

# COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E A ARBITRAGEM NO BRASIL

Obra Comemorativa ao 20º Aniversário do CBAr

Coordenadores:  
Giovanni Ettore Nanni, Karina Riccio, Lucas de Medeiros Diniz

Adriana Braghetta  
Adriana Noemi Pucci  
Ana Júlia Paiva Pinceli  
Ana Paula Ribeiro Nani  
André Chateaubriand Martins  
André de Albuquerque Cavalcanti Abbud  
André Gomma de Azevedo  
Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes  
Carlos Thompson-Flores  
Carolina Noronha  
Clávio de Melo Valença Filho  
Debora Visconte  
Eduardo Damião Gonçalves  
Eduardo de Albuquerque Parente  
Eduardo Grebler  
Eleonora Coelho  
Fabiana Leite  
Fabiano Robalinho Cavalcanti  
Felipe Moraes  
Flávia Bittar Neves  
Flávio Pereira Lima  
Gilberto Giusti  
Giovanni Ettore Nanni  
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

Hermes Marcelo Huck  
Isabel Cantidiano  
João Bosco Lee  
José Emílio Nunes Pinto  
Julia de Menezes Nogueira  
Karina Riccio  
Lauro Gama Jr.  
Louise Maia de Oliveira  
Lucas de Medeiros Diniz  
Luciano Benetti Timm  
Marcelo Roberto Ferro  
Marco Vanin Gasparetti  
Marina Couto Falcone de Melo  
Maurício Gomm F. dos Santos  
Nadia de Araujo  
Natália Mizrahi Lamas  
Paulo M. R. Brancher  
Pedro A. Batista Martins  
Rafael Francisco Alves  
Roberto Pasqualin  
Selma Ferreira Lemes  
Sidnei Beneti  
Vera Cecília Monteiro de Barros

23.

## DO ESGOTAMENTO DA VIA ARBITRAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL

FLÁVIO PEREIRA LIMA

### Introdução

Na vida forense, é bastante comum que advogados optem pela não oposição de embargos de declaração para evitar que o Magistrado ou o Órgão Julgador corrija argumentos, acrescente fundamentos ou mesmo que supra omissões, acreditando que, assim agindo, aumentar-se-iam as chances de reforma da decisão.

Ultimamente, essa estratégia processual passou a ser adotada também nas arbitragens: ao invés de levar uma determinada questão ao Tribunal Arbitral no curso da arbitragem, antes da sentença ou mesmo em sede de pedido de esclarecimentos, a parte opta por guardar essa “carta na manga” para apresentar o assunto diretamente na ação anulatória.

O objetivo deste artigo é analisar se essa estratégia processual é adequada à realidade das arbitragens regidas pelo direito brasileiro e, em especial, se essa estratégia é compatível com as regras que disciplinam o diálogo entre arbitragem e Poder Judiciário.

### 1. Os efeitos negativos da convenção de arbitragem

A escolha da arbitragem confere ao Tribunal Arbitral a prioridade para a analisar “as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”<sup>1</sup>, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 9.307/96.

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 23 jul. 2021.



parte dispõe de mecanismos próprios e eficazes para demonstrar, de forma fundamentada, sua discordância perante o Juízo arbitral, consoante artigos 14, 15, 16 e 20 da Lei da Arbitragem, inclusive, se o caso, ulteriormente, eventual alteração ao artigo 21, § 2º, tudo na forma do artigo 32 do mesmo Diploma Legal<sup>6</sup>.

A adoção da arbitragem pelas partes para a resolução de conflitos oriundos ou relacionados a uma relação contratual implica, também, a exclusividade da via arbitral para a análise e a resolução do mérito da controversia.

Assim, exceto pelas matérias relativas à existência, validade e eficácia do Poder Judiciário não poderá, em momento algum, inibir-se nas decisões de mérito do Tribunal Arbitral. Na arbitragem não há recursos, apelações ou recursos. O mérito da controversia pertence à arbitragem, exclusivamente. Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi destacou no julgamento do Recurso Especial 693.219 que "não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade do procedimento arbitral"<sup>7</sup>.

