PRISCILA KNOLL AYMONE

**A PROBLEMÁTICA DOS PROCEDIMENTOS PARALELOS:
OS PRINCÍPIOS DA LITISPENDÊNCIA E DA COISA JULGADA
EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2011**

Banca Examinadora

---

*À família, aos amigos e, especialmente, aos meus pais,
Denize e José Francisco, aos meus irmãos, Fred e Guta, e ao
meu melhor amigo e companheiro, Felipe,
pelo carinho, apoio e incentivo*

Agradecimentos

Ao Professor Luiz Olavo Baptista, pela valiosa orientação. À Professora Véra Fradera, por seu constante estímulo e inspiração. A José Ricardo Feris e aos funcionários da biblioteca da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI); a Luiz Cláudio Aboim e aos funcionários da biblioteca do escritório Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris; e a Fernando Mantilla-Serrano e aos funcionários da biblioteca do escritório Shearman & Sterling, Paris, por disponibilizarem o acervo das respectivas bibliotecas. À Universidade de São Paulo, pela oportunidade de realizar este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o fenômeno dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional, uma realidade decorrente do aumento dos fluxos econômicos e relações comerciais entre empresas originárias de diferentes países ou entre empresas e entes estatais originários de diferentes países. Essa multiplicidade de procedimentos se traduz na existência de duas arbitragens entre as mesmas partes, sobre a mesma relação jurídica e decorrente da mesma cláusula compromissória; de duas ou mais arbitragens relativas a um grupo de contratos, com diferentes cláusulas compromissórias, envolvendo as mesmas partes; ou ainda uma arbitragem e uma ação judiciais simultâneas relativas à mesma relação jurídica, entre as mesmas partes, decorrente de cláusula compromissória e cláusula de eleição de foro respectivamente. A arbitragem de investimento, sobretudo, é campo fértil para essa proliferação de procedimentos paralelos oriundos do mesmo investimento, envolvendo investidores diretos ou seus acionistas, com base em tratados bilaterais de investimento (TBIs) ou em contratos. Entretanto, sendo a arbitragem o mecanismo de solução de controvérsias comumente utilizado em contratos internacionais, surgem questões complexas para a regulação dessa problemática. A fim de sistematizar o estudo e responder às indagações sobre a maneira de solucionar e regular os efeitos negativos dos procedimentos paralelos (por exemplo, o risco de decisões contraditórias, a multiplicidade de procedimentos contra o mesmo réu e o excessivo custo despendido nesses procedimentos), dividimos o trabalho da seguinte maneira. Preliminarmente, o tema é introduzido pela conceituação dos procedimentos paralelos e de seus tipos, conflitantes e não-conflitantes. Posteriormente, divide-se o trabalho em duas partes. Na *Primeira Parte*, são examinados os clássicos princípios da litispendência (*Capítulo I*) e da coisa julgada (*Capítulo II*) como medidas para evitar o risco de procedimentos paralelos entre as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido adotados em países de Civil Law e suas variáveis em países de Common Law, tais como *forum non conveniens* para a hipótese de litispendência e *pleas of estoppel* para os efeitos da coisa julgada. Na *Segunda Parte*, é analisada a possibilidade ou não da transposição da litispendência (*Capítulo I*) e da coisa julgada (*Capítulo II*) à arbitragem internacional, além de outros mecanismos mitigadores dos efeitos decorrentes dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional, como a conexão de procedimentos e o *joinder* de uma nova parte; e, em arbitragem de investimento, *waiver*, *fork in the road clause* e *parallel treaty arbitrations* (*Capítulo III*).

Palavras-chave: procedimentos paralelos – litispendência – coisa julgada – *forum non conveniens* – *estoppel* – arbitragem internacional – arbitragem de investimento – conexão – *joinder* – *waiver* – *fork in the road clause* – *parallel treaty arbitration*

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the phenomenon of parallel proceedings in international arbitration, a reality that emerges from the increase in economic activity and business transactions among companies from different countries or among companies and State entities whose business places are located in different countries. This multiplicity of proceedings can be manifested in a number of scenarios: the existence of two arbitrations between the same parties concerning the same legal relationship and arising out of the same arbitration agreement; two or more arbitrations related to a group of contracts, providing for different arbitration agreements, involving the same parties; or even an arbitration and a court action based on an arbitration agreement and a choice of forum clause, respectively, simultaneously pending related to the same legal relationship, between the same parties. Investment arbitration, especially, is a breeding ground for the proliferation of parallel proceedings arising out of the same investment, involving direct investors or their shareholders, based on bilateral investment treaties (BITs) or on contracts. However, the regulation of such problematic scenarios raises complex questions, since arbitration is the mechanism for settlement of disputes commonly used in international contracts. In order to systematize this study and to answer questions of how to overcome and regulate the negative effects of parallel proceedings (such as the risk of contradictory decisions, the multiplicity of proceedings against the same respondent and the high costs incurred in these proceedings), this thesis is divided as follows: Preliminarily, the subject matter is introduced by the definition of parallel proceedings and its different types, such as conflicting and non-conflicting parallel proceedings. Subsequently, this thesis is divided into two parts. In the First Part, the classical principles of *lis pendens* (Chapter I) and *res judicata* (Chapter II) will be examined as measures to avoid the risk of parallel proceedings between the same parties, the same cause of action and the same object as adopted in the Civil Law countries and its variations in Common Law countries, such as *forum non conveniens* to the hypothesis of *lis pendens* and pleas of estoppel to the *res judicata* effects. The Second Part presents an analysis of the possibility of the transposition of *lis pendens* (Chapter I) and *res judicata* (Chapter II) to the field of international arbitration, as well as other mechanisms to mitigate the effects related to parallel proceedings in international arbitration for instance, the consolidation of two arbitrations and joinder of a new party to the arbitration and, in investment arbitration, *waiver*, *fork in the road clause* and *parallel treaty arbitrations* (Chapter III).

Key words: parallel proceedings – *lis pendens* – *res judicata* – *forum non conveniens* – estoppel – international arbitration – international investment arbitration – consolidation – joinder – waiver – fork in the road clause – parallel treaty arbitration

RÉSUMÉ

Ce travail porte sur le phénomène des procédures parallèles en arbitrage international, une réalité découlant de la hausse des flux économiques et des relations commerciales entre des entreprises de divers pays ou entre des entreprises et des entités étatiques de pays différents. Cette multiplicité de procédures se manifeste sous l'existence de deux arbitrages entre les mêmes parties, ayant la même relation juridique et issue de la même clause compromissoire ; de deux arbitrages ou plus relatifs à un groupe de contrats, avec des clauses compromissoires différentes, impliquant les mêmes parties ; ou encore un arbitrage et une action judiciaire simultanés relatifs à une même relation juridique, entre les mêmes parties, issus respectivement d'une clause compromissoire et d'une clause d'élection de for. L'arbitrage d'investissement est un champ particulièrement fertile pour cette prolifération de procédures parallèles issues du même investissement, reposant sur des traités bilatéraux d'investissement (TBI) ou des contrats, où les investisseurs directs ou leurs actionnaires y sont impliqués. L'arbitrage, dont le recours est courant dans les contrats internationaux, s'avère être toutefois un mécanisme de solution provoquant des différends, d'où les questions complexes soulevées pour régler cette problématique. Afin de systématiser l'étude et de répondre aux instigations sur la manière de résoudre et de réguler les effets négatifs des procédures parallèles (par exemple, le risque de décisions contradictoires, la multiplicité de procédures contre le même défendeur et les frais énormes qu'impliquent ces procédures), ce travail sera découpé de la façon suivante : le thème est préliminairement introduit par la conceptualisation des procédures parallèles et de leurs types, conflictuelles et non conflictuelles. Cette étude comporte deux parties : dans la *Première Partie*, nous analyserons les principes classiques de la litispendance (*Chapitre I*) et de la chose jugée (*Chapitre II*) comme des mesures évitant le risque de procédures parallèles entre des demandes ayant les mêmes parties, la même cause et le même objet adoptées dans les pays du Civil Law et leurs variantes dans les pays du Common Law, tels le *forum non conveniens* pour l'hypothèse de litispendance et les *pleas of estoppel* pour les effets de la chose jugée. Dans la *Seconde Partie*, nous aborderons non seulement la possibilité ou non de la transposition de la litispendance (*Chapitre I*) et de la chose jugée (*Chapitre II*) à l'arbitrage international, mais aussi d'autres mécanismes atténuant les effets découlant des procédures parallèles en arbitrage international, comme la connexité de procédures et la jonction (*joinder*) d'une nouvelle partie à l'arbitrage ; et, en arbitrage d'investissement, *waiver*, *fork in the road clause* et le traitement de *parallel treaty arbitrations* (*Chapitre III*)

Mots-Clés: procédures parallèles – litispendance – chose jugée – *forum non conveniens* – *estoppel* – arbitrage international – arbitrage d'investissement – connexité – jonction – *waiver* – *fork in the road clause* – *parallel treaty arbitration*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. A NOÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARALELOS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL	18
Conceito de Procedimento Paralelo	19
Procedimentos Paralelos Não-Conflitantes	20
Procedimentos Paralelos Conflitantes	21

PRIMEIRA PARTE

OS CLÁSSICOS PRINCÍPIOS DA LITISPENDÊNCIA E DA COISA JULGADA

CAPÍTULO I. O PRINCÍPIO DA LITISPENDÊNCIA	27
SEÇÃO 1. Conceito de Litispendência	27
A. Sistema de Civil Law	31
Direito Nacional	31
1. Brasil	31
2. Alemanha	34
3. França	35
4. Itália	37
5. Suécia	37
6. Suíça	38
Direito Comunitário Europeu	39
B. Sistema de Common Law	43
Forum non conveniens	45
Anti-suit injunction	51

CAPÍTULO II. O PRINCÍPIO DA COISA JULGADA	54
SEÇÃO 1. Conceito de Coisa Julgada	54
A. Sistema de Civil Law	56
Direito Nacional	56
Direito Comunitário Europeu	60
B. Sistema de Common Law	62

<i>Pleas of Estoppel</i>	64
<i>Issue Preclusion</i>	65
<i>Claim Preclusion</i>	67
<i>Former Recovery</i>	68
<i>Abuse of Process</i>	69

SEGUNDA PARTE

MECANISMOS PARA MINIMIZAR OS EFEITOS DOS PROCEDIMENTOS PARALELOS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

CAPÍTULO I. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LITISPENDÊNCIA EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL..... 71

SEÇÃO 1. Uma Questão Preliminar: o momento de instauração do procedimento arbitral	71
SEÇÃO 2. Tribunal Arbitral <i>versus</i> Tribunal Arbitral.....	74
A. Litispendência entre dois procedimentos arbitrais paralelos.....	79
B. Lei Aplicável	82
1. Método de conflito de leis.....	82
2. Em busca de regras materiais transnacionais	86
SEÇÃO 3. Tribunal Arbitral <i>versus</i> Corte Estatal	88
A. Conflito jurisdicional ou exceção de litispendência?	94
B. O princípio da competência-competência	100
C. Suspensão por coordenação entre os procedimentos paralelos	111
D. Lei aplicável: em busca de regras materiais transnacionais	113

CAPÍTULO II. A APLICAÇÃO DA COISA JULGADA EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL..... 117

SEÇÃO 1. Os Efeitos da Coisa Julgada de uma Sentença Arbitral	117
Direito Nacional	119
Convenções Internacionais.....	123
Prática Arbitral	126
A. A noção de sentença arbitral	130
1. A definição de sentença arbitral na Convenção de Nova Iorque de 1958.....	131
2. Sentença final e interlocutória.....	132
3. Sentença Arbitral Parcial.....	134
B. Lei aplicável	137

1. O Método de Conflito de Leis.....	137
2. Em busca de regras materiais transnacionais	141
SEÇÃO 2. O Efeito da Coisa Julgada no Controle de uma Sentença Arbitral Internacional	146
A. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral anulada na sede da arbitragem	148
As possíveis soluções diante das representações da arbitragem internacional	156
B. Uma sentença arbitral internacional tem força de precedente?	160

CAPÍTULO III. OUTROS MECANISMOS PARA MITIGAR OS EFEITOS DOS PROCEDIMENTOS PARALELOS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....

SEÇÃO 1. Mecanismos de conexão (<i>consolidation</i>) e <i>joinder</i>	164
Requisitos para <i>consolidation</i>	166
Direito processual interno	166
Legislação nacional em matéria de arbitragem	168
Regulamentos de arbitragem.....	173
(1) Primeiro requisito: alto grau de conexão entre as demandas.....	177
(2) Segundo requisito: risco de sentenças contraditórias	177
(3) Terceiro requisito: o consentimento das partes para a <i>consolidation</i>	177
(4) Quarto requisito: a possibilidade de <i>consolidation</i> nas diferentes regras aplicadas	178
(5) Quinto requisito: O poder discricionário para decidir sobre <i>consolidation</i>	179
Requisitos para o <i>joinder</i>	180
SEÇÃO 2. Mecanismos das arbitragens de investimento	182
Distinção entre <i>treaty claim</i> e <i>contract claim</i>	184
A. <i>Waivers</i>	185
B. <i>Fork in the road clause</i> : Corte Estatal ou Tribunal Arbitral?	188
C. <i>Parallel Treaty Arbitration</i>	195

CONCLUSÃO	198
Possíveis soluções.....	202

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	204

INTRODUÇÃO

Os procedimentos paralelos são uma realidade decorrente do aumento dos fluxos econômicos e relações comerciais entre empresas originárias de diferentes países ou entre empresas e entes estatais ambos originários de diferentes Estados.

Tendo em vista que os efeitos jurisdicionais da cláusula compromissória nem sempre impedem que procedimentos relativos à mesma disputa ou dois procedimentos intrinsecamente conexos existam entre as mesmas partes perante diferentes tribunais arbitrais ou cortes estatais, o fenômeno dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional está no epicentro dos debates da comunidade jurídica internacional.

A multiplicidade de procedimentos arbitrais internacionais pode ser sintetizada em três hipóteses: (i) duas arbitragens entre as mesmas partes sobre o mesmo contrato e mesma cláusula compromissória; (ii) duas arbitragens entre as mesmas partes sobre diferentes contratos e diferentes cláusulas compromissórias; e (iii) duas arbitragens entre partes diferentes e com base em diferentes contratos e diferentes cláusulas compromissórias.

Assim, poderá haver procedimentos paralelos entre tribunais arbitrais ou entre cortes nacionais e tribunais arbitrais. Os motivos que levam as partes a apresentarem procedimentos paralelos relativos à mesma disputa são o interesse em buscar uma maior proteção jurídica ou a possibilidade de aumento das chances de sucesso no resultado da controvérsia¹.

No caso de arbitragens de investimento, entre um investidor e o Estado receptor do investimento, o investidor possui vários direitos provenientes de contratos e/ou tratados bilaterais firmados entre Estados².

Ao investidor cabe o direito de iniciar a demanda contra o Estado, decidindo em

---

¹CREMADES, Bernardo M.; MADALENA, Ignacio. Parallel proceedings in international arbitration. *Arbitration International*, v. 24, n. 4, p. 507-540, 2008.

²O desenvolvimento da arbitragem de investimento decorreu, sobretudo, das arbitragens sob a égide do Centro Internacional para resolução de disputas envolvendo investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes), criado pela Convenção de Washington de 1965. Esse tipo de arbitragem dispensa o consentimento bilateral e simultâneo das partes para a formação da convenção de arbitragem. Como explica o Professor Charles Leben, o Estado profere seu consentimento no momento da celebração do tratado bilateral de investimento, por meio do qual ele aceita a oferta à arbitragem. O investidor, por seu lado, aceita essa oferta à arbitragem de maneira difusa no tempo, ou seja, no momento em que inicia o procedimento de arbitragem perante o ICSID. Por essas peculiaridades, a arbitragem de investimento é chamada de “*arbitration without privity*” (Jan Paulsson), ou “*arbitrage sans accord spécifique*” (Brigitte Stern), ou “*arbitrage transnational unilateral*” (Ben Hamida). LEBEN, Charles. La théorie du contrat d’État et l’évolution du droit international des investissements. *Recueil des Cours de La Haye*, t. 302, p. 364-365, 2003.

que fórum prefere apresentar seu litígio. Também é o investidor que escolhe o fundamento da demanda, com base em inadimplemento do contrato ou de um ou mais tratados bilaterais de investimento (do termo inglês *Bilateral Investment Treaties* ou “BITs”). Além disso, os tratados bilaterais de investimento não protegem apenas investimentos diretos dos entes estrangeiros, mas também investimentos indiretos realizados por uma companhia controlada por um Estado terceiro³.

Um caso que ilustra as consequências desses vários recursos atribuídos aos investidores é o da Argentina, em que proliferaram aproximadamente 40 arbitragens sob as regras do ICSID (International Court for the Settlement of Investment Disputes), com base na mesma questão fática – a disparidade do peso argentino frente ao dólar americano em 2001 – resultou em sentenças arbitrais contraditórias, conforme será analisado no decorrer deste trabalho.

Mais recentemente, tratados bilaterais de investimento mais sofisticados incluem a possibilidade de um mecanismo de apelação e de consolidação compulsória como instrumentos para evitar procedimentos paralelos e amenizar suas consequências⁴.

Já em arbitragem comercial internacional, verificam-se casos oriundos do mesmo empreendimento de construção ou projetos de infra-estrutura, não apenas envolvendo o empreendedor e o principal contratado, mas também fornecedores e subcontratados. Por exemplo, no caso *Adgas*⁵, a companhia Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd (ADGAS) era proprietária de uma fábrica de gás liquefeito no Golfo Pérsico. ADGAS iniciou uma arbitragem ad hoc no Reino Unido, requerendo indenização do principal contratado por defeito de um dos tanques de armazenamento de gás. Simultaneamente, o principal contratado instaurou uma arbitragem em Londres contra o subcontratado japonês, que forneceu os tanques. Não foi possível consolidar os dois procedimentos, pois os japoneses não aceitaram sua inclusão no procedimento movido pela ADGAS, nem a ADGAS aceitou a inclusão dos japoneses.

---

³O Brasil não é parte da Convenção de Washington de 1965 nem ratificou os tratados bilaterais de investimento assinados durante o período de 1994 a 1999 (15 tratados bilaterais celebrados com os seguintes países: Alemanha; Bélgica-Luxemburgo; Chile; Coreia; Cuba; Dinamarca; Finlândia; França; Holanda; Itália; Portugal; Suíça; Reino Unido; e Venezuela). INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES - ICSID. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>.

⁴GALLAGHER, Norah. Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens. In: MISTELIS, Loukas; LEW, Julian D.M. (Eds.). *Pervasive problems in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 354.

⁵*Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd. V. Eastern Bechtel Corp.*, 1982, Lloyd's Rep. 425, CA; 1982, 21 ILM 1057.

Diante desses casos verificados tanto em arbitragem comercial internacional, quanto em arbitragem internacional de investimento, buscam-se meios de mitigar as consequências negativas decorrentes dessa multiplicidade de procedimentos, quais sejam: evitar decisões contraditórias; evitar o alto custo de procedimentos paralelos; e proteger as partes de táticas opressivas ao curso normal dos procedimentos.

Como ponto de partida do nosso trabalho, voltamo-nos ao estudo de direito comparado dos princípios da litispendência e da coisa julgada, que são mecanismos internacionalmente reconhecidos para a garantia da segurança jurídica em casos de procedimentos paralelos.

Porém, podem-se extrair dois fatores preocupantes dessa primeira etapa de estudos. Primeiro, tem-se o desafio de uma aplicação consistente e coerente do direito internacional ante ao crescente número de cortes e tribunais internacionais⁶. Segundo, embora os tribunais arbitrais tendam a citar e basear-se em outras sentenças arbitrais, sobretudo nas arbitragens de investimento sob as regras do ICSID mais comumente publicadas, não há uma obrigatoriedade para recorrer-se a decisões anteriores, pois ausente a força de precedente⁷.

Dessas duas premissas pode-se concluir o seguinte: se cada tribunal pode ser um sistema em si em direito internacional⁸, apontarão no horizonte das relações transfronteiriças cada vez mais problemas de procedimentos paralelos relativos a demandas conexas, mas pendentes em diferentes fóruns. Por conseguinte, sentenças contraditórias sobre a mesma relação jurídica concorrerão na esfera internacional.

Nesse sentido, dois casos foram emblemáticos por ilustrarem as consequências do fenômeno dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional, conforme serão adiante estudados: *Fomento e República Tcheca*.

No caso *Fomento*, discutiu-se a litispendência entre um tribunal arbitral e uma corte estatal. Já no caso *República Tcheca*, deparou-se com dois procedimentos arbitrais paralelos que resultaram em duas decisões contraditórias em relação às mesmas partes,

---

⁶GALLAGHER, Norah. op. cit., p. 332.

⁷De acordo com a doutrina do *stare decisis* estabelecido na Common Law “to stand by what is decided”. Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, distinguindo a prática arbitral em arbitragem comercial internacional, arbitragem do esporte e de investimento vide KAUFFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitral Precedent: dream, necessity or excuse?* *Arbitration International*, v. 23, n. 3, p. 357-378, 2007.

⁸No Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia, *Prosecutor v. Tadic*, *Case n. IT-94-I-AR72*, 2.11.1995: “In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided).” GALLAGHER, Norah. op. cit., p. 332, nota 12.

mesmos fatos e com base em BITs semelhantes no seu conteúdo.

Esses casos revelaram uma questão preocupante à comunidade jurídica internacional alertando sobre o risco de uma multiplicidade de procedimentos envolvendo as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido. Por conseguinte, iniciaram-se esforços para a uniformização ou, ao menos, a harmonização internacional desses princípios processuais.

Porém, embora esteja em voga o esforço de uniformização e harmonização do direito nas mais diversas áreas⁹, verificam-se dificuldades nesse processo uniformizador e harmonizador pelas divergências entre as leis nacionais de cada Estado. Afinal, conforme assinalado por Rodolfo Sacco, “unification of law comes at a price”¹⁰, pois há uma verdadeira competição entre regras mais recentes e mais antigas, quais sobrevirão e quais perecerão.

Esse desafio pode ser constatado quando se trata da tentativa de uniformização de regras processuais transnacionais. E, nessas tentativas de uniformização de tais regras, deve-se mencionar que a Conferência de Haia discutiu a litispendência como tema prioritário¹¹ e a American Law Institute (ALI) com apoio da UNIDROIT desenvolveu um projeto para o estabelecimento de regras transnacionais de processo civil¹² que culminou em 31 dispositivos sob o título de “Principles of Transnational Civil Procedure”¹³.

Tal iniciativa da ALI/UNIDROIT, no entanto, foi criticada por alguns autores, como Pierre Mayer, por consistirem em regras “impraticáveis, de utilidade marginal e

---

⁹Tal tendência de uniformização, no entanto, deve atender a necessidades reais e ser compatível com as mais diversas realidades. Do contrário, não passarão de mero devaneio intelectual incapaz de transpor os muros da academia. Senão vejam-se as palavras de Pierre Mayer, criticando o projeto de regras transnacionais para o direito processual civil: “*Toute la lourde machine de l’uniformisation est en marche, et ses forces sont puissantes: amour de l’uniformité pour elle-même, désir de faire oeuvre utile, excitation intellectuelle devant la création d’un système nouveau.*” MAYER, Pierre. L’utilité des règles transnationales de procédure civile: une vue critique. In: GROUD, Thomas Habu. *La preuve en droit international privé français*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2000. p. 23.

¹⁰Esclarece o autor sobre o custo da uniformização: “*Imagine a world with a thousand local legislatures, whereby these thousand local authorities have the power to create a completely new rule. In such a situation, competition arises between the most recently invented rule and the previously existing ones. Any existing rule may disappear, although sometimes it may spread in all the thousand countries through imitation.*” SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 1, p. 177-178, Spring 2001.

¹¹TEITZ, Louise Ellen. Developments in parallel proceedings: the globalization of procedural responses. *The International Lawyer*, v. 37, Summer 2004. p. 304.

¹²KESSEDJIAN, Catherine. La modelisation procédurale. In: LOQUIN, Eric; KESSEDJIAN (Eds.). *La mondialisation du droit*. Paris: CREDIMI; Litec, 2000. p. 237-255.

¹³Os Princípios da ALI/UNIDROIT foram adotados em 2004. Para análise dos Princípios, vide: ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>.

acometidas de grandes inconvenientes”, pois “cada país tem sua própria mentalidade e os sistemas processuais são fortemente ligados às mentalidades”¹⁴. Afinal, cada Estado apresenta concepções diversas na determinação de deveres e de direitos.

Em meio a essas tentativas de uniformização de conceitos de processo civil, o International Law Association (ILA) direcionou os seus estudos para um novo projeto de uniformização restrito a dois princípios processuais: a litispendência e a coisa julgada. Porém, ao contrário dos Princípios ALI/UNIDROIT sobre Processo Civil Transnacional, o escopo das Recomendações da ILA é limitado à esfera da arbitragem comercial internacional, apenas servindo de guia aos árbitros internacionais.

Assim, o Comitê de Arbitragem do International Law Association (ILA) voltou-se aos estudos de direito comparado para propor soluções à problemática dos procedimentos paralelos. Esse Comitê foi presidido pelo Professor Filip De Ly (precedido pelo Professor Pierre Mayer e anteriormente pelo Professor Emmanuel Gaillard) e teve como Relator Audley Sheppard.

Como resultado dos trabalhos do Comitê, em 2004 em Berlim, foi divulgado um *interim report on res judicata* e, na 72ª Conferência da ILA realizada em Toronto em 2006, foram apresentados os *final reports on res judicata e lis pendens*¹⁵, que incorporaram o relatório anterior por referência¹⁶.

Tais relatórios consistem na análise comparada de leis nacionais, jurisprudência e doutrina, além das consequências práticas das diferentes abordagens em cada jurisdição¹⁷. Assim, por meio desta análise de direito comparado, os relatórios da ILA ressaltam as diferenças e semelhanças entre o sistema de Civil Law e de Common Law em relação aos dois princípios, da litispendência e da coisa julgada, para verificar os pontos de convergência e divergência¹⁸. Aliás, este é o papel do Direito Comparado nesse processo

¹⁴ “Ce n’est pas le contenu, mais l’idée meme de règles transnationales de procédure civile qui me paraît mauvaise: elles sont en effet, par nature, impraticables, d’une utilité extrêmement marginale, et porteuses de graves inconvénients.” MAYER, Pierre. op. cit., p. 24.

¹⁵ As Recomendações estão disponíveis no site da ILA. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Disponível em: <www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm>.

¹⁶ BENSUAUDE, Denis. The International Law Association’s Recommendations on Res Judicata and Lis Pendens in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, v. 24, n. 4, p. 415.

¹⁷ Como membros do Comitê, participaram da elaboração das Recomendações representantes dos seguintes países: Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Bulgária, Canadá, Coreia, Dinamarca, Egito, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Holanda, Índia, Irã, Irlanda, Itália, Japão, México, Nova Zelândia, Polônia, Reino Unido, Suécia e Suíça.

¹⁸ Conforme esclarece o Professor Jacob Dolinger: “Por meio deste estudo comparativo, deparam-se as convergências e as divergências, descobrem-se semelhanças onde se poderia pensar haver conflitos e outras vezes diagnosticam-se diversidades onde se pensava haver uniformidade; também se apontam as

de uniformização do direito, conforme ensina o Professor Jacob Dolinger:

“(...) a verificação se há uniformidade ou conflito entre regras de dois sistemas cabe ao Direito Comparado, e, uma vez constatado um conflito, uniformização das legislações conflitantes ou a harmonização que indica qual dentre os sistemas deva ser aplicado são soluções que dependem da orientação do Direito Comparado. E, finalmente, os conflitos que ocorrem entre dois sistemas de Direito Internacional Privado igualmente requerem a colaboração do Direito Comparado, para eventual uniformização das regras do D.I.P.”¹⁹

O objeto das Recomendações da ILA é justamente buscar maior autonomia e harmonização, embora ela declare expressamente seu foco ser a uniformização²⁰. Para isso tem por base as peculiaridades da arbitragem internacional, tais como seus fundamentos contratuais, autonomia da vontade e procedimentos internacionalizados.

As Recomendações da ILA uniformizaram onde foi possível alcançar um denominador comum. Porém simplesmente harmonizaram por meio de regras de conflito de leis as divergências entre as legislações, relegando a um segundo momento uma eventual uniformização por meio do estabelecimento de regras transnacionais.

Este estudo da ILA é uma das fontes de nosso trabalho por sintetizar as premissas básicas de nosso estudo. Restam, contudo, perguntas a serem respondidas e questões a serem solucionadas, divergências a uniformizar, ampliação do escopo das regras não apenas restritas a árbitros internacionais – embora seja mais difícil de impô-las aos juízes.

Esses são alguns dos desafios que nos deparamos no decorrer deste trabalho para fazer coexistirem regras processuais dos sistemas de Civil Law e de Common Law²¹.

---

origens das convergências e as razões das divergências e pesquisam-se possibilidades de aplainar estas em favor daquelas.” DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado (parte geral). 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 41.

¹⁹Id. Ibid., p. 45.

²⁰ILA Resolution N. 1/2006: “(...) **COMMENDS the Recommendations to arbitral tribunals, with a view to facilitate uniformity and consistency in the interpretation and application of provisions and principles concerning parallel proceedings and the conclusive and preclusive effects of prior arbitral awards.**” (Grifou-se) Vide anexo.

²¹Neste trabalho, adotamos a classificação de sistema de direito de Civil Law e de Common Law, a fim de agrupar países com traços comuns em cada uma dessas famílias: (i) o sistema romano-germânico (Civil Law), que privilegia o direito escrito, codificado, constitui uma grande família, pois abrange grande número de países europeus e alguns países da América; e (ii) o sistema de Common Law, composto pelo direito inglês, irlandês, dos Estados Unidos, do Canadá, da Austrália, da Nova Zelândia, que se baseia sobretudo na jurisprudência. LEGAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains, approche comparative*. Paris: Litec, 2004. p. 81; e p. 88. A obra clássica de René David “Les grands systèmes de droit contemporains” apresenta uma classificação de sistemas e famílias, com base no seguinte fundamento: “each law constitutes in fact a system: it employs a certain vocabulary, corresponding to certain legal concepts; it uses certain methods to interpret them; it is tied to certain conception of social order which

Tendo este objetivo no horizonte, abordaremos as diferenças de tratamento dadas por alguns ordenamentos jurídicos diante de uma situação de procedimentos paralelos. Por uma questão didática, agrupamos essas semelhanças e diferenças em dois sistemas: o da família romano-germânica (Civil Law) e o da família de Common Law²².

Com o intuito de enfrentar essas indagações e sistematizar a problemática dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional, estudaremos, primeiramente, os princípios clássicos da litispendência e da coisa julgada e sua aplicação nos países de Civil Law e Common Law (**Primeira Parte**). Na sequência, analisaremos a litispendência e a coisa julgada, dentre outros mecanismos mitigadores dos efeitos decorrentes dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional (**Segunda Parte**).

---

determines the means of application and the function of law. These systems can then be grouped into families according to two criteria: if ‘someone educated in the study and practice of one law will ... be capable, without much difficulty, of handling another’, and ‘if they are founded on opposed philosophical, political or economic principles, and if they seek to achieve two entirely different types of society’”. GORDLEY, James. Comparative law and legal history. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 761.

²²Segundo René David, “la notion de ‘famille de droits’ ne correspond pas à une réalité biologique; on y recourt seulement à un fin didactique, pour mettre en valeur les ressemblances et les différences qui existent entre les différents droits. (...)”. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 16.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. A NOÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARALELOS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Segundo Andrew Bell, “o advento do contencioso transnacional²³ coincide com a emergência de uma ‘verdadeira economia global’ e o alcance nas últimas décadas de grandes avanços tecnológicos, especialmente nas áreas de transporte, telecomunicações e, mais genericamente, por meio das facilidades da internet para o comércio internacional, incluindo a transferência eletrônica de recursos e a habilidade de realizar negócios no ‘cyberspace’”.²⁴ Afinal, no mundo contemporâneo, as empresas têm-se se engajado em investimentos e contratos transnacionais sem precedentes na História da civilização²⁵ e, quanto mais comércio internacional houver, mais disputas internacionais contratuais e extracontratuais²⁶.

Nesse contexto, verifica-se uma multiplicidade de procedimentos paralelos relativos à mesma relação jurídica, envolvendo as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

Este fenômeno decorre de uma possibilidade de escolha de diferentes fóruns, sobretudo em arbitragens de investimento, pela via judicial perante a corte estatal do Estado receptor do investimento e/ou pela via arbitral sob regulamentos de arbitragem de diversas instituições.

Em consequência desses procedimentos paralelos, outra característica negativa vem apontando no horizonte dos litígios internacionais: a sobreposição de competências (ou “overlapping jurisdictional competence”), pois nos deparamos com situações de escolha entre jurisdições igualmente competentes. Portanto, a questão não é identificar qual é a

---

²³O termo “transnacional” será adotado neste trabalho, seguindo o autor Andrew Bell que prefere utilizar essa expressão a “internacional” para evitar confundir o contencioso de direito internacional público e para melhor classificar o fato de duas ou mais jurisdições estarem envolvidas na resolução da disputa entre elas. BELL, Andrew S. *Forum shopping and venue in Transnational Litigation*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 3.

²⁴Versão original: “The advent of the ‘subject’ of ‘transnational litigation’ has been coincident both with the emergence of a truly global economy and the achievement in recent decades of great technological advances, particularly in the fields of transportation and telecommunications and, more generally, through the internet’s facilitation of international commerce including the electronic transfer of funds and the ability to transact business in ‘cyberspace’”. BELL, Andrew S. op. cit., p. 3.

²⁵SPIGELMAN, Hon J.J. Cross-border insolvency: co-operation or conflict? *Australian Law Journal*, n. 44, p. 44, 2009.

²⁶TEITZ, Louise Ellen. op. cit., p. 303.

corte que tem competência, mas sim verificar qual corte deveria declinar de sua competência, que, sem dúvida, possui²⁷.

Conceito de Procedimento Paralelo

Porém a denominação “procedimentos paralelos” não parece a mais adequada a esse fenômeno de “sobreposição de competências”, diante de um verdadeiro conflito positivo de competências. Senão, veja-se o conceito de procedimentos paralelos introduzido nas Recomendações da ILA, cuja noção é mais ampla e relacionada à preocupação de administração do processo (*case management*):

Recomendações ILA, 1. “*Um tribunal arbitral que se considera prima facie competente em relação à aplicação da convenção de arbitragem deveria, de acordo como princípio competência-competência, dar prosseguimento ao procedimento arbitral (a “Arbitragem em Curso”) e decidir sobre sua competência, sem considerar todos os outros procedimentos pendentes entre as mesmas partes perante uma jurisdição estatal ou outro tribunal arbitral, relativos a uma ou mais questões litigiosas idênticas, ou substancialmente idênticas àquelas submetidas ao tribunal arbitral da arbitragem em curso (o “Procedimento Paralelo”).*”²⁸

O Comitê da ILA discutiu se o termo “procedimento paralelo” seria empregado como sinônimo de *lis pendens*, mas acabou adotando ambas as expressões nas Recomendações²⁹.

A noção de linhas paralelas denota a ausência de pontos em comum³⁰, que não

²⁷McLACHLAN, Campbell. *Lis pendens in international litigation*. Leiden, Boston: Hague Academy of International Law; Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 44.

²⁸Tradução livre. Recommendations on lis pendens and res judicata (Resolution 1/2006): “1. An arbitral tribunal that considers itself to be prima facie competent pursuant to the relevant arbitration agreement should, consistent with the principle of competence competence, proceed with the arbitration (“Current Arbitration”) and determine its own jurisdiction, regardless of any other proceedings pending before a national court or another arbitral tribunal in which the parties and one or more of the issues are the same or substantially the same as the ones before the arbitral tribunal in the Current Arbitration (“Parallel Proceedings”). Having determined that it has jurisdiction, the arbitral tribunal should proceed with the arbitration, subject to any successful setting aside application.”

²⁹As Recomendações da ILA definiram o termo “procedimentos paralelos” com relação às partes e ao objeto que devem ser os mesmos ou substancialmente os mesmos, preferindo essa definição à tríplice identidade. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on lis pendens and arbitration, Commentary to Recommendations. Toronto Conference, 2006. p. 24.

³⁰Segundo o Dicionário Aurélio: “Geometria. 1. Diz-se de duas retas que, situadas no mesmo plano, não têm ponto em comum.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1266.

convergem. Entretanto, no objeto do nosso estudo, os procedimentos tendem a convergir, esbarrando-se em elementos que se complementam ou que se excluem, realmente se sobrepondo. Afinal, o maior temor ocasionado por essas ações paralelas é o risco de decisões contraditórias e inconsistentes, que se tangenciam, ou melhor, se chocam.

Os procedimentos paralelos de fato provêm do mesmo denominador comum, mas podem ser conflitantes ou não-conflitantes, com suas respectivas consequências.

Procedimentos Paralelos Não-Conflitantes

Os procedimentos não-conflitantes são simplesmente um conjunto de ações decorrentes de um mesmo contrato ou grupo de contratos entre as mesmas partes. Porém, são demandas com fundamentos diferentes e cujos resultados serão distintos sem trazer contradições em suas decisões.

Com efeito, esta situação reflete uma estratégia da parte requerente no modo de abordar as suas causas. Por exemplo, há casos em que, embora sejam as mesmas partes e o mesmo negócio contratual, as obrigações a serem disputadas são diversas, mas a parte requerente prefere dividir as obrigações em duas arbitragens perante o mesmo ou outro tribunal arbitral. Algumas vezes, é apenas uma questão de *timing* adequado para certos pedidos estarem mais bem comprovados e em estágio de maturação suficiente para serem submetidos ao juiz ou ao árbitro.

Esses casos tendem a convergir, sobretudo, se forem duas arbitragens perante o mesmo tribunal arbitral, pois ainda que na prática sejam casos sob números de registro diversos, os procedimentos podem ser conduzidos lado a lado até a realização de uma audiência conjunta em que serão debatidas todas as demandas trazidas nas duas arbitragens. Muito embora, se conduzidos separadamente, resultariam em sentenças arbitrais distintas e sem contradições.

Procedimentos Paralelos Conflitantes

Já os procedimentos paralelos conflitantes – objeto da presente tese por estarem no epicentro da problemática que se quer estudar – decorrem de jurisdições concorrentes que advêm da possibilidade de surgirem disputas em várias jurisdições, cujas regras de competência permitem, ao menos *prima facie*, que sejam aceitos em diversas sedes³¹.

Essas jurisdições concorrentes originam-se de um conflito entre jurisdições igualmente competentes no plano internacional, que tem por conteúdo os princípios relativos à delimitação da jurisdição entre os tribunais dos diferentes Estados³². Nesse caso, trata-se de competências concorrentes, pois o reconhecimento da sua própria competência não exclui a jurisdição de outros Estados³³.

Note-se que, em alguns procedimentos conflitantes que adiante analisaremos, o conflito de competências ocorre entre sistemas de natureza diversa, o arbitral e o judicial, não se aplicando essa mesma concepção de jurisdições em igual nível de competência.

Em razão dessas possibilidades que se apresentam ao requerente, há espaço para o *forum shopping* – fenômeno da falta de uniformidade das leis, uma vez que a sede da arbitragem ou o foro estatal é de vital importância nas disputas transnacionais. Tal fenômeno revela que algumas jurisdições são mais atraentes aos olhos dos demandantes do que outros, em razão das suas diferenças processuais, tais como custos processuais, celeridade, regras processuais, qualidade e expertise do Judiciário e dos juristas³⁴. Ademais, a falta de uniformidade entre as leis domésticas e os métodos de conflito de leis dos Estados dita diferenças nos princípios materiais que serão aplicados de acordo com o fórum eleito³⁵.

Em uma situação de procedimentos conflitantes, as mesmas controvérsias ou duas disputas intrinsecamente relacionadas resultam em ações paralelas e conexas perante diferentes tribunais arbitrais ou entre uma corte estatal e um tribunal arbitral, com o risco de culminarem em sentenças arbitrais e/ou judiciais conflitantes³⁶. Além disso, soa no

---

³¹BELL, Andrew S. op. cit., p. 5.

³²STRENGER, Ireneu. *Direito processual internacional*. São Paulo: LTr, 2003. p. 64.

³³ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 207.

³⁴BELL, Andrew S. op. cit., p. 24.

³⁵Id. Ibid., p. 15.

³⁶CREMADES, Bernardo M.; MADALENA, Ignacio. op. cit., p. 507.

mínimo injusto que um requerente possa litigar contra o mesmo requerido com base nos mesmos fatos e no mesmo pedido mais de uma vez³⁷.

Como assinalado pelo Institut de droit international, “parallel litigation in more than one country between the same, or related, parties in relation to the same, or related, issues may lead to injustice, delay, increased expense, and inconsistent decisions.”³⁸ Por esse motivo, esses procedimentos paralelos devem ser fortemente desencorajados³⁹.

Esses mesmos efeitos se almejam evitar nos casos de procedimentos paralelos entre uma corte estatal e um tribunal arbitral, assim como nos procedimentos paralelos entre dois tribunais arbitrais, vez que comprometem a própria existência da arbitragem, uma vez que a sua escolha se dá em virtude de sua finalidade, segurança e neutralidade.

