

SISTEMA DE NULIDADES DO PROCESSO ARBITRAL À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

ANNULMENTS SYSTEM OF THE ARBITRATION PROCEEDINGS TO LIGHT SYSTEM OF LEGAL SECURITY

*Paulo Henrique Silva Godoy**

*Cristiano Aparecido Quinaia***

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a ampliação do acesso à justiça, ocorreu o fenômeno da expansão da litigiosidade, para o qual a estrutura do Poder Judiciário tem se reinventando visando atender ao contingente de processos. Somado a isso, a sociedade brasileira tem se inserido cada vez mais no cenário empresarial e econômico, sendo território de fixação de grandes corporações multinacionais. Nesse contexto, a Arbitragem ganhou destaque como forma extrajudicial de solução de conflitos em razão da segurança e celeridade que confere às grandes negociações e empresas. Com o presente, será analisado o universo da teoria das nulidades aplicadas ao processo de arbitragem, com a leitura do sistema original trazido pela Lei n. 9.307/96 e suas recentes alterações com a Lei n. 13.129/2015, de forma a apresentar uma interpretação em harmonia com a garantia de segurança jurídica nas relações sociais.

Palavras-chave: Processo; Arbitragem; Nulidades.

ABSTRACT

With the advent of the Federal Constitution of 1988 and the expansion of access to justice, was the expansion of litigation phenomenon, for which the structure of the judiciary has been reinventing itself to meet

* Procurador do Estado. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Atualmente é docente da Faculdade de Direito de Bauru, mantida pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. phgodoy@uol.com.br.

** Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor convidado de curso de pós-graduação lato sensu. cquinaia@gmail.com.

the quota process. Added to this, the Brazilian society has increasingly inserted in the business and economic environments and territory fixation of large multinational corporations. In this context, arbitration has gained prominence as an extrajudicial form of dispute resolution for reasons of safety and speed that gives the major negotiations and businesses. With this, it will be analyzed the universe of the theory of nonentities applied to the arbitration process, with the reading of the original system brought by Law n. 9.307/96 and its recent amendments to the Law n. 13.129/2015, in order to present an interpretation in keeping with the legal guarantee of security in social relations.

Keywords: Process. Arbitration; Nullities.

INTRODUÇÃO

O Processo de Arbitragem ocupa local de destaque entre as iniciativas de solução de conflitos do núcleo de corporações da moderna sociedade capitalista. Desde o início da linha evolutiva do processo, com a utilização da arbitragem facultativa, aparece como mecanismo histórico que cada vez mais ganha maior espaço.

Na década de 1990, o Poder Judiciário experimentou a explosão dos litígios oriundos do exercício dos direitos sociais fundamentais e as discussões oriundas dos planos econômicos implantados no primeiro governo presidencial sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Em soma, o sistema judiciário, sobretudo dos Países em desenvolvimento – como é o caso brasileiro – não atingiu o nível de eficiência, segurança e confiança que se espera para o investimento e iniciativa privada.

Sobrevive o ranço da ausência de tecnicidade e de uniformidade na interpretação do direito posto que conduzam a um risco-país desmotivador para a implantação de fusões, incorporações e operações com as multinacionais.

Ao lado disso cada vez mais se expande a Arbitragem com seu arrojado procedimento capaz de se amoldar à preferência das partes quanto ao sistema de instrução e forma de julgamento – se por equidade ou de direito – incluindo-se entre as vantagens a possibilidade de eleição de profissionais *experts* em cada área do conhecimento a fim de que a decisão seja aceitável por ambos.

Para se ter ideia, em pesquisa realizada pelo Ipea – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, de 1999 a 2005 o número de processos arbitrais processados aumentou de dois mil para dezoito mil.¹

Como sistema que exerce a jurisdição, a capacidade de dizer o direito ao caso, não pode olvidar das garantias e princípios vinculados à cláusula do devido

¹ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1139:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em: 06/10/2016.

processo legal, como do contraditório e da ampla defesa, que têm aplicabilidade a todo e qualquer processo judicial, ou não.

Em suma, também o procedimento e processo arbitral se sujeitam ao regime constitucional da jurisdição, vinculando, ainda que na esfera privada, os arbitralistas ao catálogo de garantias mínimas aos cidadãos.

A imparcialidade do árbitro (não corrupto) e a validade de sua sentença (ou laudo arbitral como querem alguns) dependem da obediência ao sistema geral de validades do processo, que se diferencia do sistema de invalidades do direito civil.

Fixadas tais premissas, o presente estudo é endereçado com o foco de delimitar e conciliar as nulidades da sentença arbitral com o sistema de nulidades do processo, de sorte a contemplar a harmonia da teoria do Direito Processual Constitucional.

O ENQUADRAMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL COMO ATO PROCESSUAL

A Fenomenologia ocupa local de destaque na Ciência Jurídica, seja para a análise puramente normativa-descritiva do positivismo, seja na busca pelo realismo da teoria egológica cossiana sob o enfoque sociológico da conduta.

Aos adeptos da funcionalidade do sistema positivista, a norma é um fato juridicizado com validade vinculada a uma norma pressuposta. Já para o programa desenvolvido por Carlos Cossio, a conduta ocupa local central na análise do lícito-ilícito, focada na liberdade humana, e a normatividade em segundo plano.

