6; p. 23-24.

331. Contra, entendendo que as correntes se excluem, porque o processo como relação jurídica, pressupõe uma predominância da figura do juiz (com o que não concordo), que não é compatível com a vertente garantística da concepção de Fazzalari. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria Geral do Processo*, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 239-244.

332. Para um panorama dessas correntes teóricas, ver ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume I: parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

333. SILVA, Paula Costa e. O Processo e as situações jurídicas processuais. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 769-808.

Para Fredie Didier, o procedimento é um ato-complexo de formação sucessiva, no qual vários atos o compõem, relacionados entre si, que se sucedem no tempo. Diz que o processo é, inegavelmente, procedimento, mas um procedimento animado pela existência de uma relação jurídica que se desenvolve em contraditório. DIDIER JR., Fredie. O juízo de admissibilidade

Para os fins deste estudo, acolho e adoto a ideia do processo como uma relação jurídica, complexa, pela qual seus sujeitos assumem diferentes posições, ativas e passivas, compostas essencialmente de ônus, direitos, deveres, poderes e faculdades. Esta relação, que sem qualquer dúvida deve se desenvolver em contraditório, coloca estes sujeitos em permanente interação, porque seus atos são estruturados em uma sequência ordenada – o procedimento – de modo que a prática de um ato por um dos seus sujeitos faz surgir ônus, poderes, deveres ou faculdades para os demais, em uma concatenação de atos que é concebida em um sentido constante em direção ao julgamento da causa.³³⁴ Relação jurídica que é, ela tem seus sujeitos, seu objeto e seu objetivo, que não se confundem com a relação de direito material que se encontra na base daquele processo,³³⁵ nem se exaure na noção de procedimento em contraditório.³³⁶

Nesta mesma linha, Leonardo Greco define processo “uma relação jurídica complexa e dinâmica, composta de uma série de atos coordenados, praticados pelos diversos sujeitos processuais em decorrência da multiplicidade de vínculos que os une no seu curso, através dos quais se prepara e se exerce a função jurisdic-

na teoria geral do direito. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 292-293.

334. A crítica de Carlos Alberto de Salles à concepção original do processo como relação jurídica se baseia na premissa de que a conceituação pandectista do processo como relação jurídica processual exclui o procedimento como integrante da própria definição de processo, observando que o processo, como relação jurídica, não faria sentido sem o procedimento, de forma que o autor afirma que “é possível, porém, ter procedimento sem processo, mas não o contrário”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Processo: procedimento dotado de normatividade – Uma proposta de unificação conceitual*, cit., p. 208. Penso que tais críticas podem ser consideradas Processo: Procedimento Dotado de Normatividade as superadas à luz de uma moderna visão do processo como relação jurídica, mas que se desenvolve em contraditório e se corporifica pelo procedimento. O problema de enfatizar o processo apenas como o procedimento desenvolvido em contraditório é que esta noção falha em explicar todo o feixe de posições ativas e passivas que se desenvolve por meio do processo.

335. Fredie Didier adere às posições da doutrina que se dedicou ao estudo da Teoria Geral do Processo, ponderando que o processo, como relação jurídica, tem sempre um objeto, mas que não necessariamente ele será constituído de uma lide, como se dá, por exemplo, no processo penal, ou em certas ações civis, como a demanda para retificação de nome. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*, cit., p. 106.

336. YARSHELL, Flávio Luiz. O processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos: novas perspectivas para o direito processual? In: DINAMARCO, Cândido da Silva; CARMONA, Carlos Alberto; YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério; DINAMARCO, Pedro da Silva (coord.). *Estudos em Homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros (coedição), 2022. p. 419.