Tal entendimento é corroborado por José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheim e André Luis Monteiro, ao destacarem que:

a sentença arbitral faz coisa julgada material, representa título hábil à execução, não está sujeita a homologação judicial, não está sujeita a recurso perante o Poder Judiciário nem mesmo a controle de mérito pelo Estado, já que o âmbito de abrangência da ação de anulação de sentença arbitral perante o Poder Judiciário se restringe, em regra, a aspectos procedimentais<sup>8</sup>.

Com efeito, ao Judiciário somente é permitido declarar a nulidade da sentença arbitral, em razão dos motivos expressos no artigo 32 da Lei nº 9.307/96, quais sejam, se:

- I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser bitributo; III - não tiver os requisitos do artigo 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo

<sup>6</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento 0037936-45.2012.8.26.0000, j. 19/06/2012.

<sup>7</sup> Superior Tribunal de Justiça, Tercera Turma, Recurso Especial 693.219, j. 19/04/2005.

<sup>8</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIM, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Tercia Geral de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 44.

respeitado o disposto no artigo 12, Inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, § 2º, desta Lei<sup>9</sup>.

É por essa razão que na hipótese de sentença arbitral *citra petita*, ou seja, aquela em que o Tribunal Arbitral não apreciou integralmente a controversia a parte pode requerer ao Poder Judiciário a prolação de sentença arbitral complementar, nos termos do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei nº 9.307/96, incluído pela Lei nº 13.129/2015. Ou seja, quando se trata de mérito, a matéria incluído pelo Tribunal Arbitral por força da exclusividade que devem para deixar a controversia relacionada ao mérito da arbitragem. A esse respeito é a afirmação de Flavio Luiz Varsheli:

No caso da sentença arbitral que deixa de se pronunciar sobre a integralidade do objeto do processo e das questões que em torno dele gravitam, o poder de dirimir a controversia não deixa, em momento algum, de ser do órgão arbitral. Não há juízo rescisório - entendido como novo julgamento da controversia de direito material - que possa, nesse caso, ser submetido ao Judiciário que, quando muito, poderá reconhecer a suposta omissão e, nessa medida, determinar o retorno do tema aos árbitros, para que supram sua omissão, proferindo nova decisão.<sup>10</sup>

Feitas essas colocações iniciais, é possível concluir que a escolha da arbitragem impede que o Poder Judiciário analise as questões relativas à existência, à validade e à eficácia do contrato e da cláusula compromissória, ou mesmo do procedimento arbitral, antes que a matéria seja submetida ao Tribunal Arbitral. Do mesmo modo, a escolha da arbitragem impede que o Poder Judiciário aprecie o mérito de uma controversia submetida à arbitragem. No primeiro caso, há uma prioridade temporal da arbitragem e, no segundo, há uma verdadeira exclusividade.

## 2. O pedido de esclarecimentos

A sentença arbitral põe fim à arbitragem, encerrando a jurisdição dos árbitros, conforme estabelece o artigo 29 da Lei nº 9.307/96. No entanto, sabe-se que o artigo 30 da mesma Lei permite que as partes oponham pedido de esclareci-

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307/Arbm.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307/Arbm.htm). Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>10</sup> VARSELI, Flavio Luiz. Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, Revista dos Tribunais, p. 155-163, 2016, p. 156.

mentos, prorrogando assim a jurisdição arbitral até o julgamento dos pedidos esclarecimentos. Essa prerrogativa das partes também está amparada nos regulamentos das Câmaras de Arbitragem, que estabelecem a possibilidade de as partes solicitarem esclarecimentos aos árbitros<sup>11</sup>.

O pedido de esclarecimentos é possível para que as partes solicitem ao Tribunal Arbitral que corrija qualquer erro material da sentença, para que seja rejeita alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se enuncie sobre ponto omitido a respeito do qual deveria manifestar-se a decisão, tal como dispõem os incisos I e II do artigo 30 da Lei nº 9.307/96.

Como destaca Luiz Otávio Baptista, citado no presente que é o tempo real dos imortais, várias regras arbitrais, assim como a legislação da maioria dos países, permitem às partes que provoquem o órgão arbitral a preencher lacunas, corrigir erros materiais ou ortográficos e esclarecer ambiguidades na decisão. Nesse sentido, o poder do órgão arbitral de interpretar suas decisões é reconhecido em muitos países de *civil law* e em alguns de *common law*<sup>12</sup>.

Os “embargos arbitrais” não visam à simples revisão da decisão arbitral, mas sim à precisão do quanto decidido<sup>13</sup>.