Como a denominação sugere no egologismo (o “eu” central) o direito se ocupa da liberdade da conduta humana, não da análise singela de sua ilicitude e desta conotação normativa. Na lição do mestre argentino:²

Para la teoría egológica, en cambio, la norma no es el objeto, sino la significación o concepto expresado por el texto. Y el objeto que a ella corresponde es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, de modo que en el Derecho, al igual que en cualquier ciencia de realidades, hay una intuición sensible que capta precisamente el objeto; porque la conducta humana es un hecho perceptible como tal.

Em qualquer caso, portanto, a Ciência Jurídica se ocupará do estudo e enquadramento de fenômenos humanos em sociedade, em sua mais complexa gama e infinidade quanto permita a evolução.

² COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico del libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, 202.

Se a função do Direito é a ordenação da vida intersubjetiva de forma a coordenar a fluência da liberdade e da competição social, todos os fenômenos que de alguma forma impliquem na relação entre as pessoas será de interesse científico, conforme anota Maria Helena Diniz:³

O direito como objeto cultural deve ser compreendido, uma vez que os objetos culturais, que implicam sempre um valor, não se explicam nem por suas causas, nem por seus efeitos, mas se compreendem. Compreender é revelar o sentido, e isso só se obtém através do método empírico-dialético, dirigido a lograr uma investigação entendedor e não meramente explicativa.

Os fenômenos produzidos interessam à Ciência Jurídica, desde que impliquem no desfazimento, criação ou modificação de direitos. Os fatos são assim denominados “os acontecimentos que interessam ao ordenamento jurídico, sendo regulamentados por este, e principalmente associados a consequências jurídicas”⁴

Se forem atos do homem os fatos podem ser classificados como comissivos (ação) e omissivos. Já aqueles que ocorrem independentemente de sua vontade ou intervenção são denominados fatos jurídicos em sentido estrito.

Quando um ato é praticado pelo homem com vistas a declarar sua vontade, produzir efeito em relação a terceiros, violar a ordem jurídica, fala-se em ato jurídico, “nesse sentido, o ato jurídico é uma subcategoria dos fatos jurídicos, já que exclui os fatos jurídicos em sentido estrito, isto é, os ocorrentes sem manifestação de ação humana”.⁵

Paralelo ao regulamento das relações jurídicas, diante do monopólio jurisdicional, desde a emancipação científica proposta por Oskar Von Büllow restou esclarecido aos operadores do Direito a existência de outra faceta, extraída a partir da relação que se verifica quando há violação, ameaça ou exercício de direito sem a conjugação da vontade alheia.

Nesses casos, forma-se o processo com direitos e deveres específicos que nascem com a triangularização da relação dos jurisdicionados (autor e réu) e o Estado-juiz:

Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda

³ *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135.

⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2010, p. 230.

⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 232.

evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.⁶

Fala-se assim em Direito Processual e Direito Material, e em relação jurídico-material e relação jurídico-processual. As duas ciências possuem regras, conceitos, princípios e finalidades próprias.

O processo em si é uma figura teleológica, abstrativizadamente representado com o instrumento da jurisdição a serviço da proteção à ameaça e lesão de direito (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). É o modo pelo qual a Constituição organiza e legitima o exercício da força e a concessão da tutela de natureza jurisdicional.

O que ocorre na prática na vida das pessoas é a concretização do processo através de procedimentos legalmente traçados, que asseguram a participação antitética na produção da norma individual, mediante a ocorrência de fatos e a prática de atos, de acordo com a lição de Dinamarco, Grinover e Cintra:

Ora, a passagem de uma para outra dessas posições jurídicas (caráter progressivo da relação processual) é ocasionada por eventos que têm, perante o direito, a eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídico processuais. Esses eventos recebem o nome genérico de fatos processuais. São fatos processuais os fenômenos que dispensam integração dos sujeitos processuais, e são atos aqueles praticados com o fim modificar, criar ou extinguir deveres ou obrigações na relação pública-processual.⁷

Mas, apesar da similitude, os atos processuais distinguem-se dos atos e fatos materiais. Para Cândido Rangel Dinamarco, inexistente a categoria de negócio jurídico-processual, pois, embora a parte pratique voluntariamente o ato, o efeito produzido independe de sua vontade.⁸ Quando a parte pratica ou deixa de praticar um ato processual há apenas uma manifestação de vontade, para se desincumbir ou assumir o ônus de sua omissão.

Em todas as formas de resolução de conflito que se realizam por meio do processo, é aplicável a teoria dos atos e das nulidades processuais, distintamente da teoria dos fatos da Lei Civil.

O procedimento previsto na lei deve ser respeitado como garantia de que as pessoas possam exercer sua defesa, possam deduzir suas alegações e provas, com uma previsibilidade da sucessão dos atos. É a velha regra de se proibir tribunais de exceção.

Assim o é na Arbitragem, mecanismo modernamente adaptado do velho instituto romano de arbitragem facultativa e obrigatória que, afora a finalidade

⁶ BULOW, Oskar Von. *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1964, p. 2.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 355.

⁸ *Teoria geral do processo*, p. 356.

de extrajudicializar a solução de conflitos de interesse, em nada se assemelha ao procedimento que se fazia perante o Pretor.