Em suma, como são procedimentos paralelos conflitantes, caso não sejam tomadas medidas para obstar a concomitância de dois ou mais procedimentos idênticos, além dos custos e da inconveniência por litigar duas vezes sobre a mesma demanda, haverá a possibilidade de as cortes de diferentes países chegarem a decisões diferentes, contraditórias e inconsistentes em relação a um objeto idêntico ou relacionado.

Segundo o juiz Diplock, no caso *The Abidin Daver*⁴⁰: “comity demands that such a situation should not be permitted to occur as between courts of two friendly and civilized states. It is a recipe for confusion and injustice.”⁴¹

Portanto, é um desafio nas arbitragens, sobretudo de investimento, o problema da duplicação de procedimentos, sendo necessário desenvolver técnicas para preveni-los⁴².

³⁷GALLAGHER, Norah. op. cit., p. 329.

³⁸Institut de droit international, sessão de Bruges, 02.09.2003, Segunda Comissão sobre The Principles for determining when the use of the doctrine of *forum non conveniens* and *anti-suit injunctions* is appropriate, relator Sir. Lawrence Collins e co-relator M. Georges Droz. ANTI-SUIT Injunctions in International Arbitration. General Editor: Emmanuel Gaillard. IAI Seminar, Paris, 21.11.2003. Juris Publishing, (International Arbitration Institute -IAI). Anexo 8, p. 357.

³⁹“3. *Parallel litigation in more than one country between the same, or related, parties, in relation to the same, or related issues, should be discouraged.*” Institut de droit international, sessão de Bruges, 02.09.2003, Segunda Comissão sobre The Principles for determining when the use of the doctrine of *forum non conveniens* and *anti-suit injunctions* is appropriate, relator Sir. Lawrence Collins e co-relator M. Georges Droz. Disponível em ANTI-SUIT Injunctions in International Arbitration. General Editor: Emmanuel Gaillard. IAI Seminar, Paris, 21.11.2003. Juris Publishing, (International Arbitration Institute - IAI). Anexo 8, p. 358.

⁴⁰[1985] AC 398. BELL, Andrew S. op. cit., p. 12.

⁴¹Nesse mesmo sentido, no caso *American Motorists Ins. Co. v. Cellstar Corp.*, 2003 I.L.Pr.22, p. 394-95: “It is most undesirable that there should be concurrent litigation about the same issues in two different jurisdictions.”

⁴²CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David J. A. Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment dispute. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 127.

Esse problema é mais complexo nas arbitragens de investimento pelo fato de os Estados proporcionarem mais possibilidades à resolução de controvérsias na relação com seus investidores: seja por meio de cortes judiciais, seja por meio de tribunais arbitrais, com base em um tratado internacional como o International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ou com base em um Tratado Bilateral de Investimento (TBI). Por esse motivo, é comum o conflito *treaty claims versus contract claims*⁴³.

Também haverá casos em que os fatos estão relacionados a um grupo de contratos, que podem ser submetidos à arbitragem por uma ou mais cláusulas arbitrais neles inseridas, ou por um TBI ou acordo multilateral de investimento, como o ICSID, além da possibilidade de recorrer às cortes estatais⁴⁴.

Um caso que ilustra as consequências desses vários recursos atribuídos aos investidores é o da Argentina, em que proliferaram aproximadamente 40 arbitragens sob as regras do ICSID (International Court for the Settlement of Investment Disputes). Todos esses casos originaram-se das medidas legislativas tomadas pelo Governo Argentino durante a crise econômica de 2001, por exemplo, a Lei n. 25.561 sobre Emergência Pública e Reforma no Regime de Câmbio Monetário, quando terminou a paridade peso-dólar.

Porém a multiplicidade de procedimentos paralelos originários da mesma questão fática resultou em sentenças arbitrais contraditórias. Enquanto no caso *CMS v. Argentina*⁴⁵ o tribunal arbitral indeferiu a alegação da ré de estado de necessidade, no caso *LG&E v. Argentina*⁴⁶, os árbitros entenderam que a Argentina não era responsável pelas medidas adotadas durante o período de 17 meses de crise. Note-se que ambos os casos fundaram-se no tratado bilateral entre Argentina e Estados Unidos e trouxeram razões de fato e de direito idênticas.

Também outros dois casos foram emblemáticos ao ilustrarem as consequências do fenômeno dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional: *República Tcheca e Fomento*.

---

⁴³BAPTISTA, Luiz Olavo. Parallel arbitrations – waivers and estoppels. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 127.

⁴⁴Id., loc. cit. p. 127

⁴⁵*CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina*, ICSID Case n. ARB/01/8, registrado em 24.08.2001, sentença arbitral de 12.05.2005. INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. Disponível em: <www.worldbank.org/icsid/cases>.

⁴⁶*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Republic of Argentina*, ICSID Case n. ARB/01/8, registrado em 31.01.2002, sentença sobre responsabilidade de 03.10.2006. INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. Disponível em: <www.worldbank.org/icsid/cases>.

No famoso caso *República Tcheca*, foram instauradas duas arbitragens concomitantes relativas às mesmas questões fáticas: o rompimento dos negócios entre a empresa tcheca CET 21 e a CNTS, empresa de propósito específico criada pela parceria entre a CET 21 e a CEDC (subsidiária da empresa holandesa CME) para a administração da licença de transmissão de sinal de televisão concedida pelo Governo Tcheco. Tal rescisão decorreu da declaração do conselho de mídia tcheco decretando o término da exclusividade firmada entre a CET 21 e a CNTS⁴⁷.

Em dezembro de 1999, o acionista majoritário da empresa CME, Sr. Robert Lauder, iniciou uma arbitragem com sede em Londres contra a República Tcheca, sob as regras da UNCITRAL, alegando a violação do tratado bilateral de investimento firmado entre os Estados Unidos e a República Tcheca. Na sentença arbitral de 03 de setembro de 2001, o tribunal arbitral adotou um conceito restritivo de expropriação e indeferiu os pedidos do Sr. Lauder, pois ele não provou ter sofrido danos diretos desse evento⁴⁸.

Seis meses após o início da arbitragem em Londres, a CME instaurou uma arbitragem em face da República Tcheca também sob as regras da UNCITRAL, porém com sede em Estocolmo e com base na violação de outro tratado bilateral de investimento firmado entre a República Tcheca e a Holanda. No entanto, neste caso, em 13 de setembro de 2001, o tribunal arbitral entendeu diferentemente e condenou a República Tcheca a indenizar a CME no montante de USD 268.814.000,00 mais juros⁴⁹. Posteriormente, as cortes suecas indeferiram o pedido de anulação da sentença arbitral ajuizado pela República Tcheca, entendendo que as partes e a lei aplicável nos procedimentos arbitrais não eram idênticas.

O resultado, por conseguinte, foram duas decisões contraditórias proferidas por dois renomados tribunais que chegaram a conclusões diversas em relação às mesmas partes, mesmos fatos, com base em TBIs semelhantes no seu conteúdo.

Contudo, para esses casos ainda não há uma solução unânime, devendo-se recorrer a diferentes mecanismos processuais para prevenir ou mitigar os efeitos indesejáveis

---

⁴⁷BEZDEK, Bianca. Lauder v. Czech Republic: CME v. Czech Republic; Panels in London and Stockholm reach Opposite Results in Treaty Arbitration on Media Investment – Summary. *ASA Bulletin*, v. 20, n. 2, p. 249-257, 2002.

⁴⁸Sentença final, de 03.09.2001, proferida pelo Tribunal composto por Lloyd Cutler, Robert Briner (Presidente) e Bohuslav Klein. Disponível no site do INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca>>.

⁴⁹Sentença parcial, de 13.09.2001, proferida pelo Tribunal composto por Dr. Wolfgang Kuhn (Presidente), Stephen M. Schwebel e Jaroslav Hándl. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca>>.

desses procedimentos paralelos.

Tampouco é possível recorrer a uma única solução. Por esse motivo, partiremos dos clássicos princípios da litispendência e da coisa julgada e, na sequência, examinaremos outros instrumentos adotados em arbitragem como a conexão (*consolidation*) e, sobretudo em arbitragem de investimento, *fork in the road clause* e *waivers*.⁵⁰

---

⁵⁰CREMADES, Bernardo M.; MADALENA, Ignacio. op. cit., p. 507.

PRIMEIRA PARTE

OS CLÁSSICOS PRINCÍPIOS DA LITISPENDÊNCIA E DA COISA JULGADA

Tendo em vista que o fenômeno dos procedimentos paralelos tange consequências já conhecidas nos ordenamentos jurídicos nacionais, analisaremos, na primeira parte do nosso trabalho, os princípios da litispendência (**Capítulo I**) e da coisa julgada (**Capítulo II**) para sua eventual transposição à arbitragem internacional.

CAPÍTULO I. O PRINCÍPIO DA LITISPENDÊNCIA

O princípio da litispendência será estudado a partir de sua concepção geral (**Seção 1**) para posterior análise das peculiaridades de cada sistema jurídico. Primeiramente, o princípio da litispendência será analisado de acordo com sua aplicação em países de Civil Law (**A**) e, posteriormente, de acordo com sua aplicação em países de Common Law (**B**), buscando-se divergências e convergências entre eles.

SEÇÃO 1. Conceito de Litispendência

Litispendência significa literalmente um litígio pendente (*lis pendens*) ou uma ação pendente em outro lugar (*lis alibi pendens*, expressão mais utilizada em países de Common Law). É fundado na política de prevenir uma multiplicidade de ações e garantir maior segurança jurídica, evitando sentenças contraditórias.

Historicamente, essa doutrina já estava prevista no Código Justiniano, que serviu de inspiração para o conceito moderno de litispendência. Porém o termo *lis pendens* ainda não existia⁵¹. Apenas no século XVI, na Holanda, o jurista renascentista Johannes Zangerus identificou a *lis pendens* como uma das exceções de defesa que poderiam ser argüidas pelo demandado em uma ação. E, no século XVII, coube a Johannes Voet traduzir esse conceito à moderna regra da *lis pendens*⁵²:

*“Exception of lis pendens also requires the same persons, thing and cause. The exception that a suit is already pending is quite akin to the exception of res judicata, inasmuch as, when a suit is pending before another judge, this exception is granted just so often as, and in all those cases in which after a suit has been ended there is room for the exception of res judicata in terms of what has already been said. Thus the suit must already have started to be mooted before another judge between the same persons, about the same matter and on the same cause.”*⁵³

⁵¹“C 1.21 (pending litigation precludes a petition to the Emperor); C 26.2 (inheritance actions); C 27.2 (no transfers of property while an action is pending)”. McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 28.

⁵²McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 50.

⁵³*apud* Id. Ibid., p. 51.

Muitos juristas viram que o fundamento da *lis pendens* é o *comity*⁵⁴, como ainda se verificou no direito moderno, por exemplo, no caso *MOX Plant*, em que foi ordenada a suspensão do processo enquanto pendente a decisão da Corte de Justiça Européia: “considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions”⁵⁵.

Essa doutrina da litispendência desenvolveu-se, primeiramente, no âmbito do direito processual civil interno e foi intrinsecamente ligado às regras de reconhecimento do efeito preclusivo das sentenças finais, ou seja, à coisa julgada⁵⁶.

Tanto que em ambos os casos de litispendência e coisa julgada, verificam-se os seguintes elementos:

- (i) as partes (*personae*);
- (ii) a causa ou o mérito da disputa (a *causa petendi*); e
- (iii) o objeto das demandas, o que é decidido e é deferido no dispositivo da sentença (o *petitum*).

Os critérios para a configuração da litispendência passam por esse teste da tríplice identidade (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido). Nas leis processuais, a litispendência opera quando duas ou mais disputas estão pendentes, em relação à mesma demanda, mas perante cortes diferentes.

O princípio da litispendência estrito refere-se a procedimentos paralelos e concomitantes que versam sobre a mesma causa de pedir, mesmo pedido e mesmas partes, quando a lei aplicável confere competência a ambos os fóruns, aplicando-se a regra da prioridade cronológica, conforme sintetiza Douglas Reichert:

“The strict lispendence principle applied in civil law jurisdictions gives effect to a ‘first-in-time’ rule if two proceedings are pending involving (i) the same dispute (ii) between the same parties (iii) before another, equally competent jurisdiction. This ‘first-in-time’ rule provides a

⁵⁴F.A. Mann, Lord Goff na Inglaterra, o Juiz Wilkey nos Estados Unidos. McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 31. De acordo com o dicionário *Law Dictionary* de Steven H. Gifis, *comity* significa: “a rule of courtesy by which one court defers to the concomitant jurisdiction of another. ‘Judicial comity is not a rule of law, but one of practical convenience and expediency’ based on the theory that a court which first asserts jurisdiction will not be interfered with in the continuance of its assertion by another court... unless it is desirable that one give way to the other”. GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 5. ed. New Jersey: Barron’s, 2003. p. 88.

⁵⁵*MOX Plant Case (Irlanda v. Reino Unido)*, 24.06.2003, Provisional Order n. 3.

⁵⁶McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 111.

*rigorous and objective standard for resolving which of two presumably equal jurisdictions should be entitled to adjudicate the dispute, thus eliminating the risk of conflicting judgments.”*⁵⁷

Embora seja um princípio clássico de processo civil, o conceito de litispendência não é uniforme, apresentando diferentes entendimentos nas diversas legislações nacionais. Uma das razões para essas divergências é que o princípio da litispendência não era até recentemente aplicável em situações internacionais, mas somente entre cortes do mesmo Estado.

A regra geral em muitos países é reconhecer a regra da prioridade que requer que a corte acionada em segundo lugar anteveja a possibilidade de execução naquele Estado da sentença proferida pela corte acionada em primeiro lugar. Essa regra se encontra no art. 9 da LDIP suíça e em outros países da União Européia na aplicação da doutrina da litispendência a Estados não-membros.

Reconhecendo-se a litispendência internacional – existência de procedimentos paralelos perante cortes de dois países diferentes –, o resultado seria simplesmente transpor a regra do *first in time* para o âmbito dos litígios transnacionais, o que leva a uma corrida para ser o primeiro a ajuizar a demanda.

Porém, quando não se adota o conceito de litispendência no direito internacional, a análise dos procedimentos paralelos ocorre em outro momento, o do reconhecimento e da execução da sentença, provocando outra corrida: a do julgamento e a da obtenção de sua coisa julgada⁵⁸.

Nota-se a diferença no tratamento dado pelo Regulamento Europeu sobre a matéria cuja norma cogente obriga a corte acionada em segundo lugar a suspender o processo e a declinar de sua jurisdição em favor da outra corte⁵⁹. Por outro lado, os países de Common Law aplicam aos países não-membros a regra geral que confere poder discricionário ao

---

⁵⁷Tradução livre: “O estrito princípio da litispendência aplicado em jurisdições de civil law promove o efeito da regra do primeiro no tempo se dois procedimentos pendentes envolvem (i) a mesma demanda, (ii) entre as mesmas partes, (iii) perante outro tribunal igualmente competente. A regra do ‘primeiro no tempo’ estabelece um padrão rigoroso e objetivo para decidir qual das duas presumidamente iguais jurisdições deveria ter o direito de julgar a controvérsia, assim eliminando o risco de decisões conflitantes.” REICHERT, D. Problems with parallel and duplicate proceedings: the litispence principle and international arbitration. *Arbitration International*, v. 8 n. 3, p. 237-256, 1992.

⁵⁸McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 111.

⁵⁹Por exemplo, de acordo com o art. 27(1) do Regulamento Europeu n. 44/2001, no caso de haver processos envolvendo a mesma ação (causa de pedir e pedido) entre as mesmas partes em diferentes Estados-Membros, enquanto o primeiro não decidir sobre sua competência, os demais terão que suspender os processos a eles submetidos.

juiz para declinar de sua jurisdição quando as condições de litispendência estiverem configuradas⁶⁰.

A exceção de litispendência poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: (i) entre dois procedimentos arbitrais concomitantes; ou (ii) entre um procedimento arbitral e outro judicial. Para cada hipótese, no entanto, diferentes consequências poderão ser verificadas, respectivamente: (i) a possibilidade de conexão (*consolidation*); e (ii) o conflito de competência, tendo em vista a existência de uma cláusula compromissória que confere aos árbitros competência preferencial em relação ao juiz estatal, conforme o princípio *compétence-compétence*. Tais hipóteses serão examinadas no decorrer deste trabalho.

Para evitar uma duplicação de processos ou decisões contraditórias originárias das duas hipóteses acima mencionadas, cada Estado pode adotar diversos mecanismos paliativos, o que explica os diferentes regimes adotados em legislações nacionais e convenções internacionais.

De acordo com J.J. Fawcett, verificam-se quatro medidas que as cortes podem tomar para resolver uma situação de litispendência:

- a) A corte poderá declinar de sua jurisdição ou suspender o procedimento;
- b) A corte poderá restringir o procedimento estrangeiro;
- c) Ambos os processos podem prosseguir e regras de *res judicata* serão aplicadas para prevenir que duas sentenças sejam proferidas; e/ou
- d) Mecanismos podem ser adotados para encorajar as partes a optar por um julgamento em apenas uma jurisdição (o fórum mais apropriado)⁶¹.

A seguir, analisaremos as situações de *lis pendens* de acordo com o tratamento adotado em países de sistema de Civil Law (A) e Common Law (B)⁶².

---

⁶⁰McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 115.

⁶¹FAWCETT, J. J. *Declining jurisdiction in private international law*. In: XIVTH CONGRESSO THE INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW, Atenas, Aug. 1994. *Reports...* Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 28.

⁶²Conforme definição supra (vide Introdução).

A. Sistema de Civil Law

Para análise do princípio da litispendência recepcionado em países de Civil Law, serão analisados alguns direitos nacionais e o direito comunitário europeu.

O princípio da litispendência adotado em países de Civil Law aplica, em geral, a regra *first-in-time rule*, ou seja, o primeiro juiz perante o qual a ação foi ajuizada terá competência para julgá-la, não cabendo o prosseguimento da ação posteriormente apresentada⁶³. Portanto, é importante definir nessas jurisdições quando uma corte é considerada acionada por uma demanda, fazendo-a preventiva, o que é determinado pela lei processual doméstica da cada país.

Em casos de procedimentos internacionais, há países que reconhecem a litispendência internacional por meio do exame da possibilidade de a sentença proferida no exterior ser reconhecida no país em que a corte está julgando o argumento de litispendência. Já em outros Estados, não se reconhece essa litispendência internacional e os procedimentos devem prosseguir paralelamente. Nesse caso, os inconvenientes e os custos desses procedimentos persistirão e o único meio de impedir o risco de duas decisões contraditórias é a doutrina da coisa julgada, no momento de reconhecimento e execução dessas sentenças nesses países.

Vejamos alguns direitos nacionais relevantes por sua influência no direito moderno.

Direito Nacional

1. Brasil

No Brasil, a doutrina da litispendência requer os três elementos da tríplice identidade: mesmas partes, mesmo objeto e mesma causa de pedir em ambos os procedimentos paralelos.

Quanto ao momento em que se pode induzir a litispendência, a lei processual

---

⁶³INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on lis pendens and arbitration, Commentary to Recommendations, cit., p. 2-3.

estabelece que o juízo se torna preventivo a partir da citação válida (CPC, art. 219⁶⁴). Por conseguinte, quando a ação proposta apresenta as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato) que uma ação em curso, a segunda ação deverá ser extinta sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, V). Pode ser alegada como defesa pelas partes ou *ex officio* pelo juiz.

Já quanto à competência internacional⁶⁵, é inadmissível a litispendência internacional no Brasil, conforme expressamente disposto no art. 90 do CPC, *in verbis*:

CPC, art. 90: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”.

Portanto, o juiz brasileiro deve ignorar a existência de uma ação ajuizada em um país estrangeiro, idêntica a outra em curso no Brasil, permitindo o prosseguimento da ação enquanto a autoridade brasileira tiver competência⁶⁶. Configura-se um caso de competência concorrente, pois o Estado brasileiro se julga competente, mas admite que outro Estado também o seja⁶⁷, vez que a norma do CPC não exclui a jurisdição de outros Estados e que não abdica de sua competência⁶⁸.

Ademais, a sentença decidida em outro país, com trânsito em julgado, só terá efeitos no Brasil, incluindo os de força julgada que impedirão o prosseguimento de outra ação em território nacional, uma vez homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 105, I(i); CPC, arts. 483 e 484; e Resolução STJ nº. 9/2005).

⁶⁴CPC, art. 219: “A citação válida torna preventivo o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa (...).”

⁶⁵Adotamos a explicação do Prof. Ireneu Strenger de que a competência internacional refere-se à teoria dos conflitos de jurisdições, que tem por conteúdo os princípios relativos à delimitação da jurisdição entre os tribunais dos diferentes Estados. Entretanto, entende que o termo “competência jurisdicional” é mais adequado do que “competência internacional”, pois não se trata da competência para resolver questões entre Estados, mas simplesmente de fixar a competência dos tribunais de um país em relação aos tribunais de outros países. STRENGER, Ireneu. op. cit., p. 64.

⁶⁶NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed., amp. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 327.

⁶⁷ARAÚJO, Nádia. op. cit., p. 207.

⁶⁸Nesse sentido, veja-se a seguinte jurisprudência: STJ, 3ª Turma, REsp n. 2.170/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 03.09.1990: “Competência internacional – causas conexas. A competência da autoridade judiciária brasileira firma-se quando verificada alguma das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do CPC. O direito brasileiro não elegeu a conexão como critério de fixação da competência internacional que não se prorrogará, por conseguinte, em função dela. Esse entendimento foi depois confirmado em conflito de competência, publicado em LEXSTJ 141, p. 39, em que não foi aplicada a regra da prevenção em face da incompetência de um dos juízos, por ser um destes um juízo estrangeiro. **Na ementa temos que a prevenção não é critério de determinação da competência, e sim de sua fixação. Sua aplicação pressupõe que os dois juízos envolvidos sejam igualmente competentes, o que não se deu na espécie porque um deles seria no estrangeiro.**” (Grifou-se)

Interessante destacar ainda alguns casos em que foi alegada a litispendência entre uma ação pendente nos tribunais brasileiros e a homologação de sentença arbitral estrangeira⁶⁹.

Por exemplo, no caso *Ecom v. Têxtil Pé da Serra*⁷⁰, embora não tenha sido objeto de uma decisão final sobre a questão da homologação da sentença arbitral estrangeira em razão da celebração de acordo entre as partes, chama atenção a decisão do STJ. Diante do pedido de homologação da Ecom, a requerida, Têxtil Pé da Serra, alegou a existência de ação perante o foro de Araripina em Pernambuco, o que impediria a homologação da sentença arbitral estrangeira. O STJ entendeu que caberia suspender a ação de homologação nos termos do art. 265, inc. IV, alínea “a” do CPC⁷¹, concluindo que a sentença de mérito depende do julgamento de outra causa, ou de declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente. Em sede de recurso de agravo regimental, o Relator Min. Francisco Leitão reafirmou a sua posição para evitar julgamentos contraditórios.

Já no caso *Mitsubishi v. Evadin*⁷², o STJ adotou entendimento diverso sobre a questão preliminar de litispendência entre uma ação ajuizada no Brasil e a ação de homologação da sentença arbitral estrangeira.

Ao contestar o requerimento da Mitsubishi para a homologação da sentença arbitral estrangeira proferida no Japão, Evadin alegou que a existência de demanda no Judiciário Brasileiro deveria obstar a homologação. A Relatora Min. Eliana Calmon afastou a preliminar de litispendência, entendendo que inexistente prejudicialidade entre o recurso especial que aguardava julgamento e o pedido de homologação. Ademais, afirmou que se houvesse prejudicialidade seria em relação à ação pendente de julgamento. Já os Ministros Luiz Fux e do Ministro Ari Pargendler destacaram a questão da litispendência. O Ministro

⁶⁹Relatório do Tema Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar), 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”, grupo de trabalho: Flavia Foz Mange, Gerson Damiani, Gustavo Kulesza, Laura Maniero, Natalia Lamas, Patrícia Kobayashi e Priscila Knoll Aymone, 2010, p. 30 e seguintes. Disponível no site do COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf>.

⁷⁰STJ, SEC n. 966, Rel. Min. Francisco Leitão, Decisão Monocrática, julgado em 03.10.2005, DJ de 03.10.2005.

⁷¹“Art. 265. Suspende-se o processo: (...)

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; (...).”

⁷²STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, SEC n. 349, julgada em 21.03.2007, DJ 21.05.2007.

Luiz Fux acrescentou a regra do art. 90 do CPC, segundo a qual ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência. Conseqüentemente, afirmou que vale no Brasil a decisão que primeiro transitar em julgado seja a decisão nacional ou a decisão de homologação da decisão estrangeira. O Ministro Ari Pargendler abordou a questão da concorrência das jurisdições prevista no art. 90 do CPC e concluiu pela possibilidade da pendência de demandas concorrentes em jurisdições diversas⁷³. Após, o Ministro esclareceu que a ação de homologação é perfeitamente distinta de qualquer demanda pendente perante os tribunais pátrios (os pedidos e as causas de pedir não são as mesmas), não havendo litispendência entre essas demandas.

O caso *Samsung v. Carbografite*⁷⁴ seguiu o entendimento de *Mitsubishi v. Evadin*. Nesse caso, a existência de demanda pendente em tribunal brasileiro, na comarca de Petrópolis, Rio de Janeiro, não foi considerada um óbice à homologação. Ademais, foi citada como evidência do interesse processual da requerida em ter a sentença arbitral estrangeira homologada, pois o STJ afirmou que a decisão homologatória poderia ser útil para o julgamento da ação pendente contra a requerente no judiciário brasileiro.

2. Alemanha

Na Alemanha, o §261 do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) dispõe que a litispendência é provocada pelo início do processo e durante o curso do litígio, nenhuma das partes poderá trazer a mesma ação perante outra corte. A identidade entre as partes e o objeto do litígio é decisiva. A litispendência pode ser reconhecida ex officio, porém não é dever do juiz.

No caso de haver o mesmo litígio pendente em uma corte estrangeira em que não se

---

⁷³Interessantes os comentários de Barbosa Moreira ao art. 90 do CPC trazidos pelo Ministro Ari Pargendler em seu voto: “(...) a irrelevância do processo alienígena exaure a sua significação no fato de a existência dele, mesmo iniciada em data anterior, não constituir obstáculo ao exercício da atividade cognitiva pela Justiça nacional sobre a lide. Essa atividade desenvolver-se-á normalmente; e, consumada que seja através da emissão de sentença, o respectivo trânsito em julgado impedirá, em termos definitivos, qualquer repercussão, no território nacional, do resultado a que se chegue no outro país – a não ser, é claro, que se venha a rescindir, por decisão irrecorrível, a sentença brasileira, caso em que desaparecerá, como bem se compreende, o óbice à homologação da estrangeira, ressurgindo assim a possibilidade de que repercuta aqui o resultado do processo em que ela foi proferida.(...) Destarte, se, quando transitar em julgado a decisão homologatória, ainda pender o processo brasileiro, já não se poderá, neste, julgar o mérito: a sentença definitiva que porventura nele se viesse a proferir ofenderia a res judicata e seria, por conseguinte, rescindível.” SEC n. 349, p. 35-36.

⁷⁴STJ, SEC n. 1.302, Rel. Min. Paulo Gallotti, Corte Especial, julgado em 06.10.2008, DJ de 06.10.2008.

aplica o Regulamento Europeu nem outra convenção internacional, o referido artigo do ZPO é aplicado por analogia, devendo-se respeitar a existência do outro litígio, se a corte estrangeira tem competência internacional e a decisão do juiz estrangeiro poderá ser reconhecida em território alemão.

3. França

Na França, o princípio da litispendência é chamado “l’exception de litispendance” e poderá ser invocado nos procedimentos subsequentes ao ajuizamento da primeira ação, *in litteris*:

NCPC, art. 100: “Se o mesmo litígio está pendente perante duas jurisdições do mesmo grau igualmente competentes para conhecê-lo, a jurisdição acionada em segundo lugar deverá recusar sua jurisdição em favor do outro juízo, se uma das partes assim o requerer. Caso contrário, poderá fazê-lo de ofício.”⁷⁵

Portanto, quando uma das partes argüir a exceção de litispendência e o juiz constatar que outro tribunal francês anteriormente acionado de um litígio entre as mesmas partes, tendo o mesmo objeto e a mesma causa é competente (condições para a configuração da litispendência), ele é obrigado a extinguir o segundo processo. Entretanto, no caso de silêncio das partes, ele poderá extinguir o processo *ex officio* com base na litispendência, mas não é obrigado a fazê-lo⁷⁶.

Já em competência internacional, a exceção de litispendência entre um tribunal francês e uma corte estrangeira, demorou a ser acolhida pelos tribunais franceses⁷⁷. Contudo, incentivada pela doutrina, a Corte de Cassação acabou admitindo a litispendência internacional (caso *Miniera di Fragne*, de 26 de novembro de 1974). Para a aplicação desse princípio e a conseqüente extinção do processo perante o juiz francês em favor da

---

⁷⁵Tradução livre. Art. 100 do Novo Código de Processo Civil Francês: “*Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office.*”

⁷⁶GAUDEMET-TALLON, Hélène. Les regimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle em matière civile et commerciale: forum non conveniens, lis pendens. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 46, n. 2, P. 428, abr./jun. 1994.

⁷⁷De acordo com Bernard Audit, “pendant un siècle et demi, on cite un grand nombre de décisions ayant refusé d'admettre l'exception em raison d'une instance ouverte à l'étranger”. AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 3. ed. Paris: Economica, 2000. p. 337.

jurisdição estrangeira, a Corte de Cassação estabeleceu a seguinte condição: desde que a decisão a ser proferida em outro país seja suscetível de ser reconhecida na França⁷⁸.

Verifica-se que a diferença entre a litispendência de direito interno e a de direito internacional é que a primeira será acolhida somente se as duas jurisdições forem competentes. Caso o conflito permaneça, caberá à corte imediatamente superior decidir a questão. No entanto, no caso de litispendência internacional, ao contrário, não há uma autoridade superior para resolver o conflito. Nesse caso, o simples fato de o tribunal reconhecer sua competência induz a litispendência quando houver um incidente de competência perante uma corte estrangeira, podendo o juiz francês decidir sobre a exceção de litispendência⁷⁹.

Outrossim, o art. 101 refere-se aos casos de conexão:

NCPC, art. 101: “Se existe entre os casos submetidos perante duas jurisdições distintas uma ligação que seja de interesse da boa justiça de instruí-los e julgá-los conjuntamente, pode-se requerer a uma dessas jurisdições de extinguir o processo e enviá-lo para conhecimento a outra jurisdição.”⁸⁰

As cortes francesas podem suspender o processo enquanto aguardar o julgamento de um processo a ele relacionado (*sursis à statuer*).

Também é importante destacar o disposto no art. 102 do NCPC⁸¹, que estabelece um grau de hierarquia para a aplicação da exceção de litispendência e de conexão:

NCPC, art. 102: “Quando as jurisdições acionadas não forem do mesmo grau, a exceção de litispendência ou de conexão somente será invocada perante uma jurisdição inferior.”

⁷⁸GAUDEMET-TALLON, Hélène. op. cit., p. 429.

⁷⁹MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent. *Droit international privé*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 2004, p. 315.

⁸⁰Tradução livre. Versão original NCPC, art. 101: “S’il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu’il soit de l’intérêt d’une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l’une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l’état la connaissance de l’affaire à l’autre juridiction.”

⁸¹Tradução livre. Versão original NCPC, art. 102: “Lorsque les juridictions saisies ne sont pas de même degré, l’exception de litispendance ou de connexité ne peut être soulevée que devant la juridiction du degré inférieur.”

4. Itália

Na Itália, o art. 39.1 do Código de Processo Civil Italiano estabelece a *first-in-time rule* para solucionar o problema de dois litígios pendentes em tribunais nacionais.

Já para a situação de concomitância de um litígio doméstico e outro estrangeiro, aplica-se o Regulamento Europeu ou o art. 7 da Lei de Direito Internacional Privado. De acordo com esse dispositivo, o juiz italiano poderá suspender o caso, se for impugnado por haver um litígio anterior entre as mesmas partes, sobre o mesmo objeto e sobre a mesma causa de agir perante um juiz estrangeiro, desde que a decisão estrangeira possa produzir efeitos dentro do sistema italiano. Entretanto, se a decisão estrangeira não é reconhecida no território italiano ou se o juiz estrangeiro declara sua ausência de jurisdição, o juiz italiano prosseguirá com o litígio⁸².

O juiz italiano pode suspender o procedimento discricionariamente, quando pendente o julgamento de outro processo. Mas é incomum que decline de sua jurisdição quando considerar que determinado processo foi ajuizado em abuso de direito⁸³.

5. Suécia

Na Suécia, o art. 6 do Capítulo 13 do Código de Processo Judicial da Suécia estabelece que enquanto uma ação estiver pendente, uma nova ação envolvendo o mesmo

---

⁸²Na Itália, não era reconhecida a litispendência internacional até a reforma do sistema de direito internacional privado italiano de 1995: CPC, Art. 3 “*Pendenza di lite davanti a giudice straniero (abrogato) La giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa*”. [Articolo abrogato dall’art. 73 della Legge 218 del 31 maggio 1995, con effetto dal 2 settembre 1995].

“L’abrogato art. 3 sanciva l’irrelevanza della cd. *litispendenza internazionale* che ricorre quando venga proposta domanda dinanzi al giudice italiano (dotato di giurisdizione) e sia stata già instaurata una controversia avente lo stesso oggetto dinanzi ad un giudice straniero. Si rendeva, così, possibile lo svolgimento di due o più processi uguali con il pericolo di giudicati contrastanti. Il legislatore del ’95, armonizzando il sistema italiano con quelli stranieri, ha attribuito *rilevanza* alla litispendenza internazionale disponendo che qualora sia *eccepita* innanzi ad un giudice italiano la pendenza di una causa identica dinanzi ad un giudice straniero, il giudice italiano *deve sospendere* il giudizio ove ritenga che la pronuncia straniera possa produrre effetto per l’ordinamento italiano. Se invece il giudice straniero *declina* la sua giurisdizione oppure il provvedimento non viene riconosciuto in Italia, la causa prosegue davanti al giudice italiano, previa riassunzione a cura della parte interessata. Qualora, invece, sussista un nesso di *pregiudizialità* fra la causa straniera e quella italiana, il giudice italiano *sospende* il processo *solo se ritiene* che il provvedimento straniero possa avere efficacia nel nostro ordinamento (art. 7, l. 218/1995).” Nota ao art. 3 do Codice di procedura civile. BROCARDI.IT. *Articolo 3 Codice de Procedura Civile*. Disponível em: <<http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-primi/titolo-i/capo-i/sezione-i/art3.html>>.

⁸³INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on lis pendens and arbitration, Commentary to Recommendations, cit., p. 9.

objeto entre as mesmas partes, não poderá ser admitida. A Corte de Apelação Svea confirmou que uma das condições fundamentais para a configuração de litispendência é a identidade das partes. Por exemplo, no caso *Czech Republic v. CME Czech Republic BV*⁸⁴, a Corte entendeu que o acionista controlador, Robert Lauder, e a companhia, CME, não são partes idênticas para essa noção de identidade entre as partes.

6. Suíça

Na Suíça, as ações domésticas são reguladas pelo art. 35 da Lei Federal sobre o Local da Jurisdição em Matéria Civil de 01 de janeiro 2001 que adota a regra do primeiro acionado, requerendo identidade de partes e de causa de pedir.

Para casos de litispendência internacional entre uma corte estrangeira e uma corte suíça, aplica-se a Convenção de Lugano (semelhante à Resolução n. 44/2001) ou a Lei Federal sobre Direito Internacional Privado (LDIP) de 18 de dezembro de 1987, cujo art. 9 da LDIP estabelece *in litteris*:

“LDIP, Art. 9º.

1. Lorsqu’une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l’étranger, le tribunal suisse suspend la cause s’il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse.
2. Pour déterminer quand une action a été introduite en Suisse, la date du premier acte nécessaire pour introduire l’instance est décisive. La citation en conciliation suffit.
3. Le tribunal suisse se dessaisit dès qu’une décision étrangère pouvant être reconnue en Suisse lui est présentée.”⁸⁵

Nesses casos envolvendo uma corte estrangeira, a litispendência também exige a identidade de partes e de causa de pedir. Além disso, a corte primeiramente acionada deverá proferir uma sentença em um tempo razoável e que seja capaz de ser reconhecida na Suíça. Portanto, a Suíça adota o critério da declinação de competência se uma ação em

⁸⁴Caso 8735-01, Stockholm Arbitration Report 2003:2.

⁸⁵Tradução livre. LDIP, art. 9º: “1. Quando uma ação tendo o mesmo objeto já pendente no exterior entre as mesmas partes, o tribunal suíço suspende a ação se é possível prever que a jurisdição estrangeira proferirá, dentro de um prazo razoável, uma decisão que possa ser reconhecida na Suíça. 2. Para determinar quando uma ação foi introduzida na Suíça, a data do primeiro ato necessário para iniciar a instância é decisivo. A citação em conciliação é suficiente. 3. O tribunal suíço se julga incompetente desde que uma decisão estrangeira podendo ser reconhecida na Suíça lhe é apresentada.”

curso em outro país resultar em uma sentença que é passível de reconhecimento na Suíça.

Direito Comunitário Europeu

Além do direito nacional, também o direito comunitário europeu regula a litispendência e cria uma “litispendência européia”⁸⁶: primeiro, por meio da Convenção de Bruxelas de 1968 e de Lugano (1988 e 2007), posteriormente substituídas pelo Regulamento n.º. 44, de 20 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial na Europa (Regulamento n.º. 44/2001⁸⁷ ou Regulamento Bruxelas I)⁸⁸.

A seção 9 do Regulamento Europeu, intitulado “litispendência e conexão”, prevê o seguinte tratamento da matéria.

De acordo com o art. 27 do Regulamento n. 44/2001 da Comunidade Européia, que substituiu o art. 21 da Convenção de Bruxelas de 1968⁸⁹, as cortes estatais devem suspender o segundo procedimento ou declinar de sua jurisdição para decidir, caso a jurisdição da primeira corte já estiver estabelecida, *in verbis*:

Regulamento n.º. 44/2001, Art. 27:

“1. Quando acções com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados-Membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar suspende oficiosamente a instância, até que seja

⁸⁶GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*. 4. ed. Paris: LGDJ, 2010. p. 340.

⁸⁷Publicado no Jornal Oficial da União Européia em 16 de janeiro de 2001. JORNAL Oficial das Comunidades Européias, 16 Jan. 2001. Regulamento (CE) N. 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:PT:PDF>>.

⁸⁸O Regulamento n. 44/2001 entrou em vigor em 01.03.2001, substituindo a Convenção de Bruxelas de 1968 em matéria de competência e execução de sentenças no espaço comunitário europeu. Ao contrário da Convenção de Bruxelas que depende da ratificação dos Estados-Membros da União Européia para a entrada em vigor em cada Estado-Membro, o Regulamento se impõe diretamente e imediatamente em todos os Estados-Membros. Entretanto, o Reino Unido, Irlanda e Dinamarca ao assinarem o Tratado de Amsterdã fizeram a reserva de que não estariam ligadas automaticamente pelo Título IV do Tratado e, portanto, ao Regulamento Europeu. Irlanda e Reino Unido acabaram adotando o Regulamento Europeu n. 44/2001. Para comentários sobre o Regulamento n. 44/2001, vide GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, cit., p. 19.

⁸⁹Convenção de Bruxelas, art. 21: “*Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d’État contractant différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d’office à statuer jusqu’à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci*”.

estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar.

2. Quando estiver estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar, o segundo tribunal declara-se incompetente em favor daquele.”⁹⁰

Verifica-se que, sendo certa a competência do juiz primeiramente acionado, o juiz acionado em segundo lugar deverá extinguir o processo. Entretanto, no direito comunitário, não foi acolhido o requisito da possibilidade de reconhecimento da decisão proferida pelo juiz estrangeiro no território do Estado do juiz primeiramente acionado, previsto em alguns países para a configuração da litispendência internacional.

Note-se ainda que, de acordo com o Regulamento Europeu, a litispendência decorre das seguintes premissas: identidade de parte, de causa de pedir e de pedido (na versão em português acima transcrita); ou identidade de partes, de causa e de objeto (na versão em francês⁹¹); ou ainda identidade de partes e de causa de agir (na versão em inglês)⁹².

Porém, esses elementos não estão definidos no Regulamento, cabendo à Corte de Justiça Europeia dar-lhes uma “interpretação comunitária” (caso *Gubisch Maschinen Fabrik AG v. Palumbo*⁹³).

De acordo com os critérios da Corte de Justiça Europeia, as “partes iguais” são aquelas que apresentam uma identidade de interesses, cabendo às cortes estatais o teste de identidade e indissociabilidade de interesse⁹⁴.

⁹⁰Versão em português disponível no site EUROPA. Regulamento (CE) N. 44/2001 do Conselho de 22 de dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 12 de 16.1.2001, p. 1). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20081204:PT:PDF>>.

⁹¹Regulamento Europeu n. 44/2001, art. 27: “1. *Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d’États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d’office à statuer jusqu’à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. 2. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.*” (Grifou-se)

⁹²Versão em inglês do art. 27 do Regulamento n. 44/2001:

“1. Where proceedings involving **the same cause of action between the same parties** are brought in the courts of different Member States, any court other than the court first seised shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seised is established.