É evidente que o pedido de esclarecimentos não tem a natureza de recurso contra a decisão arbitral, mas pode ter efeitos infringentes, caso a providência que se solicita ao Tribunal Arbitral seja apta a modificar o entendimento de mérito<sup>14</sup>.

Um bom exemplo desse efeito infringente seria o caso de uma sentença arbitral omissa sobre uma preliminar de prescrição de determinado pleito, e instado em pedido de esclarecimentos, o Tribunal Arbitral pode acolher a preliminar, o que implicará a alteração do mérito da decisão. Outro ponto que chama a atenção é a expressão referênciada, no inciso II do artigo 30 da Lei nº 9.307/96 à omissão sobre “ponto a respeito do qual devia manifestar-se a decisão”, uma vez que deixa claro o dever de que qualquer ponto, seja ele procedimental ou mesmo de mérito, seja levado ao Tribunal Arbitral, ainda que em fase de pedidos de esclarecimentos.

A extensão da jurisdição arbitral até a conclusão do julgamento do pedido de esclarecimento traz como consequência o dever da parte de trazer para con-

hecimento e apreciação do Tribunal Arbitral todas as matérias oriundas ou relacionadas a controvérsia sujeita à arbitragem, ainda que essa provocação ocorra no momento de se apresentar a sentença arbitral e a decisão do pedido de esclarecimento.

Levar uma questão conhecida à apreciação do Tribunal Arbitral, ainda que o conhecimento sobre essa matéria surja somente após a sentença arbitral, não é uma opção da parte. Enquanto persistir a jurisdição do Tribunal Arbitral e houver a possibilidade de o Tribunal Arbitral apreciar matéria sujeita à arbitragem, a parte tem o dever de submeter-lá à deliberação dos árbitros.

### 1.4. preclusão lógica e temporal

Como vimos, enquanto houver a jurisdição do Tribunal Arbitral a parte é obrigada a apresentar na arbitragem todas as questões relacionadas à controvérsia, seja a apresentar na arbitragem todas as questões relacionadas à controvérsia, sejam elas questões relativas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, seja questão de mérito, ou ainda, qualquer questão que possa macular a validade do procedimento arbitral.

No que se refere às matérias relativas à competência, suspensão e impedimento, bem como à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, o artigo 20 da Lei nº 9.307/96 estabelece que a parte deverá alegar tais questões na primeira oportunidade que tiver que se manifestar, após a instituição da arbitragem. Há um momento próprio, determinado por Lei.

Assim, o artigo 20 da Lei nº 9.307/96 estabelece regra de natureza preclusiva. Como se sabe, a preclusão é a “perda do direito de praticar um ato processual”<sup>15</sup> e é geralmente classificada pelos processualistas em temporal, lógica e consumativa.<sup>16</sup>

A preclusão temporal ocorre quando “o ato processual é praticado fora do prazo estipulado”<sup>17</sup>. Por sua vez, quando “a parte pratica ato que logicamente se revela incompatível com outro ato que, por isso, já não mais pode ser praticado”<sup>18</sup>, está-se diante da preclusão lógica. A preclusão consumativa ocorre quando o ato processual que se quer praticar já foi praticado em momento processual anterior e não pode ser emendado, alterado ou realizado novamente.

<sup>11</sup> BEAULO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Hqg, 2004, p. 301.

<sup>12</sup> HERÓDOTO JUNIOR, Humberto. *Curso de direitos processual civil*. v. 1: Teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 563.

<sup>13</sup> BEAULO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 301.

<sup>14</sup> ARAÚJO, Eduardo Artur de; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 423.

<sup>11</sup> Por exemplo, o artigo 10.6 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Camara Arbitragem, [s.l.], v.7, Issue 26, p. 07-20, 2010, p. 8.

<sup>12</sup> BARRIOS, Octavio Fragata M. de. *Reflexões Acerca dos efeitos Infringentes dos embargos arbitrais*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, [s.l.], v.3, Issue 9, p. 62-70, 2006, p. 63.

<sup>13</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* p. 181-182.

Diante disso, se a parte opta por não alegar qualquer fato relacionado às matérias previstas no citado artigo 20, essa matéria restará preclusa e não poderá ser discutida posteriormente, durante a arbitragem, ou mesmo em via de ação anulatória.