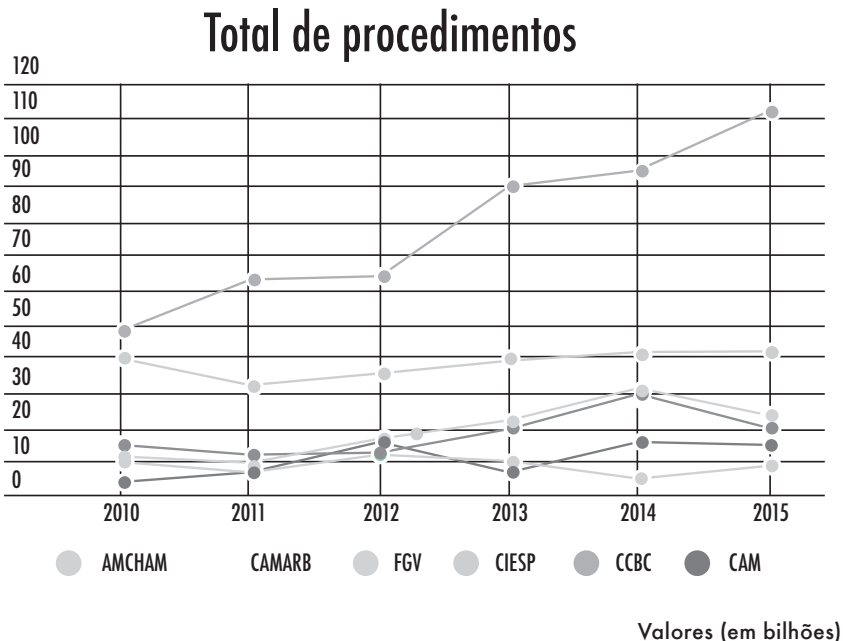
Remotamente antes do surgimento da jurisdição podiam as partes livremente eleger o sacerdote resolver o caso, ou, já no século V no direito romano arcaico o procedimento se dividia perante o pretor e perante o juiz.

Em se tratando de matéria privada, de interesses e direitos disponíveis, sempre se possibilitou que as partes se valessem de mecanismos autônomos de composição, extrajudiciais e sem a participação do Estado.

Regulada no Brasil pela Lei n. 9.307/96 – LA – a Arbitragem é tema de polêmica entre *processualistas* e *arbitralistas*, dos mais renomados praxistas e teóricos, diante da importância do instituto para o direito pátrio e frente ao cenário internacional.

Hoje se opera a arbitragem comercial, internacional, societária, e até fazendária em questões envolvendo construção civil com o Poder Público, tudo produzido graças ao arsenal prático trazido pela novel legislação.

De acordo com pesquisa apresentada por Selma Lemes no trabalho intitulado “Arbitragem em Números e Valores”, nos últimos seis anos subiu em 73% o número de casos de arbitragem no Brasil, conforme é possível aferir pelo gráfico⁹ apresentado:



⁹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa>>. Acesso em: 06/10/2016.

A importância do tema, portanto, é fundamental, sobretudo, no período de crise econômica enfrentada no qual a arbitragem se apresenta como mecanismo para solução equitativa do desgaste causado às empresas.

Por muito tempo se discutia a natureza dessa arbitragem. Havia aqueles que jamais lhe conferiam o caráter jurisdicional, entendendo que esta capacidade se reservava ao Estado-juiz, enquanto para outros não se trataria de mero acordo, mas, de verdadeira sentença que se obteria por meio do processo arbitral.

Se o escopo jurídico da jurisdição é resolver tecnicamente os conflitos e seu escopo político, é pacificar as pessoas, afigura-se correto atribuir o caráter jurisdicional à arbitragem, desde já, pensando em sua eficácia resolutive com traço de definitividade que conferiu à sentença arbitral o legislador (LA, art. 18).

Não integrar o sistema judiciário não significa dizer que não detém jurisdição. É como entende Carlos Alberto Carmona¹⁰ e, sobre o tema, giza Dinamarco:¹¹

Na medida em que o árbitro exerce atividades pacificadoras em processo de natureza cognitiva, essas atividades são jurisdicionais. Em sua origem a jurisdição limitava-se à cognição, excluída a execução por atos do Estado romano e entendendo-se por longo tempo que *jurisdictio in sola consistit* – e isso demonstra que o fato de ser vedada a atuação do árbitro *in executivis* não é sinal de que ele não exerça jurisdição.

Fixada a premissa de o moderno processo de arbitragem exerce sim função jurisdição (afinal, *jurisdictio*, do latim, significa dizer o direito), sob ela podemos caminhar no sentido de que se é jurisdicional e se exercitada por meio de um processo, a Arbitragem não é estranha à Teoria Geral do Processo e ao Direito Processual Constitucional.

É dizer, o Estado e a lei reconhecem na arbitragem a natureza jurisdicional, razão pela qual se torna imperioso um controle político e filosófico sobre seu funcionamento, que não pode macular as garantias das pessoas.

É reconhecida a funcionalidade empresarial da Arbitragem no tratamento de temas de ranhura técnica, tais como societário, fusão e contratação com empresa ou capital estrangeiro, pois, já que possibilita a nomeação do(s) Árbitro(s) os interessados têm a certeza de um julgamento por *experts* sem a interferência do Estado-juiz imparcial e, não raras vezes, apegado à forma e não à consequência comercial.

O caminhar paralelo do arbitralismo e da justiciabilidade exige o tratamento do tema da validade dos atos arbitrais à luz de uma teoria geral do processo, a fim de que em ambos (arbitragem e judiciário) observem-se as regras que constituem os pilares de liceidade do exercício da jurisdição.