2. Where the jurisdiction of the court first seised is established, any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court.” (Grifou-se)

⁹³Caso 144/86, julgado em 08.12.1987: caso em que a Corte de Justiça declarou que a condição de identidade das partes deve ser buscada por meio de uma interpretação comunitária e não por referência a um direito nacional. GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, cit., p. 342.

⁹⁴Id. Ibid., p. 264.

No caso *Drouot Assurances S.A. v. Consolidated Metallurgical Industries*⁹⁵, a Corte de Justiça Européia se pronunciou sobre esse tema. Tratava-se de um caso que discutiu a existência de duas ações sobre avarias comuns. Uma ação foi ajuizada perante o tribunal francês entre a seguradora do navio (Drouot) que naufragou e o proprietário da carga que estava a bordo e a sua seguradora; e outra ação movida pelos dois últimos contra o proprietário do barco e seu arrendatário perante um tribunal holandês.

A Corte de Justiça decidiu que a seguradora Drouot não agiu na França na qualidade de representante de seus assegurados, mas sim na qualidade de um participante direto da recuperação do navio. Portanto, a teoria da representação e da subrogação constitui um critério para justificar a identidade das partes. Entretanto, a Corte de Justiça foi além adotando a teoria da coisa julgada, de interesses idênticos e indissociáveis, o risco de decisões inconciliáveis⁹⁶.

Sobre a mesma causa de pedir e mesmo pedido, a Corte de Justiça declarou que quando dois litígios envolvendo as mesmas partes versarem sobre a mesma relação contratual trata-se da mesma causa de agir, não sendo necessário que as duas demandas sejam idênticas (caso *Gubisch Maschinenfabrik KG v. Palumbo*⁹⁷).

Já no caso *The Tatry*⁹⁸, a Corte de Justiça Européia definiu a causa pela identidade de fatos e a regra jurídica invocada como fundamento da demanda.

Quanto à identidade do objeto, o caso *Gubish*⁹⁹ trouxe uma posição polêmica, pois a Corte de Justiça entendeu que a força obrigatória do contrato está no centro de duas demandas quando: uma demanda de execução do contrato tem por finalidade a sua eficácia; e uma demanda de anulação e resolução desse contrato para retirar a sua eficácia. De acordo com Hélène Gaudemet-Tallon, essa “concepção extensiva da identidade de objeto é infeliz, pois gera o risco de haver litispendência entre todas as demandas que versarem sobre o mesmo contrato com base na sua força obrigatória¹⁰⁰”. No caso *The Tatry*¹⁰¹, a Corte de Justiça reiterou seu entendimento de que “o objeto consiste na finalidade da demanda”, ou seja, a finalidade comum entre duas ações.

---

⁹⁵(C-351/96, 1998).

⁹⁶GAUDEMÉT-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, cit., p. 343.

⁹⁷Caso 144/86, julgado em 08.12.1987.

⁹⁸Caso 406/92, julgado em 06.12.1994.

⁹⁹Caso 144/86, julgado em 08.12.1987.

¹⁰⁰GAUDEMÉT-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, cit., p. 345.

¹⁰¹Caso 406/92, julgado em 06.12.1994.

Outra questão importante para a verificação da litispendência é a data da propositura das ações para definir qual é a corte preventiva em primeiro lugar. Sob o regime da Convenção de Bruxelas, cabia a cada direito nacional definir o momento em que o juízo estava preventivo, o que gerava incertezas.

O Regulamento Europeu tentou uma nova solução, após a constatação da existência de dois sistemas no espaço europeu: (i) em alguns Estados, o juízo é preventivo a partir do ato que determina o início da competência; e (ii) em outros Estados, o juízo é preventivo a partir da citação do réu. O art. 30 buscou uma regra material para uniformizar esses sistemas:

Regulamento n.º 44/2001, art. 30: “Para efeitos da presente secção, considera-se que a acção está submetida à apreciação do tribunal:

1. Na data em que é apresentado ao tribunal o acto que determina o início da instância ou um acto equivalente, desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ao requerido; ou

2. Se o acto tiver de ser citado antes de ser apresentado ao tribunal, na data em que é recebido pela autoridade responsável pela citação, desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o acto seja apresentado ao tribunal.”¹⁰²

A grande virtude da doutrina da litispendência é sua simplicidade baseada na regra da primeira corte acionada.

Entretanto, conforme constatou J.J. Fawcett em seu Relatório à Academia Internacional de Direito Comparado sobre *Declining Jurisdiction in Private International Law*, verifica-se a falta de uniformidade em alguns critérios determinantes da litispendência¹⁰³.

Primeiro, não há uma definição uniforme de litispendência sobre os termos “mesmas partes e mesma causa de pedir”.

Em segundo lugar, no caso de haver uma definição aos termos acima mencionados, uma das partes tentaria trazer outra parte ou outra causa de pedir ao processo.

Em terceiro lugar, é necessário elaborar algumas regras aos casos que fujam da definição de litispendência, como as “ações relacionadas” (Convenção de Bruxelas, art. 22).

¹⁰²Regulamento n.º 44/2001, Versão em português no site. EUROPA. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/>>.

¹⁰³FAWCETT, J. J. op. cit., p. 34-35.

Em quarto lugar, a corte primeiramente acionada é um acidente temporal, muitas ações podem ser apresentadas concomitantemente.

Em quinto lugar, a *first-in-time rule* incentiva a multiplicidade de procedimentos paralelos, pois cria uma corrida entre as partes para ser o primeiro a instaurar a ação.

Em sexto lugar, uma parte pode iniciar o processo apenas para impedir que a outra o inicie e adote táticas protelatórias.

Em sétimo lugar, embora muitos Estados entendam que as cortes foram acionadas quando os requeridos foram devidamente citados do processo (por exemplo, na Itália, Alemanha, Holanda e Inglaterra), não há uma uniformidade sobre esse fator. Portanto, os pontos-de-partida são diversos.

Essa análise preliminar sobre a regulação do princípio da litispendência no direito nacional de alguns países de família romano-germânica é o primeiro passo para a busca de fatores convergentes e divergentes sobre a matéria. O segundo passo será testar a aplicação desse princípio em arbitragem internacional, conforme será tratado na segunda parte deste trabalho.

B. Sistema de Common Law

Ao passo que os países de Civil Law aplicam o *first-in-time rule*, os países de Common Law aplicam outras doutrinas para o fenômeno dos procedimentos paralelos, tais como *forum non conveniens*, *abuse of process*¹⁰⁴ e boa administração da justiça.

Ao juiz de Common Law caberá decidir se suspende ou não o procedimento, de acordo com a sua discricionariedade, quando houver outro litígio pendente em outro Estado, não havendo a exigência do requisito da tríplice identidade (*stay of proceedings awaiting the outcome of another action*)¹⁰⁵. Neste caso, tanto a corte do fórum quanto a

¹⁰⁴É rara a aplicação da doutrina do *abuse of process*. Com base nessa doutrina, uma corte pode suspender uma demanda ao entender que o caso que lhe foi submetido é um *abuse of process*, por ser abusivo, opressivo, ou uma demonstração de má-fé. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on lis pendens and arbitration, Commentary to Recommendations, cit., p. 7.

¹⁰⁵Esse poder de suspender o processo enquanto aguarda a decisão de outra jurisdição, visa à boa administração da justiça. Nos Estados Unidos, o Juiz da Suprema Corte Cardozo declarou no caso *Landis v. North American*: “The power to stay proceedings is incidental to the power inherent in every court to control the disposition of the causes in its docket with economy of time and effort for itself, for counsel and for litigants. How this can Best be done calls for the exercise of judgment, which must weigh competing

corte estrangeira são igualmente competentes de acordo com as regras de direito internacional privado locais (*lex fori*) e a corte do fórum tem o poder discricionário de determinar em que jurisdição a demanda será julgada, decidindo se confere ou recusa o pedido de suspensão do procedimento¹⁰⁶.

Portanto, tem-se no caso da *first-in-time rule* uma questão de ordem e, no *forum non conveniens*, uma questão de conveniência¹⁰⁷.

Nos Estados Unidos, as doutrinas da *lis pendens* e *forum non conveniens* são distintas. Entretanto, são raros os casos em que se discute a questão da litispendência¹⁰⁸. É uma doutrina que permite que os tribunais federais suspendam ou extingam um processo em favor de uma ação pendente em um tribunal estrangeiro, de acordo com os seguintes critérios¹⁰⁹:

- (1) Princípio do comity¹¹⁰;
- (2) Adequação do pedido submetido ao foro estrangeiro;
- (3) A sequência em que as ações foram ajuizadas;
- (4) Eficiência judicial e intuito de evitar que o mesmo objeto seja julgado por mais de um tribunal;
- (5) Identidade de partes e demandas nas duas ações;
- (6) Conveniência das testemunhas, das partes e dos advogados; e
- (7) Possível prejuízo em razão da suspensão da ação.

Mais recentemente, os Estados Unidos têm demonstrado uma tendência em aplicar uma regra uma modificada de *lis pendens* ligada aos procedimentos concorrentes (*lis pendens*) ou sucessivos (*res judicata*). Por exemplo, os Princípios de Direito Processual Transnacional do American Law Institut/Unidroit dispõem:

---

interest and maintain na even balance... True, the suppliant for a stay must make out a clear case of hardship or inequity in being required to go forward, if there is even a fair possibility that the stay for which he prays will work damage to someone else. Only in rare circumstances will a litigant in one cause be compelled to stand aside while a litigant in another settles the rule of law that will define the rights of both INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on *lis pendens* and arbitration, Commentary to Recommendations, cit., p. 7.

¹⁰⁶Id. Ibid., p. 6.

¹⁰⁷Id. Ibid., p. 2-3.

¹⁰⁸Id. Ibid., p. 5.

¹⁰⁹GRUBBS, Shelby R. *International civil procedure*. The Hague; London; New York: World Law Group Member Firms; Kluwer Law International, 2003. p. 789.

¹¹⁰“Comity refers to the policy of a court in one sovereign state to give effect and deference to the laws and judicial decisions of another sovereign state. Comity is not regarded by state or federal courts as a matter of obligation, but of discretion.” GRUBBS, Shelby R. op. cit., p. 789.

ALI/UNIDROIT Principles, 2.6: “*The court should decline jurisdiction or suspend the proceeding, when the dispute is previously pending in another court competent to exercise jurisdiction, unless it appears that the dispute will not be fairly, effectively, and expeditiously resolved in that forum.*”

ALI/UNIDROIT Principles, 28: “*Lis Pendens and Res Judicata*

28.1 *In applying the rules of lis pendens, the scope of the proceeding is determined by the claims in the parties’ pleadings, including amendments.*”

Na Inglaterra, em países da Commonwealth como Austrália, Canadá e Nova Zelândia, e em Israel, a litispendência não é uma doutrina propriamente dita, mas uma faceta importante do *forum nos conveniens*. Por meio dessa doutrina, as cortes têm o poder de suspender ou extinguir os seus processos, quando necessário para prevenir injustiças¹¹¹.

Ademais, embora o *forum non conveniens* seja aplicado aos casos de litispendência, o princípio da litispendência não apresenta o mesmo peso a favor da declinação de competência. A questão que normalmente se impõe nas cortes americanas é se os procedimentos estrangeiros devem ser restringidos¹¹².

Já no Canadá de Common Law, a litispendência é mais relevante nos casos em que o requerente é a mesma parte. E na Inglaterra, é fundamental verificar em que estágio do processo se encontra cada ação, sendo irrelevante qual a ação foi instaurada em primeiro lugar¹¹³.

Em geral, nos casos de procedimentos paralelos, debate-se o exercício do poder discricionário de suspender ou indeferir a ação de acordo com o *forum non conveniens*, bem como o poder de conferir uma *anti-suit injunction*.

Forum non conveniens

Primeiramente, o *forum non conveniens* pode ser definido como um poder geral discricionário de uma corte para declinar sua jurisdição, tendo em vista que o fórum estrangeiro é o fórum apropriado ou que o fórum local é inapropriado. Portanto, é uma

---

¹¹¹Inglaterra, Supreme Court Act 1981, s. 49(2): “*Every court (...) shall so exercise its jurisdiction (...) [so as] to secure that (...) all multiplicity of legal proceedings with respect to [all matters in dispute] is avoided.*”

¹¹²FAWCETT, J. J. op. cit., p. 30.

¹¹³Id. Ibid., p. 29.

doutrina negativa em relação à declinação de competência¹¹⁴.

Diante das conseqüências contraproducentes dos procedimentos paralelos, tais como protelação dos processos, aumento dos custos, injustiça e decisões inconsistentes, a regra do *forum non conveniens* ganhou aceitação internacional – embora outras doutrinas tenham obtido o mesmo resultado, como as doutrinas do abuso de direito e da litispendência¹¹⁵.

O *forum non conveniens* foi adotado em países de Common Law como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Estados Unidos. Já os países de Civil Law como França, Alemanha, Suíça, Itália, Holanda e, na América Latina, Argentina e Brasil, não apresentam esse poder discricionário¹¹⁶.

Nos países influenciados pela lei inglesa¹¹⁷, essa regra foi proclamada pela *House of Lords* no caso *Spiliada*:

“(...) a stay will only be granted on the ground of *forum non conveniens* where the court is satisfied that there is some other available forum, having jurisdiction, which is the appropriate forum for trial of the action, i.e. in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice.”¹¹⁸

Portanto, as cortes inglesas têm um poder de suspender o processo se a Inglaterra é um fórum inapropriado, tendo em vista a existência de outra corte competente e mais apropriada para o julgamento da ação. Ademais, não haverá injustiça ao retirar do autor o seu direito a um julgamento na Inglaterra¹¹⁹.

Ou seja, a corte suspenderá o processo, se a parte demonstrar que a Inglaterra não é o fórum natural ou apropriado para julgar o caso, exceto se o autor provar que os interesses da justiça requerem que a corte inglesa decida essa ação. Para a análise do fórum mais apropriado, as cortes inglesas consideram o princípio do *comity*¹²⁰.

Na Inglaterra, a regra do *forum non conveniens* é aplicada apenas aos Estados-

¹¹⁴FAWCETT, J. J. op. cit., p. 10.

¹¹⁵ORREGO VICUÑA, Francisco. *Lis pendens arbitralis*. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 208.

¹¹⁶FAWCETT, J. J. op. cit., p. 10.

¹¹⁷Os países de Common Law influenciados pelo caso *Spiliada* são: Nova Zelândia, Brunei, Hong Kong, Cingapura e Israel. Id. Ibid., p. 11-13.

¹¹⁸*Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltda*, 1987, AC 460, p. 478.

¹¹⁹McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 69.

¹²⁰GRUBBS, Shelby R. op. cit., p. 186.

terceiros, não abrangidos pelo espaço europeu. Nos casos envolvendo Estados-membros, aplicava-se a Convenção de Bruxelas, atualmente Regulamento Europeu n. 44/2001, que não adotou a referida regra do *forum non conveniens*.

Note-se que, após o caso *Owusu v. Jackson*, a Corte de Justiça Européia declarou que o Regulamento n. 44/2001 não permite que uma corte de um Estado-membro decline de sua jurisdição com base na regra discricionária do *forum non conveniens* em favor de cortes de Estados não-membros¹²¹. Tratava-se de um caso movido na Inglaterra pelo Sr. Jackson que reclamava a responsabilidade do Sr. Owusu por um acidente sofrido em um mergulho em uma praia na Jamaica que o deixou tetraplégico, com base no contrato de aluguel da casa do Sr. Owusu que garantiria ser uma praia totalmente segura e sem riscos. O Sr. Owusu, em sua defesa, baseou-se no art. 2 da Convenção de Bruxelas, prevendo que pessoas domiciliadas em um Estado-membro deverão, independentemente de sua nacionalidade, ser demandadas nas cortes daquele Estado, arguindo que este dispositivo retirava o poder da corte inglesa de declinar de sua jurisdição em favor das cortes da Jamaica.

Nos Estados Unidos, esta doutrina foi desenvolvida pela Suprema Corte. Segundo a doutrina americana do *forum non conveniens*, uma corte pode declinar do exercício de sua jurisdição se a corte achar que é um fórum extremamente inconveniente e que os interesses das partes e do público serão mais bem atendidos remetendo o autor para outro fórum que lhe seja mais conveniente e disponível¹²². De acordo com Shelby Grubbs, as cortes examinam os seguintes requisitos para extinguir uma ação com base no *forum non conveniens*¹²³:

- (1) Facilidade de acesso às provas;
- (2) Disponibilidade de um processo compulsório para que a parte compareça ainda que involuntariamente;
- (3) Custos para a oitiva de uma testemunha involuntariamente;
- (4) Possibilidade de vistoriar os locais envolvidos no litígio;
- (5) Exequibilidade da sentença que será proferida;
- (6) Dificuldades administrativas decorrentes de tribunais congestionados;

¹²¹Owusu v. Jackson, Caso C-281/02, 2005, ECR-I1383.

¹²²FAWCETT, J. J. op. cit., p. 14.

¹²³GRUBBS, Shelby R. op. cit., p. 789.

- (7) Imposição da obrigação de júri a uma comunidade que não tem relação com o litígio;
- (8) Interesse local em ter questões locais decididas “em casa”;
- (9) Prevenção dos problemas relativos às regras de conflito de leis ou à aplicação de um direito estrangeiro;
- (10) Facilidade de ter um julgamento no foro que está familiarizado com a lei aplicável;
- (11) Outras considerações que podem conduzir a um julgamento mais eficiente e menos oneroso.

No caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, a Suprema Corte fixou os critérios para a aplicação da doutrina do *forum non conveniens* alguns interesses públicos e privados, conforme transcrevemos:

“The private interest factors include ‘relative ease of Access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses; possibility of view of premises if view would be appropriate to the action; and all other practical problems that make Trial of a case easy, expeditious and inexpensive. Public interest factors include administrative difficulties from court congestion; local interest in having localized controversies decided at home; interest in applying familiar law; avoidance of unnecessary problems in conflict of laws or in the application of foreign law; unfairness of burdening citizens in an unrelated forum with jury duty.’”¹²⁴

As semelhanças da doutrina do *forum non conveniens* na Inglaterra, em alguns países da Commonwealth e nos Estados Unidos são¹²⁵:

- (i) A existência de um fórum estrangeiro;
- (ii) Os fatores privados analisados nos Estados Unidos também são considerados na determinação do *forum non conveniens* na Inglaterra e em outros países da Commonwealth;
- (iii) A vantagem do requerente no processo conduzido no fórum local quando a lei estrangeira for menos vantajosa ao requerente não é motivo para indeferir o

¹²⁴FAWCETT, J. J. op. cit., p. 14.

¹²⁵Id. Ibid., p. 14-15.

argumento do *forum non conveniens* (*Piper Aircraft Co. v. Reyno*¹²⁶). O peso dado à vantagem do requerente no julgamento perante o fórum local foi reduzido no caso *Spiliada* pela House of Lords;

- (iv) Quando uma corte decide suspender ou dar o improvimento da ação, significa que, embora tenha jurisdição, ela se recusa a aceitar essa jurisdição.

Entre as diferenças encontradas¹²⁷, vejam-se:

- (i) Nos Estados Unidos, a análise do *forum non conveniens* é mais flexível que na Inglaterra, com seu procedimento de dois estágios e regras sobre ônus da prova;
- (ii) Nos Estados Unidos, ao contrário da Inglaterra, consideram-se os fatores relativos aos interesses públicos;
- (iii) Uma corte americana pode de ofício (*ex officio*) indeferir o prosseguimento de uma ação com base no *forum non conveniens*, o que não é possível na Inglaterra;
- (iv) Em razão dessa possibilidade de aplicação do *forum non conveniens* de ofício, as cláusulas de eleição de foro nos Estados Unidos perdem um pouco a sua força;
- (v) Nos Estados Unidos, há a distinção entre requerentes locais e estrangeiros, por haver a presunção em favor da escolha do fórum pelo requerente local, o que não se aplica ao requerente estrangeiro.

Segundo J.J.Fawcett, a explicação para as variações da doutrina do *forum non conveniens* decorre dos seguintes fatores: um antídoto para uma abrangência excessiva das possibilidades de competência; garantia de flexibilidade o que permite às cortes considerar vários critérios que levarão ao fórum mais adequado e à justiça; previsibilidade, com base em inúmeros precedentes sobre a aplicação do *forum non conveniens*; evita o *forum shopping* de estrangeiros que querem litigar em um determinado fórum pelas vantagens locais. Isso é um problema nos Estados Unidos, o que justifica o recurso aos elementos de interesse público (injunta onerosidade para os cidadãos em um fórum não-relacionado com obrigações de júri e a distinção entre requerentes locais e estrangeiros) para a aplicação do *forum non conveniens*.

¹²⁶Suprema Corte dos Estados Unidos, 454 US 235 (1981).

¹²⁷FAWCETT, J. J. op. cit., p. 15-16.

Já no Quebec, o *forum non conveniens* foi introduzido para evitar julgamentos contraditórios, assim como a doutrina *lis alibi pendens*¹²⁸. O art. 3.137 do Código Civil estabelece a litispendência por meio do método de reconhecimento da sentença estrangeira no Quebec, exigindo como requisito a possibilidade de reconhecimento da decisão no Quebec¹²⁹. Entretanto, a adoção do *forum non conveniens* não diminuiu o contencioso relativo a essa regra. Prevvia-se, inicialmente, que esses litígios diminuiriam aos poucos, tão logo a jurisprudência fixasse os limites para o exercício dessa exceção de competência, o que não ocorreu¹³⁰.

Nota-se que a maior virtude do *forum non conveniens* é a sua flexibilidade, podendo lidar com casos envolvendo procedimentos paralelos, até mesmo aqueles em que as partes ou a causa de pedir não são as mesmas. Embora não se enquadre na classificação de litispendência, busca evitar o risco de custos excessivos, de inconveniência às partes e de sentenças contraditórias. Portanto, a preocupação é evitar a multiplicidade de procedimentos em curso internamente e no exterior, e não a litispendência conforme anteriormente definida¹³¹.

Assim, não é importante à doutrina do *forum non conveniens* qual foi a corte primeiramente acionada para julgar determinado litígio. Segundo Francisco Orrego Vicuña, o princípio da litispendência foi em alguma medida suplementado pela regra do *forum non conveniens*, que deve guiar tanto tribunais arbitrais domésticos como internacionais lidando com litígios transnacionais¹³².

A competência da corte primeiramente acionada é uma questão suplementar a ser levada em conta, embora cláusulas de competência exclusiva devam ser respeitadas e executadas.

Por fim, verifica-se que a competência deveria estar no país em que há mais conexões genuínas com a disputa, salvo quando considerações especiais intervêm como exceção¹³³.

---

¹²⁸FAWCETT, J. J. op. cit., p. 21.

¹²⁹Art. 3.137 do Código Civil de Quebec: “On the application of a party, a Quebec authority may stay its ruling on an action brought before it if another action, between the same parties, based on the same facts and having the same object is pending before a foreign authority, provided that the latter action can result in a decision which may be recognized in Quebec, or if such a decision has already been rendered by a foreign authority.”

¹³⁰KESSEDJIAN, Catherine. Le Règlement 44/2001 et l’arbitrage. *Revue de l’Arbitrage*, n. 4, p. 716, 2009.

¹³¹FAWCETT, J. J. op. cit., p. 30.

¹³²ORREGO VICUÑA, Francisco. op. cit., p. 212.

¹³³Id., loc. cit.

Anti-suit injunction

Outro instrumento apto a restringir que as partes dêem azo a procedimentos paralelos em outra corte ou tribunal é a *anti-suit injunction*. Trata-se de um clássico remédio exercido pela Court of Equity¹³⁴ no seu direito de proteger seus processos contra litígios paralelos perante cortes de Common Law. Tem sido utilizado para prevenir *forum shopping* que resultaria em um *abuse of process*¹³⁵.

Trata-se de uma ordem dada a uma das partes para que não ajuíze uma ação em outro país, ou, se a parte já ajuizou a ação, para renunciar ao procedimento ou suspendê-lo. Por esse motivo, é uma medida controvertida, pois interfere, ainda que indiretamente, no processo perante uma corte estrangeira. Porém, não é um mecanismo de controle da corte estrangeira, mas sim dos litigantes que agem de má fé ao buscarem litígios injustos e inconvenientes.

Na Inglaterra, uma corte pode ordenar a *anti-suit injunction* para restringir uma parte de litigar em um foro estrangeiro, sobretudo, quando houver uma cláusula de eleição de foro escolhendo as cortes inglesas como competentes¹³⁶.

Nos Estados Unidos, para se conferir uma *anti-suit injunction*, as Cortes consideram a relevância do *comity*, preferindo não intervir nos processos conduzidos por cortes estrangeiras. Na Inglaterra, o recurso a ao remédio da *anti-suit injunction* tem sofrido resistência também¹³⁷.

Pelas controvérsias que essa doutrina gerou na Europa e nos Estados Unidos, alguns limites foram adotados para sua aplicação, conforme identifica Campbell McLachlan¹³⁸:

- (i) Uma *anti-suit injunction* não será permitida, exceto se uma ação possa ser demandada naquele fórum. Se a demanda, pela sua natureza, pode ser conhecida apenas pela corte estrangeira, a corte inglesa não intervirá;

¹³⁴A Court of Equity “‘a court having jurisdiction in cases where a plain, adequate and complete remedy cannot be had at law’. Courts of equity were common law courts but had their own principles (e.g. *clein hands doctrine*) and their own unique remedies (e.g. *injunction, specific performance*).” GIFIS, Steven H. op. cit., p. 117.

¹³⁵McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 72.

¹³⁶GRUBBS, Shelby R. op. cit., p. 186.

¹³⁷McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 172.

¹³⁸Id. Ibid., p. 172-173.

- (ii) Uma *anti-suit injunction* não será permitida, exceto se a ação for demandada no fórum, ou seja, as cortes inglesas não agirão como polícia para proteger a jurisdição de cortes estrangeiras de outras incursões;
- (iii) Uma *anti-suit injunction* não será permitida quando a demanda estiver em curso perante a corte de outro Estado-Membro da União Européia, o que seria contrário ao espírito de confiança e cooperação mútua estabelecido no Regulamento Europeu.

No Regulamento Europeu, não está prevista a possibilidade de *anti-suit injunction*, o que, segundo a Corte de Justiça Européia, seria uma intervenção injustificável nas cortes de outros Estados-Membros e inconsistente com o princípio da cooperação mútua estabelecido no Regulamento.

Por esse motivo, a decisão no caso *Turner v. Grovit*¹³⁹ é “bem-vinda”¹⁴⁰, pois a Corte Européia entendeu que a *anti-suit injunction* – por meio da qual o tribunal de um Estado-Membro impede que uma parte de uma ação perante esse tribunal inicie ou prossiga com uma ação perante a jurisdição de outro Estado-Membro, ainda quando esta parte age de má-fé com o objetivo de obstar o processo em curso – não é aplicável na estrutura do Regulamento Europeu, reforçando a *first-in-time* rule e a regra da litispendência.

Porém, no caso *Front Comor v. West Tankers*¹⁴¹, a Corte Européia negou à House of Lords a possibilidade de se pronunciar em uma *anti-suit injunction*, pois ainda que se tratasse de uma defesa em razão da validade da cláusula compromissória, como a ação foi trazida perante um tribunal competente de acordo com o escopo do Regulamento Europeu, a *anti-suit injunction* é incabível. O problema desta decisão é que ela permite que procedimentos paralelos se multipliquem¹⁴².

Portanto, no escopo do Regulamento, a única solução seria o recurso aos dispositivos sobre litispendência e ações relacionadas¹⁴³.

Este mecanismo também tem sido aplicado em arbitragem pelas cortes nacionais, às

¹³⁹ Caso C.159/02, 2004, ECR I-3565

¹⁴⁰ KESSEDJIAN, Catherine. Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage, cit., p. 720.

¹⁴¹ *Allianz SpA e Generali Assicurazioni General SpA v. West Tankers Inc.* (C 185/07), julgado em 10.02.2009.

¹⁴² KESSEDJIAN, Catherine. Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage, cit., p. 720.

¹⁴³ McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 178.

vezes para proteger a eleição da via arbitral, outras vezes para reprimir essa escolha.

Muito embora países de Civil Law e de Common Law apresentem tratamento diverso para o mesmo fenômeno da litispendência, é importante esse exame das diferenças e semelhanças para a elaboração de regras uniformes e transnacionais que encontram seu espaço de incidência em arbitragem internacional.

Como uma proposta de solução preliminar a uma situação de litispendência, veja-se a recomendação de Francisco Vicuña¹⁴⁴:

Primeiro passo: a fim de aplicar o princípio da litispendência, uma corte ou tribunal terá de estabelecer se o acionamento de um determinado tribunal ou tribunal paralelo é de boa fé ou apenas um pretexto para escapar das obrigações ou frustrar os legítimos direitos jurisdicionais da contraparte;

Segundo passo: critério de operação do *forum non conveniens*: prioridade e deferência têm um papel importante para determinar qual o tribunal possui a conexão mais estreita com a jurisdição;

Terceiro passo: quando dois tribunais diferentes forem igualmente competentes como no caso *CME* e *Lauder*, não havendo aplicação da regra da prioridade, deferência ou outra solução, a consolidação pode ser uma alternativa razoável. O problema é que esse recurso requer a intervenção de um organismo hierarquicamente superior para ordenar a conexão dos procedimentos ou *consolidation*. Porém, não existem tais instituições na seara internacional e a vontade das partes deve ser respeitada. Esse instrumento de remediação dos efeitos dos procedimentos paralelos será estudado adiante.

Partindo dessas conclusões preliminares, na segunda parte deste trabalho, serão analisados dois cenários de procedimentos paralelos para aplicação do princípio da litispendência: tribunal arbitral *versus* tribunal arbitral; e corte nacional *versus* tribunal arbitral.

---

¹⁴⁴ORREGO VICUÑA, Francisco. op. cit., p. 215.

CAPÍTULO II. O PRINCÍPIO DA COISA JULGADA

O princípio da coisa julgada será estudado a partir de uma noção mais genérica (**Seção 1**) para posterior análise das particularidades existentes em cada sistema jurídico: em países de Civil Law (**A**) e em países de Common Law (**B**), buscando-se divergências e convergências entre eles.

SEÇÃO 1. Conceito de Coisa Julgada

A doutrina da coisa julgada existe em diversos países¹⁴⁵ e por vários séculos, desde a época dos Romanos (Digesto, Livro 50; Institutas de Justiniano, IV 13.5) e dos antigos Hindus (texto de Katyayana), sendo hoje um dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas¹⁴⁶ (conforme o disposto no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), portanto, faz parte do “common core” dos sistemas jurídicos¹⁴⁷. Isso porque a coisa julgada constitui um dos mais importantes efeitos da sentença, do qual é um elemento característico, pois “a imutabilidade da decisão é indispensável a toda atividade jurisdicional, estatal, supra-estatal ou privada”¹⁴⁸.

¹⁴⁵Em muitos países, o princípio da coisa julgada está codificado, exceto na Suíça. Na França, o Novo Código de Processo Civil, Art. 480; na Bélgica, o CPC, art. 23-27; na Holanda, CPC, art. 324; na Alemanha, ZPO, art. 322-327; na Itália, CPC, art. 324; na Suécia, Código de Processo Judicial, art. 17:11 e 30:1. Note-se que o Regulamento n. 44/2001 da União Européia em matéria de jurisdição e reconhecimento de sentenças civis e comerciais não prevê expressamente o princípio da coisa julgada ou a força de coisa julgada de uma sentença, pois preferiu deixar à apreciação do juiz essa questão (art. 34). GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, cit., p. 344.

¹⁴⁶Nesse sentido, na opinião dissidente do Juiz Anzilotti da Corte Permanente de Justiça no caso *Chorzow Factory* (1927) a coisa julgada foi referida como “general principles of law recognized by civilized nations” (art. 38(1)(3) do Estatuto da Corte, atual art. 38(1)(c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça). Depois, outros casos se seguiram no mesmo sentido: UN Administrative Tribunal Case (1954), Arbitral Award Case (1960), South West Africa Case (1966), Cameroon and Nigeria (1998) e the Boundary Dispute Between Qatar and Bahrain Case (2001). HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: multiparty – multicontract, multi-issue and class action*. The Hague: Kluwer Law International, 2005. p. 239–255. DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, n. 1, 2009. p. 35.

¹⁴⁷Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes are as submitted to it, shall apply: (...) c. the general principles of law recognized by civilized nations;” Conforme ensinam Schlesinger, Baade, Herzog e Wise, trata-se de um dispositivo único que aponta para o “common core” dos sistemas jurídicos como fonte de princípios e regras aplicáveis. SCHLESINGER, Rudolf B.; BAADE, Hans W.; HERZOG, Peter E.; WISE, Edward M. *Comparative law*. 6. ed. New York: Foundation Press, 1998. p. 45.

¹⁴⁸VULLIEMIN, Jean-Marie. *Jugement et sentence arbitrale, étude de droit international privé et de droit compare*. These de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l’Université de Lausanne, 1987. para. 154.

Verifica-se que a sentença judicial visa a concretizar o direito material ao final do procedimento, do qual é o fim e o ápice. Assim, apresenta um duplo objetivo: como instituto processual, coloca fim ao processo; como regra individual, enuncia o direito material.

A força e a autoridade da coisa julgada são as características necessárias para garantir a mesma finalidade: a estabilidade da regra individual, vez que a força da coisa julgada, por meio da inatacabilidade da sentença, promove o restabelecimento da segurança e da paz jurídicas¹⁴⁹.

Em geral, o princípio da coisa julgada apresenta um efeito positivo ou formal e um negativo ou material. O efeito positivo implica a obrigatoriedade de uma decisão final a ser observada pelas partes, pois irrecorrível. Já o efeito negativo impede que o mérito da decisão seja julgado uma segunda vez, pois *ne bis in idem*¹⁵⁰.

Entretanto, a coisa julgada apresenta escopo e efeitos diversos nos países de Civil Law e de Common Law, conforme será estudado detalhadamente.

Por exemplo, a noção de coisa julgada é mais ampla nos países de Civil Law do que nos países de Common Law, adotando a coisa julgada positiva (a natureza obrigatória da sentença em relação às partes) e a negativa (a proibição de re-litigar as demandas já decididas).

Por outro lado, a doutrina de Civil Law é mais restritiva que a de Common Law, por não possuir os *preclusive pleas*, tais como: *issue estoppel* (Inglaterra) ou *issue preclusion* (Estados Unidos), *claim preclusion*, *former recovery* e *abuse of process*¹⁵¹.

Tendo em vista essas diferenças e semelhanças de sistemas de Civil Law e Common Law, por exemplo, o Comitê da ILA adotou instrumentos de Civil Law e Common Law para a elaboração das Recomendações sobre coisa julgada, tais como a tríplice identidade (mesmas partes, causa de pedir e pedido), a aplicação do estoppel e a doutrina do abuso de direitos, coexistindo medidas dos dois sistemas jurídicos.

¹⁴⁹HABSCHEID *apud* VULLIEMIN, Jean-Marie. op. cit., para. 159.

¹⁵⁰O efeito negativo está manifestado nas seguintes expressões latinas: *interest reipublicae ut si finis litium* (é do interesse público que deva haver um fim ao litígio) e *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ninguém pode ser processado pela mesma causa duas vezes).

¹⁵¹Pela doutrina do *abuse of process*, as partes são chamadas pela corte competente a trazerem todo o caso perante a corte, a fim de que todos os aspectos sejam julgados uma única vez (caso *Handerson v. Handerson*). HANOTIAU, Bernard. op. cit., p. 243.

A seguir, trataremos da noção da coisa julgada e de suas conseqüências em países de Civil Law e de Common Law.

A. Sistema de Civil Law

Neste item, estudaremos a noção e a extensão da coisa julgada em países de Civil Law.

A noção de coisa julgada é mais ampla nos países de Civil Law, adotando a coisa julgada positiva (a natureza obrigatória da sentença em relação às partes) e a negativa (a proibição de re-litigar as demandas já decididas). Porém, a noção de coisa julgada é restritiva à parte dispositiva da sentença.

Nos países de Civil Law, o efeito de coisa julgada de uma sentença estrangeira é condicionada ao reconhecimento da sentença de acordo com a *lex fori*¹⁵².

A exceção de coisa julgada é de natureza processual de acordo com a *lex fori*¹⁵³.

Em geral, o teste da tríplice identidade é adotado por essas jurisdições de modo estrito. A identidade de partes deve buscar se elas são as mesmas nos dois procedimentos sob apresso ou se seus sucessores universais ou substitutos processuais são os mesmos. E a parte no segundo procedimento deve atuar na mesma capacidade em que agiu no primeiro procedimento¹⁵⁴.

Ademais, os países de Civil Law não prevêm os instrumentos preclusivos como os sistemas de Common Law, conforme a seguir analisados.

Direito Nacional

No Brasil, acolhem-se os requisitos da triplice identidade para determinar a coisa julgada. Assim, havendo uma sentença transitada em julgado, não poderá haver nova ação relativa à demanda que já fez coisa julgada material entre as mesmas partes. Por

---

¹⁵²SHEPARD, Audley. Res judicata and Estoppel. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 288.

¹⁵³Id., loc. cit.

¹⁵⁴Id. loc. cit.

consequente, o juiz poderá *ex officio* extinguir o processo sem julgamento de mérito ou a pedido da parte (CPC, art. 273, V).

A sentença estrangeira só faz coisa julgada e tem eficácia no Brasil após a sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁵. Portanto, os tribunais brasileiros darão continuidade a um processo, ainda que se alegue que a ação já tenha sido transitada em julgado em um país estrangeiro¹⁵⁶.

Na França, o art. 480 do NCPC refere-se à coisa julgada como *autorité de la chose jugée*:

NCPC, art. 480: “A sentença que decide em sua parte dispositiva todo ou parte do principal, ou que decide sobre uma questão processual, uma demanda requerendo uma declaração peremptória de inadmissibilidade ou qualquer outra questão incidental, deverá, a partir de sua prolação, tornar-se coisa julgada com relação à demanda que ela decidiu.

O principal se estende ao objeto do litígio conforme determinado no art. 4.”¹⁵⁷

Como requisito para a configuração da coisa julgada, a França estabelece a tríplice identidade de partes, causa de pedir e pedido (CC, art. 1.351¹⁵⁸)¹⁵⁹.

As decisões são obrigatórias para as partes e constituem coisa julgada a partir de sua prolação sem outros requisitos. Quando uma sentença sobre apelação, ela ainda tem força de coisa julgada, mas o seu reconhecimento e execução ficam suspensos¹⁶⁰.

Ademais, os arts. 1350 e 1351 do Código Civil Francês¹⁶¹ atribuem a noção de

¹⁵⁵CF/88, art. 105, I, i; CPC, art. 483 e 484; Res. STJ 9/05.

¹⁵⁶NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 327.

¹⁵⁷Tradução livre. Origina: NCPC, art. 480: “Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4.”

¹⁵⁸CC, art. 1351: “L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.”

¹⁵⁹Como na maioria dos países de Civil Law que adotam o requisito da tríplice identidade, cita-se também a Itália (CPC, art. 39).

¹⁶⁰INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration. Berlin Conference, 2004. p. 14.

¹⁶¹CC, art. 1350: “La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont :

1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité ;

2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ;

3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ;

4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.”

coisa julgada a uma presunção de verdade absoluta: *res judicata pro veritate accipitur*. Portanto, tem-se uma concepção material da autoridade da coisa julgada. A Alemanha foi influenciada por essa doutrina, mas a transpôs em outra idéia: *sentencia ius facit inter partes*¹⁶².

Na França, a exceção de coisa julgada é argüida pela parte e não de ofício pelo juiz. Portanto, se a parte não a invocar, haverá renúncia a essa defesa. Desse modo, a coisa julgada não é considerada parte da ordem pública.

Ademais, embora o art. 1.351 do CC disponha que a força de coisa julgada estende-se apenas ao mérito da sentença, na prática, ela não se restringe à parte dispositiva da sentença, abrangendo também a sua motivação. Recentemente, tem-se debatido sobre a concentração das demandas, o que ensejaria coisa julgada aos fundamentos jurídicos trazidos pelas partes no processo em curso¹⁶³.

A obrigação de concentração apareceu no caso *Cesareo*, da Assembléia plenária da Corte de Cassação de 07.07.2006: “qu’il incombe au demandeur de presenter dès l’instance relative à la première demande l’ensemble des moyens qu’il estime de nature à fonder celle-ci”.

Em matéria de arbitragem, a sentença de 28.05.2008 da Primeira Câmara Cível da Corte de Cassação julgou “qu’il incombe au demandeur de présenter dans la même cause et qu’il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu’il s’était abstenu de soulever en temps utile”.

Essa decisão declara que à obrigação de concentração de meio acresce-se a obrigação de concentrar as demandas fundadas na mesma causa também em matéria de arbitragem¹⁶⁴.

Para que a concentração de demandas seja obrigatória, a sentença determina que as demandas devam originar-se da mesma causa.

O resultado é que o julgamento de uma demanda tem autoridade de coisa julgada em relação às outras demandas que possam justificar a mesma causa e que todos os meios

---

CC, art. 1351: “L’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.”