Nesse sentido, é a lição de Leonardo Faria Beraldo, a saber:

Com relação aos vícios no plano de validade da convenção de arbitragem, tem-se que, tão logo a parte descubra qualquer um dos vícios nessa seara, deve se manifestar nos autos, sob pena de preclusão. O mesmo vale para defeitos no plano da existência e da eficácia da convenção de arbitragem, dependendo do caso concreto. Destarte, a não manifestação a tempo e modo próprios pode fechar as portas para uma eventual ação anulatória de sentença arbitral do art. 33 da Lei, pois importaria em *venire contra factum proprium, supressio* e abuso de direito.<sup>19</sup>

O Professor Carlos Alberto Carmona traz interessante análise sobre as várias hipóteses previstas no artigo 20:

De duas, uma: ou a regra é de mera ordenação do procedimento (e, então, é praticamente inócua), ou o legislador quis fixar prazo preclusivo. Neste último caso, se a parte pretender, ao término da arbitragem, promover a demanda de que trata o art. 33, deverá desde logo mostrar que pretende anular a futura decisão (ou aniquilar a própria arbitragem), sob pena de não poder queixar-se mais adiante em sede judicial.<sup>20</sup>

O mesmo raciocínio aplica-se às demais matérias que podem ensejar a nulidade do procedimento e que, por estratégia da parte, não são levadas a conhecimento do Tribunal Arbitral.

Com efeito, além das matérias previstas no artigo 20, a violação aos princípios do processo, previstos no parágrafo 2º do artigo 21 da Lei nº 9.307/96, também deve ser levada ao Tribunal Arbitral, sob pena de preclusão.

Vamos pensar no princípio do contraditório. Será que a violação ao princípio do contraditório não poderia ser corrigida pelo Tribunal Arbitral? Eventual violação ao contraditório não poderia ser aceita pela parte prejudicada no curso da arbitragem?

<sup>19</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 288.

<sup>20</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 283.

Vejam, o caso do indeferimento de uma prova pelo Tribunal Arbitral. A parte pode se conformar e prosseguir na arbitragem, sem questionar a decisão do Tribunal Arbitral. Nesse caso, eventual alegação de violação ao princípio do contraditório estaria coberta pela preclusão lógica decorrente do próprio cumprimento da parte no curso do procedimento.

Outra questão muito comum: imagine-se a hipótese de limitação do tempo para a realização de prova oral pela adoção do chamado Chess Clock por meio de procedimento processual proferida pelo Tribunal Arbitral.

O comportamento que se espera nesses casos é que a parte que se sentir prejudicada por esse sistema de Chess Clock apresente seu inconformismo ao Tribunal Arbitral tão logo surta a eventual violação ao princípio do contraditório, a fim de que os árbitros possam avaliar a questão posta pela parte e, se for o caso, corrigir sua decisão, flexibilizar o procedimento, de forma a encontrar alternativas para que o procedimento prossiga sem que parte o alegado vício, alternadas para que o Tribunal Arbitral justifique a não violação ao princípio do contraditório.

Além, é cada vez mais comum que os árbitros, ao final da instrução, perguntem às partes se os princípios processuais foram respeitados pelo Tribunal Arbitral, o que costuma ser respondido sem muita reflexão pelas partes que, por vezes, acreditam que o questionamento do Tribunal Arbitral é apenas uma oportunidade para que a conduta dos árbitros ao longo do procedimento seja elogiada e festejada.

Ora, não se trata de uma pergunta retórica, nem os árbitros fazem um questionamento tão importante para serem bajulados. A resposta tem consequências jurídicas e consequências sérias. As partes devem refletir profundamente antes de responder a essa pergunta, pois se houver, no entender da parte, alguma violação aos princípios processuais, essa posição deve ser externada, bem pontuada, para que o Tribunal Arbitral possa deliberar sobre a questão.

Nesse caso, poderia a parte optar por não levar seu inconformismo ao Tribunal Arbitral para, se perder a causa, partir diretamente para a ação anulatória? Parece-me que sempre que for possível, ainda que em tese, que o Tribunal Arbitral corria a falha apontada pela parte, a pretensão deve, primordialmente, ser apresentada ao Tribunal Arbitral, sob pena de configurar preclusão lógica e violação ao princípio Kompetenz-Kompetenz. Não pode a parte aceitar a decisão do Tribunal Arbitral, praticar os atos seguintes sem apresentar seu inconformismo, para depois, a depender do resultado, levar a questão ao Judiciário.