¹⁰ *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26.

¹¹ *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41.

Existindo na arbitragem um processo e nesse processo exercendo-se jurisdição, ação e defesa, é natural que seu estudo sistemático passe pela teoria geral do processo e por esses seus institutos fundamentais, antes de chegar ao enfoque especializado da arbitragem em si mesma.¹²

A forma dos atos, os prazos, a possibilidade de defesa, o escrúpulo do árbitro e etc., todos estes fatores formais não correspondem a um fim em si mesmo, mas, na verdade asseguram a liberdade e o patrimônio dos envolvidos.

Se ao final as partes não obterão contra si apenas um laudo, mas uma verdadeira sentença arbitral é necessária observarem-se quais os pressupostos de sua existência, validade e eficácia, assim como a doutrina tem tratado o tema das nulidades do processo judicial.

A partir da leitura do art. 29 da LA não se alcança um conceito horizontal acerca do que nela se deva entender por sentença arbitral, o que se torna mais inteligível se conjugado com o art. 162 do Código de Processo Civil, donde é crível concluir que a sentença *encerra* o processo arbitral, mas, tem por *consequência* a emissão de um título que deverá ser executado (*cumprido*) perante órgão do Poder Judiciário.

Esse é o escopo do processo arbitral: propiciar aos envolvidos uma sentença técnica, um processo produzido pelas características da causa envolvida e a partir das necessidades dos interesses. Da fase expropriatória encarrega-se o Estado como detentor da coerção.

NULIDADES E ANULABILIDADES: DIÁLOGO ENTRE PROCESSO CIVIL E PROCESSO DE ARBITRAGEM

O sistema de nulidades do Processo Civil se diferencia das nulidades dos atos e negócios civis quanto à sua premissa básica: as normas de direito processual são cogentes, ao passo que há autonomia privada nas relações civis.

Assim, diferentemente de nulidade contratual cuja declaração extirpa as obrigações decorrentes da relação, em se tratando de nulidade processual haverá a inegável eficácia do ato até sua declaração judicial, não sendo possível eliminar o que se tenha produzido.

Todo ato do processo arbitral estará sujeito a esta mesma lógica, assim, enquanto vincule pessoas estas deverão e poderão cumprir suas determinações, cuja ordem poderá ser questionada arguindo-se sua nulidade.

“Não há nulidades *pleno iure* em direito público. Em direito público há relações de *sujeição*, sendo esta superiormente definida como *impossibilidade de evitar os atos de exercício do poder*”.¹³

¹² A arbitragem na teoria geral do processo, p. 15.

¹³ A arbitragem na teoria geral do processo, p. 244.

Toda nulidade é um vício de invalidade do ato processual, mas, nem toda invalidade é uma nulidade. Expliquemos.

O ato processual é regido pela lei, especificamente o Código de Processo, que regula um procedimento para cada natureza de tutela jurídica que se pretenda buscar junto ao Poder Jurisdicional. O direito ao procedimento adequado é oriundo do devido processo legal.

Logo, “a adequação do ato processual ao modelo prefixado na lei (o tipo) fá-lo ato perfeito. A falta de correspondência entre o tipo e o ato determina sua imperfeição. O ato se torna defeituoso ou viciado, como dito geralmente”.¹⁴

Pode ocorrer de, a despeito da existência de uma irregularidade, nenhuma das partes se manifestarem, ou, ainda, ignorem-na dando cumprimento à sentença arbitral por livre e espontânea vontade. Nesses casos, apesar de existir um vício processual, enquanto não pronunciado produzirá seus efeitos práticos.

Não há consenso entre a terminologia que se atribua às invalidades e o fundo da verificação do vício. Ora se admite falar em nulidade absoluta e relativa, ora inclui-se a categoria de ato inexistente.

A teoria da inexistência do ato pelo vício que o inquina não pode ser tratada como categoria de vício do ato de processo, haja vista tratar-se de um não ato, conforme anota José Joaquim Calmon de Passos.¹⁵ Significa dizer que o pronunciamento judicial nesse caso não reconhece a invalidade de um ato, mas, a *inexistência do pressuposto fático da subsunção da norma*. Busca-se a declaração da ausência do ato, que nem sequer nasceu de acordo com o regramento jurídico que o reconhece.

É diferente declarar que um ato inexistente do que declarar que o ato existe e está em desacordo com a lei. Quando o ato, apesar de observado o suposto fático (*fattispecie*) tem sua eficácia expungida por circunstância externa, ocasião em que se torna possível cogitar em pronunciamento do vício que macula sua identidade legal:

Esses atos têm prefixados na lei os seus pressupostos (elementos de existência e de validade), os seus requisitos (elementos de composição – a hipótese de fato) e os seus elementos de situação – a posição da hipótese de fato na relação processual, todos necessários para sua validade, todos definindo o tipo (legal) a que se deve adequar a atividade (real) dos sujeitos no processo, disso derivando a eficácia do ato, caso para a eficácia não se exija nenhuma condição.¹⁶

¹⁴ *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 89.

¹⁵ *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 91.

¹⁶ *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 108.

Pode-se dizer que ato possui os requisitos intrínsecos de formação válida, do que decorre logicamente a produção dos efeitos, desde que praticado dentro da condição legal de eficácia, observada a forma de concretização (subsunção) do tipo abstrato à espécie fática.