¹⁶²VULLIEMIN, Jean-Marie. op. cit., para. 167.

¹⁶³LOQUIN, Eric. De l’obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l’arbitrage. *Revue de l’Arbitrage*, n. 2, p. 202, 2010.

¹⁶⁴Id. Ibid., p. 208.

de natureza a fundar essas demandas reais ou supostas são igualmente consideradas julgadas.

Para uma sentença estrangeira ter coisa julgada na França, ela deve ser reconhecida na *lex fori*. Portanto, os efeitos da coisa julgada dessa sentença são regulados, em geral, pela lei processual do país em que ela foi proferida¹⁶⁵.

Na Suíça, o art. 27, alínea 2, c da LDIP¹⁶⁶ dispõe que o reconhecimento de uma decisão estrangeira deverá ser recusado se uma parte estabelece que um litígio entre as mesmas partes e sobre o mesmo objeto já foi introduzido na Suíça ou já foi julgado em um Estado terceiro. Na Suíça, a coisa julgada pode ser invocada pelas cortes *ex officio*¹⁶⁷ e é considerada parte da ordem pública processual¹⁶⁸.

Note-se que o reconhecimento da coisa julgada de uma sentença estrangeira não está subordinado às particularidades do direito dos cantões. Também as condições de identidade de parte e de objeto provêm do direito federal suíço, mas, eventualmente, será necessário examinar a decisão estrangeira de acordo com o direito aplicável no país em que foi proferida¹⁶⁹.

Nos casos em que a Convenção de Lugano é aplicável¹⁷⁰, os arts. 26 a 30 regulam o reconhecimento das decisões proferidas por um país estrangeiro. Segundo o art. 27, alínea 3, a sentença estrangeira não será reconhecida se ela for inconciliável com uma decisão proferida entre as mesmas partes no Estado em que se busca o reconhecimento. Embora não haja uma regra temporal expressa, Christian Fischer entende que o princípio da prioridade temporal da decisão deve ser aplicado¹⁷¹.

¹⁶⁵INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 14.

¹⁶⁶LDIP, art. 27.2 (c): “La reconnaissance d’une décision doit également être refusée si une partie établit: (...) c) qu’un litige entre les mêmes parties et sur le même objet a déjà été introduit en Suisse ou y a déjà été jugé, ou qu’il a précédemment été jugé dans un Etat tiers, pour autant que cette dernière décision remplisse les conditions de sa reconnaissance.”

¹⁶⁷SHEPARD, Audley. op. cit., p. 288.

¹⁶⁸INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 15.

¹⁶⁹FISCHER, Christian. Quelques observations sur l’autorité de la chose jugée en matière civile et l’exception de chose jugée en procédure civile vaudoise. In: HALDY, Jacques; RAPP, Jean-Marc; FERRARI, Phidias (Eds.). *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret*. Lausanne: Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, 1999. p. 43.

¹⁷⁰A Convenção de Lugano, paralela à Convenção de Bruxelas sobre competência judiciária e reconhecimento e execução de sentenças, foi celebrada em 16 de setembro de 1988 entre os Estados da Comunidade Econômica Européia e a Associação Européia de Livre Comércio (Áustria, Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia e Suíça, menos Liechtenstein que não assinou a Convenção de Lugano). Adota praticamente todos os dispositivos da Convenção de Bruxelas.

¹⁷¹FISCHER, Christian. op. cit., p. 44.

O art. 21 da Convenção de Lugano prevê que, diante de demandas que contenham o mesmo objeto e a mesma causa de agir entre as mesmas partes perante jurisdições de Estados-Membros diferentes, a jurisdição acionada em segundo lugar suspende de ofício o julgamento do caso até que o primeiro tribunal estabeleça a sua competência, quando o segundo tribunal deverá se julgar incompetente em favor do primeiro¹⁷².

A coisa julgada pode ser reconhecida de ofício, sem necessidade de a parte invocar a exceção de coisa julgada em sua defesa.

Quanto à extensão da coisa julgada, verifica-se que na Suíça a coisa julgada limita-se à parte dispositiva da sentença, mas pode, se necessário, examinar a fundamentação para descobrir o significado da parte dispositiva¹⁷³.

Na Alemanha, a coisa julgada também se limita à parte dispositiva da sentença (ZPO, arts. 322 e 325). Já na Itália, embora a lei diga que a coisa julgada estende-se apenas à parte dispositiva, a jurisprudência tem admitido sua extensão à fundamentação¹⁷⁴.

Conforme se analisará na sequência, a fundamentação faz coisa julgada na Inglaterra e nos Estados Unidos, pois os fundamentos da decisão constituem elementos importantes para o *issue estoppel*.

Direito Comunitário Europeu

O relatório Jenard enunciava que o reconhecimento de uma sentença tem o efeito de atribuir-lhe autoridade e eficácia no Estado em que são proferidas. Mas ressaltava que a palavra “coisa julgada” foi voluntariamente excluída da Convenção, pois outras sentenças poderiam ser reconhecidas no âmbito da Convenção e que não seriam definitivas e com força de coisa julgada (decisões provisórias)¹⁷⁵.

Entretanto, ainda que não haja referência expressa à coisa julgada, a sua noção está abrangida no reconhecimento da sentença: seu efeito positivo (sua força obrigatória) e seu

---

¹⁷²FISCHER, Christian. op. cit., p. 44.

¹⁷³SHEPARD, Audley. op. cit., p. 293.

¹⁷⁴INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 15.

¹⁷⁵Relatório Jenard sobre a Convenção de Bruxelas, preferência para “s’en tenir à une formule ne tranchant pas le problème de la force ou de l’autorité de la chose jugée et laisser la question à l’appréciation du juge saisi.”

efeito negativo (que impede que outro Estado da Comunidade julgue um caso que já foi decidido por outro Estado)¹⁷⁶.

No caso *De Wolf v. Cox*¹⁷⁷, um belga, após obter uma decisão contra uma pessoa domiciliada na Holanda, ajuizou uma nova ação contra a mesma parte perante as cortes holandesas e com base na decisão de mérito proferida na Bélgica. A Corte de Justiça Européia condenou esse procedimento, pois a decisão estrangeira seria reconhecida no segundo estado, não podendo admitir o reinício da demanda.

Porém, a Corte não apreciou a possibilidade de o juiz decidir de ofício perante uma situação de coisa julgada. De fato, sendo uma questão processual, cabe ao direito interno dos Estados-Membros regular esse aspecto¹⁷⁸.

Verifica-se também que o Regulamento Europeu adota o teste da tríplice identidade de objeto, causa e partes¹⁷⁹. Entretanto, “essa exigência parece criticável”, pois ainda que não haja um desses elementos em comum, poderá haver o risco de decisões inconciliáveis¹⁸⁰.

Na ausência da determinação da anterioridade da decisão, outra condição prevista no Regulamento Europeu é a incompatibilidade entre a decisão proferida em um Estado-Membro e uma decisão proferida anteriormente em um Estado terceiro e suscetível de ser reconhecida naquele Estado-Membro (art. 34, §4)¹⁸¹, *in litteris*:

Regulamento n. 44/2001, art. 34, §4: “Uma decisão não será reconhecida:

4. Se for inconciliável com outra anteriormente proferida noutro Estado-Membro ou num Estado terceiro entre as mesmas partes, em acção com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, desde que a decisão proferida anteriormente reúna as condições necessárias para ser reconhecida no Estado-Membro requerido.”¹⁸²

¹⁷⁶GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, cit., p. 391.

¹⁷⁷Caso 42/76, de 30.11.1976.

¹⁷⁸GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, cit., p. 392.

¹⁷⁹O art. 34, §3 do Regulamento n. 44/2001¹⁷⁹ exige como condição para a configuração da coisa julgada que as decisões proferidas no Estado-Membro e no Estado em que se busca o seu reconhecimento tenham sido entre as mesmas partes, repetindo o art. 27.3 da Convenção de Bruxelas. Regulamento n. 44/2001, art. 34, §3: “Une décision n’est pas reconnue si: (...) 3. elle est inconciliable avec une décision rendue **entre les mêmes parties** dans l’État membre requis;” (Grifou-se).

¹⁸⁰GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2003. p. 347.

¹⁸¹De acordo com o relatório Schlosser, esse dispositivo repetiu o art. 27, 5 da Convenção de Bruxelas, a fim de evitar “complicações diplomáticas com Estados terceiros”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe*. 3. ed., cit., p. 346.

¹⁸²Jornal Oficial da União Européia, versão em português, 16.01.2001, L 12/1.

Verifica-se que o Regulamento Europeu introduziu o princípio *prior tempore* para os casos de decisões incompatíveis entre uma decisão proferida em um Estado comunitário ou um Estado terceiro e uma decisão anteriormente proferida por um Estado comunitário.

A questão que resta discutível é o momento em que essa decisão proferida em um Estado terceiro terá eficácia no Estado-Membro requerido: se imediatamente ou após um procedimento de reconhecimento ou de execução. Se for uma decisão proferida em um Estado-Membro, é reconhecida de pleno direito no Estado requerido. Na primeira hipótese, haveria um maior respeito às decisões proferidas por um Estado terceiro. Na segunda hipótese, por outro lado, diminuiria o número de casos proferidos em um Estado terceiro e que fariam obstáculo às decisões proferidas em um Estado-Membro, permitindo uma maior circulação das decisões comunitárias¹⁸³.

B. Sistema de Common Law

Na análise de pontos de convergência e divergência entre os sistemas de Civil Law e de Common Law, estudaremos o tratamento dado à coisa julgada por países de Common Law.

A doutrina da coisa julgada está consolidada nos países de Common Law como Inglaterra, Irlanda, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos¹⁸⁴.

Para que uma sentença tenha autoridade de coisa julgada, deverá ser proferida por um tribunal competente e essa decisão será final e conclusiva sobre o mérito. Quanto à sentença estrangeira, terá os mesmos efeitos de coisa julgada de uma sentença doméstica, desde que tenha autoridade de coisa julgada no Estado em que foi proferida e seja reconhecida no fórum em que requer a sua execução¹⁸⁵.

O escopo da doutrina da *res judicata* pode ser agrupado nas seguintes categorias atribuídas a Degnan¹⁸⁶: econômica, institucional e filosófica. A primeira contém o objetivo principal, que consiste no comando de que todo o processo deve ter um fim para evitar que as mesmas partes se engajam em múltiplos processos; para eliminar a possibilidade de

¹⁸³ GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe*. 3. ed., cit., p. 348.

¹⁸⁴ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 6.

¹⁸⁵ Id. Ibid., p. 6-7.

¹⁸⁶ DEGNAN *apud* KESSEDJIAN, Catherine. *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*. Paris: Economica, 1987. para. 333.

sentenças contraditórias; e assim reduzir o custo dos processos e poupar o tempo despendido no Judiciário¹⁸⁷.

A finalidade institucional busca preservar a integridade do sistema judiciário, assegurando a boa administração da justiça. Restringindo a duração dos processos, a função dos tribunais torna-se menos onerosa e a justiça é feita mais rapidamente¹⁸⁸.

O aspecto filosófico da coisa julgada decorre da natureza humana inerente ao ato de julgar, pois há o risco de o juiz se equivocar, decidindo sobre um caso similar a outro e chegando a conclusões diversas.

A coisa julgada nos Estados Unidos¹⁸⁹ incorpora duas teorias distintas: (i) a *res judicata pro veritate accipitur*, originária do direito romano, denominada *claim preclusion*; e (ii) *collateral estoppel*, originário do direito germânico, denominado *issue preclusion* pelo Restatement Second on Judgments.

A doutrina da coisa julgada é mais ampla em países de Common Law por adotarem mecanismos específicos em razão da força da coisa julgada, os denominados preclusive pleas: *issue estoppel* (Inglaterra) ou *issue preclusion* (Estados Unidos), *claim preclusion*, *former recovery* e *abuse of process*.

No direito dos países de Civil Law, o conceito de coisa julgada é similar ao das noções de *cause of action estoppel* ou *claim preclusion*, mas não há a noção de *issue estoppel* ou *preclusion*, pois o efeito de coisa julgada é mais formal e restrito à parte dispositiva da sentença¹⁹⁰.

A seguir, verificaremos cada um desses *pleas* decorrentes do alcance da coisa julgada em países de Common Law.

¹⁸⁷KESSEDJIAN, Catherine. op. cit., para. 333.

¹⁸⁸“Delayed justice is no justice at all”, Justice Jackson no caso *Brown v. Allen*. *apud* KESSEDJIAN, Catherine. *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, cit., nota 99.

¹⁸⁹O Estado da Louisiana, embora de Civil Law, passou a adotar o conceito de coisa julgada da Common Law. LSA-R.S. 13:4231: “Except as otherwise provided by law, a valid and final judgment is conclusive between the same parties, except on appeal or other direct review, to the following extent:

(1) If the judgment is in favor of the plaintiff, all causes of action existing at the time of final judgment arising out of the transaction or occurrence that is the subject matter of the litigation are extinguished and merged in the judgment.

(2) If the judgment is in favor of the defendant, all causes of action existing at the time of final judgment arising out of the transaction or occurrence that is the subject matter of the litigation are extinguished and the judgment bars a subsequent action on those causes of action.

(3) A judgment in favor of either the plaintiff or the defendant is conclusive, in any subsequent action between them, with respect to any issue actually litigated and determined if its determination was essential to that judgment.”

¹⁹⁰SHEPARD, Audley. op. cit., p. 287.

*Pleas of Estoppel*¹⁹¹

Res judicata em Common Law é uma regra processual cujo efeito é precluir a outra parte de contradizer uma determinação anterior proferida em outro procedimento. Nos países de Civil Law, corresponde à preclusão de um direito, pois impede a parte de participar de certas ações ou atos, ou obsta o início ou a continuidade do ato processual de alguém¹⁹².

Note-se que, embora seja reconhecido como princípio geral de direito, apenas a noção do estoppel é aplicada em arbitragem internacional, não a sua aplicação em concreto de acordo com uma lei específica¹⁹³.

O instituto do estoppel baseia-se nos princípios do direito romano antigo e corresponde a outros mecanismos dos países de tradição civilista¹⁹⁴. De acordo com o

---

¹⁹¹De acordo com o Black's Law Dictionary, tem-se o conceito de *estoppel by judgment*: "Term means that when a fact has been agreed on, or decided in a court of record, neither of the parties shall be allowed to call it in question, and have it tried over again at any time, thereafter, so long as judgment or decree stands unreversed. *Humphrey v. Faison*, 247 N.C. 127, 100, S.E.2d 524, 529. Final adjudication of material issue by a court of competent jurisdiction binds parties in any subsequent proceeding between or among them, irrespective of difference in forms or causes of action. *Mansker v. Dealers Transport Co.*, 160 Ohio St. 255, 116 N.E.2d 3, 6. Sometimes referred to as issue preclusion."

"*Res judicata distinguished*. A prior judgment between same parties, which is not strictly *res judicata* because based upon different cause of action, operates as an "estoppel" only as to matters actually in issue or points controverted. *4Etna Life Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Martin*, C.C.A.Ark., 108 F.2d 824, 827; *Cunningham v. Oklahoma City*, 188 Okl. 466, 110 P.2d 1102, 1104. In a later action upon a different cause of action a judgment operates as an "estoppel" only as to such issues in second action as were actually determined in the first action. *Lorber v. Vista Irr. Dist.*, C.C.A.Cal., 127 F.2d 628, 634. The doctrine of "res judicata" is a branch of law of "estoppel". *Krisher v. McAllister*, 71 Ohio App. 58, 47 N.E.2d 817, 819. The plea of "res judicata" is in its nature an "estoppel" against the losing party from again litigating matters involved in previous action, but the plea does not have that effect as to matters transpiring subsequently. *Fort Worth Stockyards Co. v. Brown*, Tex.Civ.App., 161 S.W.2d 549, 555." BLACK, Henry Campell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul-Minn.: West Publishing, 1990.

¹⁹²BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 135.

¹⁹³Por exemplo, juízes e árbitros recorrem ao estoppel para executar uma cláusula arbitral contra não-signatários que se beneficiaram do acordo em que a cláusula estava inserida (vide caso *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, US*: "The Court of Appeals for the 2nd Circuit held that by knowingly exploiting the agreement, the accounting firm was estopped from avoiding arbitration, despite having never signed the agreement. According to the Court of Appeals "Noraudit" failed to object to the agreement when it received it (...) In addition, Noraudit knowingly accepted the benefits of the agreement (...) Thus, Noraudit is estopped from denying). Já o caso CCI n. 6474/1992 trata do *substantial estoppel*: "Be that as it may, the general principle of good faith – or what may be considered as one of its possible forms, the international concept of 'estoppel' (non venire contra factum proprium) – would seem to suffice to prohibit, under the above-mentioned assumption, the defendant from relying on its own non-recognition by the international community in order to avoid or annul its previous undertaking to arbitrate under the contracts". Além disso, o princípio do *venire contra factum proprium* é aplicado pelos tribunais arbitrais quando um Estado invoca sua imunidade para escapar da arbitragem após a assinatura e a celebração de um contrato contendo uma cláusula arbitral. BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 137.

¹⁹⁴Os outros mecanismos do estoppel encontrados em países de Civil Law são, por exemplo: *electa una via non datur regressus ad alteram* (princípio que visa a evitar a duplicação de procedimentos em relação a uma e mesma demanda, inibindo a existência de decisões incongruentes e outros inconvenientes), hoje

dicionário Ballentine's Law Dictionary, estoppel significa: "A bar, which stoppeth a person or closes up his mouth to allege or plead what actually may be the truth. (...) A bar which precludes a person from denying or asserting anything to the contrary of that which has, in contemplation of law, been established as the truth, either by the acts of a judicial or legislative officer or by his own deed or representations, express or implied (...)." ¹⁹⁵

As regras de *estoppel* são regras de prova e podem ser renunciadas pelas partes. Entretanto, uma corte pode considerar *ex officio* que a re-litigação da mesma demanda entre as mesmas partes é um *abuse of process* e impedir o seu prosseguimento ¹⁹⁶.

Issue Preclusion

O *issue preclusion* ou *issue estoppel* (Inglaterra) ou *collateral estoppel* (Estados Unidos) impede que uma parte venha se contradizer em uma nova ação sobre questões de fato e de direito que foram expressamente argüidas e decididas de modo definitivo no curso de um processo anterior entre as mesmas partes ¹⁹⁷. Portanto, uma parte poderá impedir que a outra parte tente rediscutir questões fundamentais (fundamento jurídico ou motivação de sua decisão) decididas ¹⁹⁸ conclusivamente em um procedimento anterior ¹⁹⁹.

Para aplicação do *issue preclusion*, a corte deverá examinar a fundamentação da decisão anterior, não apenas a parte dispositiva da sentença ²⁰⁰.

Por exemplo, o caso *Hughes Masonry Co. v. Greater Clark County School Building Corp.* ilustra sua aplicação. O 7th Circuit dos Estados Unidos decidiu que o contratante era: "equitably estopped from refusing to arbitrate, because the very basis of its claims was that the manager breached the duties and responsibilities assigned and ascribed to the manager under the agreement that contained the arbitration clause. According to the court, the tort

conhecido como *fork in the road clauses* em arbitragem de investimento; e *neminem turpitudinem suam allegans potest* (ninguém tem o direito de extrair uma vantagem de seu comportamento impróprio ou inadequado), ou seja, uma parte está impedida (*estopped*) de demandar a aplicação ou invalidade de alguma cláusula ou obrigação contratual quando essa mesma parte obteve vantagens dessa cláusula ou obrigação, pois estaria violando o princípio da boa-fé (*one cannot take advantage of their own reprehensible conduct*). BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 137-139.

¹⁹⁵ *apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 134.

¹⁹⁶ SHEPARD, Audley. op. cit., p. 286.

¹⁹⁷ VEEDER, V. V. Issue estoppels, motivation des sentences et arbitrage transnational. *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Supplément special, p. 77, 2003.

¹⁹⁸ HANOTIAU, Bernard. op. cit., p. 243.

¹⁹⁹ SHEPARD, Audley. op. cit., p. 287.

²⁰⁰ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 7.

claims against the manager were actually claims of breach of the manager's contractual obligations, and the manager was specifically named and its duties were outlined in the underlying contract. Consequently, it would have been 'manifestly inequitable' to allow the contractor both to claim that the manager was liable for a failure to perform under the terms of the contract, and at the same time to deny that the manager was a party to the contract in order to avoid arbitration"²⁰¹.

No direito inglês, essa doutrina é aplicada tanto em procedimentos arbitrais quanto judiciais (caso *Aegis v. European Re*²⁰²).

No caso *Henderson v. Henderson*²⁰³, surgiu no direito inglês outra forma de *issue estoppel*, segundo o qual uma parte que poderia trazer uma importante questão de fato ou de direito no curso do procedimento anterior, mas não o fez, não poderá arguir essa questão em novo processo. Esse *issue estoppel* parece assemelhar-se à obrigação de concentrar os argumentos ("obligation de concentrer les moyens") do direito francês²⁰⁴.

Outra característica do *issue estoppel* é que as únicas pessoas afetadas pela decisão ou sentença *in personam* são as partes do processo no qual foi proferida essa decisão ou seus representantes ou terceiros intervenientes no processo.

Note-se ainda que, no direito inglês, para a identidade de partes aplicam-se duas regras: *privity* e *mutuality*.

A regra do *privity* dispõe que apenas as partes obrigadas pela sentença anterior e que, portanto, estão restringidas pelos seus efeitos preclusivos, são as partes daquele primeiro processo. Terceiros não podem valer-se dessa mesma sentença.

Já o princípio da *mutuality* exige que cada parte (ou seus representantes/substitutos processuais) nos procedimentos subsequentes tenham sido partes nos procedimentos anteriores e que litiguem ou defendam nos procedimentos posteriores o mesmo direito reclamado no anterior. Ou seja, exige que o *estoppel* seja mútuo. Já no direito norte-americano, esse princípio não se aplica como requisito ao *issue preclusion*, podendo um terceiro invocar o *issue preclusion* para impedir que outra parte re-litigue as questões já decididas em um procedimento anterior²⁰⁵.

---

²⁰¹BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 136.

²⁰²*Aegis v. European Re*, 2003, 1 W.L.R. 1041.

²⁰³*Henderson v. Henderson*, 1843, 3 Hare 100.

²⁰⁴Vide Capítulo II, Seção A.

²⁰⁵SHEPARD, Audley. op. cit., p. 287.

Ademais, no direito inglês, as sentenças estrangeiras têm efeito de coisa julgada semelhante às decisões domésticas. Porém, as sentenças estrangeiras devem ter efeito de coisa julgada no Estado em que foram proferidas e deverão ser reconhecidas no Estado em que se buscam suas execuções para gerar os efeitos preclusivos²⁰⁶.

Claim Preclusion

Primeiramente, cabe definir *claim*, como sendo a causa de pedir sobre a qual o tribunal decidirá e que constitui o objeto do litígio. A condição para a aplicação do *claim preclusion* (Estados Unidos) ou *cause of action estoppel* (Inglaterra) é a identidade das causas de pedir entre o primeiro e o segundo processos²⁰⁷.

Nos Estados Unidos, o *Second Restatement of Judgments* (1982) define o *claim preclusion* de acordo com o princípio da coisa julgada: “*when an issue of fact or Law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim.*”

Na *cause of action estoppel* (Inglaterra), está precluído o direito da parte de litigar a mesma demanda no curso de um novo procedimento, quando esta mesma demanda já foi rejeitada ou julgada em decisão anterior²⁰⁸. Em geral, todas as causas originárias de um mesmo evento e que se baseiam nas mesmas provas são tratadas como a mesma causa de pedir²⁰⁹.

São cinco as condições para sua aplicação: (i) mesma causa de agir; (ii) mesmas partes (ou seus representantes); (iii) decisão anterior de uma corte competente; (iv) decisão anterior, final e conclusiva no mérito; (v) sem qualquer circunstância especial que pudesse negar a sua aplicação (fraude; ordem pública, etc.)²¹⁰.

Para aplicação da *cause of action estoppel*, será necessário examinar a

²⁰⁶SHEPARD, Audley. op. cit., p. 186.

²⁰⁷KESSEDJIAN, Catherine. *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, cit., p. 335.

²⁰⁸VEEDER, V. V. op. cit., p. 76.

²⁰⁹INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 7.

²¹⁰SHEPARD, Audley. op. cit., p. 225.

fundamentação da decisão anterior e não apenas a parte dispositiva²¹¹.

Esclareça-se a diferença entre *claim preclusion* e *issue preclusion*. No primeiro, a parte está proibida de litigar sobre uma demanda que deveria ter sido trazida em ação anterior; e, no segundo, está proibida de trazer uma questão de fato ou de direito em nova ação, quando deveria tê-la apresentado em processo anterior.

Assim, o *claim preclusion* é aplicável em duas hipóteses: a de fusão ou *merger* e a de impedimento ou *bar*. No primeiro caso, o julgamento foi a favor do autor, estabelecendo de maneira decisiva a validade da ação. A causa dessa ação se funde na sentença, impedindo o autor de recomençar o processo no mérito. No segundo caso, o primeiro julgamento foi favorável ao réu, constituindo um impedimento (*bar*) para o autor mover nova ação diante do mesmo ou outro tribunal sobre a mesma causa de agir e contra o mesmo réu.

Tem-se, assim, a seguinte noção de *claim preclusion*:

“The rule of res judicata means that when a court of competent jurisdiction has determined, on the merits, a litigated cause, the judgment entered, until reserved, is, for ever and for all circumstances final and conclusive as between the parties to the suit and their privies, in respect to every fact which might properly be considered in reaching a judicial determination of the controversy, and in respect of all points of law there adjudged as those points relate directly to the cause of action in litigation and effect the fund or other subject-matter then before the court.”²¹²

Former Recovery

O *former recovery* é previsto na Inglaterra e consiste em uma demanda em que a parte vencedora da ação anterior, inicia novo processo sobre a mesma causa de pedir a fim de obter outros direitos²¹³. Entretanto, por essa doutrina, a causa de pedir é considerada extinta com a prolação da sentença anterior²¹⁴.

²¹¹INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 7.

²¹²MOSCHZISKER apud KESSEDJIAN, Catherine. *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, cit., p. 336.

²¹³HANOTIAU, Bernard. op. cit., p. 243.

²¹⁴INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 8.

Abuse of Process

Pela doutrina do *abuse of process*, as partes são chamadas pela corte competente a trazerem todo o caso (*claims* e *issues*) perante a corte, a fim de que todos os aspectos sejam julgados uma única vez (caso *Henderson v. Henderson*)²¹⁵.

Na Inglaterra, a doutrina do *abuse of process* estabelece que o procedimento posterior deve estar precluído, se necessário para uma corte prevenir o mau uso do processo acarretando injustiça a outra parte, ou para evitar o risco de descrédito da administração da justiça. Essa doutrina é inerente ao poder do Judiciário e sua aplicação é discricionária²¹⁶.

Nos Estados Unidos, não há uma aplicação dessa doutrina como na Inglaterra, pois o Restatement esclarece que há vários motivos para que uma parte tenha decidido não litigar determinada questão²¹⁷. Entretanto, a lei de Nova Iorque é mais restritiva na aplicação da doutrina do *claim preclusion*, aproximando-se da doutrina do *abuse of process*²¹⁸.

---

²¹⁵HANOTIAU, Bernard. op. cit., p. 243.

²¹⁶SHEPARD, Audley. op. cit., p. 297.

²¹⁷Restatement §27.

²¹⁸SHEPARD, Audley. op. cit., p. 297.

SEGUNDA PARTE

MECANISMOS PARA MINIMIZAR OS EFEITOS DOS PROCEDIMENTOS PARALELOS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Após a contextualização da problemática dos procedimentos paralelos e da análise dos princípios da litispendência e da coisa julgada adotados nas legislações nacionais para evitar as consequências negativas da multiplicidade de procedimentos, busca-se verificar a aplicação dos mecanismos aptos a mitigar os efeitos ocasionados pela multiplicidade de procedimentos paralelos.

No primeiro capítulo, será analisada a aplicação do princípio da litispendência em arbitragem internacional (**Capítulo I**), considerando duas hipóteses: tribunal arbitral *versus* tribunal arbitral (**Seção 2**) e tribunal arbitral *versus* corte judicial estatal (**Seção 3**).

No segundo capítulo, será examinada a aplicação da coisa julgada em arbitragem internacional (**Capítulo II**). Primeiramente, serão abordados os efeitos da coisa julgada de uma sentença arbitral ou judicial perante um tribunal arbitral ou uma corte estatal (**Seção 1**) para, então, discutir a existência ou não de força vinculante das sentenças arbitrais e sua repercussão em outras arbitragens, ou em ações anulatórias, ou em ações de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira (**Seção 2**).

Por fim, no terceiro capítulo, serão estudados outros mecanismos para a resolução do problema dos procedimentos paralelos (**Capítulo III**): conexão, *joinder* e aqueles previstos em arbitragens de investimento (*waiver*; *fork in the road clause*; e *parallel treaty arbitration*).

CAPÍTULO I. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LITISPENDÊNCIA EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Preliminarmente, trataremos do momento da instauração do procedimento arbitral (**Seção 1**), para, então, abordarmos as duas questões a serem examinadas separadamente.

Na primeira hipótese de estudo, será verificada a concomitância de um tribunal arbitral internacional e de uma corte estatal julgando sobre as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido (**Seção 2**). Para análise desse cenário, a seção divide-se em dois subitens. Primeiro, será verificado o método de conflito de leis para determinar a lei aplicável à situação de procedimentos paralelos, tendo em vista a diversidade de tratamento do fenômeno da *lis pendens* por países de *Common Law* e *Civil Law* (**A**). Na sequência, será examinada a possibilidade de regras materiais transnacionais, como regra uniforme, para regular as situações de litispendência entre duas arbitragens concomitantes entre as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido (**B**).

Na segunda hipótese, será examinada a existência de dois procedimentos paralelos perante um tribunal arbitral e outro perante uma corte judicial estatal (**Seção 3**). Diante desse cenário, indaga-se sobre a configuração de uma exceção de litispendência (**A**). Como consequência dessa primeira questão, verificar-se-á a aplicação do princípio da competência-competência, que confere poder aos árbitros para julgarem sobre sua própria competência, nesses casos de conflito entre jurisdição arbitral e estatal (**B**). Terceiro, será verificada a aplicação da suspensão para coordenação entre os procedimentos paralelos (**C**); e, por último, a possibilidade de adoção de uma regra transnacional para solucionar o problema da existência dos procedimentos paralelos entre um tribunal arbitral internacional e uma corte estatal (**D**).

SEÇÃO 1. Uma Questão Preliminar: o momento de instauração do procedimento arbitral

Antes de iniciarmos a análise das hipóteses de conflitos entre tribunais arbitrais e entre um tribunal arbitral e uma corte estatal, é importante a determinação do momento de instauração da arbitragem para verificar quando poderá aduzir litispendência em relação

aos procedimentos posteriores.

Muitas leis de arbitragem consideram o marco inicial da arbitragem a apresentação do requerimento de arbitragem (*request for arbitration*), pois inspiradas no art. 21 da Lei-Modelo da UNCITRAL²¹⁹, por exemplo, a alemã (ZPO, §1044) e a holandesa (WBR, art. 1025(2)), bem como no Regulamento de Arbitragem da CCI (art. 4(2)²²⁰). Na Holanda, a lei ainda exige que o requerimento de arbitragem seja endereçado aos árbitros indicados na convenção de arbitragem ou para um terceiro incumbido de indicá-los. Na Bélgica (CJB, art. 1683 (1)), Itália (CC, art. 2652) e Suécia (SU, ar. 19(2)), é necessário que no requerimento a parte requerente nomeie um co-árbitro²²¹.

Na Suíça, o art. 181 da LDIP²²² estabelece que a arbitragem começa a partir do início do procedimento de constituição do tribunal arbitral por uma das partes ou a partir da nomeação dos árbitros. Interesse notar que esse dispositivo tem por título “litispendance”, mostrando a importância da definição do momento em que se inicia a arbitragem para que um procedimento possa dar azo à litispendência. Ademais, não exige que a parte submeta o requerimento de arbitragem propriamente dito, mas ao mesmo apresente o objeto da arbitragem para a constituição do tribunal. A constituição do tribunal depende da convenção de arbitragem e das regras de arbitragem escolhidas. Na ausência de acordo sobre esses aspectos, a constituição do tribunal dependerá da assistência do Judiciário (LDIP, art. 179(2))²²³. O art. 14 do Arbitration Act inglês²²⁴ prevê,

²¹⁹Lei-Modelo da UNCITRAL, Art. 21: “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.”

²²⁰Regulamento CCI, art. 4(2): “A data de recebimento do Requerimento pela Secretaria deverá ser considerada, para todos os efeitos, como a data da instauração do procedimento de arbitragem.”

Segundo Yves Derains e Eric Schwarts, esse marco inicial da arbitragem (o recebimento do Requerimento pela Secretaria) afasta eventuais obstáculos ao começo do procedimento arbitral. Quando o início da arbitragem ocorre pela notificação do Requerimento à parte requerida (por exemplo, pelas Regras da UNCITRAL, art. 3.2), haverá desvantagens pela dificuldade, ou impossibilidade, de localizar a parte requerida ou notificá-la do requerimento de arbitragem. Por conseguinte, haverá atrasos ou empecilhos ao início do procedimento arbitral. DERAIS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *Guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2005. p. 43.

²²¹POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*, 2. ed. Schulthess, London: Thomson Sweet&Maxwell, 2007. p. 487.

²²²LDIP, art. 21: “L’instance arbitrale est pendante dès le moment où l’une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d’arbitrage ou, à défaut d’une telle désignation, dès que l’une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral.”

²²³Id., loc. cit. LDIP, art. 179:

“1. Les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties.
2. A défaut d’une telle convention, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi; il applique par analogie les dispositions du CPC sur la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres.
3. Lorsqu’un juge est appelé à nommer un arbitre, il donne suite à la demande de nomination qui lui est adressée, à moins qu’un examen sommaire ne démontre qu’il n’existe entre les parties aucune convention d’arbitrage.”

primeiramente, que as partes poderão convencionar sobre o início da arbitragem; e, na ausência de tal acordo, a arbitragem inicia pela citação ou notificação da parte requerida para a nomeação do árbitro ou mesmo quando o árbitro já tiver sido indicado na convenção de arbitragem. Na França, de acordo com a jurisprudência, o momento de instauração da arbitragem ocorre a partir do processo de constituição do tribunal arbitral²²⁵; e, se uma parte não se manifestar sobre a nomeação do árbitro, a partir da notificação sobre o requerimento de arbitragem²²⁶.

Já no Brasil, de acordo com o art. 19 da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307/96)²²⁷, a arbitragem estará instituída quando aceita a nomeação pelo árbitro (se árbitro único) ou árbitros (se vários árbitros). Conforme comenta o Prof. Carlos Alberto Carmona, ocorreria litispendência somente após a aceitação da nomeação pelos árbitros²²⁸.

As regras de arbitragem escolhidas pelas partes determinam muitas vezes o início da arbitragem, o que revela que o princípio da autonomia da vontade das partes tem uma função importante também sobre esse aspecto. Outras leis adotam a possibilidade de a vontade das partes definir o momento de início da arbitragem, conferindo maior autonomia, tais como ZPO alemão, §1044; Arbitration Act inglês, art. 14(1); a lei sueca

---

²²⁴ Arbitration Act, art. 14: “Commencement of arbitral proceedings.

(1)The parties are free to agree when arbitral proceedings are to be regarded as commenced for the purposes of this Part and for the purposes of the Limitation Acts.

(2)If there is no such agreement the following provisions apply.

(3)Where the arbitrator is named or designated in the arbitration agreement, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party serves on the other party or parties a notice in writing requiring him or them to submit that matter to the person so named or designated.

(4)Where the arbitrator or arbitrators are to be appointed by the parties, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party serves on the other party or parties notice in writing requiring him or them to appoint an arbitrator or to agree to the appointment of an arbitrator in respect of that matter.

(5)Where the arbitrator or arbitrators are to be appointed by a person other than a party to the proceedings, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party gives notice in writing to that person requesting him to make the appointment in respect of that matter.”

²²⁵POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. op. cit., p. 489.

²²⁶GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 1999. p. 662.

²²⁷A Lei Brasileira de Arbitragem não trata separadamente a arbitragem interna da arbitragem internacional. O legislador preferiu adotar o sistema monista, sem regular diferentemente um e outro procedimento. CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o direito brasileiro. In: _____ (Coord.). *Arbitragem: nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997. p. 173. Para alguns autores, não haveria por que tratar diversamente arbitragem interna e internacional, pois “o que é bom para a arbitragem internacional é bom para a arbitragem interna e vice-versa”. FOUCHARD, Philippe. Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales. *Revue de l’Arbitrage*, n. 4, p. 668, 1998. Cabe ainda ressaltar que a única distinção trazida pela Lei nº 9.307/96 é quanto à sentença arbitral estrangeira. No art. 34 da Lei de Arbitragem Brasileira, adotou-se o critério da territorialidade: Art. 34. Parágrafo único. “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”

²²⁸CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário á Lei nº 9.307/96*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 239.

SU, art. 19(2) e o WBR holandês, art. 1025 (3)²²⁹.

Portanto, como não há um critério uniforme nas leis nacionais, dependerá da lei aplicável ao procedimento arbitral e dos regulamentos de arbitragem a resposta a essa questão para determinar o momento da instauração do procedimento arbitral, de modo a acarretar eventual litispendência.

SEÇÃO 2. Tribunal Arbitral *versus* Tribunal Arbitral

A primeira hipótese de aplicação do princípio da litispendência trata dos procedimentos paralelos perante dois tribunais arbitrais para julgar o mesmo caso.

Ao passo que são poucos os casos de procedimentos paralelos entre dois tribunais arbitrais em arbitragem comercial internacional, em arbitragem de investimento essa hipótese é mais comum. Isso decorre da aplicação do art. II da Convenção de Nova Iorque que confere competência exclusiva ao tribunal eleito²³⁰.

Em arbitragem de investimento, a distinção entre controvérsias provenientes de um tratado e de um contrato acarreta uma sobreposição de competências entre o tribunal designado pelo tratado e o tribunal indicado para decidir a disputa contratual entre as mesmas partes. Ademais, os investidores poderão invocar outros direitos na arbitragem relativos à mesma controvérsia, mas com base em diferentes tratados bilaterais de investimento²³¹.

Conforme conclui Julian Lew, as arbitragens paralelas podem surgir em várias circunstâncias, por exemplo, devido à justaposição de obrigações contratuais e a interação do direito internacional público, de compromissos firmados em tratados internacionais entre Estados e com entes privados por meio de contratos. E, embora haja diferentes foros para tratar dos direitos contratuais e do direito público internacional, resta uma zona cinzenta entre os dois, dando azo aos procedimentos paralelos²³².

²²⁹POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. op. cit., p. 489.

²³⁰McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 214.

²³¹Id. Ibid., p. 215. Vide sobretudo Parte II, Capítulo III, Seção 2 deste trabalho.

²³²LEW, Julian D.M. Concluding remarks - parallel proceedings in international arbitration – challenges and realities. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 305.

A mesma demanda entre as mesmas partes pode originar diferentes arbitragens, pois (i) os procedimentos advêm de diferentes contratos, mas relativos à mesma relação jurídica; (ii) as partes celebraram diferentes acordos sobre o mesmo projeto; (iii) uma parte alega que uma sentença arbitral não esgotou todas as controvérsias entre as partes; (iv) o aditamento de uma demanda ou pedido reconvenicional não pode ser apresentado após a constituição do tribunal arbitral e o demandante é forçado a instituir um procedimento paralelo; ou (v) os termos do contrato requerem mais de uma arbitragem.²³³

Em arbitragem comercial, podemos citar dois casos. O primeiro traz um conflito entre dois tribunais arbitrais com sede no mesmo país: o caso *Arthur Andersen v. Andersen Consulting*²³⁴. A Andersen Consulting iniciou uma arbitragem CCI na Suíça contra a maioria das empresas Arthur Andersen, com base na convenção de arbitragem mais recente (embora ainda não firmada por todos os membros da empresa). Na sequência, uma empresa Arthur Andersen instaura uma arbitragem *ad hoc* contra a Andersen Consulting em Genebra, com base em uma cláusula arbitral anterior. Indagado sobre a questão de litispendência entre esses tribunais, o Tribunal Federal Suíço confirmou a jurisdição do primeiro tribunal arbitral²³⁵.

O segundo caso trata de um conflito entre dois tribunais arbitrais localizados em países diferentes: o caso *Tema-Frugoli SpA v. Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd.* A empresa italiana Tema e a empresa chinesa Hubei celebraram um contrato de compra e venda contendo a seguinte cláusula: se a arbitragem fosse iniciada pelo vendedor (Tema), qualquer controvérsia seria resolvida por uma arbitragem no Instituto de Arbitragem de Estocolmo; e se a arbitragem fosse iniciada pelo comprador (Hubei), qualquer controvérsia seria resolvida pela China International Economic Trade Arbitration Commission (CIETAC). Tema iniciou a arbitragem em Estocolmo para obter a declaração de que lhe cumprira com suas obrigações contratuais, o que resultou em uma sentença arbitral que lhe foi favorável. Nas semanas seguintes, Hubei iniciou uma arbitragem perante CIETAC contra Tema por inadimplemento contratual, o que gerou uma decisão favorável à Hubei²³⁶.