Outro não é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que tem entendido consolidado no sentido de que não é dado à parte apontar nulidade processual em oportunidade que não a primeira, após o conhecimento do

vício, insurgindo-se apenas quando lhe convier, notadamente no caso de inexistência de seus pleitos principais (a chamada "nulidade de algebeira")<sup>21</sup>.

Assim, exceto para matérias de ordem pública que poderão ser apreciadas diretamente na ação anulatória ou para fatos novos descobertos após o encerramento da arbitragem, todas as demais controvérsias que vierem a ocorrer no decorrer da arbitragem devem ser apresentadas primeiramente ao Tribunal Arbitral. Ainda que o fato surja após a sentença arbitral, mas durante a arbitragem arbitral, a parte deve procurar sanar a suposta nulidade por meio dos embargos arbitrais.

**4. O esgotamento da via arbitral como requisito de admissibilidade da ação anulatória de sentença arbitral**

E aqui chegamos ao ponto central deste artigo. Caso o juiz da ação anulatória da sentença arbitral verifique que alguma das causas de pedir poderia ter sido levada a conhecimento do Tribunal Arbitral, mas a parte optou por trazer o assunto diretamente ao Judiciário, deve o juiz extinguir o processo?

Verificamos acima que o Tribunal Arbitral tem a primazia para apreciar questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula de compromissória, assim como de qualquer questionamento sobre a nulidade do procedimento arbitral e sobre a violação no curso do procedimento arbitral dos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

O sistema jurídico criou uma hierarquia temporal, ou uma "prioridade hierárquica"<sup>22</sup>, nas palavras de Mathieu de Boissesson. Primeiro os árbitros, depois os juízes. Sem a prévia apreciação dos árbitros, não podem os juízes decidir. Essa é consequência prática da aplicação do princípio da Kompetenz-Kompetenz. Nesse sentido, ensina Joel Dias Figueira Júnior que:

é dever processual da parte interessada, primeiramente, impugnar a sentença arbitral (parcial ou final) dirigindo a sua irrequição aos prolatores da sentença, seja em forma de pedido de esclarecimentos ("embargos de declaração") (14

art. 30), pedido de reconsideração ou qualquer outro meio que seja hábil para atingir o seu intento, e, com isso, complementar, elucidar ou corrigir de alguma forma o ato decisório que, ao fim e ao cabo, poderá até resultar na modificação (total ou parcial) do próprio mérito. E mais: essa prática representa condição de recebimento e processamento da ação (desconstitutiva) a ser ajuizada perante o Estado-juiz, donde exsurge o direito de agir, matizado na tentativa infrutífera pretérita, manifestada em tempo oportuno e meio adequado perante o árbitro ou colegiado. Em outros termos, se o interessado não impugna em tempo e modo oportunos a decisão arbitral, não mais poderá fazê-lo com base nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos perante o Poder Judiciário, incluindo, portanto, em preclusão.<sup>23</sup>

Na mesma linha foi a opinião do Professor Flávio Luiz Yarshell em parecer apresentado no caso ABENGOA (Asa Bioenergy Holding A.G. x Adriano Gianetti Dedini Ometto), a saber:

E, de fato, não é despropositado visualizar no fenômeno uma espécie de preclusão lógica, porque a falta do pedido de esclarecimento do quanto depois se alegou ser lacunoso é incompatível com a vontade de impugnação do ato por esse mesmo fundamento. Não se trata, nesse particular, de sugerir renúncia tácita ao direito de ação (que nem se fosse expressa caberia), mas sim de conformismo tácito - mas inequívoco - com a decisão arbitral que, podendo ser atacada naquela sede, permaneceu higida.<sup>24</sup>

E conclui o renomado Professor das Arcadas:

Nesse contexto, o prévio esgotamento dos meios cabíveis para a integração da sentença arbitral é decorrência da submissão da controvérsia à arbitragem. A ida ao Judiciário pressupõe o integral esgotamento da arbitragem. Antes disso, o ingresso em juízo também é forma de frustrar a convenção de arbitragem. Ademais, se a parte não acusou alegada omissão naquele momento, é lícito extrair de sua conduta a aceitação de que não havia qualquer vício, inclusive pelo recurso à figura da preclusão lógica.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.382.353 J. 07/05/2019. Em sentido semelhante, o STF prestigiou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não admitir a "nulidade de algebeira", destacando que a boa-fé processual constitui corolário do princípio constitucional do devido processo legal. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Ação Civil Originária 847 J. 23/08/2019.