O ato pode existir, e assim ser capaz de irradiar eficácia, criando, modificando ou extinguindo a relação processual. Ou, se não observado algum requisito de formação do tipo, significa dizer, omitida algum requisito de sua configuração como ato, será inexistente.

A gravidade é de tal sorte que Calmon de Passos¹⁷ defendia a tese de que o ato inexistente, acaso considerado realizado pela sentença, não se convalida pelo trânsito em julgado diante do desrespeito ao ordenamento jurídico.

Situação diferente quando, apesar de observada a conjugação dos requisitos legais, em algum deles há vício quanto à forma que restou desrespeitada pelo protagonista do processo. Neste caso aterrissamos no universo propriamente dito das nulidades.

O Código de Processo Civil prevê um sistema conhecido doutrinariamente como *instrumentalidade das formas*, no sentido de que privilegia a preservação do ato em detrimento de declaração pela simples negativa de obediência da forma, “o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo”¹⁸.

A forma pela forma é peremptoriamente evitada pela moderna processualística, na qual impera em que impera a operabilidade e eticidade do sistema, com a busca contínua pela rápida solução do litígio.

A respeito do tema há importante princípio oriundo do sistema processual francês que trata da preservação do ato, denominado *pàs nullité sans grief*, de acordo com os seguintes artigos do Código de Processo Civil Francês:

Article 115. La nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief.

Article 121. Dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.

São duas, portanto, as regras básicas: a nulidade não é pronunciada se não prejudicar a defesa ou se o juiz puder decidir independentemente de sua existência.

No Brasil, é praticamente repetida *ipsis literis* pelo art. 277 do Novo Código de Processo Civil. Especificamente com relação aos vícios do pronunciamento

¹⁷ Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais, p. 99.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 366.

judicial, podem ser de tal forma relacionada ao ato em si e os elementos componentes ou relativos à contaminação da pessoa que o prolatou.

Quanto ao ato em si, falamos de sua constituição jurídico-política perante o ordenamento, desde a previsão constitucional de sua motivação (art. 93, IX), até as causas de sua invalidação por juiz corrupto.

O legislador se ocupou de arrolar as causas possíveis de anulação da sentença, tanto no Código de Processo Civil (art. 966) como na LA no art. 32.

Se o objetivo do processo – que se obtém por uma sentença eficaz – corresponde ao desígnio de eliminação do conflito e pacificação, seria contrária a este interesse a perpetuidade da instabilidade da sentença que, após certo tempo, torna-se imutável, e não mais passível de discussão em processo diverso, seja de natureza rescisória ou anulatória.

No Processo Civil, o prazo para a propositura de ação rescisória decai após dois anos da data do trânsito em julgado (art. 975), sendo que no Processo Arbitral o legislador foi – aparentemente – mais rígido, reduzindo este prazo para noventa dias (art. 33).

Igualmente, na Lei de Arbitragem as causas que suscitam a declaração de nulidade da sentença arbitral ora se referem ao ato, ora se relacionam à contaminação oriunda do árbitro prolator. Em uns casos a nulidade é pelo prejuízo que o desrespeito à forma causou à parte, nos outros casos, é a sentença que foi objeto de vício.

Mas, aqui há evidente distinção entre as ações rescisória e a anulatória.

Em se tratando de rescisão de sentença judicial, será competente o órgão hierárquico imediatamente superior, ao passo que a ação que visa desconstituir a sentença arbitral deverá ser prolatada pelo Poder Judiciário inclusive de primeiro grau. Aqui, o Estado conclama o monopólio jurisdicional de tutela de direitos, resguardando que as pessoas não se vinculem aos pronunciamentos nulos proferidos em processo arbitral.

Ocorre o que a especializada doutrina denomina momento de *relação com a jurisdição estatal*, “sendo um temperamento do sistema de direito positivo à autonomia da arbitragem e constitui um penhor de legitimidade desta perante a ordem constitucional, particularmente a garantia do controle judicial”.¹⁹

Mas, não resta descaracterizada a autonomia da sentença arbitral. Ela não será *revisada* pelo Poder Judiciário, tal como ocorre com o juízo rescindendo da ação rescisória. O que ocorre é a detecção do motivo de invalidação da sentença e seu pronunciamento, sendo que:

¹⁹ A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 235.

A demanda de sua anulação tem natureza claramente *constitutiva negativa*, porque a pronúncia de sua procedência tem por efeito a implantação de uma situação jurídica nova mediante a eliminação da sentença impugnada do mundo jurídico.²⁰

É dizer, o Poder Judiciário se pronunciará apenas sobre a existência ou não do vício que macula a sentença arbitral, e, em havendo, determinará que novo julgamento seja proferido no âmbito arbitral. Ao Poder Judiciário é vedado revisar o mérito da sentença prolatada por um árbitro.

A regra da limitação do juízo rescindente vem agora para o texto da Lei de Arbitragem, com a nova redação atribuída ao § 3º do art. 33, com a redação atribuída pela Lei n. 13.129/2015.

O escopo e o objeto da ação anulatória se resumem em eliminar o ato processual arbitral de sentença do mundo jurídico, para que retorne ao mesmo ou outro órgão igualmente *arbitral* para novamente resolvê-lo com a superação do vício que o inquina.

Mas, não somente pela ação anulatória é possível suscitar e acolher a declaração de invalidade da sentença arbitral, em outros casos e situações assim definidas pela lei, sendo imperioso analisá-las paralelamente.