Tema obteve a execução da sentença da arbitragem de Estocolmo em Roma, Itália. Hubei, então, buscou a execução da sua sentença CIETAC em Milão. Tema contestou a

²³³SHEPARD, Audley. op. cit., p. 219 ss.

²³⁴Corte de Genebra, 30.09.1998; e Tribunal Federal Suíço, 08.12.1999.

²³⁵McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 215-216.

²³⁶Id. Ibid., p. 216-217.

execução da sentença CIETAC, alegando que ao iniciar a primeira arbitragem, a segunda estava precluída, pois haveria litispendência, não podendo a sentença CIETAC ser executada. A Corte de Apelação de Milão discordou com o argumento de Tema, confirmou a competência de ambos os tribunais arbitrais e entendeu que a inconsistência entre as duas sentenças arbitrais não se enquadra entre as hipóteses de denegação da execução da sentença arbitral CIETAC previstas na Convenção de Nova Iorque. Ademais, declarou que esse tipo de objeção deveria ter sido argüido em revisão do laudo arbitral nas cortes da sede da arbitragem²³⁷.

Em arbitragem de investimento, são famosos os casos *República Tcheca* que suscitaram o problema de dois procedimentos arbitrais relativos ao mesmo investimento, com base em dois tratados bilaterais de investimento distintos, mas de conteúdos muito semelhantes.

No referido caso, foram instauradas duas arbitragens concomitantes relativas às mesmas questões fáticas: o rompimento dos negócios entre a empresa tcheca CET 21 e a CNTS, empresa de propósito específico criada pela parceria entre a CET 21 e a CEDC (subsidiária da empresa holandesa CME) para a administração da licença de transmissão de sinal de televisão concedida pelo Governo Tcheco. Tal rescisão decorreu da declaração do conselho de mídia tcheco decretando o fim da exclusividade firmada entre a CET 21 e a CNTS²³⁸.

Em dezembro de 1999, o acionista majoritário da empresa CME, Sr. Robert Lauder, inicia uma arbitragem com sede em Londres contra a República Tcheca, sob as regras da UNCITRAL, alegando a violação do tratado bilateral de investimento²³⁹ firmado entre os Estados Unidos e a República Tcheca. Na sentença arbitral de 03 de setembro de 2001, o tribunal arbitral adotou um conceito restritivo de expropriação e indeferiu os pedidos do Sr. Lauder, pois não havia provas de que ele tinha sofrido danos diretos desse evento²⁴⁰.

Seis meses após o início da arbitragem em Londres, a CME instaurou uma arbitragem em face da República Tcheca também sob as regras da UNCITRAL, porém com sede em Estocolmo e com base na violação de outro tratado bilateral de investimento

²³⁷McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 216-217.

²³⁸BEZDEK, Bianca. op. cit., p. 249-257.

²³⁹Em inglês, são os chamados Bilateral Investment Treaties sob a sigla BITs. Em português, são os Tratados Bilaterais de Investimento e adotaremos a sigla TBIs.

²⁴⁰Sentença final, de 03.09.2001, proferida pelo Tribunal composto por Lloyd Cutler, Robert Briner (Presidente) e Bohuslav Klein. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca>>.

firmado entre a República Tcheca e a Holanda. No entanto, neste caso, em 13 de setembro de 2001, o tribunal arbitral entendeu diferentemente e condenou a República Tcheca a indenizar a CME no montante de USD 268.814.000,00 mais juros²⁴¹.

O Tribunal Arbitral no caso *CME* declarou que o fato de um tribunal ser competente para resolver uma controvérsia que lhe foi submetida não irá, necessariamente, afetar a autoridade de outro tribunal arbitral constituído de acordo com diferentes tratados e convenções de arbitragem para dirimir um determinado conflito, ainda que pudessem ser considerados “a mesma demanda”²⁴².

Ressalte-se que, durante a pendência das duas arbitragens, a CME propôs à República Tcheca consolidar os dois procedimentos em uma única arbitragem para evitar duas arbitragens paralelas. Porém, a República Tcheca rejeitou essas propostas e afirmou não ter impugnado o outro procedimento arbitral com base nas doutrinas da litispendência e da coisa julgada²⁴³.

Posteriormente, a República Tcheca ajuizou uma ação anulatória da sentença arbitral proferida em Estocolmo perante a Corte de Apelação Svea, na Suécia. E, nessa ação, a República Tcheca alegou que a demanda da CME deveria ter sido rejeitada pelo tribunal arbitral com sede em Estocolmo, tendo em vista os princípios da litispendência (pois pendente uma arbitragem em Londres) e da coisa julgada (após a prolação da sentença arbitral em Londres). Já CME contestou esses argumentos, sustentando que: (i) as arbitragens fundaram-se em tratados diferentes entre partes diferentes; (ii) que o problema foi gerado pela República Tcheca que se recusou a juntar as duas arbitragens; e (iii) a República Tcheca teria renunciado ao direito de invocar a litispendência e a coisa julgada²⁴⁴.

A Corte Svea indeferiu o pedido de anulação da sentença arbitral, pois não verificou a identidade de partes (CME e Lauder) nos procedimentos arbitrais – requisito

---

²⁴¹ Sentença parcial, de 13.09.2001, proferida pelo Tribunal composto por Dr. Wolfgang Kuhn (Presidente), Stephen M. Schwebel e Jaroslav Hándl. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca>>.

²⁴² “Moreover, the fact that one tribunal is competent to resolve the dispute brought before it does not necessarily affect the authority of another tribunal, constituted under a different agreement, to resolve a dispute - even if it were the “same” dispute.” Sentença Arbitral Final, datada de 14.03.2003, para. 435. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca>>.

²⁴³ BAGNER, Hans. Swedish Appeals Court ‘Strikes Delicate Balance’ in Czech Republic v. CME. *Mealey’s International Arbitration Report*, v. 18, n. 6, p. 35, Jun. 2003.

²⁴⁴ Id. Ibid., p. 35-36.

básico para a aplicação da litispendência e da coisa julgada no direito sueco²⁴⁵.

Saliente-se que, em havendo duas arbitragens relacionadas pelo mesmo objeto e entre as mesmas partes, mas oriundas de diferentes cláusulas compromissórias, uma das soluções seria a consolidação ou conexão desses procedimentos. Entretanto, conforme referido no caso *República Tcheca*, tal solução depende da vontade das partes e não de uma decisão dos árbitros²⁴⁶, o que restringe a sua aplicação²⁴⁷.

Para evitar essa multiplicidade de procedimentos com base nos mesmos ou em vários TBIs relativos ao mesmo investimento e entre as mesmas partes (ou entre empresas que uma parte possui ou controla), o art. 1121 do NAFTA impede o investidor de apresentar ao NAFTA uma arbitragem contra um dos membros do NAFTA, enquanto esse mesmo investidor ou uma empresa de que ele é controlador ou proprietário trouxe simultaneamente outra demanda relativa à mesma medida governamental²⁴⁸.

Em suma, pelos exemplos acima mencionados, verifica-se que esse conflito entre tribunais arbitrais vai de encontro às vantagens da arbitragem internacional²⁴⁹, quais sejam:

²⁴⁵BAGNER, Hans. op. cit., p. 36.

²⁴⁶McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 195.

²⁴⁷Trataremos da *consolidation* no Capítulo III. Seção A.

²⁴⁸NAFTA, art. 1121: "Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration

1. A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if:

(a) the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and

(b) **the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.**

2. A disputing investor may submit a claim under Article 1117 to arbitration only if both the investor and the enterprise:

(a) consent to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and

(b) **waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.**

3. A consent and waiver required by this Article shall be in writing, shall be delivered to the disputing Party and shall be included in the submission of a claim to arbitration.

4. Only where a disputing Party has deprived a disputing investor of control of an enterprise:

(a) a waiver from the enterprise under paragraph 1(b) or 2(b) shall not be required; and

(b) Annex 1120.1(b) shall not apply." (Grifou-se) NAFTA Secretariat. Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/>>.

²⁴⁹Conforme esclarece Campbell McLachlan, esse escopo da arbitragem justifica o seu desenvolvimento na idade média, citando Bloch, *Feudal Society*: "The most serious cases could be heard in many different courts exercising parallel jurisdiction. Undoubtedly there were certain rules which, in theory, determined the limits of competence of the various courts; but in spite of them uncertainty persisted. The feudal records that have come down to us abound in charters relating to disputes between rival jurisdictions. Despairing

evitar uma multiplicidade de procedimentos perante diferentes tribunais, promover um meio de solução de controvérsias centralizado, eliminar a insegurança jurídica e o risco de uma sobreposição de jurisdições competentes²⁵⁰.

Para prevenir esse conflito tribunal arbitral versus tribunal arbitral, passamos a analisar a possibilidade de transposição da doutrina da litispendência para a arbitragem internacional e a buscar uma definição de litispendência transnacional.

A. Litispendência entre dois procedimentos arbitrais paralelos

Diante desse conflito entre tribunais arbitrais instaurados para julgar a mesma controvérsia entre as mesmas partes, indaga-se sobre a aplicação do princípio da litispendência para um conflito entre dois tribunais arbitrais, embora esse princípio seja normalmente aplicável em casos de competência concorrente entre jurisdições estatais²⁵¹.

No caso *Arthur Andersen*, vale ressaltar o seguinte histórico. Como na segunda arbitragem *ad hoc* o réu recusou-se a nomear um árbitro, pois pendente a mesma controvérsia em uma arbitragem CCI, foi ajuizada ação perante uma corte de Genebra para nomeação do árbitro. No curso dessa ação, o réu invocou litispendência, pois caberia ao árbitro da arbitragem CCI a prioridade para julgar sobre sua própria competência. A corte de Genebra rejeitou o pedido de nomeação do árbitro, tendo em vista que “o árbitro [em um procedimento CCI] deverá, preliminarmente, julgar sobre o escopo da cláusula compromissória (...) com a possibilidade de recurso perante o Tribunal Federal Suíço. A presente demanda é prematura e não poderá ser reaberta, exceto se o árbitro da CCI, com sede em Genebra, decidir se as duas cláusulas arbitrais vinculam efetivamente as partes.”²⁵²

Segundo Elliot Geisinger e Laurente Lévy, como essas arbitragens tinham suas sedes no mesmo país, o árbitro *ad hoc* poderia, se fosse nomeado, suspender o procedimento até a decisão final sobre a validade da convenção de arbitragem pelo tribunal

---

of knowing before which authority to bring their suits, litigants often agreed to set up arbitrators of their own.” McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 190.

²⁵⁰ McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 191.

²⁵¹ Vide Primeira Parte, Capítulo II.

²⁵² *Arthur Andersen versus Andersen Consulting*, Tribunal de primeira instância de Genebra, julgado em 30.09.1998. Comentado em GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. La litispendance dans l'arbitrage commercial international. *L'Arbitrage Complexe, Bulletin CCI, Supplément Spécial*, p. 68, 2003.

arbitral CCI²⁵³.

Entretanto, se as arbitragens estivessem localizadas em diferentes Estados, os árbitros do segundo procedimento arbitral deveriam verificar a possibilidade de reconhecimento da sentença arbitral proferida na primeira arbitragem no país da sede da segunda arbitragem. Nesse caso, deve-se buscar a lei aplicável para fazer esse prognóstico.

Os autores sugerem que, em se tratando da validade das duas convenções de arbitragem, cada um com um escopo próprio, o segundo tribunal poderá aplicar o art. V(1)(c) da Convenção de Nova Iorque, para verificar sua própria competência de acordo com a lei do país da sede²⁵⁴. Além disso, terá de verificar se a sentença proferida na primeira arbitragem será reconhecida no país da sede da segunda arbitragem de acordo com o art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque²⁵⁵.

Recentemente, as Recomendações adotadas pela ILA em matéria de litispendência propõem a aplicação da litispendência nessa hipótese de conflito entre dois tribunais arbitrais competentes (“litispendência arbitral”²⁵⁶). Pelo reconhecimento desse princípio, o segundo tribunal deve suspender o procedimento arbitral iniciado perante ele²⁵⁷:

“*Lis pendens* is recognized in most legal systems, and has also been recognized as *prima facie* applicable in international arbitration. The Committee submits that the second tribunal should stay its proceedings.”²⁵⁸

De fato, as Recomendações da ILA distinguem o tratamento dado a uma situação de verdadeira litispendência, em que existem procedimentos paralelos que requerem uma política de coordenação entre jurisdições igualmente competentes para evitar sentenças arbitrais contraditórias. Note-se que, para a configuração dessa litispendência, as Recomendações não fixam o mesmo critério da tríplice identidade, mas sim um conceito mais amplo e flexível, cabendo aos árbitros suspenderem o procedimento arbitral de acordo com a sua discricionariedade²⁵⁹.

---

²⁵³GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. op. cit., p. 69.

²⁵⁴Id., loc. cit.

²⁵⁵Id., loc. cit.

²⁵⁶POUDRET, Jean-François. Exception d’arbitrage et litispendance en droit Suisse: comment départager le juge et l’arbitre? *ASA Bulletin*, v. 25, n. 2, p. 239, 2007.

²⁵⁷McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 217.

²⁵⁸INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on *lis pendens* and arbitration, Commentary to Recommendations, cit., p. 23.

²⁵⁹Id. Ibid., p. 25. Recomendações ILA, n. 5: “Where the Parallel Proceedings have been commenced before the Current Arbitration and are pending before another arbitral tribunal, the arbitral tribunal should decline

O art. 186, 1 bis da LDIP suíça²⁶⁰ também reconhece essa “litispendência arbitral”, permitindo que o árbitro julgue sobre sua própria competência, embora haja outra controvérsia sobre o mesmo objeto entre as mesmas partes perante outro tribunal arbitral. Nesse caso, a suspensão poderá ocorrer até que haja uma decisão do primeiro tribunal sobre a sua competência²⁶¹. Na Recomendação n. 5 da ILA, a suspensão do procedimento fica a critério dos árbitros.

No caso de arbitragens entre as mesmas partes ou entre partes não idênticas, mas intrinsecamente envolvidas no caso como se partes fossem, e sobre controvérsias relacionadas, mas não idênticas, as Recomendações da ILA entendem que não se aplica a litispendência, mas deve-se buscar uma coordenação entre os procedimentos com base na boa administração da justiça (*case management*). E, com esse fundamento, também advogam pela suspensão do segundo procedimento arbitral²⁶².

A solução da ILA por meio de *case management* e não pela transposição pura e simples da doutrina da litispendência deve-se ao fato de que não há como dar mais importância a um ou outro tribunal arbitral. De fato, como assinala Julian D.M. Lew, “*there is no hierarchy of international tribunals based on time provided both (or all) have jurisdiction*”²⁶³. Ademais, cada tribunal é competente de acordo com o escopo de cláusula

---

jurisdiction or stay the Current Arbitration, in whole or in part, and on such conditions as it sees fit, for such duration as it sees fit (such as until a relevant determination in the Parallel Proceedings), provided that it is not precluded from doing so under the applicable law and provided that it appears that:

5.1 the arbitral tribunal in the Parallel Proceedings has jurisdiction to resolve the issues in the Current Arbitration; and

5.2 there will be no material prejudice to the party opposing the request because of (i) an inadequacy of relief available in the Parallel Proceedings; (ii) a lack of due process in the Parallel Proceedings; (iii) a risk of annulment or non-recognition or non-enforcement of an award that has been or may be rendered in the Parallel Proceedings; or (iv) some other compelling reason.”

²⁶⁰LDIP, art. 186: “1. Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. Ibis. Il statue sur sa propre compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure.”

²⁶¹POUDRET, Jean-François. Exception d’arbitrage et litispendance en droit Suisse: comment départager le juge et l’arbitre? cit., p. 240.

²⁶²Id. Ibid., p. 23. Recomendações ILA, n. 6: “Also, as a matter of sound case management, or to avoid conflicting decisions, to prevent costly duplication of proceedings or to protect a party from oppressive tactics, an arbitral tribunal requested by a party to stay temporarily the Current Arbitration, on such conditions as it sees fit, until the outcome, or partial or interim outcome, of any other pending proceedings (whether court, arbitration or supra-national proceedings), or any active dispute settlement process, may grant the request, whether or not the other proceedings or settlement process are between the same parties, relate to the same subject matter, or raise one or more of the same issues as the Current Arbitration, provided that the arbitral tribunal in the Current Arbitration is:

6.1 not precluded from doing so under the applicable law;

6.2 satisfied that the outcome of the other pending proceedings or settlement process is material to the outcome of the Current Arbitration; and

6.3 satisfied that there will be no material prejudice to the party opposing the stay.”

²⁶³LEW, Julian D.M. op. cit., p. 311.

compromissória da qual advém o seu poder jurisdicional. Entretanto, em alguns casos, a pedido das partes e por necessidade de uma coordenação entre dois procedimentos cujo resultado poderá ter influência em uma e outra arbitragem, recomenda-se a suspensão do procedimento arbitral, quando for do interesse das partes.

Em suma, o princípio da litispendência é aplicável aos casos de procedimentos paralelos entre dois tribunais arbitrais pendentes entre as mesmas partes. Sua aplicação é apropriada a essas circunstâncias, pois a litispendência garante um procedimento justo e equitativo, reconhecido como um mecanismo para evitar a duplicação ou a multiplicação de procedimentos²⁶⁴.

Passamos, assim, a examinar a lei aplicável para a solução desse conflito de competências concorrentes.

B. Lei Aplicável

Considerando esse conflito tribunal arbitral versus tribunal arbitral como uma verdadeira litispendência, restam algumas questões a responder: qual é a lei que fixa os elementos para a configuração dessa litispendência? Qual é lei que dita as consequências para minimizar ou evitar os efeitos advindos dessa situação de procedimentos paralelos? Quais são essas consequências? É possível uma regra uniforme para uma litispendência transnacional entre tribunais arbitrais?

Verificaremos adiante as possíveis respostas a partir do método de conflito de leis e por meio da busca de uma regra transnacional.

1. Método de conflito de leis

Conforme acima exposto, há lacunas sobre os procedimentos paralelos entre dois tribunais arbitrais que deverão ser solucionadas pela lei aplicável.

O método conflitual visa à harmonização de soluções quando ainda não se pode

---

²⁶⁴BORN, Gary. International commercial arbitration. *Commentary and Materials*, The Hague, v. 1/2, p. 29-49, 2009.

propor uma regra material uniforme. Portanto, teremos que identificar a lei aplicável por meio dos seus elementos de conexão, sendo os mais comuns em arbitragem: sede da arbitragem, autonomia da vontade das partes, local de execução da sentença arbitral ou foro do juiz estatal.

Para a determinação da lei aplicável para regular esse conflito, veja-se o tratamento dado à convenção de arbitragem à luz das principais convenções internacionais em matéria de arbitragem internacional, conforme a evolução do método conflitual²⁶⁵.

O Protocolo de Genebra de 1923 estabelecia que a cláusula compromissória válida obstava a corte estatal de julgar o mérito da controvérsia que deveria ser submetida à arbitragem. Porém, não previa a lei aplicável a essa validade²⁶⁶.

Já o Protocolo de Genebra de 1927 dispunha que a validade deveria ser verificada segundo a lei aplicável ao procedimento arbitral. Essa lei era indicada pelo art. 2: a lei escolhida pelas partes e a lei da sede da arbitragem²⁶⁷.

Com a Resolução do Instituto de Direito Internacional adotada em Amsterdã em 1957, a lei da sede da arbitragem prevalece, inclusive para permitir ou não a autonomia da vontade das partes²⁶⁸.

Na Convenção de Nova Iorque de 1958, o art. V.1(a) dispõe, dentre as hipóteses de denegação do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, se a cláusula compromissória não for válida de acordo com a lei escolhida pelas partes ou, na ausência dessa escolha, de acordo com a lei do país em que a sentença foi proferida. Entretanto, o art. II.3 não indica a lei aplicável à cláusula compromissória para determinar se ela é “nula, inoperante ou inexecutável”.

Muitas cortes estatais acabam verificando a validade da cláusula compromissória de acordo com a *lex fori* (por exemplo, nos Estados Unidos). Porém, se cada corte analisar a validade da cláusula compromissória conforme a lei do seu país, haverá o risco substancial

²⁶⁵GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 94 e ss.

²⁶⁶Protocolo de Genebra de 1923, art. 2: “*the arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place*”. (Grifou-se)

²⁶⁷Protocolo de Genebra de 1927, art. 2:

²⁶⁸Resolução de Amsterdã de 1957, *L'arbitrage en droit international privé*, art. 9: “La loi du lieu du siège du tribunal arbitral détermine si la procédure à suivre par les arbitres peut être librement établie par les parties, et si, à défaut d'accord à ce sujet entre les parties contractantes, elle peut être arrêtée par les arbitres ou doit être remplacée par les dispositions applicables à la procédure devant les tribunaux ordinaires.” INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Session d'Amsterdam– 1957. L'arbitrage en droit international privé. Disponível em: <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1957_amst_03_fr.pdf>.

de procedimentos paralelos entre árbitros e juízes²⁶⁹.

Tendo em vista a ausência de uma regra de conflito de lei específica para o art. II da Convenção de Nova Iorque, há quem defenda que o mesmo método conflitual do art. V.1(a) poderia estender-se à determinação da validade da cláusula compromissória prevista no art. II, o que promoveria uma maior uniformidade²⁷⁰.

Note-se ainda que a Convenção Européia de 1961, embora de aplicação bem mais restrita que a Convenção de Nova Iorque, adotou expressamente uma regra conflitual para a validade da cláusula compromissória. O art. VI(2) estabelece que a validade da cláusula compromissória será regulada pela lei escolhida pelas partes e, na sua ausência, pela lei da sede da arbitragem; que, se não for possível definir perante uma corte judicial antes da instauração da arbitragem, deve-se recorrer às regras de conflito de leis que lhe são aplicáveis (*lex fori*)²⁷¹.

Entretanto, acrescenta que o juiz poderá anular a cláusula compromissória se a controvérsia não for arbitrável de acordo com a *lex fori*. Portanto, esse dispositivo permite a existência de procedimentos paralelos, pois o juiz poderá assumir sua jurisdição, enquanto uma arbitragem estiver em curso em outro Estado²⁷².

Houve uma evolução do método conflitual para a determinação das regras processuais aplicáveis de Amsterdam para a Resolução do Instituto de Direito Internacional adotada em Santiago de Compostela em 1989, em que se declarou que: “as partes têm plena autonomia para determinar as regras processuais e os princípios (...)”

²⁶⁹HOUTTE, Hans van. Parallel Proceedings before State Courts and Arbitration Tribunals – is there a transnational *lis alibi pendens* – exception in arbitration or jurisdiction conventions? In: KARRER, Pierre (Ed.). *Arbitral Tribunals or State Courts who must defer to whom?* ASA Special Series, n. 15, p. 44-45, Jan. 2001.

²⁷⁰Hans van Houtte defende essa interpretação da Convenção de Nova Iorque e cita também Jean Robert e A.J. van den Berg como autores que advogam essa aplicação. Segundo Albert van den Berg: “*It would appear inconsistent at the time of the enforcement of the award to apply the Convention’s uniform conflict rules and at the time of the enforcement of the agreement to apply possibly different conflict rules of the forum. It could lead to the undesirable situation of the same arbitration agreement being held to be governed by two different laws: one law determined according to the conflict rules of the forum at the time of the enforcement of the agreement, and the other determined according to Article V(1)(a) at the time of enforcement of the award.*” HOUTTE, Hans van. op. cit., p. 46-47.

²⁷¹Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional, art. VI.2: “*Quand ils auront à se prononcer sur l’existence ou la validité d’une convention d’arbitrage, les tribunaux des Etats contractants statueront en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable et en ce qui concerne les autres questions: a) selon la loi à laquelle les parties ont soumis la convention d’arbitrage; b) à défaut d’une indication à cet égard, selon la loi du pays où la sentence doit être rendue; c) à défaut d’indication sur la loi à laquelle les parties ont soumis la convention et, si au moment où la question est soumise à un tribunal judiciaire il n’est pas possible de prévoir quel sera le pays où la sentence sera rendue, selon la loi compétente en vertu des règles de conflit du tribunal saisi.*”

²⁷²HOUTTE, Hans van. op. cit., p. 49.

aplicáveis pelos árbitros. Em especial, estas regras e princípios devem derivar de diferentes ordens jurídicas nacionais assim como de fontes não-nacionais como os princípios de direito internacional, princípios gerais de direito e os usos do comércio internacional.”²⁷³

Arthur von Mehren sintetiza essa evolução: “In Amsterdam, the law of the seat controlled. In Santiago, the seat is replaced by party autonomy; the arbitration agreement displaces the law of the seat.”²⁷⁴

Os Regulamentos de Arbitragem também podem prever qual é a lei aplicável à cláusula compromissória e ao procedimento arbitral. O art. 15(1) do Regulamento CCI de 1998 dispõe: “O procedimento perante o Tribunal Arbitral será regido pelo presente Regulamento, e, no que este silenciar, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o Tribunal Arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem.” Nas regras de 1975, usa-se a expressão “a municipal procedural law”, ou seja, as leis locais do Estado soberano, o que foi substituído por “rules of procedure of a national law”.

A preocupação quanto à lei local ou nacional aplicável ao procedimento arbitral tem perdido espaço, pois hoje a tendência é de os árbitros atuarem em jurisdições pró-arbitragem tomando a conexão entre o procedimento arbitral e a lei da sede, diferentemente do passado, em que os árbitros necessitavam proclamar sua independência de toda a ordem jurídica nacional na condução do procedimento arbitral²⁷⁵ para evitar interferências da lei local (lei da sede da arbitragem).

De acordo com a posição transnacional, que reconhece a existência de uma ordem jurídica arbitral, a questão-chave são as possibilidades de limitações da autonomia da vontade na determinação da lei aplicável por meio do conceito da ordem pública transnacional ou da ordem pública verdadeiramente internacional²⁷⁶. Para escapar do método conflitual e da aplicação da lei de uma jurisdição específica, passamos a análise da

²⁷³Institut de droit international, Resolução de Santiago de Compostela, 1989, Art. 6: “*Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes de procédure et de droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres. En particulier, (1) les diverses questions soulevées peuvent être respectivement soumises à des règles et principes différents, et (2) ces règles et principes peuvent être empruntés à différents systèmes juridiques nationaux ainsi qu'à des sources non nationales, comme les principes du droit international, les principes généraux du droit et les usages du commerce international. Dans la mesure où les parties ont laissé la question ouverte, le tribunal recherche les règles et principes nécessaires parmi les sources indiquées à l'article 4.*” INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Session de Saint-Jacques-de-Compostelle 1989. *L'arbitrage entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères*. Disponível em: <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_01_fr.PDF>.

²⁷⁴MEHREN *apud* GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 96.

²⁷⁵GAILLARD, Emmanuel. op. cit., p. 99.

²⁷⁶Id. Ibid., p. 126.

aplicação de regras materiais transnacionais para regular esse conflito entre tribunais arbitrais.

2. Em busca de regras materiais transnacionais

Para os casos em que é possível encontrar convergências e um denominador comum, verificaremos a adoção de regras materiais para uniformizarmos possíveis soluções em casos de litispendência em arbitragem internacional.

Essas regras serão verdadeiras regras transnacionais, promovendo a uniformização do direito e maior segurança jurídica na seara da arbitragem internacional. Esse esforço consagrou-se em algumas Recomendações da ILA e consistem em um passo inicial para o desenvolvimento de um direito uniforme para regular a matéria em arbitragem internacional.

A regulação da litispendência em arbitragem internacional escapa às regras encontradas nas legislações nacionais anteriormente estudadas, cada qual com suas particularidades. Para que haja uma regra aplicável aos procedimentos arbitrais paralelos deve-se voltar às necessidades da arbitragem internacional, tais como a celeridade do procedimento e a eficiência da sentença arbitral dele proferida.

Portanto, essa regra material e *sui generis* à litispendência arbitral deve, primeiramente, estabelecer os elementos que a definem: mesmas partes, mesmas pretensões e mesmos pedidos perante dois tribunais arbitrais, ou seja, em evidente duplicação de procedimentos²⁷⁷.

Em segundo lugar, essa regra precisa dispor de uma coordenação entre os dois tribunais arbitrais: quem deverá declinar de sua competência em favor do outro; sobretudo, quando a competência de cada tribunal emana de diferentes contratos e diferentes cláusulas de resolução de controvérsias.

Na tentativa de trazer uma solução uniforme à questão, as Recomendações da ILA estabelecem exceções à regra geral de prosseguimento do procedimento arbitral, quando pendentes duas arbitragens. Senão veja-se, *in verbis*:

---

²⁷⁷BORN, Gary. op. cit., p. 2950.

ILA Recommendations on Lis Pendens and Arbitration: “5. Where the Parallel Proceedings have been commenced before the Current Arbitration and are pending before another arbitral tribunal, **the arbitral tribunal should decline jurisdiction or stay the Current Arbitration**, in whole or in part, and on such conditions as it sees fit, for such duration as it sees fit (such as until a relevant determination in the Parallel Proceedings), provided that it is not precluded from doing so **under the applicable law** and provided that it appears that:

5.1 the arbitral tribunal in the Parallel Proceedings has jurisdiction to resolve the issues in the Current Arbitration; and

5.2 there will be no material prejudice to the party opposing the request because of (i) an inadequacy of relief available in the Parallel Proceedings; (ii) a lack of due process in the Parallel Proceedings; (iii) a risk of annulment or non-recognition or non-enforcement of an award that has been or may be rendered in the Parallel Proceedings; or (iv) some other compelling reason.”

Assim, caso o tribunal arbitral primeiramente constituído tiver, aparentemente, competência e desde que o interesse da parte que se opõe à suspensão ou término do procedimento não seja significativamente afetado, o segundo tribunal arbitral deverá, de acordo com a sua discricionariedade, declinar de sua competência ou suspender o segundo procedimento por certo período. Eis a regra material prevista nas Recomendações da ILA, mas condicionada a um eventual impedimento segundo “a lei aplicável”. Essa “lei aplicável” deve ser aquela que rege o procedimento arbitral, podendo ser a lei escolhida pelas partes (lei processual e/ou o regulamento de arbitragem) e a lei da sede da arbitragem.

Esse período de suspensão não definido expressamente nas Recomendações da ILA fica a critério dos árbitros, mas o Comitê sugere que seja por um curto espaço de tempo²⁷⁸.

As Recomendações da ILA também estabelecem a possibilidade de os árbitros suspenderem a arbitragem em favor do tribunal arbitral anteriormente constituído, por mera administração da justiça, diante da seguinte hipótese: casos envolvendo partes ou objetos diferentes – que não se enquadram em uma situação de litispendência, mas sim de arbitragens correlatas ou conexas –, cujas questões a serem decididas na primeira arbitragem influenciarão o resultado da segunda arbitragem, conforme transcrevemos:

ILA Recommendations on Lis Pendens and Arbitration: “6. Also, as a matter of sound case management, or to avoid conflicting decisions, to prevent costly duplication of proceedings or to protect a party from oppressive tactics, an arbitral tribunal requested by a party to stay

²⁷⁸BENSAUDE, Denis. op. cit., p. 420.

temporarily the Current Arbitration, on such conditions as its sees fit, until the outcome, or partial or interim outcome, of any other pending proceedings (whether court, arbitration or supra-national proceedings), or any active dispute settlement process, may grant the request, whether or not the other proceedings or settlement process are between the same parties, relate to the same subject matter, or raise one or more of the same issues as the Current Arbitration, provided that the arbitral tribunal in the Current Arbitration is:

6.1 not precluded from doing so under the applicable law;

6.2 satisfied that the outcome of the other pending proceedings or settlement process is material to the outcome of the Current Arbitration; and

6.3 satisfied that there will be no material prejudice to the party opposing the stay.”

Portanto, nas situações de administração da justiça (*case management*) de procedimentos paralelos, as Recomendações da ILA conferem flexibilidade aos árbitros que poderão suspender o procedimento ou não de acordo com a sua discricionariedade.

Ademais, note-se que nas Recomendações da ILA a litispendência não é considerada parte da ordem pública e, por isso, não precisa ser invocada pelos árbitros de ofício, devendo as partes argüi-la²⁷⁹.

SEÇÃO 3. Tribunal Arbitral *versus* Corte Estatal

A segunda hipótese de análise das situações de litispendência aborda os procedimentos paralelos perante uma corte estatal e um tribunal arbitral para julgarem a mesma demanda²⁸⁰.

Essa situação parece ser mais freqüente: seja por motivos legítimos quando uma parte ajuíza um procedimento paralelo perante uma corte judicial (por exemplo, quando crê não haver cláusula compromissória), seja por motivos ilegítimos (por exemplo, para

²⁷⁹ILA Recommendations n. 7: “*The effects of Parallel Proceedings need not be raised on its own motion by the arbitral tribunal. If not waived, such effects should be raised as soon as possible by a party.*”

²⁸⁰O conflito que vamos analisar entre corte estatal e tribunal arbitral refere-se à competência para o julgamento de mérito das controvérsias abrangidas pela cláusula compromissória. Portanto, apenas para esclarecer, não se trata do princípio de jurisdições concorrentes aplicado entre as cortes judiciais e os tribunais arbitrais para o julgamento e deferimento de medidas cautelares. Diante da necessidade de medidas de urgência, há uma cooperação entre juiz e árbitro, podendo as partes requererem uma medida cautelar perante uma corte estatal, embora haja uma cláusula compromissória válida. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 711.

frustrar a arbitragem para obter uma *anti-suit injunction* impedindo a continuidade da arbitragem e/ou impedindo que uma sentença arbitral seja executada naquela jurisdição)²⁸¹.

A especial atenção ao fenômeno dos procedimentos paralelos entre um tribunal arbitral e uma corte estatal deve-se a casos emblemáticos como o *Buenaventura e Fomento*. Em ambos os casos, tratava-se de uma cláusula de solução de controvérsias escalonada, contendo previsão de arbitragem na Suíça de acordo com as regras da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Embora houvesse uma cláusula compromissória entre as partes, uma delas iniciou ações judiciais perante cortes estatais. Ao mesmo tempo, uma das partes começou uma arbitragem e a outra requereu nos tribunais suíços a suspensão da arbitragem por tratar-se de *lis alibi pendens*.

No caso *Compania Minera Condesa AS e Compania de Minas Buenaventura v. BRGM-Peru SAS*²⁸², a companhia de mineração peruana, Buenaventura, e a companhia francesa, Bureau de recherches géologique et minières (BRGM) iniciaram negociações para a aquisição pela Buenaventura de participação societária na Cedimin AS, uma subsidiária peruana da BRGM. Foi celebrado um *memorandum of understanding* entre a Cedimin, Buenaventura e a BRGM-Peru para o *call option* das ações na Cedimin, contendo uma cláusula compromissória de acordo com as regras da CCI e com sede na Suíça. Porém, BRGM vendeu a BRGM-Peru para uma companhia australiana e Buenaventura ajuizou uma ação contra BRGM e BRGM-Peru, alegando violação do acordo de *call option*. BRGM-Peru impugnou a jurisdição das cortes peruanas com base na cláusula compromissória.

Na seqüência, BRGM-Peru iniciou uma arbitragem na Suíça contra Buenaventura e Condesa segundo as regras da CCI. Buenaventura contestou a arbitragem alegando existir um procedimento em curso nas cortes peruanas e requereu ao tribunal arbitral que suspendesse a arbitragem de acordo com o art. 9 da Lei Federal Suíça sobre Direito Internacional Privado (LDIP), *in verbis*:

²⁸¹SHEPARD, Audley. op. cit., p. 219 ss.

²⁸²Comentário ao caso em CREMADES, Bernardo M.; MADALENA, Ignacio. op. cit., p. 510-511. VULLIEMIN, Jean-Marie. Compétence et pouvoir d'examen du juge sur exception d'arbitrage au regard de l'article 9 LDIP – l'arrêt *Buenaventura et Condesa contre BRGM (Pérou)*". *Bulletin ASA*, n. 2, p. 372-396, 1998. VULLIEMIN, Jean-Marie. Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger – note sous ATF 127 III 279. *Bulletin ASA*, n. 3, p. 439-450, 2001.

LDIP, art. 9: “*Quando uma ação tendo o mesmo objeto já está pendente entre as mesmas partes em um país estrangeiro, a Corte Suíça deverá suspender o processo, caso seja esperado que a corte estrangeira profira, em um tempo razoável, uma decisão capaz de ser reconhecida na Suíça.*”²⁸³ (tradução livre)

A Corte de Apelação peruana rejeitou o argumento das rés de que a disputa deveria ser submetida à arbitragem, porque nem todas as partes na arbitragem tinham celebrado a cláusula compromissória. Porém, deu-se prosseguimento à arbitragem na Suíça. O tribunal arbitral decidiu que tinha jurisdição para a causa, muito embora houvesse outro processo entre as mesmas partes nas cortes peruanas. Buenaventura tentou ainda anular a sentença arbitral na Suíça, porém o Tribunal Federal Suíço entendeu ser controversa a aplicação do art. 9 da LDIP entre cortes e tribunais arbitrais. Ainda considerou que não houve litispendência entre o litígio no Peru e a arbitragem na Suíça, já que a decisão peruana não seria executada na Suíça. A Corte Federal Suíça declarou que as cortes peruanas violaram o art. II.3 da Convenção de Nova Iorque, que remeteria as partes à arbitragem.

No caso *Fomento*, três anos após o caso *Buenaventura*, a Suprema Corte Suíça foi além ao declarar que um tribunal arbitral que não suspendeu o procedimento, enquanto pendente o julgamento de uma apelação perante as cortes do Panamá, violou a ordem pública suíça²⁸⁴. A controvérsia surgiu de um contrato entre a empresa espanhola, Fomento de Construcciones y Contratas AS (Fomento), e a companhia panamenha, Colon Container Terminal AS (CCT), em que a Fomento foi contratada para a construção de um terminal portuário no Panamá. O contrato previa uma arbitragem CCI na Suíça.

Primeiramente, em 1998, Fomento ajuizou uma ação contra CCT perante as cortes do Panamá buscando a declaração de que o contrato e as garantias de *performance* eram nulas e anuláveis. CCT impugnou a jurisdição da corte panamenha, invocando a cláusula compromissória, o que foi indeferido, por ter sido considerado fora do prazo razoável. CCT apelou e também iniciou uma arbitragem na Suíça contra Fomento. Fomento alegou que o tribunal arbitral não tinha jurisdição, pois CCT renunciou à cláusula arbitral ao alegar a falta de jurisdição da corte panamenha tardiamente. Enquanto isso, a Corte de

²⁸³O original em inglês. LDIP, art. 9: “*When an action having the same subject matter is already pending between the same parties in a foreign country, the Swiss court shall stay the case if it is to be expected that the foreign court will, within a reasonable time, render a decision capable of being recognized in Switzerland.*”

²⁸⁴Tribunal Federal Suíço, 14.05.2001, Fomento de Construcciones y Contrats S.A. contra Colon Container Terminal S.A. Publicado na REVUE de l'Arbitrage, n.4, p. 835-842, 2001.

Apelação do Panamá revogou a decisão de primeira instância que indeferiu a objeção jurisdicional. Com base nessa decisão, o Tribunal Arbitral declarou-se competente e identificou a situação de litispendência. Porém, recusou-se a suspender a arbitragem, pois não houve renúncia à arbitragem e o tribunal arbitral não estava vinculado a qualquer decisão do juiz panamenho²⁸⁵.

Entretanto, a Corte Suprema panamenha confirmou a decisão da primeira instância e ordenou o prosseguimento da ação judicial no Panamá.

Fomento impugnou o reconhecimento da competência pelos árbitros perante a Suprema Corte Suíça com base na regra da litispendência. A Suprema Corte entendeu que a litispendência prevista no art. 9 da LDIP aplica-se também entre uma arbitragem e um processo judicial, e que os árbitros deveriam ter suspenso a arbitragem, já que a decisão proferida pelas cortes panamenhas poderia ser executada na Suíça. Por fim, entendeu que tendo em vista a co-relação entre os princípios da litispendência e da coisa julgada, era lógico aplicar a regra da prioridade à corte primeiramente acionada sobre a mesma demanda, se a decisão da corte estrangeira fosse passível de execução na Suíça.

A Suprema Corte Suíça declarou que, quando uma parte se funda na cláusula arbitral e a outra argúi que um acordo subsequente foi firmado em favor da corte estatal, é evidente que ambas as cortes são igualmente competentes (o tribunal arbitral e a corte estatal). Ou seja, a Corte Suíça entendeu que as cortes panamenhas estavam mais bem posicionadas para julgar o caso, uma vez que a questão principal era a renúncia da cláusula arbitral pelo comparecimento perante a corte panamenha. A Suprema Corte Suíça, ao final, anulou a sentença arbitral²⁸⁶.

Essa decisão foi bastante criticada²⁸⁷, pois a maioria da doutrina considera que ocorre litispendência apenas entre duas jurisdições com vocação semelhante, o que não ocorre no caso de um tribunal arbitral e uma corte estatal²⁸⁸.

Após as críticas ao entendimento das cortes suíças, promoveu-se uma alteração

---

²⁸⁵GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. op. cit., p. 60.

²⁸⁶McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 210.