<sup>22</sup> Boissesson, Mathieu de. Op. Cit. E-book.

<sup>23</sup> Figueira (R.), Joel Dias. Arbitragem. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 420.

<sup>24</sup> YARHELL, Flávio Luiz. Parecer apresentado nos autos da ação anulatória 0147448-85.2013.26.0100 (583.00.2011.147448-1), que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Parecer Jurídico, 24/10/2011, p. 12.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 21.

Não poderia ser outro o entendimento dos tribunais brasileiros que decidido pela rejeição de alegações não apresentadas ao respeito arbitral. De fato, por ocasião do julgamento da Sentença Estrangeira Contestada 9.714, o Superior Tribunal de Justiça consignou que “esse tema [parcialidade dos árbitros] não foi arguido pela requerida no decorrer do procedimento arbitral, não se prestando, pois, como óbice à homologação”<sup>26</sup>.

Não se trata de posicionamento isolado ou restrito apenas à alegação de imparcialidade, impedimento ou suspeição do árbitro. Como bem consignou o Tribunal de Justiça de São Paulo, “todas as questões relativas a eventuais irregularidades havidas em qualquer das fases da arbitragem devem ser dirimidas pelo árbitro ou câmara arbitral e não pelo Poder Judiciário”<sup>27</sup>.

Como se vê, não deve ser admitida a ação anulatória fundamentada em nulidades que poderiam ter sido alegadas anteriormente perante o Tribunal Arbitral – e eventualmente sanadas no curso da arbitragem –, mas que a parte optou por guardar esse argumento para a ação anulatória como uma estratégia processual para o caso de derrota na arbitragem.

### Conclusões

A estratégia de aguardar para levar determinada questão diretamente ao Poder Judiciário, em sede de ação anulatória de sentença arbitral, ao invés de apresentá-la ao Tribunal Arbitral, ainda que em fase de pedido de esclarecimento, é incompatível com o Direito brasileiro.

Exceto por matérias de ordem pública e por fatos conhecidos após o encerramento da arbitragem, se a causa de pedir da ação anulatória era de conhecimento das partes no curso do procedimento arbitral, mas a parte optou por levar a matéria para apreciação do Tribunal Arbitral, o Judiciário está impedido de analisar a questão, ainda que em sede de ação anulatória de sentença arbitral, seja pela preclusão lógica, pela violação ao princípio da Kompetenz-Kompetenz, ou mesmo pela violação ao dever de boa-fé processual que deve nortear a postura de todos os litigantes em procedimentos judiciais ou arbitrais.

O esgotamento da via arbitral é, portanto, requisito de admissibilidade da ação anulatória de sentença arbitral. A ausência de apreciação pelo Tribunal Arbitral de matéria sujeita à arbitragem, em função de estratégia processual da parte, implica a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de

de agir, conforme estabelece o inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil.

### Referências

- ARRUDA, Eduardo. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRAGA, Luiz Olavo. *Correção e esclarecimento de sentenças arbitrais*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, [s.l.], v.7, Issue 26, p. 07-20, 2010.
- GERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.
- BARROS, Octávio Bragança M. de. *Reflexões Acerca dos Efeitos Infringentes dos Embargos Arbitrais*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, [s.l.], v.3, Issue 9, 2006.
- BOSSERON, Mathieu de. *As anti-suit injunction and o princípio da competência-competência*. In: W. W. WALD, Arnoldo. *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.1, 2014. E-book.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Tribunal multiparts*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, v.1, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direitos processual civil*. Teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2019.
- VANSEL, Flávio Luiz. *Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, *Revista dos Tribunais*, p. 155-163, 2016.
- . *Parecer apresentado nos autos da ação anulatória 0147448-85.2011.8.26.0100 (383.00.2011.147448-1)*, que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Parecer jurídico*, 24/10/2011.

<sup>26</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Correção e esclarecimento de sentença estrangeira contestada 9.714*, 12/05/2011.  
<sup>27</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. *Agm de Instrumento 0037936-45.2012.8.26.0000*, 19/06/2012.