PARÂMETROS ENTRE DESCONSTITUIÇÃO E DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

A LA prescreve no art. 32 os vícios de ordem objetiva e subjetiva da sentença arbitral, em sendo: I – for nula a convenção de arbitragem (redação da Lei n. 13.129/2015); II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Já no art. 33 reza a lei que o interessado poderá pleitear ao Poder Judiciária a decretação da nulidade da sentença arbitral. Ocorre que ambos os artigos não observam a rigorosa tecnicidade do sistema de invalidade processual. Vejamos.

Sob a ótica do direito material, o ato nulo é *declarado* pelo juiz, conforme se extrai do cotejo dos artigos 104, 166, 169, e 177, todos do Código Civil Brasileiro, sendo então pronunciamento de natureza *declaratória* com eficácia retroativa dos seus efeitos.

²⁰ A arbitragem na teoria geral do processo, p. 236.

Diferente é o reconhecimento judicial de invalidade de ato processual, pois, enquanto vigente produziu efeito imperativo sobre as partes, razão pela qual o pronunciamento judicial já não será puramente declaratório, mas, possui natureza *desconstitutiva* do ato.

Continuemos. No ato civil, a declaração da nulidade expulsa o ato do mundo jurídico, como se nunca houvesse existindo, porém, em se tratando de sentença arbitral, como ato processual, a desconstituição possui efeitos *ex nunc* (a partir de então), conforme respalda a doutrina:

Dito de outra forma: a tutela jurisdicional para atacar sentença arbitral, quando considerada nula pela lei, considerados os vícios tipificados na norma, tem natureza desconstitutiva. Sentença arbitral viciada, nula ou anulável (na linguagem processual), desconstitui-se, não se declara (ou decreta como diz a lei) a nulidade.²¹

A diferenciação entre o sistema de nulidade do Direito Civil e do Direito Processual é tão sensível que o próprio art. 32 da LA invoca do intérprete a prévia compreensão sobre o tema, pois o vocábulo *nulo* é empregado por duas vezes, mas com conotação diversa.

No *caput* diz-se que a sentença arbitral é nula, já no inciso I diz que a convenção de arbitragem é nula. Há evidente atecnia do legislador que deve ser superada pela interpretação sistêmica do ordenamento.

Como visto, a sentença arbitral é ato processual, portanto, não se decreta, e sim se declara sua nulidade. Já a convenção de arbitragem, é *negócio jurídico* resultante de manifestação para produção de efeitos jurídicos específicos, subordinando-se, portanto, ao conjunto de nulidades do Código Civil, como ensina Francisco José Cahali:²²

Observe-se ainda que, quando o vício da convenção (negócio jurídico) for considerado pelo direito material como sendo de nulidade absoluta, será desnecessária a sua prévia arguição durante a arbitragem, pois, sendo de ordem pública, escapa da disponibilidade das partes, impedindo o seu saneamento durante o procedimento. Assim, enquanto nulo, o ato não se convalida, e mesmo omissa a parte até a sentença, o vício contamina toda a arbitragem, e compromete, inclusive, a decisão que estará exposta à invalidação nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei Especial.

A Lei de Arbitragem está muito mais ligada à eficiência e autonomia das partes o que é visível quando se verifica o prazo reduzido de apenas 90 (noventa) dias para a propositura da ação anulatória perante o órgão judiciário competente, nos termos do art. 33, § 1º.

²¹ *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 319.

²² *Curso de arbitragem*, p. 324.

Nesse ponto, é importante destacar que toda a teoria de nulidades do processo é construída visando ao resguardo dos direitos fundamentais das pessoas, da vetusta garantia do devido processo legal, é dizer, há um interesse social no desempenho do processo pois, a partir dele, podem ser cerceadas a liberdade e o patrimônio.

Diante da constitucionalização do processo e a aplicação da teoria geral do processo ao Processo Arbitral, é inegável a influência do devido processo legal na regulação da regularidade procedimental de sorte a imperar o interesse público do processo em detrimento do interesse das partes.

Dito de outro modo, se o interesse submetido ao juízo de arbitragem pela sua natureza é eminentemente privado e disponível, não o é o interesse do Estado na solução do conflito. Portanto, sempre que houver processo, há de serem observadas as regras e formas.

Com isso, a doutrina admite o reconhecimento de vícios insanáveis pelos efeitos do trânsito em julgado da sentença arbitral, passíveis de serem alegados além dos muros da ação anulatória prevista no art. 32 da LA, conforme anuncia a doutrina:

Os casos de nulidade da sentença arbitral – para utilizar a expressão endossada pela Lei – são taxativos, de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo. Haverá, porém, casos verdadeiramente excepcionais, em que será necessário reconhecer a sobrevida da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo.²³

Assim, a par dos casos enunciados no artigo 32 da LA que viabilizam a desconstituição da sentença arbitral por invalidade, afigura-se correto afirmar a existência de hipóteses em que a nulidade absoluta do julgado poderá ser declarada por ação autônoma de impugnação, conforme o escólio:²⁴

De qualquer forma, encontram-se subsídios para retirar do cenário a sentença arbitral quando totalmente comprometida, mesmo ultrapassado o prazo decadencial de 90 dias, através da ação declaratória.