²⁸⁷Entre eles: SAMUEL, Adam. Fomento – a tale of ‘litispendance’, arbitration and private international law. In: LIBER Amicorum Claude Reymond Autour de l’Arbitrage. Paris: Litec, 2002. p. 255-271. GALLAGHER, Norah. op. cit. OETIKER, Christian. The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: the Swiss decision in *Fomento v. Colon*. *Arbitration International*, v. 18, n. 2, p. 137-146, 2002. SCHERER, Matthias. When should an arbitral tribunal sitting in Switzerland be confronted with parallel litigation abroad stay the arbitration? *Bulletin ASA*, n. 3, p. 451-457, 2001.

²⁸⁸POUDRET, Jean-François. Exception d’arbitrage et litispendance en droit Suisse: comment départager le juge et l’arbitre?, cit., p. 235-236.

legislativa, em 01.03.2007, acrescentando-se a alínea 1 bis ao art. 186 da LDIP²⁸⁹, revertendo o antigo posicionamento suíço²⁹⁰. De acordo com o novo dispositivo legal, o tribunal arbitral pode decidir sobre sua própria competência, sem considerar uma ação tendo o mesmo objeto já pendente entre as mesmas partes perante outro tribunal estatal ou arbitral, salvo se motivos graves exigirem a suspensão do processo.

Tal norma dirige-se às arbitragens internacionais com sede na Suíça e afasta a aplicação do art. 9 da LDIP criticado no caso *Fomento*. Assim, o art.186, al.1 da LDIP consagra o princípio da competência-competência e a autonomia do tribunal arbitral, em detrimento da doutrina da litispendência. Porém, como não impõe uma regra ao juiz estatal, permanece o risco de duplicação de processos e decisões contraditórias pelas leis suíças²⁹¹. Segundo Campbell McLachlan, o legislador suíço reafirma o dever do tribunal arbitral de determinar sua competência, sujeita à discricionariedade dos “motifs sérieux” para justificar a suspensão do processo, o que “preserva o equilíbrio”²⁹².

Para esclarecer quais são os “motifs sérieux” da lei suíça, Bucher sugere as seguintes hipóteses para suspensão da arbitragem: “um acordo entre as partes; o envolvimento de uma terceira parte; a dificuldade em determinar o escopo da cláusula compromissória; e a análise, pelo interesse das partes, do risco de não-execução da sentença arbitral no Estado em que o procedimento paralelo foi ajuizado”²⁹³.

No Brasil, a questão da litispendência entre a justiça brasileira e o juízo arbitral foi suscitada, em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, no caso *Mitsubishi v. Evadin*²⁹⁴. Trata-se de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira proferida no Japão em que a requerida alega a pendência de recurso especial.

Destaca-se a análise do tema pelo Ministro Ari Pargendler, partindo do exame do art. 90 do Código de Processo Civil Brasileiro (que dispõe não haver litispendência entre a ação pendente em país estrangeiro e outra ação no Brasil), para declarar que “entre a ação que tramita no Brasil e a ação de homologação de sentença estrangeira não há

²⁸⁹LDIP, art. 186: “1. Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. Ibis. Il statue sur sa propre compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure.”

²⁹⁰McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 211.

²⁹¹POUDRET, Jean-François. Exception d’arbitrage et litispendance en droit Suisse: comment départager le juge et l’arbitre?, cit., p. 230-245.

²⁹²McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 214.

²⁹³BUCHER *apud* McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 214.

²⁹⁴STJ, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada n. 349, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.03.07, DJ 21.05.07.

litispendência, devendo ser evitadas apenas as decisões que se excluam, como, no caso, (a) o direito de denunciar o contrato, reconhecido pelo juízo arbitral (Japão), e (b) a pretensão de mantê-lo, veiculada no âmbito da ação ordinária (Brasil)”. E continua para ressaltar que, no caso em exame, “não há concorrência de jurisdições estatais, mas concorrência entre a jurisdição brasileira e o juízo arbitral levado a efeito no estrangeiro”. Assim, conclui que “a validade da opção pelo juízo arbitral – que nada tem a ver com o instituto da litispendência – pode ser discutida quer no âmbito da ação ordinária, quer no da homologação de sentença estrangeira”, podendo ser decidida a homologação da sentença desde já.

Em arbitragem de investimento, no caso *SPP v. Egito*, o Tribunal ICSID não se considerou obrigado pela regra da litispendência, mas fundou-se na regra de *comity* para suspender os procedimentos enquanto um procedimento paralelo estava sendo conduzido perante a Corte de Cassação Francesa. Outro Tribunal ICSID decidiu anteriormente não desconsiderar a regra, mas simplesmente achou que as condições de sua aplicação não foram preenchidas²⁹⁵.

Em suma, constata-se que o tratamento dado à arbitragem deve ser específico, pois requer uma regra de prioridade diferente àquela aplicável ao conflito entre cortes estatais, qual seja, a litispendência.

Se fosse exigido que os tribunais arbitrais suspendessem as arbitragens, quando uma corte em outro país tiver sido acionada em primeiro lugar sobre a mesma demanda, haveria um encorajamento ao *forum shopping*²⁹⁶ e o desrespeito ao efeito vinculante da cláusula compromissória (salvo caso de renúncia das partes à arbitragem).

Diante dessas hipóteses relativas aos procedimentos paralelos entre uma corte estatal e um tribunal arbitral, três questões serão abordadas nesta seção:

Trata-se de um conflito jurisdicional ou exceção de litispendência? **(A)**

Qual é a aplicação do princípio da competência-competência a ser adotado em arbitragem internacional de acordo com o tratamento em convenções internacionais e leis nacionais? **(B)** e

É possível uma regra transnacional como solução do conflito tribunal arbitral *versus* corte estatal? **(C)**

²⁹⁵ORREGO VICUÑA, Francisco. op. cit., p. 207-218.

²⁹⁶McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 213.

A. Conflito jurisdicional ou exceção de litispendência?

Nos exemplos acima mencionados – tribunal arbitral *versus* corte estatal –, deve-se inicialmente indagar se é um conflito de competência ou uma exceção de litispendência.

Para essa análise e conseqüente aplicação ou não da doutrina da litispendência no conflito tribunal arbitral *versus* corte estatal, Emmanuel Gaillard propõe os seguintes cenários²⁹⁷.

Cenário 1: se considerarmos que os tribunais arbitrais estão integrados à ordem jurídica da sede assim como as cortes estatais, a aplicação da noção de *lis pendens* está garantida. Aplica-se a litispendência entre as jurisdições do Estado da sede da arbitragem pela existência de uma mesma controvérsia entre as mesmas partes em um tribunal arbitral e uma corte nacional²⁹⁸.

Cenário 2: se considerarmos a teoria Westphaliana sobre a arbitragem internacional²⁹⁹, admite-se uma total autonomia da arbitragem em relação às ordens jurídicas estatais. Portanto, cada ordem jurídica é livre para apurar a validade da cláusula arbitral sobre a qual se funda a parte que busca a arbitragem e a parte que resiste à arbitragem para trazer a disputa perante as cortes nacionais. Nesse caso, a aplicação da regra de litispendência da sede da arbitragem é inadequada³⁰⁰.

Cenário 3: considerando a existência de uma ordem jurídica arbitral³⁰¹, um conflito

²⁹⁷GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 87 e ss.

²⁹⁸Os cenários, que tratamos neste capítulo, correspondem às representações da arbitragem internacional identificadas por Emmanuel Gaillard em seu curso de *Haia Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden, Boston: Académie de Droit International de La Haye; Martinus Nijhoff Publishers, 2008. Esse primeiro cenário reflete a primeira representação da arbitragem que equipara o árbitro ao juiz, reduzindo a arbitragem à ordem jurídica da sede e, por esse motivo, constitui-se em uma teoria monolocal. GAILLARD, Emmanuel. *Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international*. *Revue Trimestrielle Journal du Droit International Privé*, Paris, t. 134, n. 4, p. 1171, out./dez. 2007. Vide no capítulo II, b) “As possíveis soluções diante das representações da arbitragem internacional”.

²⁹⁹O segundo cenário corresponde à segunda representação da arbitragem internacional identificada por Emmanuel Gaillard chamada de modelo westphaliano. Ao invés da sede da arbitragem, transfere a legitimidade e jurisdição do procedimento arbitral nos locais em que se busca o reconhecimento e a execução da sentença arbitral. Nesse caso, a ótica é multilocalizada e descentralizada, é uma “arbitragem a-nacional”. Vide no capítulo II, b) “As possíveis soluções diante das representações da arbitragem internacional”.

³⁰⁰GAILLARD, Emmanuel. *Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international*, cit., p. 1172.

³⁰¹O terceiro cenário corresponde à terceira representação da arbitragem internacional chamada de transnacional. Considera uma pluralidade de direitos dos quais os árbitros retiram seus poderes para reconhecer a validade da convenção de arbitragem e de uma sentença arbitral, de acordo com determinados critérios de validade e legitimidade que constituem uma “ordem jurídica arbitral”. Vide no capítulo II, b) “As possíveis soluções diante das representações da arbitragem internacional”. GAILLARD, Emmanuel. *Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international*, cit., p. 1172-1173.

entre um tribunal arbitral e uma corte nacional deve ser resolvido por um mecanismo específico a esta ordem jurídica, sem emprestar do direito internacional privado o conceito de *lis pendens*, cujo propósito é identificar qual das várias cortes tem igual competência para julgar a disputa. Esse mecanismo específico é o princípio da competência-competência, que confere aos árbitros autoridade para julgar sobre sua própria competência. Pela aplicação desse princípio, os árbitros podem verificar *prima facie* a existência e a validade da cláusula arbitral, dando aos árbitros prioridade para julgar sobre sua jurisdição, reservando-se às cortes nacionais revisar essa decisão quando forem reconhecer e executar essa sentença arbitral em sua ordem jurídica – isso quando reconhecidos os efeitos positivo e negativo desse princípio conforme abordaremos adiante.

Em relação aos árbitros, esse princípio produz um efeito positivo que lhes confere o direito de seguir sua missão. Em relação às cortes nacionais, produz um efeito negativo, convidando as cortes a recusar sua competência para julgar questões que, *prima facie*, estão abrangidas pela convenção de arbitragem, cabendo aos árbitros o primeiro julgamento da validade da cláusula. Além disso, ao se depararem com uma cláusula compromissória, as cortes devem declinar de sua competência.

Por esse motivo, constata-se a diferença da competência do árbitro em relação à competência do juiz: a competência daquele é calcada na cláusula compromissória válida cujo principal efeito é excluir a competência do juiz estatal. Ademais, no caso de haver uma contestação à validade da cláusula compromissória, o juiz estatal deve remetê-la ao árbitro, pois sua competência é prioritária para decidir sobre essa questão. Ao juiz caberá a possibilidade de revisar essa decisão do árbitro em um momento posterior em uma eventual ação de anulação ou execução da sentença arbitral³⁰².

Verifica-se que o conceito de *lis pendens* é distinto do princípio da competência-competência, pois aquela considera apenas a corte em que primeiramente se ajuizou a ação. Portanto, trata-se de um teste meramente cronológico entre cortes igualmente competentes para julgar o caso. Esta regra é totalmente neutra quanto à escolha da corte que decidirá o caso, pois depende exclusivamente da iniciativa dos litigantes que podem ajuizar sua demanda perante uma ou outra corte. Aqui o objetivo é evitar o custo do Judiciário que julgará a mesma disputa em múltiplos foros e evitar decisões conflitantes.

---

³⁰²GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. op. cit., p. 55.

Não visa, portanto, a proteger a jurisdição de uma corte com relação à de outra³⁰³.

Já o princípio da competência-competência não é neutro. Seu objetivo é proteger a arbitragem, vez que a jurisdição dos árbitros funda-se somente na vontade das partes, o que deixa os árbitros mais vulneráveis face aos juízes.

O direito de os árbitros julgarem primeiramente sobre sua própria competência, cabendo às cortes julgarem apenas no final do procedimento arbitral, revela o aspecto pró-arbitragem do princípio da competência-competência, oposto ao espírito de neutralidade do conceito de *lis pendens*³⁰⁴.

Entretanto, há também entendimentos no sentido contrário, considerando que o árbitro e o juiz podem estar em pé de igualdade, o que justificaria a aplicação da litispendência entre eles. Por exemplo, no caso *Westland Helicopters* de 1994, o Tribunal Federal Suíço declarou que, se uma corte estatal se declara competente, apesar da existência de uma convenção de arbitragem e de uma exceção de incompetência fundada nessa cláusula arbitral, o tribunal arbitral acionado em segundo lugar pela mesma demanda entre as mesmas partes está vinculado a esta decisão³⁰⁵. Caso contrário, o tribunal arbitral poderia dar prosseguimento a uma arbitragem desconsiderando a decisão judicial sobre o mesmo litígio³⁰⁶.

Já no caso *Condesa/Buenaventura* de 1997, o Tribunal Federal Suíço afirmou que o princípio enunciado no caso *Westland* poderia ser aplicado às sentenças estrangeiras relativas à competência, desde que essas sentenças pudessem ser reconhecidas na Suíça. E ainda acrescentou que uma decisão estrangeira não será reconhecida na Suíça se o tribunal estatal se declarou competente desconsiderando a existência de uma convenção de arbitragem válida, pois isso iria de encontro ao art. II(3) da Convenção de Nova Iorque³⁰⁷.

Diante dessa tendência que se vislumbrava na Suíça favorável à equiparação entre juiz e árbitro na configuração de uma verdadeira situação de competência concorrente entre o juízo arbitral e o estatal, emergiu o caso *Fomento*³⁰⁸.

Em 14.05.2001, o Tribunal Federal Suíço anulou a sentença arbitral proferida em uma arbitragem com sede na Suíça que confirmou a competência do tribunal arbitral,

³⁰³ GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*, cit., p. 89.

³⁰⁴ Id., loc. cit.

³⁰⁵ GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. op. cit., p. 57.

³⁰⁶ PERRET, François *apud* GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. op. cit., p. 57.

³⁰⁷ Id. Ibid., p. 58.

³⁰⁸ Id., loc. cit.

embora pendente uma ação judicial no Panamá sobre o mesmo caso. Essa assimilação dos árbitros como juízes suíços não tinha respaldo legal, mas o Tribunal Federal entendeu que o art. 9 da LDIP Suíça sobre litispendência aplicava-se ao caso, estabelecendo a prioridade da corte preventiva, por ser a primeira a ser acionada, diante de procedimentos concorrentes.

Na verdade, entendeu que a ordem pública – a necessidade de evitar decisões contraditórias – impõe ao árbitro suíço a obrigação de suspender o procedimento arbitral. Esta suspensão é imperativa desde que a sentença estrangeira possa ser reconhecida na Suíça³⁰⁹.

Após a polêmica decisão, uma nova lei entrou em vigor em 01.03.2007, acrescentando um parágrafo ao art. 186 da LDIP, a fim de “restabelecer a confiança, garantindo que as arbitragens internacionais com sede na Suíça estão livres de obstáculos quando fundadas em uma cláusula arbitral válida”³¹⁰, *in verbis*:

LDIP, art 186.1bis: “[le tribunal arbitral] statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure.”

Pelo acima exposto, o conflito tribunal arbitral *versus* corte estatal não enseja litispendência, mas sim a prioridade ao árbitro de julgar sobre a sua competência. Isso decorre da natureza da arbitragem, mecanismo baseado em um contrato sobre resolução de disputas com efeitos jurisdicionais; sendo que o poder dos árbitros origina-se da cláusula compromissória – instrumento que lhes confere competência para decidir.

De fato, muitos autores são taxativos ao declarem que não há litispendência em arbitragem, pois a *lis pendens* requer que as duas cortes sejam igualmente competentes. No caso da arbitragem, a competência do tribunal arbitral baseia-se na validade da cláusula compromissória que confere jurisdição ao tribunal arbitral competente e, por conseguinte,

³⁰⁹ LÉVY, Laurent; SCHLAEPFER, Anne Véronique. La suspension d’instance dans l’arbitrage international. *Gazette du Palais*, n. 318/319, p. 18 e ss., 15 Nov. 2001.

³¹⁰ Apoio do Governo Suíço à proposta de emenda legislativa de Claude Frey: “The parliamentary initiative and the draft legislation flowing from it pursue a goal worthy of support. International arbitration activities contribute to the reputation of Switzerland abroad in a significant manner. The present case law [Fomento] of the Federal Tribunal may be a source of legal uncertainty in practice, which could jeopardize that reputation. The proposed change in the law will restore confidence by guaranteeing arbitral proceedings in Switzerland free from obstacles when based on a valid arbitration agreement.” PONCET, Charles. Swiss Parliament removes Lis Pendens obstacle to international arbitrations in Switzerland. *World Arbitration and Mediation Report*, v. 17, n. 12, p. 396, Dec. 2006.

afasta a jurisdição das cortes estatais³¹¹.

Por outro lado, Elliot Geisinger e Laurent Levy defendem a possibilidade de aplicação da litispendência em alguns casos específicos de competência concorrente entre juiz e árbitro. Para esses autores suíços, esses casos ensejariam “questões verdadeiras sobre a competência do tribunal arbitral”, o que justificaria a decisão do Tribunal Federal Suíço no caso *Fomento*³¹². Eles citam os seguintes exemplos de situações complexas, que se destacam em relação ao caso comum em que duas partes acordam uma cláusula compromissória e uma delas inicia uma ação perante uma corte estatal em descumprimento à convenção de arbitragem, tais como³¹³:

- (i) Casos em que se questiona a vigência da cláusula arbitral, tendo em vista que um contrato posterior foi firmado entre as partes contendo uma cláusula de eleição de foro: o tribunal arbitral poderia suspender o procedimento arbitral, se a ação foi ajuizada anteriormente perante uma corte estatal designada por uma cláusula de eleição de foro, desde que todas as condições para a aplicação da litispendência sejam verificadas;
- (ii) Quando uma cláusula compromissória fixa um prazo para a instauração da arbitragem, se esse prazo não for atendido, a cláusula terá caducado: a parte poderá de boa fé ajuizar uma ação no Judiciário, não podendo haver uma oposição à aplicação da litispendência perante o árbitro;
- (iii) Quando a cláusula compromissória tem seu escopo limitado a um tipo de litígio e uma cláusula de eleição de foro para outros tipos: haverá a dúvida sobre a abrangência de determinados litígios pela cláusula compromissória e a litispendência poderá ser aplicada nesse caso;
- (iv) Nos casos envolvendo partes não-signatárias da convenção de arbitragem: essas partes não terão conhecimento da cláusula compromissória, exceto com o início da arbitragem. Essa parte poderá ajuizar uma ação perante uma corte estatal e descobrir que é ré em uma arbitragem sobre essa mesma demanda. Neste caso, a extensão subjetiva da cláusula compromissória deverá ser verificada, assim como a configuração de uma verdadeira litispendência.

---

³¹¹GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. op. cit., p. 55.

³¹²Id. Ibid., p. 66.

³¹³Id. Ibid., p. 67.

Nas hipóteses acima mencionadas, segundo esses mesmos autores, caberá ao tribunal arbitral considerar a aplicação da litispendência, fazer um prognóstico negativo sobre a probabilidade de reconhecimento da sentença estrangeira no país da sede da arbitragem, rejeitar a litispendência e reiniciar a arbitragem; tudo isso sem maiores protelações que normalmente resultariam de uma exceção de competência temerária³¹⁴.

Portanto, há duas situações no conflito de competências entre tribunal arbitral e corte estatal.

Na primeira, há um conflito entre competências diferentes, pois a competência do juízo arbitral decorre de uma cláusula compromissória válida cujo efeito negativo afasta a competência da justiça estatal. Nesse caso, quando houver dúvida sobre a competência do tribunal arbitral, as cortes estatais devem enviar esse questionamento aos próprios árbitros de acordo com o princípio da competência-competência.

Portanto, não se aplicaria a doutrina da litispendência que dispõe sobre técnicas de alocação de prioridade entre foros igualmente competentes, o que “não tem lugar na arbitragem”³¹⁵.

Na segunda, há um conflito entre competências concorrentes, pois igualmente competentes para julgar as demandas, o que configuraria uma litispendência. Conforme acima explanado, tais fatos decorrem do questionamento sobre o escopo da cláusula compromissória em face de uma cláusula de eleição de foro ou apenas sobre a existência, vigência e abrangência subjetiva da cláusula compromissória. Nesses casos, ao invés de simplesmente se aplicar o princípio competência-competência, há necessidade de adotar outras medidas, como a suspensão da arbitragem, enquanto se aguarda a decisão do juiz estatal (aproximando-se da litispendência).

Para essa segunda hipótese de demandas inter-relacionadas, as Recomendações da ILA preferiram não tratar de uma situação de litispendência, mas sim de uma solução em razão de *case management* para ações correlatas. Ou seja, ainda nos procedimentos paralelos que podem gerar decisões contraditórias ou resultados que influenciarão um e outro procedimento (seja o arbitral, seja o judicial), poder-se-ia adotar a suspensão de um

---

³¹⁴GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. op. cit., p. 67.

³¹⁵McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 192. “There is no place for the concept of *lis pendens* in international arbitration. It will not and cannot resolve the problem of parallel and simultaneous forums.” LEW, Julian D.M. op. cit., p. 311.

procedimento, mas se fundando na boa administração da justiça e não na litispendência³¹⁶.

B. O princípio da competência-competência

O princípio *Kompetenz-Kompetenz* do direito alemão assegura aos árbitros o direito de julgar a sua própria competência³¹⁷. Esse princípio é considerado um dos corolários do princípio da autonomia da cláusula compromissória³¹⁸.

Em decorrência do princípio da autonomia da cláusula compromissória, qualquer demanda ou ataque à validade do contrato principal não impacta a cláusula compromissória nem a jurisdição dos árbitros. Portanto, o princípio da autonomia também chamado princípio da *severability* protege a validade da convenção de arbitragem de ataques à validade do contrato em que inserida³¹⁹. Em consequência, os árbitros poderão julgar sobre a impugnação à sua competência fundada na alegada ineficácia do contrato objeto da controvérsia. Portanto, há uma sobreposição entre a autonomia da convenção de arbitragem e a regra da competência-competência³²⁰.

Em havendo uma cláusula compromissória válida, a parte poderá opor-se à ação ajuizada perante a corte estatal, demonstrando o descumprimento da obrigação de arbitrar fundada na existência de cláusula compromissória válida entre as partes. Portanto, a cláusula compromissória dita os parâmetros jurídicos para que a parte oponha-se à jurisdição das cortes nacionais, tendo em vista os seus efeitos positivo e negativo.

Esses efeitos decorrem da obrigação assumida pelas partes ao firmarem a convenção de arbitragem que, como todo contrato, está abrangida pela regra *pacta sunt servanda*³²¹, que garante a natureza obrigatória da cláusula compromissória³²².

³¹⁶INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on Res Judicata and Arbitration. Toronto Conference, 2006. p. 23.

³¹⁷Conforme esclarecem Fouchard, Gaillard e Goldman, o significado tradicional do princípio *kompetenz-kompetenz* seria que os árbitros estão instituídos do poder de proferir uma decisão final sobre a sua própria jurisdição, sem qualquer revisão posterior pelas cortes estatais. Como isso não é possível na maioria das legislações, preferem utilizar a expressão francesa *compétence-compétence*. Outro paradoxo é o fato de a Alemanha não reconhecer o efeito negativo da competência-competência, segundo o qual as cortes devem negar-se a decidir sobre a jurisdição do tribunal arbitral até que os árbitros tenham decidido sobre sua competência. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 396.

³¹⁸Id. Ibid., p. 213.

³¹⁹McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 194.

³²⁰GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 213.

³²¹Id. Ibid., p. 282.

³²²O Protocolo de Genebra de 1923 já previa: Art. 1: “Each of the contracting states recognizes the validity of

O efeito positivo da cláusula compromissória reconhece a obrigação das partes de submeterem-se à arbitragem e permite aos árbitros julgarem sobre sua própria competência, sendo este o efeito internacionalmente reconhecido. Porém, como essa decisão está sujeita à revisão das cortes estatais (em uma ação anulatória ou ação de reconhecimento e execução da sentença arbitral), trata-se de uma regra de prioridade cronológica. Ou seja, é uma regra que permite aos árbitros terem a primeira oportunidade de julgarem impugnações à sua competência sujeita à revisão posterior das cortes estatais³²³.

É este efeito positivo do princípio da competência-competência que está consagrado na maioria das legislações nacionais sob influência da Lei-Modelo da UNCITRAL³²⁴ e na prática da arbitragem internacional³²⁵.

Por outro lado, o efeito negativo do princípio competência-competência é menos aceito internacionalmente³²⁶ e dirige-se às jurisdições estatais³²⁷. De acordo com a aplicação desse efeito, as jurisdições estatais ajuizadas por uma das partes não podem

---

an agreement whether relating to existing or future differences between parties subject respectively to the jurisdiction of different contracting states by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such contract relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration, whether or not the arbitration is to take place in a country to whose jurisdiction none of the parties is subject.” O art. II.1 da Convenção de Nova Iorque contém esse princípio: “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.”

³²³ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 401.

³²⁴ Lei-Modelo da UNCITRAL, art. 16: “Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.”

³²⁵ GAILLARD, Emmanuel. L’effet négative de la compétence-compétence. In: *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret*. Lausanne: Faculté de droit de l’Université de Lausanne, 1999. p. 390.

³²⁶ Por exemplo, Emmanuel Gaillard identificou como países favoráveis ao efeito negativo: Suíça, França e Inglaterra; e, como países “hostis” ao efeito negativo da competência-competência: Alemanha e Estados Unidos. Id. Ibid., p. 390-398.

³²⁷ Id. Ibid., p. 390.

julgar uma demanda ou decidirem questões relativas à existência ou à validade da convenção de arbitragem antes que os árbitros tenham tido a chance de se pronunciar sobre esses pontos controvertidos. Essa preferência aos árbitros justifica-se pela existência, ao menos *prima facie*, de uma convenção de arbitragem³²⁸. Portanto, trata-se de um efeito de “prioridade cronológica”³²⁹ conferida aos árbitros. Ademais, afasta a possibilidade de as cortes nacionais julgarem a controvérsia, exceto se a cláusula compromissória for manifestamente nula e anulável³³⁰.

Segundo Fouchard, Gaillard e Goldman, os principais argumentos a favor do efeito negativo é evitar que as cortes intervenham antes da decisão dos árbitros sobre sua própria competência, impedindo que as partes recorram às cortes como medida protelatória da arbitragem. Outra vantagem é estabelecer uma centralização dos litígios relativos à existência e validade da cláusula compromissória perante determinadas cortes³³¹.

Outrossim, conforme assinala Campbell McLachlan, “tem sido convincentemente argüido que o efeito negativo da *Kompetenz-Kompetenz* requer deferência ao tribunal arbitral para determinar sua competência, sujeita à revisão *prima facie* pela corte que teve sua jurisdição argüida; além da possibilidade de impugnação da jurisdição do tribunal arbitral nas cortes da sede da arbitragem, após a decisão do tribunal sobre sua própria competência”³³².

Porém, não há um reconhecimento unânime das facetas do princípio da competência-competência nas legislações nacionais e convenções internacionais, sobretudo em razão do momento de intervenção das cortes estatais e do efeito da decisão dos árbitros sobre sua competência. Senão, veja-se a definição de William Park desse princípio:

³²⁸Versão original: “Tel est l’effet négatif du principe de la compétence-compétence: il interdit ‘aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige en dépit de l’existence, au moins *prima facie*, d’une convention d’arbitrage de statuer sur les contestations relatives à l’existence ou la validité de celles-ci avant que les arbitres eux-mêmes n’aient eu l’occasion de se prononcer sur ces questions.” POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*. Bruylant, Bruxelas: Schultess; L.G.D.J., 2002. p. 439.

³²⁹FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l’arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996. p. 415.

³³⁰PITOMBO, Eleonora. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 326-338.

³³¹GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 411-412.

³³²Versão original: “Rather, it has been convincingly argued that the negative aspect of *Kompetenz-Kompetenz* requires deference to the arbitral tribunal to determine its own jurisdiction, subject to a *prima facie* review by the court whose jurisdiction was first invoked, and the possibility of a full challenge to the arbitral tribunal’s jurisdiction in the courts of the seat, once the tribunal has issued its own jurisdictional decision.” McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 212.

“This much-vexed principle possesses a chameleon-like quality that changes color according to the national and institutional background of its application (...) To say that arbitrators may make jurisdictional decisions tells only part of the story. Every jurisdictional ruling by an arbitrator begs two further questions, one relating to timing and the other to finality. The timing question asks when judges should intervene in the arbitral process to monitor possible jurisdictional excess. (...) The second question relates to the effect that judges should give to arbitrators’ jurisdictional ruling.”³³³

Portanto, da consagração desse princípio em arbitragem internacional, decorrem algumas dúvidas sobre a prioridade acordada aos árbitros em relação às cortes estatais: se absoluta ou relativa. Ou seja, exclui todo e qualquer controle do juiz estatal sobre a existência ou validade da convenção de arbitragem? Eis algumas diferenças no reconhecimento do princípio da competência-competência, o que justifica a comparação com um camaleão.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (art. II.3) e a Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961 (art. VI.1)³³⁴ reconhecem o efeito negativo da cláusula compromissória.

O art. II (3) da Convenção de Nova Iorque prevê que:

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

Também o art. VI. 3 da Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional assim estabelece:

“Quando, antes de qualquer recurso a uma corte judicial, um procedimento arbitral tenha sido introduzido, as cortes judiciais dos Estados-contratantes, ajuizados posteriormente de uma demanda sobre a mesma controvérsia entre as mesmas partes ou de uma demanda contestando a existência, a nulidade ou a caducidade da convenção de

³³³PARK, William W. The arbitrator’s jurisdiction to determine jurisdiction, I. Introduction: the limits of language. In: BERG, Albert van den (Coord.). *International Arbitration 2006: back to the Bbasis?* Kluwer Law International, 2007. p. 55-56. (ICCA Congress Series, Montreal, 2006, v. 13).

³³⁴Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional, art. VI. 1: “*L’exception prise de l’existence d’une convention d’arbitrage est présentée, devant le tribunal judiciaire saisi par une des parties à la convention d’arbitrage doit être soulevée par le défendeur à peine de forclusion avant ou au moment de l’exception d’incompétence comme une question de procédure ou de fond.*”

arbitragem, suspenderão, salvo por motivos graves, sua decisão sobre a competência do árbitro até o proferimento da sentença arbitral.”³³⁵

O art. VI.3 da Convenção Européia de 1961 confere prioridade ao árbitro apenas quando o procedimento arbitral foi instaurado antes de qualquer recurso à corte estatal sobre a mesma demanda entre as mesmas partes ou de uma demanda sobre a inexistência, nulidade ou caducidade da convenção de arbitragem. Portanto, conforme observam Jean-François Poudret e Sébastien Besson, trata-se de uma prioridade cronológica e não absoluta, assim como a exceção de litispendência³³⁶.

Essa comparação é feita, pois, segundo esses autores, não há como consequência a declinação de competência nem o envio à arbitragem, mas sim uma suspensão quanto à decisão sobre a competência do árbitro até a prolação da sentença arbitral. Por outro lado, caso o juiz fosse acionado após a instauração do tribunal arbitral, não estaria obrigado a suspender a ação judicial, exceto por motivos graves, permitindo ao juiz uma análise *prima facie* da convenção de arbitragem.

No mesmo sentido, o art. 8 da Lei Modelo da UNCITRAL:

“(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statements on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.”

Note-se que o art. 8(1) da Lei-Modelo da UNCITRAL, assim como diversas leis nacionais³³⁷, repete o art. II.3 da Convenção de Nova Iorque. O fundamento dessa regra adotada em convenções internacionais e legislações nacionais é prevenir que a parte que firmou uma cláusula compromissória inicie paralelamente um litígio perante uma corte

³³⁵Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional, art. VI. 3: “*Lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d’arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis ultérieurement d’une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d’une demande en constatation de l’inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d’arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l’arbitrage jusqu’au prononcé de la sentence arbitrale.*”

³³⁶POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 459.

³³⁷CPC Brasileiro, art. 267, VII, conforme determinado pelo art. 41 da Lei nº 9.307/96; Arbitration Act Inglês, art. 9; NCPC Francês, art. 1458; ZPO, art. 1032, entre outros.

nacional como mera medida protelatória ao curso normal da arbitragem.

Portanto, os Estados signatários da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras³³⁸ ou que adotaram a Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 implementaram em suas jurisdições uma provisão mandatória de declinação de competência das cortes estatais em favor da convenção de arbitragem³³⁹. Para as cortes estatais restará apenas o controle *prima facie* da convenção de arbitragem antes da decisão do tribunal arbitral sobre sua própria competência.

Porém essa impugnação à competência das cortes estatais com base na existência de cláusula compromissória válida deve ser argüida pela parte na forma adequada e no prazo previsto. Caso contrário, se a parte nada invocar em sua defesa quanto à ausência de jurisdição da corte estatal, presumir-se-á que as partes aceitaram a jurisdição da corte estatal para decidir a demanda. Nesse caso, configura-se uma hipótese de renúncia tácita da cláusula compromissória³⁴⁰.

Note-se ainda que pelo procedimento da Convenção de Nova Iorque e da Lei-Modelo o juiz examinará as seguintes condições: uma parte ajuizou uma demanda objeto de uma convenção de arbitragem e a outra parte argüiu exceção de arbitragem. Nesse caso, o juiz deverá remeter as partes à arbitragem, exceto se constatar que a convenção de arbitragem é inválida ou ineficaz. Portanto, há um controle indireto do juiz com relação à competência dos árbitros, já que a validade da convenção de arbitragem é uma questão prejudicial submetida a ambos.

No regime da Lei-Modelo da UNCITRAL, também se aplica o art. 16 para a competência de o tribunal arbitral julgar a sua própria competência, quando a mesma questão jurisdicional estiver pendente nas cortes estatais:

Lei-Modelo da UNCITRAL, Art. 16: “*Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction*

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the

³³⁸Em 15.02.2011, 145 (cento e quarenta e cinco) Estados ratificaram a Convenção de Nova Iorque. UNCITRAL. Status 1958 - Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>.

³³⁹FAWCETT, J. J. op. cit., p. 58-59.

³⁴⁰FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. op. cit., p. 457.

contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award."

O Brasil adotou a Convenção de Nova Iorque pelo Decreto n. 4.311 em 23 de julho de 2002, confirmando o princípio da competência-competência que já estava previsto na Lei de Arbitragem (art. 8º, parágrafo único³⁴¹) e no Código de Processo Civil (arts. 267, VII; 301, IX³⁴²).

Pelo reconhecimento do princípio da competência-competência, verifica-se que o árbitro decidirá sobre sua própria jurisdição (efeito positivo previsto no art. 8º, parágrafo único da Lei n. 9.307/96), antes do juiz estatal sem intervenção judicial (efeito negativo estabelecido no art. 20 da Lei n. 9.307/96³⁴³)³⁴⁴.

³⁴¹Lei n. 9.307/96, art. 8º, parágrafo único: "Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória."

³⁴²O art. 267 do CPC foi alterado pelo art. 41 da Lei n. 9.307/96 para incluir a existência da convenção de arbitragem no rol dos casos que ensejam a extinção do processo sem julgamento de mérito. CPC, art. 267: "Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VII – pela convenção de arbitragem". CPC, art. 301: "Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...) IX – convenção de arbitragem".

³⁴³Lei n. 9.307/96, art. 20: "A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. §1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. §2º. Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta lei."

³⁴⁴MARTINS, Pedro Baptista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 137. WALD, Arnaldo. O regime legal da cláusula compromissória. A competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, p. 196-199-224, jan./mar. 2007.

Também o juiz, perante o qual é argüida a exceção de arbitragem – o que deverá ser feito pela parte, não de ofício –, poderá extinguir o processo, remetendo as partes ao procedimento arbitral, se reconhecer a validade da cláusula compromissória³⁴⁵.

No direito francês, o princípio *compétence-compétence* reconhece uma regra de prioridade cronológica ao árbitro, conferindo-lhe o direito de ser o primeiro a julgar sobre sua própria competência, ainda que tal decisão esteja sujeita à anulação posterior perante as cortes estatais. O art. 1458, al. 1 do NCPC estabelece, quando a arbitragem não tiver sido instaurada, que o juiz deverá declarar-se incompetente diante da convenção de arbitragem válida³⁴⁶. Nesse caso, a prioridade do árbitro é absoluta. Já a alínea 2 desse artigo prevê um exame sumário da existência e validade da cláusula arbitral, quando a demanda não tiver sido apresentada ao tribunal arbitral, devendo o tribunal declarar-se incompetente, exceto se a convenção de arbitragem for manifestamente nula.

Ademais, de acordo com o art. 1458 do NCPC Francês, a corte estatal deve extinguir o processo em que se discute a jurisdição arbitral em favor da arbitragem, ainda que o tribunal arbitral não esteja constituído, exceto se a convenção de arbitragem for manifestamente nula e anulável. Portanto, o direito francês reconhece o efeito negativo da cláusula compromissória.

Note-se ainda que a decisão do tribunal sobre sua competência está sujeita à anulação. Portanto, para evitar uma maior morosidade do processo como um todo, o ideal seria as partes iniciarem imediatamente a arbitragem para depois contestar a competência do tribunal arbitral³⁴⁷. Por fim, o árbitro não pode argüir de ofício a sua incompetência (NCPC, art. 1458, alínea 3), pois as partes podem renunciar à convenção de arbitragem do mesmo modo que com ela consentiram (seja por meio de uma renúncia expressa ou tácita, por exemplo, pelo comportamento da parte que aceitou a competência da justiça estatal sem contestá-la).

No direito suíço, segundo Poudret e Besson, não se reconhece o efeito negativo da competência-competência³⁴⁸. Ademais, há uma diferença entre uma arbitragem com sede

³⁴⁵CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 161.

³⁴⁶NCPC, art. 1458: “*Lorsqu’un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’État, celle-ci doit se déclarer incompétent. Si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d’arbitrage ne soit manifestement nulle.*”

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d’office son incompétence”.

³⁴⁷MAYER apud POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 461.

³⁴⁸POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 452.

na Suíça e uma com sede em um país estrangeiro. No primeiro caso, aplica-se o art. 7 da LDIP³⁴⁹, não havendo prioridade aos árbitros para julgar sobre sua competência. Porém, pelo art. 7, se o juiz constata a existência de uma cláusula compromissória válida, ele deve declinar de ofício de sua competência, condição positiva prevista também na Convenção de Nova Iorque. Já o art. II.3 da Convenção de Nova Iorque se aplica às arbitragens com sede em um país estrangeiro e, nesse caso, não cabe ao juiz suscitar de ofício sua incompetência³⁵⁰.

Com o acréscimo da alínea 1 bis ao art. 186 da LDIP³⁵¹ em 01.03.2007, revertendo o antigo posicionamento suíço³⁵², o tribunal arbitral pode decidir sobre sua própria competência, sem considerar uma ação tendo o mesmo objeto já pendente entre as mesmas partes perante outro tribunal estatal ou arbitral, salvo se motivos graves exigirem a suspensão do processo. Ou seja, há o reconhecimento do efeito negativo da competência-competência: o árbitro tem competência prioritária para julgar sobre sua própria competência e é indiferente a qualquer outra decisão sobre competência proferida por outra jurisdição.³⁵³ Tal norma dirige-se às arbitragens internacionais com sede na Suíça e afasta a aplicação do art. 9 da LDIP criticado no caso *Fomento*, anteriormente comentado. Assim, o art.186, al.1 da LDIP consagra o princípio competência-competência, em detrimento da doutrina da litispendência. Porém, como não impõe uma regra ao juiz estatal, permanece o

---

Entretanto, Emmanuel Gaillard discute que a ambigüidade do art. 7 da LDIP permitiria que o juiz apenas examinasse a existência e a validade da cláusula compromissória *prima facie*. E fundamenta o seu entendimento sobre o efeito negativo da competência-competência pelo direito suíço em uma decisão do Tribunal Federal de 29.04.1996, declarando que a constatação de que a convenção de arbitragem é nula, inoperante e inexecutável, de acordo com o art. 7 da LDIP somente pode ser feito se a ela é evidente, sem necessidade de aprofundar a questão, pois o tribunal deverá julgar sobre sua própria competência segundo o art. 186 da LDIP. Por conseguinte, a jurisdição estatal acionada “terá de declinar de sua competência, se o exame sumário da convenção de arbitragem não permite constatar que ela é caduca, inoperante ou inexecutável”. GAILLARD, Emmanuel. L’effet négative de la compétence-compétence, cit., p. 393.

³⁴⁹LDIP, art. 7: “Si les parties ont conclu une convention d’arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que:

- a. le défendeur n’ait procédé au fond sans faire de réserve;
- b. le tribunal ne constate que la convention d’arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée, ou que
- c. le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l’arbitrage.”

³⁵⁰POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 452-458

³⁵¹LDIP, art. 186: “1. Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. 1bis. Il statue sur sa propre compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure.”

³⁵²McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 211.

³⁵³BAIZEAU, Domitille. Modification de l’article 186 de la LDIP suisse: procédures parallèles, clarification du législateur après la jurisprudence *Fomento*. *Cahiers de l’arbitrage*, n. 1, p. 22, 2007.

risco de duplicação de processos e decisões contraditórias pelas leis suíças³⁵⁴.

Na Alemanha, com a reforma de 1998, foi incluído o art. 1032 ao ZPO, repetindo o art. 8º da Lei-Modelo da UNCITRAL e acrescentando um segundo parágrafo dispondo que “antes da constituição do tribunal arbitral, o tribunal pode ser acionado a fim de constatar a admissibilidade ou não-admissibilidade da resolução do litígio por meio da arbitragem”³⁵⁵. As cortes judiciais acionadas antes da constituição do tribunal arbitral poderão julgar sobre a validade da cláusula compromissória definitivamente. No caso de serem acionadas após a constituição do tribunal arbitral, também poderão as cortes judiciais entenderem que sua apreciação sobre a convenção de arbitragem não é apenas *prima facie*. Portanto, não se reconhece a prioridade cronológica aos árbitros, podendo as cortes estatais julgar em primeiro lugar e decidir sobre a validade da cláusula compromissória e a competência do tribunal arbitral dela advinda³⁵⁶. Por conseguinte, a Alemanha é considerada “hostil ao efeito negativo da competência-competência”³⁵⁷.

Nos Estados Unidos, embora o Federal Arbitration Act (FAA) – que regula os casos domésticos – silencie sobre o princípio da competência-competência, as cortes reconhecem o poder dos árbitros para julgar sobre sua competência, sujeito à revisão

³⁵⁴POUDRET, Jean-François. Exception d'arbitrage et litispendance en droit Suisse: comment départager le juge et l'arbitre?, cit., p. 230-245.

³⁵⁵GAILLARD, Emmanuel. L'effet négative de la compétence-compétence, cit., p. 396.

³⁵⁶Carmen Tibúrcio entende que até a decisão do Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão, em 13.01.2005, os árbitros tinham competência exclusiva para decidir sobre sua própria competência de acordo com o princípio *Kompetenz-Kompetenz* do direito alemão. Nessa decisão, o Supremo Tribunal declarou: “a) Após a entrada em vigor da nova lei de regulamentação do processo arbitral, é vedado às partes de um compromisso arbitral estabelecer uma (cláusula) *Kompetenz-Kompetenz* que tenha como consequência a vinculação dos tribunais estatais ao julgamento do tribunal arbitral. b) Em razão de uma cláusula *Kompetenz-Kompetenz*, antes de uma decisão sobre a validade da cláusula compromissória, o tribunal estatal não está obrigado a esperar a decisão do tribunal arbitral sobre a competência (§1.040 Abs. 1 Satz 1 do Código de Processo Civil alemão).(...)” Por essa decisão, fica claro que no direito alemão os árbitros não julgam exclusivamente sobre a sua própria competência, cabendo ao Judiciário a decisão definitiva sobre a matéria com base na nova lei alemã de arbitragem; essa regra não poderá ser afastada pela vontade das partes. TIBÚRCIO, Carmen. O princípio *Kompetenz-Kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (Bundesgerichtshof). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). *Arbitragem: estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 425-427. Note-se ainda que a 10ª versão do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) entrou em vigor em 01.01.1998. No antigo regime da arbitragem, as partes poderiam submeter sua controvérsia a respeito da competência à arbitragem para uma decisão final. Com a nova lei e a confirmação pelo Supremo Tribunal Federal, não existe mais essa possibilidade e as cortes não estão vinculadas à determinação dos árbitros sobre a sua própria jurisdição. Issa medida visa a evitar o risco de que as partes dispendam tempo e dinheiro no procedimento arbitral para descobrir, apenas na fase posterior à prolação da sentença arbitral, que o tribunal não era competente. Ademais, o direito do tribunal arbitral primeiramente julgar sobre a sua jurisdição nunca foi aceito no direito alemão, não sendo reconhecido o efeito negativo da *Kompetenz-Kompetenz*. BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia. Part I Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview. In: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael et al. (Eds.). *Arbitration in Germany: the model law in practice*. Kluwer Law International, 2007. p. 21-22.

³⁵⁷GAILLARD, Emmanuel. L'effet négative de la compétence-compétence, cit., p. 397.

posterior pelas cortes judiciais, e podem ainda ter competência para proferir uma sentença sobre a sua competência com efeito vinculante³⁵⁸. O *leading case* sobre a matéria é *First Options of Chicago versus Kaplan*³⁵⁹. Em arbitragem internacional, a Convenção de Nova Iorque é aplicada³⁶⁰.

Na Inglaterra, o art. 30 do Arbitration Act³⁶¹ reconhece a competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua jurisdição, incluindo sobre a validade da convenção de arbitragem³⁶².

Porém, não há prioridade absoluta ao árbitro para julgar sobre sua própria competência, pois o juiz poderá pronunciar-se sobre a competência do tribunal arbitral por acordo por escrito entre as partes ou, se as partes divergirem sobre esse pedido, com a permissão do tribunal arbitral (Arbitration Act, art. 32).³⁶³ Neste último caso, o controle é permitido, se as cortes estatais verificarem que: julgando sobre a competência dos árbitros naquele estágio, haverá uma economia às partes; o pedido foi apresentado rapidamente; e há motivos suficientes para que os juízes apreciem essa demanda. Portanto, não é apenas uma análise *prima facie* quando esse pedido for submetido às cortes estatais. Ao contrário, na ausência de acordo das partes ou do tribunal arbitral, as jurisdições estatais não poderão

³⁵⁸BORN, Gary. op. cit., v. 1, p. 865.

³⁵⁹*First Options of Chicago versus Kaplan*, Estados Unidos, Second Circuit, 1995. BORN, Gary. op. cit., v. 1, p. 865.

³⁶⁰BERMANN, George A. Jurisdiction: Courts vs. Arbitrators. In: CARTER, James H.; FELLAS, John (Coords.). *International Commercial Arbitration in New York*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 135-200. p. 140-143.

³⁶¹Arbitration Act, art. 30: "Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to:

(a) whether there is a valid arbitration agreement,
(b) whether the tribunal is properly constituted, and
(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part."

³⁶²McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 202.

³⁶³Arbitration Act, Art. 32: "Determination of preliminary point of jurisdiction.

(1)The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal. A party may lose the right to object (see section 73).

(2)An application under this section shall not be considered unless—

(a)it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or
(b)it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied—
(i)that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs,
(ii)that the application was made without delay, and
(iii)that there is good reason why the matter should be decided by the court.

(3)An application under this section, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the matter should be decided by the court.

(4)Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending. (...)"

acolher uma ação sobre a existência e a validade da convenção de arbitragem, salvo no controle da sentença arbitral. Por esse dispositivo, verifica-se o reconhecimento do efeito negativo da competência-competência na Inglaterra³⁶⁴. Porém, essa interpretação não é unânime, já que segundo Poudret e Besson não haveria o efeito da competência-competência, pois o juiz não pode declarar-se incompetente nem remeter as partes à arbitragem, mas somente suspender a ação judicial³⁶⁵.

Em suma, verifica-se que o efeito negativo da competência-competência distingue-se da noção de litispendência, pois esta considera apenas a jurisdição primeiramente acionada. Se a litispendência se aplicasse em arbitragem internacional, não haveria qualquer exame da convenção de arbitragem, mesmo *prima facie*. Afinal, o efeito negativo da competência-competência consagra a prioridade cronológica à decisão do árbitro em relação à do juiz³⁶⁶.

C. Suspensão por coordenação entre os procedimentos paralelos

Para a coordenação dos procedimentos paralelos entre tribunal arbitral e corte estatal, outra medida possível é a suspensão de um dos procedimentos, enquanto o outro estive julgando sobre sua competência.

O art. VI.3 da Convenção Européia de 1961 prevê a suspensão da ação pelo juiz estatal, quando a arbitragem tiver sido instaurada em primeiro lugar³⁶⁷. O juiz deverá suspender a decisão sobre a sua competência até a sentença arbitral, exceto em casos de motivos graves. Segundo Schlosser, trata-se de uma “verdadeira exceção de litispendência”, pois não há qualquer controle da competência do árbitro, fundando-se

³⁶⁴GAILLARD, Emmanuel. L’effet négative de la compétence-compétence, cit., p. 396.

³⁶⁵POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 451.

³⁶⁶GAILLARD, Emmanuel. La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence. In: ASKEN, Gerald; BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz; MUSTILL, Michael J.; PATOCCHI, Paolo Michele; WHITESELL, Anne Marie (Coords.). *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Brine*, ICC Publishing, 2005. p. 317.

³⁶⁷Convenção Européia de 1961, art. VI.3: “Lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d’arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis ultérieurement d’une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d’une demande en constatation de l’inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d’arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l’arbitre jusqu’au prononcé de la sentence arbitrale.” (Grifou-se)

somente na prioridade cronológica do procedimento arbitral³⁶⁸. Também de acordo com Poudret e Besson, a exceção de litispendência tem aplicação na relação árbitro-juiz para evitar decisões contraditórias, sobretudo em relação às suas próprias competências³⁶⁹.

Entretanto, conforme abordado anteriormente, a litispendência somente é possível entre jurisdições igualmente competentes, o que não é o caso entre o juiz e o árbitro, não sendo o termo adequado para esse tipo de conflito.

A suspensão é a medida adotada em muitas legislações quando duas jurisdições são acionadas pelo mesmo litígio.

Alguns países de Common Law adotaram o poder discricionário de suspender o procedimento em determinadas circunstâncias.

Na Inglaterra, o juiz tem a faculdade de suspender um dos processos pendentes³⁷⁰, o que parece dificilmente transponível à arbitragem (*Arbitration Act*, art. 9³⁷¹). Também não é crível que o árbitro com sede na Inglaterra suspenda a arbitragem até que o julgamento de um procedimento paralelo pelo juiz³⁷².

Nos Estados Unidos, o exercício do poder discricionário para a suspensão do procedimento requer que a corte determine se uma convenção de arbitragem existe e foi descumprida. Os requisitos para a análise da existência e validade da convenção de arbitragem são: arbitrabilidade da controvérsia; validade da cláusula compromissória; a forma escrita da convenção de arbitragem; o caráter internacional da arbitragem; e a questão sobre a convenção de arbitragem deve ser argüida como defesa, não de ofício. Antes dessa decisão, a corte poderá indeferir a petição que objetiva compelir as partes à

³⁶⁸POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 465.

³⁶⁹Id. Ibid., p. 466.

³⁷⁰Entretanto, para Jonathan Rawlings essa suspensão é obrigatória. RAWLINGS, Jonathan. A mandatory stay. *Arbitration International*, v. 13, n. 4, p. 421-426, 2007.

³⁷¹Arbitration Act, art. 9:

“(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter.

(2) An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures.

(3) An application may not be made by a person before taking the appropriate procedural step (if any) to acknowledge the legal proceedings against him or after he has taken any step in those proceedings to answer the substantive claim.

(4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed.

(5) If the court refuses to stay the legal proceedings, any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of any matter is of no effect in relation to those proceedings.”

³⁷²Id. Ibid., p. 471.

arbitragem com base no *forum non conveniens*³⁷³.

No direito brasileiro, Carlos Alberto Carmona defende a suspensão da arbitragem até a decisão pelo juiz da questão preliminar sobre a existência e a validade da convenção de arbitragem. Caso contrário, a parte poderá invocar essa invalidade em sede de anulação da sentença arbitral. A suspensão seria a medida para evitar o risco de decisões conflitantes quando, de um lado, o juiz afirma sua competência e rejeita a exceção de convenção de arbitragem, e, por outro lado, o árbitro também afirma sua competência com base na cláusula compromissória válida³⁷⁴.

Com o novo dispositivo art. 186, al. 1 bis da LDIP, a Suíça estabelece a possibilidade de suspensão do procedimento arbitral, quando houver um procedimento paralelo judicial ou arbitral em curso, desde que haja justificativas suficientes para essa medida. Ao contrário do art. 8(2) da Lei-Modelo da UNCITRAL, que confere o direito do tribunal arbitral continuar com o seu procedimento e proferir uma sentença sem aguardar uma decisão da corte judicial, a LDIP reserva ao árbitro a faculdade de suspender o procedimento arbitral em razão da gravidade das circunstâncias³⁷⁵, que poderão resultar em decisões contraditórias.

A suspensão seria uma maneira de evitar decisões contraditórias quando pendentes uma arbitragem e uma ação judicial. Porém, é uma solução pouco prevista nas legislações e convenções. A Convenção Européia de 1961 consagra essa medida, mas ela é dirigida apenas ao juiz demandado em segundo lugar e não ao árbitro.

Se a suspensão fosse sem limite, a solução seria cronológica para impedir decisões incompatíveis. Contudo, isso retiraria o efeito negativo do princípio competência-competência, excluindo qualquer prioridade ao árbitro.

D. Lei aplicável: em busca de regras materiais transnacionais

Conforme acima exposto, restam divergências entre as legislações nacionais e convenções internacionais para o tratamento do conflito tribunal arbitrais versus corte

---

³⁷³FAWCETT, J. J. op. cit., p. 60.

³⁷⁴CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 161.

³⁷⁵POUDRET, Jean-François. Exception d'arbitrage et litispendance en droit Suisse: comment départager le juge et l'arbitre?, cit., p. 238.

estatal, pois não há uma regra uniforme que regule esse tipo de conflito em arbitragem internacional.

Ademais, arbitragem e processo judicial pertencem a mundos distintos, têm suas convenções sobre competência e execução, sem que haja uma intersecção entre os procedimentos arbitral e o judicial³⁷⁶.

A evolução do método conflitual analisada na Seção 2 constata as diversas possibilidades de regulação da validade da cláusula compromissória e do procedimento arbitral.

Por esse motivo, tem-se buscado uma regra material pró-arbitragem, sem interferência dos direitos domésticos e do recurso ao método conflitual. Contudo, essa regra material deveria ter um amplo alcance para abarcar o máximo de jurisdições possível³⁷⁷.

Para esses casos em que há um conflito de jurisdição entre a corte estatal e o tribunal arbitral, primeiramente, deve-se aplicar um princípio da competência-competência de modo uniforme, a partir de um consenso sobre sua noção e seus efeitos.

As Recomendações da ILA reconheceram o efeito positivo da competência-competência, tendo em vista ser aceito amplamente em arbitragem internacional, conferindo aos árbitros o direito de prosseguir com a arbitragem e julgar sobre sua própria competência, ainda que haja um procedimento paralelo sobre a mesma questão perante uma corte judicial. Ademais, ressalte-se que o conceito de procedimento paralelo adotado pela ILA é mais flexível e abrangente, sem a rigidez da tríplice identidade (identidade de parte, causa de pedir e pedido), pois exige apenas as mesmas partes e que os mesmos pedidos ou substancialmente os mesmos, *in verbis*:

Recomendações ILA, n. 1: “An arbitral tribunal that considers itself to be *prima facie* competent pursuant to the relevant arbitration agreement should, consistent with **the principle of competence-competence**, proceed with the arbitration (“Current Arbitration”) and determine its own jurisdiction, regardless of any other proceedings pending before a national court or another arbitral tribunal in which the parties and one or more of the issues are the same or substantially the same as the ones before the arbitral tribunal in the Current Arbitration (“Parallel Proceedings”). Having determined that it has jurisdiction, the arbitral tribunal should proceed with the arbitration, subject to any successful setting aside application.” (Grifou-se)

³⁷⁶HOUTTE, Hans van. op. cit., p. 53.

³⁷⁷Id. Ibid., p. 46.

As Recomendações da ILA distinguem duas situações para a incidência do princípio da competência-competência.

Primeiro, prevê os casos de procedimentos paralelos entre uma corte estatal e um tribunal arbitral localizados no mesmo Estado. Neste caso, as Recomendações sugerem aos árbitros que considerem a possibilidade de uma eventual anulação da sentença arbitral, de acordo com a lei dessa jurisdição, ao decidirem por prosseguir ou suspender o procedimento arbitral, *in verbis*:

ILA Recommendations, Anexo 1, parágrafo 3: “*Where the Parallel Proceedings are pending before a court of the jurisdiction of the place of the arbitration, in deciding whether to proceed with the Current Arbitration, the **arbitral tribunal should be mindful of the law of that jurisdiction**, particularly having regard to the possibility of setting aside of the award in the event of conflict between the award and the decision of the court.*” (Grifou-se)

Portanto, a ILA não estabeleceu uma regra material para o caso de conflito entre o tribunal arbitral e uma corte estatal localizada na sede da arbitragem. Nesse caso, recomendaram que os árbitros considerassem a lei da sede da arbitragem, que determinará se as questões de competência devem ser decididas pela corte judicial ou pelo tribunal arbitral. Assim, o tribunal agirá nesse tipo de conflito de acordo com essa lei.

Segundo, prevê tratamento diverso para os procedimentos paralelos transnacionais, entre uma corte estatal e um tribunal arbitral situados em países diferentes. Para esse caso, as Recomendações da ILA estabelecem uma regra material para que os árbitros prossigam à arbitragem com base no princípio da competência-competência, salvo se a parte tiver renunciado à cláusula compromissória ou em “outras circunstâncias excepcionais”, não definidas nas Recomendações. Essas situações excepcionais são aquelas que fogem à aplicação da regra geral da competência-competência. Por exemplo, quando o requerente na arbitragem ajuizou uma ação em um foro estrangeiro, renunciando à cláusula compromissória. Nesse caso, seria mais apropriado, segundo os comentários da própria ILA, que a corte estrangeira julgasse de acordo com as suas regras processuais se houve renúncia e que o tribunal arbitral suspenda a arbitragem até a decisão do juiz estatal³⁷⁸.

---

³⁷⁸INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on lis pendens and arbitration, Commentary to Recommendations, cit., p. 25.

Senão, veja-se:

ILA Recommendations, Anexo 1, parágrafo 4: “Where the Parallel Proceedings are pending before a court of a jurisdiction other than the jurisdiction of the place of the arbitration, consistent with **the principles of competence-competence**, the tribunal should proceed with the Current Arbitration and determine its own jurisdiction, unless the party initiating the arbitration has effectively waived its rights under the arbitration agreement or save in other exceptional circumstances.” (Grifou-se)

Portanto, o princípio da competência-competência prevalece nas Recomendações da ILA para procedimentos paralelos transnacionais como uma regra material, à exceção de uma identidade completa de partes, causa de pedir e pedido, que permite aos árbitros do segundo procedimento declinar de sua jurisdição ou suspender a arbitragem até o proferimento de uma decisão relevante no primeiro procedimento. Porém, o efeito negativo da competência-competência, por ser ainda controvertido, não recebe um tratamento unânime por meio de uma regra material, sendo reconhecido apenas se no conflito de leis for aplicável uma legislação nacional que o reconhece. Provavelmente, esse é um próximo passo na adoção de um conceito comum sobre o princípio da competência-competência, conferindo prioridade cronológica aos árbitros para decidirem sobre sua competência.

CAPÍTULO II. A APLICAÇÃO DA COISA JULGADA EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

O capítulo II da segunda parte da tese de doutoramento examinará a possibilidade de transposição do princípio da coisa julgada para a arbitragem internacional, como um dos meios de evitar os problemas decorrentes da multiplicidade de procedimentos paralelos. Visando a essa análise, dividiu-se o trabalho da seguinte maneira.

Na primeira seção, serão examinados os efeitos da coisa julgada à sentença arbitral (**Seção 1**). Primeiramente, verifica-se o tratamento dado à coisa julgada da sentença arbitral em leis nacionais e convenções internacionais. Na sequência, identificam-se os tipos de sentenças arbitrais (final, interlocutória e parcial) e seus efeitos (**A**). Posteriormente, serão estudados os meios de determinação da lei aplicável (**B**): o método de conflito leis (**1**); e a possibilidade de regras materiais transnacionais para uma aplicação uniforme do princípio da coisa julgada em arbitragem internacional (**2**).

Na segunda seção, será abordado o controle da sentença arbitral internacional (**Seção 2**), nas seguintes esferas: ação anulatória no país do local da arbitragem e ação de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira (**A**). E, por último, como outra possibilidade de controle, verificaremos se a sentença arbitral internacional é dotada de força de precedente (**B**).

SEÇÃO 1. Os Efeitos da Coisa Julgada de uma Sentença Arbitral

A maioria das jurisdições reconhece que as sentenças arbitrais têm força de coisa julgada, adotando a noção consagrada na Convenção de Nova Iorque de 1958³⁷⁹. Porém, não há uma noção e uma extensão uniforme do alcance da coisa julgada em arbitragem internacional.

Ressalte-se ainda que a coisa julgada em direito internacional tem efeito somente em relação à decisão de um tribunal internacional perante outro tribunal arbitral subsequente. Por essa lógica, um órgão internacional de resolução de controvérsias não

---

³⁷⁹HANOTIAU, Bernard. L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales. *L'Arbitrage Complexe, Bulletin CCI, Supplément Spécial*, 2003. p. 49.

está obrigado por decisões de cortes nacionais ou outros tribunais que não façam da mesma ordem jurídica³⁸⁰.

No âmbito do direito internacional, para que os tribunais façam parte de uma mesma ordem jurídica eles devem retirar o seu poder jurisdicional da mesma fonte, seja ela um tratado ou um regulamento específico (por exemplo, OMC³⁸¹, ICSID e CCI).

Portanto, o reconhecimento da coisa julgada de uma sentença judicial perante um tribunal arbitral e vice-versa recai em uma zona nebulosa, vez que são sentenças emanadas de instituições distintas e de ordens jurídicas distintas – sobretudo se considerarmos a arbitragem parte de uma ordem jurídica arbitral.

Em uma decisão interessante de 13.04.2010, a Corte Suprema da Suíça anulou uma sentença arbitral por violação à ordem pública processual ao entender que o tribunal arbitral sob as regras do Tribunal Arbitral do Esporte desconsiderou, equivocadamente, uma decisão obrigatória (*res judicata*) proferida por uma corte comercial suíça sobre a mesma demanda.

Nesse caso, pouco importou que a sentença tivesse sido proferida por uma corte estatal (a corte comercial de Zurique) e não por um tribunal arbitral (como a decisão do Tribunal Arbitral do Esporte). Ademais, estendeu a coisa julgada da sentença proferida entre partes distintas, pois a decisão seria obrigatória a todos os membros da FIFA – o Benfica não foi parte nas ações judiciais contra a decisão da FIFA, em que foram partes apenas FIFA e Atlético de Madri³⁸².

Esses são alguns problemas que podem surgir entre procedimentos paralelos: o reconhecimento da coisa julgada de uma sentença judicial no âmbito da arbitragem. Assim, passamos a analisar o reconhecimento da coisa julgada em algumas legislações nacionais, convenções internacionais e na prática arbitral.

---

³⁸⁰BROWLIE citado INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 19.

³⁸¹Citamos o painel de disputas do Órgão de Apelação da OMC para conhecimento, pois o seu estudo entraria em outras particularidades que não são objeto deste trabalho. Portanto, limitamo-nos à prática da arbitragem internacional comercial e de investimento (entre investidor e Estado ou ente estatal).

³⁸²SCHERER, Matthias. Case law. *ASA Bulletin*, n. 3, 2010, p. 498.

Direito Nacional

No Brasil, verifica-se que a sentença arbitral é definida pelos seus efeitos, que serão idênticos aos de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário, *in verbis*:

Lei n. 9.307/96, art. 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

Por conseguinte, a sentença arbitral extingue a relação jurídica processual, decide a causa e faz coisa julgada às partes entre as quais é proferida a decisão de mérito³⁸³. Além disso, uma vez proferida a sentença arbitral, cessa a missão dos árbitros – que poderá ser restaurada para julgar Embargos Declaratórios (art. 30, Lei n. 9.307/96) ou para proferirem nova decisão, se a sentença arbitral tiver sido anulada (art. 33, §2º, II, Lei n. 9.307/96).

Portanto, embora não haja um dispositivo expresso sobre os efeitos da coisa julgada da sentença arbitral, ela é aplicada à arbitragem, sendo vetado re-discutir ou decidir o que consta na parte dispositiva da sentença arbitral em um caso entre as mesmas partes em procedimento futuro³⁸⁴. O art. 18 da Lei nº 9.307/96 estabelece:

Lei n. 9.307/96, art. 18: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

Esse dispositivo confirma a natureza jurisdicional da atividade do árbitro, equiparando sua decisão a do juiz³⁸⁵ e também assegura que a sentença arbitral é irrecorrível.

Com efeito, a sentença do árbitro não está sujeita a recurso ou homologação, restando como únicos controles da sentença arbitral em sede da ação anulatória perante o juiz da sede da arbitragem e da homologação da sentença arbitral estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁸⁶ quando a parte beneficiada pela decisão arbitral buscar o reconhecimento e a execução dessa sentença no Brasil.

³⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 314.

³⁸⁴ Id. Ibid., p. 69.

³⁸⁵ MARTINS, Pedro Baptista. op. cit., p. 219.

³⁸⁶ Após a aprovação da reforma do Judiciário pelo projeto de revisão constitucional PEC/29, de 17.11.2004 e a publicação da revisão constitucional n. 45 de 31.12.2004, a competência para julgar os pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil foi modificada, havendo uma transferência dessa antiga competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por conseguinte, o art. 105, I, I da CF/88 passou a estabelecer essa nova competência do STJ e a Resolução do STJ n. 9 de 04.05.2005 estabeleceu as regras processuais aplicáveis à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras perante o STJ.

Ressalte-se ainda que a Lei Brasileira de Arbitragem não estabeleceu um conceito específico para a sentença arbitral internacional, vez que não há tratamento diverso para a arbitragem interna e para a arbitragem internacional, preferindo o legislador adotar o sistema monista, sem regular diferentemente um e outro procedimento³⁸⁷. No art. 34 da Lei n. 9.307/96, consta apenas a definição de sentença arbitral estrangeira seguindo o critério da territorialidade³⁸⁸:

Lei n. 9.307/96, art. 34. Parágrafo único. “*Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.*”

Na França, a coisa julgada é expressamente atribuída às sentenças arbitrais domésticas (NCPC, art. 1476) ou internacionais (NCPC, art. 1500)³⁸⁹, desde o momento em que proferidas.

Na França, os arts. 1476 e 1500 do NCPC assim estabelecem: “*la sentence arbitral a, dès quelle est rendue, l’autorité de chose jugée relativement à la contestation qu’elle tranche*”. Este dispositivo aplica-se às sentenças estrangeiras ou proferidas em arbitragens internacionais com sede na França³⁹⁰.

Na Bélgica, o art. 1703 do Código Judiciário dispõe que “*à moins que la sentence ne soit contraire à l’ordre publique ou que le litige ne soit pas susceptible d’être réglé par*

³⁸⁷CASELLA, Paulo Borba. op. cit., p. 173. Para alguns autores, não haveria por que tratar diversamente arbitragem interna e internacional, pois “o que é bom para a arbitragem internacional é bom para a arbitragem interna e vice-versa”. FOUCHARD, Philippe. op. cit., p. 668.

³⁸⁸Portanto, o direito brasileiro não seguiu a Lei-Modelo da UNCITRAL nesse aspecto, cujo art. 1(3) prevê o critério alternativo entre o territorial e o econômico: art. 1(3): “(3) *An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.*” UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985. United Nations, Vienna, 2008. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

³⁸⁹NCPC, art. 1476: “*La sentence arbitrale a, dès qu’elle est rendue, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’elle tranche.*” NCPC, art. 1500: “*Les dispositions des articles 1476 à 1479 sont applicables.*”

³⁹⁰No direito arbitral francês, a arbitragem internacional é definida por um critério econômico: NCPC, art. 1492: “*Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.*” Portanto, uma arbitragem com sede na França pode ser internacional por tratar de interesses do comércio internacional. Ademais, o NCPC prevê um tratamento distinto à arbitragem interna e à arbitragem internacional. BOISSESON, Mathieu. *Le droit français de l’arbitrage interne et international*. Paris: Loly, 1990. p. 419. Ver também: MAYER, Pierre. Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international? *Revue de l’Arbitrage*, n. 2, p. 361-390, 2005. LEBOULANGER, Philippe. La notion d’intérêts du commerce international. *Revue de l’Arbitrage*, n. 2, p. 487-506, 2005.

la voie de l'arbitrage, la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle a été notifiée aux parties... et qu'elle ne peut plus être attaquée devant les arbitres.”

Na Alemanha, o art. 1055 do ZPO estabelece que uma sentença arbitral tem o mesmo efeito entre as partes que uma sentença judicial final e obrigatória³⁹¹.

Na Suíça, o art. 190 da LDIP também reconhece a coisa julgada das sentenças arbitrais, incluindo as sentenças arbitrais parciais de mérito e sentenças arbitrais sobre jurisdição³⁹². A sentença arbitral transitou em julgado a partir da sua comunicação às partes (LDIP, art. 190.1).

A lei espanhola (art.43 da Lei n. 60/2003) estabelece expressamente que a sentença arbitral final tem os efeitos da coisa julgada: “El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.”

Outros países também adotaram a aplicação da doutrina da coisa julgada às sentenças arbitrais, vez que é “o corolário do caráter jurisdicional da sentença”³⁹³: Holanda (art. 1059 do Código de Processo Civil); Áustria (§ 594 do ZPO); e Itália (art. 823, al. 3 do Código de Processo Civil Italiano).

Nesses países, o reconhecimento da coisa julgada de uma sentença arbitral passa pelo teste da tríplice identidade. Também na Suécia verificou-se esse entendimento da doutrina da coisa julgada às sentenças arbitrais. Por exemplo, no caso *República Tcheca v. CME*, a Corte de Apelação Svea afastou a alegação de coisa julgada da sentença anteriormente proferida no caso entre o Sr. Lauder e a República Tcheca, por ausência de uma condição fundamental: a identidade de partes entre os dois casos³⁹⁴. Ademais, declarou que a coisa julgada não é parte da ordem pública e pode ser renunciada pelas partes.

No caso dos países de Common Law, não há referência expressa de que a sentença arbitral faz coisa julgada assim como uma sentença judicial³⁹⁵. Constatou-se apenas a menção ao efeito obrigatório da sentença arbitral final (“the binding effect”) por meio de

³⁹¹INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 17.

³⁹²Id., loc. cit.

³⁹³HANOTIAU, Bernard. Quelques réflexions à propos de l'autorité de chose jugée des sentences arbitrales. In: LIBER Amicorum Lucien Simont. Bruxelas: Bruylant, 2002. p. 301.

³⁹⁴Decisão da Svea Court of Appeal de 15.05.2003. MEALEY'S International Arbitration Report, v. 18, n. 6, A1-37.

³⁹⁵SCHLOSSER, Peter. Arbitral Tribunal or State Court – who must defer to whom? Setting the scene. *Rapport à la Conférence ASA de janvier 2000*, ASA Special Series, n. 15, p. 15 e 20, 2001.

teorias como *estoppel*.

Nos Estados Unidos, o *US Federal Arbitration Act* não estabelece sequer o caráter obrigatório da sentença arbitral. A sentença arbitral faz coisa julgada com efeito de incidente de preclusão (*collateral estoppel*) e, quando homologadas pelos tribunais, reconhece-se o benefício do “full faith and credit” de acordo com a Constituição americana³⁹⁶.

Na Inglaterra, o art. 58 do *Arbitration Act* enuncia que a sentença arbitral é “final and binding”.

Ademais, a jurisprudência inglesa no caso *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, confirmou a aplicação da coisa julgada à arbitragem:

“Issue estoppel applies to arbitration as it does to litigation. The parties having chosen the tribunal to determine the disputes between them as to their legal rights and duties are bound by the determination by that tribunal of any issue which is relevant to the decision of any dispute which is referred to that tribunal”³⁹⁷.

Porém, a coisa julgada depende da identidade de partes, fatos e causa de pedir. A identidade de partes afasta a possibilidade de um terceiro valer-se da coisa julgada contra uma parte em uma arbitragem anterior³⁹⁸ após o caso *Sun Life Assurance Co. of Canada v. The Lincoln National Life Insurance Co*³⁹⁹.

No Canadá, tanto em arbitragem doméstica quanto internacional, uma sentença arbitral é considerada *binding* entre as partes, passível de reconhecimento e execução nos

³⁹⁶HANOTIAU, Bernard. L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, cit., p. 50.

³⁹⁷*Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, 1965, 2 All E.R. 4. Citado por BEELEY, Mark; SERIKI, Hakeem. Res Judicata: recent developments in arbitration. *International Arbitration Law Report*, n. 4, p. 111, 2005.

³⁹⁸2004, EWCA Civ 1660. BEELEY, Mark; SERIKI, Hakeem. op. cit., p. 115.

³⁹⁹Toulson J declarou: “In considering whether and to what extent the findings of a competent tribunal in proceedings between A and B should be able to be relied upon by or against B in proceedings between B and C, there is a strong argument for saying that the real considerations should be what is most fair to the parties and will avoid bringing the administration of justice into disrepute. The fact that C was not a party to the earlier proceedings (and normally, although not invariably, will therefore have had no opportunity to influence them) would in many cases make it unfair that the earlier judgment should be relied upon by B, but not necessarily against B, although... circumstances can vary greatly. Among other things, one could imagine circumstances in which it might make a difference in terms of justice whether the earlier decision was the product of an informal arbitration, in which the arbitrator had not properly addressed the arguments, compared with proceedings in which the issues had been fully and properly investigated and addressed in a reasoned decision. Where the previous decision was an arbitration award, the confidentiality of the arbitration proceedings could also be a relevant factor.” FLANNERY, Louis. Effect of award on third parties. Extent of the doctrine of res judicata in arbitration. *Arbitration Law Monthly*, Aug. p. 11-12, 2004.

tribunais. Caberá aos árbitros proferir uma sentença não apenas final e obrigatória, mas que esteja de acordo com os requisitos da lei interna ou de tratados internacionais aplicáveis para sua execução⁴⁰⁰.

Ademais, em decorrência da natureza obrigatória da sentença arbitral, as partes têm de cumprir com os seus termos. Porém, isso não é suficiente, devendo a sentença arbitral ser reconhecida pela corte competente e, posteriormente, executada por um tribunal⁴⁰¹.

Entretanto, ainda que essas leis reconheçam o princípio da coisa julgada à sentença arbitral, elas não delimitam a extensão da força da coisa julgada conferida essa sentença e as diretrizes a serem adotadas pelos árbitros perante uma sentença arbitral ou judicial que já tenha julgado total ou parcialmente o mérito do procedimento arbitral em curso⁴⁰².

Convenções Internacionais

Em convenções internacionais, também não se encontram regras que definam a extensão da coisa julgada à sentença arbitral.

A Convenção de Nova Iorque estabelece em seu art. III que cada Estado-Membro deverá reconhecer as sentenças arbitrais como obrigatórias e executá-las de acordo com as regras processuais do seu território. Essas regras processuais não poderão ser mais onerosas que aquelas impostas para o reconhecimento ou execução de sentenças arbitrais domésticas⁴⁰³.

Ademais, no art. V.1(e), novamente, emprega-se o termo *binding*, como uma das hipóteses para a recusa da homologação da sentença arbitral estrangeira que “a sentença

---

⁴⁰⁰CASEY, J. Brian; MILLS, Janet. *Arbitration law of Canada: practice and procedure*. New York: Juris Publishing, 2005. p. 306-307.

⁴⁰¹Id. Ibid., p. 307.

⁴⁰²MAYER, Pierre. Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international. In: LIBER Amicorum Claude Raymond Autour de l'Arbitrage. Paris: Litec, 2002. p. 188.

⁴⁰³Convenção de Nova Iorque, art. III: “*Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.*” (Grifos nossos). Na versão em português: art. III: “*Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.*” (Grifos nossos)

ainda não se tornou obrigatória para as partes”. Os redatores da Convenção preferiram o termo *binding* a *final*, para afastar um ônus excessivo ao reconhecimento da sentença arbitral. Outrossim, pela adoção do caráter obrigatório da sentença, ao invés do definitivo ou final, a Convenção de Nova Iorque exclui a necessidade de um aval da corte do Estado de origem da sentença arbitral (o antigo sistema do duplo *exequatur*)⁴⁰⁴. Em relação a essa situação, as cortes são unânimes em entender que caberá a parte contra quem se busca o reconhecimento da sentença provar que ela não se tornou obrigatória⁴⁰⁵. Porém, quando se questiona em que momento a sentença se torna obrigatória a Convenção de Nova Iorque é silente, devendo-se recorrer à lei aplicável à sentença arbitral, qual seja, a lei do local em foi proferida ou a lei de acordo com a qual foi proferida (lei do país da sede)⁴⁰⁶. Entretanto, esse recurso à lei aplicável à sentença era adotado apenas quando houvesse o sistema do duplo *exequatur*. Segundo Albert van den Berg, na ausência desse requisito, o conceito de *binding* da Convenção deve ser autônomo, independente da lei da sentença arbitral.⁴⁰⁷

Note-se que, embora a Convenção de Nova Iorque faça referência ao efeito da coisa julgada, sua obrigatoriedade, não fornece uma diretriz às cortes estatais que se depararem com duas sentenças arbitrais ou uma sentença arbitral e uma decisão judicial sobre o mesmo objeto e as mesmas partes.

Seguindo esta mesma linha, a Lei-Modelo da UNCITRAL (art. 35 (1)) não se refere ao efeito da coisa julgada da sentença arbitral, mas à sua “binding nature”⁴⁰⁸. Tampouco trata da possível anulação de uma sentença arbitral ou do indeferimento do seu reconhecimento e execução quando não respeitar a coisa julgada de uma sentença anterior.

Ainda que não exista uma regulação própria às situações de coisa julgada pela Convenção de Nova Iorque e pela Lei-Modelo da UNCITRAL, Bernard Hanotiau entende que uma sentença arbitral proferida sem considerar o princípio da coisa julgada poderá ser anulada, com base nos seguintes motivos⁴⁰⁹:

⁴⁰⁴BERG, Albert van den. New York Convention of 1958: refusals of enforcement. *ICC Bulletin*, v. 18, n. 2, p. 14, 2007.

⁴⁰⁵Id. *The New York Arbitration Convention of 1958 towards a uniform judicial interpretation*. Boston; London; Frankfurt: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981. p. 338.

⁴⁰⁶Id. Ibid., p. 339.

⁴⁰⁷Id. Ibid., p. 341.

⁴⁰⁸Lei-Modelo da UNCITRAL, art. 35(1): “An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.” UNCITRAL. Disponível em: <www.uncitral.org>.

⁴⁰⁹HANOTIAU, Bernard. L’*autorité de chose jugée des sentences arbitrales*, cit., p. 50.

- (i) O tribunal arbitral decidiu na ausência de uma convenção de arbitragem válida ou além da sua missão;
- (ii) O fundamento da sentença contradiz aquele da sentença anteriormente proferida;
- (iii) Por violação do direito ao contraditório;
- (iv) Em algumas jurisdições, como a francesa, por violação à ordem pública, quando uma sentença foi proferida após outra sentença proferida pela mesma instância versando sobre uma parte do litígio para o qual o tribunal não se considerou competente.

Em arbitragem de investimento, verifica-se que o art. 53 da Convenção de Washington, também dispõe sobre o efeito obrigatório da sentença arbitral em relação às partes, bem como sobre a impossibilidade de recorrer dela⁴¹⁰. E no art. 54 acresce-se que a sentença será executada nos Estados-Membros da Convenção como se fosse uma sentença judicial final⁴¹¹. Porém, também não regula o comportamento do árbitro perante uma sentença transitada em julgado entre as mesmas partes sobre o mesmo fato (por exemplo, mesma medida governamental do país A) e com base no mesmo tratado bilateral de investimento ou em dispositivos semelhantes entre tratados bilaterais de investimentos celebrados entre diferentes Estados.

Porém, no caso *CME*⁴¹², o Tribunal citou o caso *The Mox Plant Case* julgado pela Corte Internacional de Justiça em 2001 para fundamentar o seu entendimento de que a interpretação de dispositivos semelhantes entre diferentes tratados não alcançará o mesmo resultado, *in verbis*: *"the application of international law rules on interpretation of treaties to identical or similar provisions of different treaties may not yield the same results, having regard to, inter alia, differences in the respective contexts, objects and purposes,*

---

⁴¹⁰Convenção ICSID, Art. 53: "(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention. (2) For the purposes of this Section, "award" shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52."

⁴¹¹Convenção ICSID, Art. 54: "(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state."

⁴¹²*CME versus República Tcheca*, Sentença Arbitral Final, datada de 14.03.2003, para. 433. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca>>.

*subsequent practice of parties and travaux préparatoires*⁴¹³.

Outro elemento importante na determinação da coisa julgada é o critério da identidade de partes. Em arbitragem de investimento ICSID, adotou-se o critério econômico em relação a questões jurisdicionais e que deveria ser aplicado para a configuração da coisa julgada. Por esse critério, uma sociedade que compõe um grupo econômico (considerado *a single economic reality and entity*) será impedida de re-litigar infinitamente uma mesma demanda, sob o véu de pessoas jurídicas distintas⁴¹⁴.

Entretanto, no já citado caso *CME versus República Tcheca*, o Tribunal não reconheceu a coisa julgada da sentença arbitral proferida anteriormente no caso *Lauder versus República Tcheca*, pois entendeu que as partes requerentes nas duas arbitragens eram diferentes, embora o Sr. Lauder fosse o acionista controlador da CME⁴¹⁵.