Em nosso sentir, a ação declaratória, neste caso, tem como expectativa reconhecer, sempre, a inexistência do procedimento arbitral, ou, mais propriamente a inexistência da jurisdição arbitral.

Seu fundamento, este sim, poderá ser a nulidade absoluta ou inexistência da convenção (cláusula ou compromisso), ou da própria instauração do procedimento arbitral (p. ex., imposto contra a vontade e sem a participação da parte).

²³ *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 399.

²⁴ *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 335.

Curiosamente embora polêmica a tese da inexistência do ato processual, neste caso é possível vislumbrar a situação concreta de sentença prolatada em procedimento arbitral do qual inexista cláusula compromissória, ou seja, simulada, sem efeitos.

Haverá a comunicação do mundo material com o mundo processual, pois, embora a cláusula esteja prevista em convenção das partes, resultará em inexistência da relação arbitral-processual formada.

O processo arbitral somente se instaura, marcha e transita em julgado se observadas as condições legais e constitucionais, dentre elas o devido processo legal, sendo certo que ausente a condição válida, haverá contaminação do todo.

A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INVALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

O processo arbitral assim como processo judicial seguirá sua marcha natural: postulação, instrução, julgamento e execução. A expropriação dos bens também consagra o contraditório incidental mediante impugnação ofertada pelo devedor.

De acordo com a redação original da LA, “a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil se houver execução judicial” (art. 33, § 3º).

A redação do artigo causava destempero em comparação ao moderno Processo de Conhecimento Sincrético regulado pelo Código de Processo Civil, por meio do qual é prescrito o desdobramento do procedimento em fase de cumprimento da sentença, e não mais um novo processo, consoante o art. 525 e seguintes do *Codex*.

A Lei n. 13.129/2015 trouxe a atualização da Lei de Arbitragem, modificando o § 3º do art. 33 atribuindo a seguinte redação ao dispositivo: “A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial”.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no ano de 2015 é preciso atenção do operador jurídico para os artigos correspondentes na nova lei que ainda não foram atualizados na LA.

Não se discute a autonomia conferida ao juízo arbitral, bem como sua *kompetenz-kompetenz*, ocorre que a Execução do título foi reservada ao Poder Judiciário, consoante se infere do disposto no art. 31 da LA.

Portanto, iniciada a execução de título arbitral perante o órgão do Poder Judiciário que seria o competente conforme as regras comuns da jurisdição abrir-se-á ao interessado a possibilidade de apresentação do incidente de Impugnação, conforme esclarece Cahali:²⁵

²⁵ *Curso de arbitragem*, p. 282.

A sentença arbitral ‘tem os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário’ (art. 31 da Lei 9.307/1996) e, como tal, na mesma medida, terá eficácia natural *erga omnes*. Apenas se condenatória, qualifica-se como *título executivo judicial* apto a ensejar o cumprimento (ou execução forçada) perante o juízo estatal (art. 31 da Lei 9.307/1996); art. 475-N, do CPC.

Nada obstante a Impugnação esteja inserida no art. 32 da LA que trata da Desconstituição da Sentença Arbitral, a natureza jurídica do ato arbitral – sentença – conduz à inevitável conclusão de que além dos vícios constantes dos incisos do referido dispositivo, somam-se aqueles previstos no art. 525 do Novo Código de Processo Civil que dizem respeito ao ato em si.

O devedor que pretenda ofertar a Impugnação deve fazê-lo no prazo dos 90 (noventa) dias previsto no § 1º do art. 33 da LA. A interpretação é conduzida pela certeza legal conferida à sentença arbitral que desde início possui prazo exíguo para a ação anulatória.

Assim, a interpretação que melhor contempla a autonomia funcional do processo é aquela que conclui deverá o interessado ofertar ação desconstitutiva ou impugnação no prazo comum de 90 (noventa) dias, conforme referenda a autorizada doutrina:

Conclui-se, pois que na impugnação ao cumprimento de sentença arbitral a alegação só será admissível quando deduzida no prazo de noventa dias contado do ‘recebimento da notificação da sentença arbitral ou seu aditamento – e isso constitui uma natural consequência de a impugnação portadora dessas defesas ser um sucedâneo da ação anulatória, o que também concorre para que o prazo para opô-la seja regido de modo coincidente com o prazo para a propositura desta.²⁶

A nosso ver, o legislador outorgou ao Código de Processo Civil a tarefa de dirimir a forma de autuação a Impugnação como incidente de questionamento da liceidade da execução da sentença, razão pela qual a conclusão quanto ao prazo e ao conteúdo se harmonizam com a integração propositalmente promovida.

A comunicação das fontes *processual e arbitral* produz outro ponto polêmico: a influência das súmulas vinculantes e/ou julgamento de inconstitucionalidade após a prolação da sentença.

O moderno operador do Direito já se acostumou com a atividade legislativa atípica exercida pelo Supremo Tribunal Federal que, apesar de polêmica, emite

²⁶ *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 271.

verbete de Súmula com eficácia vinculante a todos os órgãos e entidades legais, conforme preconiza o art. 103-A da Constituição Federal.

De outro ângulo o Código de Processo Civil prevê como fundamento para promoção da Impugnação ao Cumprimento da Sentença a cessação da eficácia do título judicial em razão de posterior julgamento de inconstitucionalidade da norma que ampara o juízo de mérito (art. 525, § 12º).

A solução deve ser tal de forma a preservar a máxima autonomia do Juízo Arbitral, e como tal, é imperioso estabelecer o divisor de água que é vontade criadora das partes em serem julgadas a) por lei ou b) por equidade, nos termos do 2º da LA.

Na primeira hipótese os árbitros vão dar solução técnico-legal ao caso, aplicando o direito positivo vigente (os Códigos), ao passo que na segunda hipótese não há vinculação do juízo arbitral ao terreno das leis. Poderá valer-se de direito estrangeiro, regulamentos, formas eleitas pelas próprias partes.

Diferente é o processo arbitral conduzido pela regra de direito, o árbitro se valerá de lei para decidir a causa, e esta, como todas as outras, estão em constante validação perante o Supremo Tribunal Federal.

A declaração de inconstitucionalidade expurga o ato do ordenamento jurídico, ele existe, mas, é ineficaz, não vincula e não produz efeitos, razão pela qual optou o legislador por afastar a certeza e exigibilidade do título judicial apoiado em lei posteriormente declarada incompatível com o texto constitucional.

Assim, quando envolto em juízo arbitral de direito o interessado também poderá se valer da Impugnação a fim de alegar a superveniência da inconstitucionalização da norma que afastará a exigibilidade do título.

No entanto, se o juízo arbitral estabelecido for por equidade, não há incidência da legalidade ou inconstitucionalidade do ordenamento, razão pela qual a doutrina afasta neste caso o óbice da atuação do Supremo Tribunal Federal:

Trata-se das sentenças arbitrais que, mesmo sendo nacionais, porque proferidas neste país, devam decidir com fundamento em outra ordem jurídico-positiva diferente da lei brasileira (direito de outro País, *lex mercatoria*, regras corporativas etc.), ou, por expressa autorização das partes, sejam proferidas com fundamento na equidade.²⁷

Ou seja, caso as partes tenham feito a expressa opção pelo juízo arbitral por equidade, fica afastada a aplicação cogente do ordenamento positivo e, com ele, eventual suspensão de eficácia das leis que o compõem por incompatibilidade com a Constituição Federal.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213-214.

CONCLUSÕES

A Arbitragem não se sujeita ao formalismo do processo civil, são compartimentos estanques, contudo, ambos atendem ao Direito Constitucional e ao regime constitucionalizado das garantias das pessoas no processo (*due process of law*).

O processo arbitral não é judicial, porém, é jurisdicional. Nele se resolve o conflito com traço de definitividade entre as partes, razão pela qual para a validade da sentença proferida pelo árbitro ou órgão arbitral faz-se de rigor a observância dos requisitos de existência, validade e eficácia do ato.

A segurança jurídica que se exige do processo arbitral em razão de sua vasta utilização do campo comercial não poderia abandonar a técnica processual de avaliação da legalidade de sua sentença.

Não se admite a prolação de sentença por juízes corruptos, tampouco proferidos em desobediência à ordem pública. Mas, é preciso distinguir-se o juízo arbitral de direito e de equidade a fim de não retirar desse mecanismo extrajudicial sua autonomia científica.

Assim, nem sempre a sentença arbitral sujeitar-se-á às decisões do Supremo Tribunal Federal, ou à jurisprudência dos demais tribunais brasileiros, ainda que proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato ou por súmula vinculante.

O legislador modernizou o processo arbitral, deu-lhe roupagem moderna e independente, reconhecendo-se a *kompetenz-kompetenz*, limitando a fiscalização judicial e trazendo a segurança que dele se espera.

Assim, como todo processo em que ser exerça jurisdição haverá a necessidade de observância das garantias constitucionais que traçam o regime de validade e eficácia das decisões judiciais e arbitrais, sobretudo, a fundamentação, o juiz natural e o contraditório.

Com o advento da Lei n. 13.129/2015, inseriu-se agora mais uma possibilidade de se impugnar eventuais vícios da sentença arbitral, por meio do incidente de Impugnação ao Cumprimento de Sentença, colocando fim a dúvida que pairava quanto à possibilidade de sua utilização.

Não restam dúvidas de que o Processo de Arbitragem se apresenta atrativo e cada vez mais seguro para vinculação às grandes negociações empresariais, em razão da tecnicidade do diálogo e dos meios de impugnação da validade do julgado.

O aumento exponencial do número de processos de arbitragem administrados no Brasil desde a criação da lei mostra a boa receptividade que tem encontrado nas salas de reunião das empresas e que deverá se expandir nos próximos anos.

Na linha evolutiva do processualismo, cada vez mais se socorre a mecanismos que propiciem uma decisão justa e segura, o que passível de ser obtido por meio da Arbitragem como mecanismo de reconhecimento constitucional de natureza resolutiva de conflitos sociais e pacificação.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BULOW, Oskar Von. *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1964.
- CAHALI, Francisco José. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129 de 26-5.2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- COSSIO, Carlos. *la teoría egológica del derecho y el concepto jurídico del libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine. CINTRA, Antônio Carlos de Araujo. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a Constituição*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Ação de nulidade de sentença arbitral: In: *Soluções Práticas de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. II, 2011.
- NETO, João Luiz Lessa. *Arbitragem e poder judiciário*. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspovim, 2016.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SEBASTIÃO, José Roque. *Arbitragem: a solução viável*. São Paulo: Ícone, 2009.
- TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Data de recebimento: 01/03/2016

Data de aprovação: 27/09/2016