Prática Arbitral

O atual Regulamento CCI de 1998 no seu art. 28(6) estabelece a obrigatoriedade da sentença arbitral CCI: “*Todo Laudo obriga as partes. Ao submeter a controvérsia à arbitragem segundo o presente Regulamento, as partes comprometem-se a cumprir o Laudo sem demora e renunciam a todos os recursos a que podem validamente renunciar.*”

Outros regulamentos de arbitragem também estabelecem que a sentença arbitral proferida de acordo com as suas regras será “final” and “binding”: LCIA, art. 26.9⁴¹⁶; e Regras da UNCITRAL, art. 32(2)⁴¹⁷.

⁴¹³*The Mox Plant Case (Irlanda versus Reino Unido)*, Requerimento de Medida Cautelar, International Tribunal for the Law of the Sea, Caso n. 10, 03.12. 2001, para 51.

⁴¹⁴INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 21.

⁴¹⁵“*Only in exceptional cases, in particular in competition law, have tribunals or law courts accepted a concept of a 'single economic entity', which allows discounting of the separate legal existences of the shareholder and the company, mostly, to allow the joining of a parent of a subsidiary to an arbitration. Also a 'company group' theory is not generally accepted in international arbitration (although promoted by prominent authorities) and there are no precedents of which this Tribunal is aware for its general acceptance. In this arbitration the situation is even less compelling. Mr Lauder, although apparently controlling CME Media Ltd, the Claimant's ultimate parent company, is not the majority shareholder of the company and the cause of action in each proceeding was based on different bilateral investment treaties. This conclusion accords with established international law.*” *CME versus República Tcheca*, Sentença Arbitral Final, datada de 14.03.2003, para 432. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca>>.

⁴¹⁶LCIA, art. 26(9): “All awards shall be **final and binding on the parties**. By agreeing to arbitration under these Rules, the parties undertake to carry out any award immediately and without any delay (subject only to Article 27); and the parties also waive irrevocably their right to any form of appeal, review or recourse to any state court or other judicial authority, insofar as such waiver may be validly made.”

⁴¹⁷Regras da UNCITRAL (revisadas em 2010), art. 32(2): “All awards shall be made in writing and shall be **final and binding on the parties**. The parties shall carry out all awards without delay.”

Portanto, os regulamentos de arbitragem tendem a incluir expressamente o efeito positivo da coisa julgada em suas regras. Por conseguinte, aceitam o efeito negativo de uma sentença arbitral válida⁴¹⁸.

Na prática da arbitragem, reconhece-se a força de coisa julgada das sentenças arbitrais, senão vejamos alguns casos CCI.

O árbitro que julgou conjuntamente os casos CCI 2745/1977 e 2762/1977 declarou o seguinte princípio: “*Seria paradoxal sustentar que um árbitro julgando sob os auspícios da CCI não está ligado por uma sentença proferida anteriormente entre as mesmas partes sobre as mesmas questões por outro árbitro julgando também sob os auspícios da CCI*”⁴¹⁹. Neste caso, como o Regulamento da CCI não dava respostas sobre coisa julgada, o árbitro voltou-se aos direitos nacionais para buscar uma solução. Nos dois casos, tratava-se de uma sentença proferida na França e, tendo em vista a exceção do art. 11 do Regulamento CCI, aplicando a regra processual francesa, de modo que, segundo o árbitro, as sentenças eram francesas.

Entretanto, como observou Derains, não há nada no Regulamento CCI que obrigue um árbitro a reconhecer a coisa julgada de uma sentença proferida por outro árbitro de uma arbitragem CCI. Mas seria difícil conceber que a Corte de Arbitragem da CCI aprovasse uma segunda sentença arbitral entre as mesmas partes, sobre o mesmo objeto e que fosse em total contradição com a primeira sentença arbitral já aprovada pela Corte⁴²⁰.

Afinal, instituições de arbitragem têm por função zelar pela coerência das decisões proferidas sob as suas regras, o que se enquadra no âmbito da administração do procedimento arbitral⁴²¹. Segundo Philippe Fouchard, é praticamente inerente a toda instituição arbitral manter certa coesão nas decisões proferidas sob os seus auspícios⁴²².

Esse entendimento repetiu-se no caso CCI n. 6363 de 1991 em que se verificaram os três elementos da configuração da coisa julgada: identidade de partes, de causa de pedir e de pedido:

⁴¹⁸INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Interim Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 23.

⁴¹⁹Sentença CCI 2745/1977 e CCI 2762/1977: “*Il serait paradoxal de soutenir qu’un arbitre statuant sous les auspices de la CCI ne soit pas lié par une sentence rendue antérieurement entre les mêmes parties sur les mêmes questions par un autre arbitre statuant également sous les auspices de la CCI*”. Clunet, 1978, p. 992.

⁴²⁰HANOTIAU, Bernard. Quelques réflexions à propos de l’autorité de chose jugée des sentences arbitrales, cit., p. 306.

⁴²¹VULLIEMIN, Jean-Marie. *Jugement et sentence arbitrale*, 1987, para. 415.

⁴²²FOUCHARD, Philippe. La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine. *Revue de l’Arbitrage*, n. 3, p. 329-352, 1997.

*“Where there is, cumulatively, identity as regards parties, subject matter of the dispute petitum, and causa petendi, between a prior judgment and a new claim, the new claim is barred by the principle of res judicata”.*⁴²³

Note-se que tal entendimento é possível, pois o sistema da CCI apresenta particularidades próprias de uma “ordem jurídica completa”⁴²⁴. Esse sistema está calcado na autonomia da vontade das partes que o elegeram e que lhes fornece um sistema jurídico constituído pela *lex mercatoria* e por regras de conflito que consagram a autonomia da vontade, escapando de todo o direito nacional de um Estado⁴²⁵.

Portanto, as sentenças emanadas dessa ordem jurídica são normas jurisdicionais, pois suscetíveis de adquirir coisa julgada e eficácia na ordem jurídica que as consagram. E, surpreenderia se assim não fosse⁴²⁶.

A exemplo da prática da CCI, é possível assumir a existência de uma ordem jurídica além do âmbito estatal.

Outra questão que se tem debatido é a possibilidade de aplicar-se a doutrina do *issue estoppel* ou do *abuse of process* em arbitragem internacional, impondo às partes a obrigação de trazer todas as demandas em um mesmo procedimento arbitral (“obligation de concentrer les moyens”). Os seguintes argumentos apresentam-se a favor dessa extensão⁴²⁷:

- (i) Identidade dos procedimentos estatais e arbitrais, vez que ambos são procedimentos jurisdicionais – embora sejam procedimentos provenientes de ordens jurídicas diversas, se adotarmos a premissa da ordem jurídica arbitral; e
- (ii) A obrigação da concentração de demandas é garantida pelo princípio da boa fé, pois a obrigação de executar a convenção de arbitragem de boa fé impõe a aplicação do princípio da concentração na arbitragem.

⁴²³Citada em HANOTIAU, Bernard. Quelques réflexions à propos de l'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, cit., p. 304.

⁴²⁴VULLIEMIN, Jean-Marie. *Jugement et sentence arbitrale*, 1987, para. 420.

⁴²⁵Regulamento CCI, art. 15: “Regras aplicáveis ao procedimento

1. O procedimento perante o Tribunal Arbitral será regido pelo presente Regulamento, e, no que este silenciar, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o Tribunal Arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem.

2. Em todos os casos, o Tribunal Arbitral deverá atuar com equidade e imparcialidade, devendo sempre assegurar que cada parte tenha tido a oportunidade de apresentar as suas razões.”

⁴²⁶VULLIEMIN, Jean-Marie. *Jugement et sentence arbitrale*, 1987, para. 421.

⁴²⁷LOQUIN, Eric. De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage, cit., p. 208-215.

Dominique Hascher justifica essa extensão, por ser da lógica da arbitragem internacional obrigar as partes a submeterem as suas demandas o mais cedo possível, vez que a boa-fé supõe que o litígio, e todo o litígio, serão regulados por uma sentença coberta pela força da coisa julgada⁴²⁸.

Salienta também Pierre Mayer que a parte que instaura uma arbitragem perde o seu direito de apresentar a outro tribunal não apenas a questão que já foi objeto dessa primeira arbitragem, mas qualquer outra demanda que poderia ter de boa-fé relacionada aquele requerimento durante o curso daquele juízo arbitral⁴²⁹.

Já Charles Jarrosson ressalta como uma das vantagens da aplicação dessa obrigação à arbitragem evitar o custo de arbitragens sucessivas contra o mesmo requerido o que poderia colocar em risco sua saúde financeira inclusive restringindo, por consequência, seu acesso à justiça arbitral, obrigando-o a transigir em condições desfavoráveis⁴³⁰.

Além da doutrina, no caso *Thalès*⁴³¹, a Corte de Apelação de Paris entendeu nesse mesmo sentido, fundamentando “na lealdade e na boa-fé processual existente na arbitragem internacional a obrigação das partes apresentarem suas demandas tão logo possível, sobretudo, até a celebração da ata de missão, quando as pretensões das partes objeto da arbitragem são recapituladas para evitar que uma demanda que poderia e deveria ter sido argüida não o foi, por um fim puramente dilatório ou por simples negligência”⁴³².

Também no recente caso *Marriott versus Jnah*⁴³³, a Corte de Apelação de Paris adotou o seguinte entendimento: “(...) o Tribunal (arbitral) acrescentou que não conhecia a teoria jurídica aplicável em matéria de arbitragem internacional que seja similar à teoria inglesa *Henderson v. Henderson*, que imporia à Jnah utilizar de todas as suas munições em

⁴²⁸No original: “il est dans la logique de l’arbitrage international d’obliger les parties à faire connaître toutes leurs demandes le plus tôt possible (...): la bonne foi suppose de régler le litige et tout le litige par une sentence revêtue de l’autorité de la chose jugée, sous réserve des éventuelles causes de révision”. LOQUIN, Eric. De l’obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l’arbitrage, cit., p. 211.

⁴²⁹MAYER *apud* LOQUIN, Eric. De l’obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l’arbitrage, cit., p. 211.

⁴³⁰JARROSON *apud* LOQUIN, Eric. De l’obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l’arbitrage, cit., p. 212.

⁴³¹Caso *Thalès*, Corte de Apelação de Paris, 25.05.2008.

⁴³²Caso *Thalès*, Corte de Apelação de Paris, 25.05.2008: “la loyauté et la bonne foi procedural dans l’arbitrage international imposent bien aux parties de faire connaître leurs demandes le plus tôt possible, et notamment au stade de l’acte de mission où son récapitulées les prétentions sur lesquelles portera l’instruction de manière à éviter qu’une demande qui aurait pu et dû être soulevée ne le soit par la suite dans un but purement dilatoire ou par simple négligence”.

⁴³³Corte de Apelação de Paris, Primeira Câmara, julgado em 09.09.2010, inscrição no repertório geral: 09/13550, p. 1-5.

um mesmo procedimento arbitral”. E julgou que “a autoridade da coisa julgada de uma sentença proferida entre as mesmas partes em razão de uma mesma cláusula compromissória, em uma instância distinta perante tribunais compostos diferentemente, é uma questão de admissibilidade das demandas submetidas aos árbitros ajuizados em segundo lugar”.

No caso acima, verifica-se a obrigação das partes de apresentarem em um único procedimento arbitral todas as suas pretensões e pedidos.

Porém, na arbitragem, essa obrigação de concentração das demandas encontra alguns obstáculos, conforme ressalta Eric Loquin⁴³⁴.

Primeiro, poderia haver uma denegação da justiça, pois essa obrigação restringiria o livre acesso à arbitragem, encerrando-se a possibilidade de um segundo tribunal arbitral para o julgamento de pretensões que nunca foram submetidas ou julgadas anteriormente. Como consequência dessa obrigação, cabe à parte apresentar de uma única vez todas as suas demandas. Não o fazendo, perde a sua oportunidade.

Segundo, a extensão da coisa julgada tem por consequência fazer coisa julgada de uma questão que não foi pretendida, nem debatida. Outro problema é que a obrigação de concentrar poderá acarretar perigo e uma grande incerteza quanto à medida exata da sentença arbitral, além de não atender ao princípio do contraditório.

Portanto, conforme será examinado nesta seção, a extensão da coisa julgada não é uniforme, cabendo à lei aplicável determiná-la seja por meio do método conflitual, seja por regras materiais, buscando-se regras transnacionais para a arbitragem internacional **(B)**.

Porém, antes de analisarmos a lei aplicável à coisa julgada em arbitragem internacional, examinaremos a noção e os tipos de sentença arbitral **(A)**.

A. A noção de sentença arbitral

A noção de sentença arbitral depende da lei aplicável, podendo ser: a lei do local em que foi proferida; a lei do direito em que é reconhecida e executada ou uma definição autônoma própria da Convenção de Nova Iorque deduzida de seu escopo e de sua

---

⁴³⁴LOQUIN, Eric. De l’obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l’arbitrage, cit., p. 216-217.

sistemática⁴³⁵.

Além dessa noção de sentença arbitral, também verificaremos os tipos de sentença arbitral (parcial, final e interlocutório) e seus efeitos a fim de identificar aquelas que têm força de coisa julgada e aquelas que estão sujeitas à revisão pelos árbitros ou pelos juízes.

Por esse motivo, passamos a analisar a noção de sentença arbitral no âmbito da Convenção de Nova Iorque (1) e, posteriormente, dos tipos de sentenças arbitrais e seus respectivos efeitos (2) (3).

1. A definição de sentença arbitral na Convenção de Nova Iorque de 1958

Dentro da sistemática da Convenção de Nova Iorque, discute-se qual seria a noção de sentença arbitral por ela adotada.

Primeiramente, note-se que o art. I da Convenção não estabelece um significado exato para sentença arbitral, deixando às cortes, às leis nacionais e aos profissionais da arbitragem desenvolver sua noção⁴³⁶. O que se verifica é que a Convenção de Nova Iorque aplica-se às “sentenças arbitrais proferidas em um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças”; e “às sentenças arbitrais consideradas como sentenças domésticas no Estado no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução”. A definição de sentença arbitral não doméstica inclui: a) uma sentença proferida no Estado em que se busca reconhecimento e a execução da sentença de acordo com a lei de arbitragem de outro Estado; b) uma sentença arbitral proferida no Estado em que se requer o seu reconhecimento e a execução de acordo com a lei do Estado relativo à parte estrangeira (elemento internacional); e c) uma sentença arbitral considerada “a-nacional”, por não ser regida por nenhuma lei nacional⁴³⁷.

Há aqueles que defendem um conceito autônomo para definir o âmbito e as condições para o reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras.

De acordo com a Convenção de Nova Iorque, não são consideradas sentenças

⁴³⁵POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 860.

⁴³⁶EL-HAKIM, Jacques. Should the key terms award, commercial and binding be defined in the New York Convention? *Journal of International Arbitration*, v. 6, n. 1, p. 161-170, 1989.

⁴³⁷BERG, Albert van den *The New York Arbitration Convention of 1958 towards a uniform judicial interpretation*, cit.

arbitrais⁴³⁸:

- (i) Uma ordem processual relativa à instrução e sem terminar ou invalidar o procedimento – o que seria uma característica da sentença;
- (ii) As decisões sobre medidas provisórias, pois não são definitivas;
- (iii) As decisões que têm um efeito contratual, como o *lodo irrituale* italiano⁴³⁹;
- (iv) As decisões judiciais que conferem *exequatur* à sentença arbitral, pois a Convenção de Nova Iorque é aplicável apenas às sentenças arbitrais e não às judiciais.

Por outro lado, são consideradas sentenças arbitrais no âmbito da Convenção de Nova Iorque:

- (i) As sentenças que refletem um acordo entre as partes;
- (ii) As sentenças consideradas irrecorríveis; e
- (iii) As sentenças finais, parciais ou sem julgamento de mérito.

As sentenças que refletem um acordo entre as partes estão previstas nos regulamentos de arbitragem e nas leis de arbitragem também e referem-se a acordos que, homologados pelos árbitros, ganham o formato de uma sentença arbitral para fins de reconhecimento e execução posterior⁴⁴⁰.

2. Sentença final e interlocutória

Uma sentença arbitral final é distinta de uma sentença interlocutória, parcial ou de uma ordem processual, pois as últimas não colocam fim à arbitragem⁴⁴¹. Note-se que o término da arbitragem não extingue necessariamente a missão dos árbitros, pois, em

⁴³⁸POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 861.

⁴³⁹Decisão proferida em uma arbitragem contractual ou informal, praticada na Itália para evitar custos de um procedimento arbitral; é submetida à lei do contrato. Essa decisão é proferida por um terceiro e não tem caráter jurisdicional nem equivale a uma sentença judicial; porém vincula as partes pelo acordo que nela consta. Id. Ibid., p. 21.

⁴⁴⁰Por exemplo, no art. 26 do Regulamento CCI: “Se as partes chegarem a um acordo após o envio dos autos ao Tribunal Arbitral, nos termos do Artigo 13 do presente Regulamento, este acordo, por solicitação das partes e com a concordância do Tribunal Arbitral, poderá ser homologado na forma de Laudo por acordo das partes.”

⁴⁴¹GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 740.

algumas legislações, eles ainda terão competência⁴⁴².

Nesse sentido, a Lei-Modelo da UNCITRAL dispõe em seu art. 32.1 que “o procedimento arbitral termina pela sentença arbitral final”⁴⁴³.

No Regulamento de Arbitragem da CCI, há uma referência aos tipos de sentença arbitral, sem defini-las: interlocutória, parcial ou final (art. 2 (iii) do Regulamento CCI).

Assim, uma sentença sobre questões processuais, tais como exceção de coisa julgada ou admissibilidade de um determinado pedido ou reconvenção, pode extinguir o procedimento arbitral, sendo obrigatória entre as partes e os árbitros que não poderão modificá-la, tendo força de coisa julgada.

Por outro lado, uma ordem processual afeta apenas a condução do procedimento sem atingir a sua existência, não é final, não possui força de coisa julgada e pode ser modificada, revogada ou aditada pelos árbitros⁴⁴⁴. Charles Jarroson, assim, a define: “*todas as decisões dos árbitros sobre a organização do procedimento arbitral com ou sem o consentimento das partes não são sentenças arbitrais, mas simples ordens processuais que podem ser criticadas na medida em que pode ter uma determinada influência sobre a sentença, mas somente no âmbito de um recurso contra ela.*”⁴⁴⁵

Segundo Fouchard, Gaillard e Goldman, uma sentença arbitral é “uma decisão que põe um fim em toda ou parte da controvérsia; portanto, é final com relação ao aspecto ou aspectos da controvérsia que ela soluciona”⁴⁴⁶. Por exemplo, uma ordem processual que suspende o procedimento arbitral paralisa a condução da arbitragem por um determinado período, sem atingir a instância arbitral.

Portanto, uma decisão sobre jurisdição ou sobre coisa julgada é uma sentença arbitral final, se essas questões preliminares forem deferidas e o tribunal declinar de sua competência; e interlocutória, se forem indeferidas, o tribunal confirmar sua competência e a arbitragem prosseguir⁴⁴⁷.

⁴⁴²POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 647.

⁴⁴³Lei-Modelo da UNCITRAL, Art. 32: “*Termination of proceedings: (1) The arbitral proceedings are terminated by the final award (...)*”. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985. United Nations, Vienna, 2008. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

⁴⁴⁴POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 638.

⁴⁴⁵JARROSSON *apud* Id. *Ibid.*, p. 640.

⁴⁴⁶GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *op. cit.*, p. 741.

⁴⁴⁷POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 639.

Entretanto, uma decisão da Corte Federal dos Estados Unidos ruiu com a distinção entre sentença arbitral e ordem processual, pois entendeu que uma ordem sobre produção de documentos deveria ser assimilada a uma sentença executável de acordo com os termos da Convenção de Nova Iorque, simplesmente porque essa decisão era “final” por ter efeitos imediatos⁴⁴⁸.

Já na prática arbitral da CCI qualifica-se uma sentença arbitral preliminar aquela que decide questões sobre lei aplicável, jurisdição, questões preliminares sobre validade do contrato e sobre questões materiais. São todos obrigatórios às partes e aos árbitros sem extinguir a arbitragem. No sistema da CCI essa distinção é fundamental, pois as sentenças finais deverão passar pelo exame prévio da Corte da CCI antes de ser comunicada às partes (Regulamento CCI, art. 27). O caso *Brasoil* confirmou essa preocupação da CCI, pois a Corte de Apelação de Paris anulou uma “ordem processual” do Tribunal Arbitral pelo não atendimento ao exame prévio da CCI e declarando que não importava a denominação dada à sentença (no caso, ordem processual), mas sim a sua natureza⁴⁴⁹.

Porém, as decisões que são interlocutórias e provisórias não têm força de coisa julgada, ao contrário das sentenças parciais, pois estas decidem o mérito da controvérsia⁴⁵⁰, conforme examinaremos a seguir.

3. Sentença Arbitral Parcial

Conforme sugerido por Fouchard, Gaillard e Golman, é preferível que a sentença parcial seja comparada com uma sentença global e não com uma sentença final. Isso porque o termo “parcial” refere-se a uma porção ou parte da controvérsia decidida pelos

⁴⁴⁸POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 643.

⁴⁴⁹*Société Braspetro Oil Services (Brasoil) versus GMRA*: “La qualification de sentence ne dépend pas des termes retenus par les arbitres ou par les parties; la décision motivée par laquelle les arbitres ont, après examen des thèses contradictoires des parties et appréciation minutieuse de leur bienfondé, tranché de manière définitive la contestation qui opposait les parties (...) Les arbitres s’étant abstenus de soumettre leur projet de décision, qualifiée par eux d’ ‘ordonnance’, à la Cour international d’arbitrage – leur décision ayant été notifiée aux parties sans avoir subi contrôle préalable – manquent ainsi à une disposition essentielle et caractéristique du règlement d’arbitrage de la CCI, puisqu’elle tend à garantir aux parties qui s’y réfèrent le respect d’exigences minimales quant à la forme et au fond de la sentence à intervenir et à les assurer d’obtenir une décision conforme à ce règlement, et ne se conforment pas à la mission qui leur avait été confiée.” Corte de Apelação de Paris, Primeira Câmara, julgado em 01.07.1999. REVUE de l’Arbitrage, n. 4, p. 834-852, 1999.

⁴⁵⁰POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 646.

árbitros, enquanto o termo “final”, ao impacto da própria sentença arbitral⁴⁵¹.

A sentença arbitral parcial é um procedimento comum em arbitragem, sendo um mecanismo chamado de “step-by-step approach”⁴⁵², em que os árbitros decidirão os pontos controvertidos da arbitragem separadamente.

Por meio da sentença parcial, os árbitros poderão decidir com antecedência uma determinada questão que lhes foi submetida (por exemplo, jurisdição, lei aplicável ou responsabilidade), proferindo uma sentença separada que será a sentença arbitral parcial. As partes podem concordar com a prolação de sentenças arbitrais parciais ou os árbitros optarem por decidir por meio de sentenças parciais se a lei aplicável e/ou o regulamento de arbitragem que se aplica ao procedimento arbitral assim prever.

Dentre as legislações nacionais que dispõem sobre as sentenças arbitrais parciais, podemos citar o art. 188 da LDIP Suíça: “unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal may make partial awards”.

Já o art. 47 da Arbitration Act Inglesa estabelece o poder dos árbitros para proferir uma sentença arbitral por meio de sentença parcial de acordo com a sua discricionariedade, exceto se as partes tiverem estipulado em sentido contrário⁴⁵³.

Na Inglaterra, o *Arbitration Act* não distingue a sentença arbitral em ordem processual ou decisões finais e interlocutórias. O art. 34 do *Arbitration Act* apenas enumera algumas questões processuais e sobre provas que deverão ser decididas pelos árbitros. De acordo com Poudret e Besson, essas matérias não serão decididas por uma sentença arbitral e não serão recorríveis⁴⁵⁴.

Embora na França não haja referência expressa à sentença arbitral parcial, entende-se que o mesmo poder discricionário dos árbitros é por ela reconhecido⁴⁵⁵.

No direito brasileiro, a lei também não dispõe expressamente sobre a possibilidade

⁴⁵¹GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 741.

⁴⁵²LEW, Julien D. M.; MISTELIS, Loukas; KROLL S. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 2003. p. 632.

⁴⁵³Arbitration Act, art. 47: “Awards on different issues, &c.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal may make more than one award at different times on different aspects of the matters to be determined.

(2) The tribunal may, in particular, make an award relating—

(a) to an issue affecting the whole claim, or

(b) to a part only of the claims or cross-claims submitted to it for decision.

(3) If the tribunal does so, it shall specify in its award the issue, or the claim or part of a claim, which is the subject matter of the award.”

⁴⁵⁴LEW, Julien D. M.; MISTELIS, Loukas; KROLL S. op. cit., p. 643.

⁴⁵⁵GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 742.

de uma sentença arbitral parcial, tampouco sobre a sua proibição. Mas, a maioria da doutrina entende que ela é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do exercício da autonomia da vontade das partes ao elegerem um regulamento de arbitragem que a prevê, ou ao defini-la na Ata de Missão⁴⁵⁶.

Como exemplos dos regulamentos de arbitragem que dispõem sobre a sentença arbitral parcial, vejamos: o Regulamento CCI (art. 2, iii⁴⁵⁷); o Regulamento da LCIA (art. 26.7⁴⁵⁸); as Regras da UNCITRAL (art. 32.1⁴⁵⁹); as Regras da AAA (art. 27.7⁴⁶⁰); o art. 34 da Stockholm Chamber of Commerce⁴⁶¹; e, nacionalmente, as regras da AMCHAM (art. 13.1)⁴⁶².

Verificar se uma sentença parcial pode ser reconhecida e executada depende se ela pode adquirir autoridade de coisa julgada? Segundo Haas⁴⁶³, deve-se saber se ela pode ser

---

⁴⁵⁶BAPTISTA, Luiz Olavo. Sentença parcial em arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, p. 173-195, abr./jun. 2008. MARTINS, Pedro Baptista. A arbitragem e o mito da sentença parcial. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 327-284. MUNIZ, Joaquim T. de Paiva; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. *Arbitration law of Brazil: Practice and Procedure*. New York: Juris Publishing, 2006. FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e a reforma processual da execução. Sentença parcial e cumprimento da sentença. Anotações em torno da Lei 11.232/2005. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, p. 40-74. LEMES, Selma M. Ferreira. Sentença arbitral estrangeira: incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência do STF para apreciação da validade em homologação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, p. 177-194, jan./abr. 2004. WALD, Arnaldo. A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI. *Revista de Direito Bancário, Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 17, p. 330 e ss., jul./set. 2002. Carlos Alberto Carmona entendia não ser possível uma sentença arbitral parcial no sistema jurídico brasileiro, pois a lei vedava a sentença arbitral que não decidisse toda a controvérsia submetida à arbitragem, podendo a sentença arbitral parcial ser objeto de ação anulatória (Lei n. 9.307/96, art. 32, V). CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 315. Porém, o autor reviu sua posição e trouxe novas considerações sobre o tema após a adoção de um novo conceito de sentença no Código de Processo Civil (após a Lei n. 11.232/2005). Se antes a sentença era o “ato que põe fim ao processo”, com a alteração é “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei” (CPC, art. 162, §1º). CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 18, p. 7-26, 2008.

⁴⁵⁷Regulamento CCI, art. 2(iii): “o termo ‘Laudo’ aplica-se, inter alia, a um laudo arbitral interlocutório, **parcial** ou final.” (Grifou-se).

⁴⁵⁸Regulamento da LCIA, art. 26.7: “The Arbitral Tribunal may make separate awards on different issues at different times. Such awards shall have the same status and effect as any other award (...)”.

⁴⁵⁹Regras da UNCITRAL, art. 34:

“1. The arbitral tribunal may make separate awards on different issues at different times.

2. All awards shall be made in writing and shall be final and binding on the parties. The parties shall carry out all awards without delay. (...)”

⁴⁶⁰Regras da AAA, art. 27.7: “In addition to making a final award, the tribunal may make interim, interlocutory or partial orders and awards.”

⁴⁶¹Stockholm Chamber of Commerce, art. 38: “The Arbitral Tribunal may decide a separate issue or part of the dispute in a separate award.”

⁴⁶²Regras da AMCHAM, art. 13.1: “Será facultado ao Tribunal Arbitral emitir decisões parciais ou decisões sobre questões incidentes durante os procedimentos inerentes à arbitragem, ratificando-os na sentença final.”

⁴⁶³HAAS *apud* POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 843.

atacada diretamente por um recurso, independentemente de uma sentença final. Porém, Poudret e Besson discordam dessa afirmação, pois entendem que uma sentença parcial pode ser executada independentemente de um recurso diretamente interposto contra ela⁴⁶⁴. De acordo com esses autores, basta que a sentença parcial tenha feito coisa julgada, o que, em geral, ocorre a partir do seu proferimento ou de sua comunicação às partes.

Gary Born acrescenta que os efeitos preclusivos da sentença arbitral parcial são limitados às questões que ela decide de maneira definitiva e final⁴⁶⁵.

A Convenção de Nova Iorque também é aplicável para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais parciais estrangeiras.

B. Lei aplicável

Para verificarmos os efeitos da coisa julgada em arbitragem internacional, voltamo-nos primeiramente ao método de conflito de leis **(1)** para, então, buscarmos uma regra material transnacional **(2)**.

1. O Método de Conflito de Leis

Tendo em vista que uma regulação uniforme da coisa julgada em arbitragem internacional ainda não é totalmente possível pelas divergências existentes, recorre-se ao método de conflito de leis para a busca da lei aplicável ao caso concreto.

As divergências entre Civil Law e Common Law justificam o recurso às regras de conflito, tais como:

- a) Coisa julgada limitada à parte dispositiva da sentença (Civil Law) ou também à fundamentação;
- b) Reconhecimento do *issue estoppel* (inglês) ou *issue preclusion* (americano): autoridade da coisa julgada a questões de fato ou de direito abrangidas pela decisão;

⁴⁶⁴POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 843.

⁴⁶⁵BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2913.

- c) Reconhecimento do *collateral estoppel* (direito americano) que permite a terceiros se beneficiarem do *issue estoppel*, o que não é admitido na Civil Law;
- d) A extensão ou restrição (Civil Law) da coisa julgada a partes envolvidas na primeira decisão;
- e) Concepção mais restrita (em geral, de Civil Law) da tríplice identidade de partes, de causa e do pedido;
- f) Autoridade da coisa julgada como uma regra de direito privado a ser invocada apenas pelas partes ou de ordem pública, devendo ser invocada de ofício pelo juiz⁴⁶⁶?
- g) Visões diferentes nos EUA e na Inglaterra sobre *abuse of process*.

Diante da possibilidade de aplicação de diferentes leis para reger a questão, os árbitros podem valer-se da liberdade que lhes é conferida no procedimento arbitral para escolher a lei mais adequada ao caso e ainda utilizá-la de maneira mais flexível que o juiz estatal.

Entretanto, tal liberdade pode gerar insegurança e incerteza – o que se objetiva afastar, promovendo-se regras transnacionais em matéria de arbitragem⁴⁶⁷.

Três leis despontam como solução adotada pelo método conflitual⁴⁶⁸:

- (i) A lei de origem da decisão invocada como tendo autoridade de coisa julgada: ou seja, a lei do local da arbitragem ou, no caso de ser diferente, a lei processual aplicável ao procedimento arbitral;
- (ii) A lei do árbitro diante do qual a coisa julgada é invocada: a lei do local da arbitragem em que a coisa julgada da primeira sentença é invocada; ou a lei regendo este segundo procedimento arbitral, se ela for diferente.

⁴⁶⁶Na França, Bélgica e Holanda uma exceção de coisa julgada deverá ser arguida pela parte, não pelo juiz *ex officio*. Na França, coisa julgada não é considerada parte da ordem pública. Na Alemanha e Suíça, a corte poderá trazer a coisa julgada *ex officio*. Já na Suíça ela é parte da ordem pública processual. HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty – multicontract, multi-issue and class action*, cit., p. 245.

⁴⁶⁷SERAGLINI, Christophe. Brèves remarques sur les recommandations de l'Association de droit international sur la listipendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, n. 4, p. 914, 2006.

⁴⁶⁸HASCHER, Dominique. L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales. In: TRAVAUX du Comité Français de Droit International Privé. Paris: Pedone, 2004.

- (iii) a lei que rege os direitos em litígio: a lei do contrato em juízo ou ainda a lei regendo a convenção de arbitragem.

Contudo, na prática, constata-se que os árbitros não buscam a lei aplicável para verificar a coisa julgada e a conexão entre dois procedimentos⁴⁶⁹.

Na sentença CCI n. 6363 de 1991, o tribunal entendeu que havia coisa julgada entre uma sentença arbitral anteriormente proferida e uma decisão proferida posteriormente por apresentarem identidade de partes, de objeto e de causa de pedir. Para definir essas condições do princípio da coisa julgada remeteram o caso à lei da sede da arbitragem, tendo em vista que o momento em que a sentença adquire força de coisa julgada varia em cada jurisdição (pode ser quando a sentença foi proferida; ou notificada às partes; ou ainda quando não couber qualquer recurso)⁴⁷⁰.

Sobre a extensão da coisa julgada – se abrange a fundamentação da sentença ou apenas sua parte dispositiva –, também resta a controvérsia. Em geral em países de Civil Law, faz-se coisa julgada apenas da parte dispositiva da sentença. Porém, há decisões arbitrais que estenderam a coisa julgada à *ratio decidendi*, senão veja-se:

Sentença CCI n. 3267 de 24.03.1984:

“la force obligatoire de la première sentence n’est pas limitée au contenu de la partie dispositive accordant ou rejetant certaines demandes mais qu’elle s’étend aux motifs juridiques qui sous-tendent ce dispositif, c’est-à-dire, à la ratio decidendi de la sentence”.

O Comitê da ILA, por exemplo, não propôs regras transnacionais para as seguintes questões, que serão tratadas pela lei aplicável ao caso concreto: (i) definição de sentença arbitral com efeito de coisa julgada; (ii) efeito de coisa julgada das decisões proferidas por diferentes ordenamentos jurídicos; (iii) efeito da coisa julgada em relação a terceiros, preferindo um padrão de identidade das partes mais brando; (iv) efeitos da coisa julgada, se o requisito da *mutuality* teria de ser banido nos Estados Unidos; e (v) extensão do *issue estoppel* a terceiros, como nos Estados Unidos, aplicando-se a doutrina do *collateral estoppel*⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Sentenças CCI ns. 6840/1991; 3540/1991; 5835/1991; 5901/1991; 7498/1991; e 4279/1986.

⁴⁷⁰ HANOTIAU, Bernard. L’autorité de chose jugée des sentences arbitrales, cit., p. 51.

⁴⁷¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on Res Judicata and Arbitration. Toronto Conference, 2006. p. 28.

Note-se que para regular a coisa julgada em arbitragem comercial internacional, a ILA propôs a seguinte estrutura: aplicação de regras transnacionais e, subsidiariamente, leis nacionais pelo método conflitual⁴⁷².

Segundo Christophe Seraglini, isso se deve a dois motivos. Primeiro, os direitos nacionais prevêm soluções divergentes sobre a coisa julgada, o que torna a questão do direito aplicável fundamental. Segundo, a aplicação do método de conflito pelos árbitros é delicada e inapropriada para resolver esta dificuldade⁴⁷³.

Ademais, as Recomendações da ILA preferiram a lei do local em que a sentença arbitral foi proferida, a *lex arbitri*, como lei aplicável àquilo que ainda não recebeu o *status* de regra transnacional.

Note-se que as Recomendações estabeleceram regras de conflito de leis para harmonizar o que o Comitê considerou prematuro para ser uniformizado por meio de regras transnacionais.

Assim sendo, preferiu recomendar aos árbitros que determinem se a sentença arbitral é obrigatória e final de acordo com a lei do local em que foi proferida. Já para verificar se a sentença seria reconhecida no local em que a arbitragem está sendo conduzida, propôs duas regras de conflito: a *lex arbitri*, do local onde foi proferida a sentença, ou a lei do local em que o tribunal está situado⁴⁷⁴.

Para regular situações de coisa julgada, deve-se buscar o direito aplicável para determinar a identidade de partes, de causa de pedir e pedido, assim como a possibilidade de argüir a coisa julgada *ex parte* e ou *ex officio*. De acordo com Bernard Hanotiau⁴⁷⁵, a lei da sede da arbitragem seria a regra de conflito a ser adotada nesses casos; muito embora o ideal fosse a aplicação de uma regra própria à arbitragem internacional, como uma regra material de direito internacional, conforme será adiante tratado.

---

⁴⁷²ILA Recommendations 2: “*The conclusive and preclusive effects of arbitral awards in further arbitral proceedings set forth below need not necessarily be governed by national law and may be governed by transnational rules applicable to international commercial arbitration.*” (Grifou-se) ILA Final Report on Res Judicata, Annex 2;

⁴⁷³SERAGLINI, Christophe. op. cit., p. 911.

⁴⁷⁴BENSAUDE, Denis. op. cit., p. 419

⁴⁷⁵HANOTIAU, Bernard. Quelques réflexions à propos de l'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, cit., p. 304.

2. Em busca de regras materiais transnacionais

Na prática, os árbitros hesitam sobre a regra de conflito a ser adotada para determinação da lei aplicável na determinação da extensão da coisa julgada em arbitragem internacional: a lei do segundo procedimento, a lei aplicável ao mérito ou o recurso às normas verdadeiramente internacionais.

Porém, conforme ressalta Emmanuel Gaillard, não se pode pretender aplicar todas as leis que têm alguma conexão com a arbitragem cumulativamente, pois implicaria *in defavorem arbitrandum* a aplicação à norma mais restritiva⁴⁷⁶.

De acordo com Dominique Hascher, a possibilidade de enunciar uma regra material para a coisa julgada em arbitragem internacional visa a aumentar a eficácia e a melhorar a segurança jurídica em relação ao recurso das regras de conflito. Essa regra material estaria fora do alcance da aplicação de uma lei estatal, nem os efeitos da coisa julgada poderiam ser delimitados pela vontade das partes.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Emmanuel Gaillard explica que “a filosofia das regras transnacionais consiste em evitar que as soluções que não receberam um suporte suficiente em direito comparado sejam impostas sobre as concepções mais geralmente admitidas na comunidade internacional”⁴⁷⁷. Essas regras transnacionais provêm de uma ordem jurídica transnacional que serve a uma pluralidade de ordens jurídicas das quais elas emanam, para assegurar suas finalidades quanto ao conteúdo jurídico e à sua força coercitiva⁴⁷⁸.

Essa norma transnacional deveria prever todos os aspectos da coisa julgada: o efeito negativo (que impede o re-litígio do que já foi julgado) e o efeito positivo (a possibilidade de prevalecer à sentença primeiramente proferida)⁴⁷⁹.

---

⁴⁷⁶E explica ainda que pelo modelo Westphalia de arbitragem cada Estado tem um direito de impor sua concepção sobre o que constitui a arbitragem válida para requerer uma proteção jurídica somente entre os limites de seu próprio ordenamento jurídico. GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 35.

⁴⁷⁷“(…) la philosophie des règles transnationales consiste à éviter que des solutions qui n’ont pas reçu un support suffisant en droit comparé l’emportent sur des conceptions plus généralement admises dans la communauté internationale”. GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 80.

⁴⁷⁸LOQUIN, Eric. Où en est la lex mercatoria?. In: SOUVERAINETÉ étatique et marches internationales à la fin du 20^e siècle: a propos de 30 ans de recherche do CREDIMI. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn. Paris: Litec, 2000. p. 23.

⁴⁷⁹HASCHER, Dominique. op. cit., p. 25.

Para o desenvolvimento de uma norma internacional que regule a coisa julgada, o supracitado autor propõe que sejam consideradas as seguintes premissas⁴⁸⁰:

- (i) A autoridade da coisa julgada não depende exclusivamente das qualidades a serem demonstradas aos árbitros, mas ela decorre de um feixe de fenômenos que constituem o ambiente da sentença, tais como a qualidade dos árbitros, a transparência do método jurisdicional adotado, a celeridade nas deliberações, o regulamento definitivo da controvérsia, o objeto e a finalidade da convenção de arbitragem;
- (ii) O árbitro deverá considerar o respeito pelo direito de defesa, tendo em vista que a autoridade da coisa julgada impede que uma parte re-litigue sua pretensão. Entretanto, a apresentação incompleta ou incorreta de uma demanda não justifica que o princípio da coisa julgada deva ser sacrificado;
- (iii) A obrigação das partes de apresentar suas demandas na mesma primeira instância (“obrigação de concentração de pretensões” ou *obligation de concentrer les moyens* ou *issue estoppel* ou *abuse of process*), devendo submeter todas as demandas o mais cedo está de acordo possível dentro da lógica da arbitragem, que preza pela celeridade do procedimento.

Com o intuito de buscar essa regra material e universal, deve partir-se do conceito de autonomia da arbitragem para apreciação da coisa julgada de uma sentença proferida⁴⁸¹.

A autonomia da arbitragem explica-se pelo fato de a juridicidade da arbitragem estar arraigada a uma distinta ordem jurídica transnacional, que poderia ser chamada de ordem jurídica arbitral, e não a uma ordem jurídica nacional, seja aquele da sede ou do lugar ou lugares de execução da sentença arbitral⁴⁸². Segundo Emmanuel Gaillard, eis a explicação para preferir-se a expressão “transnacional” a “a-nacional”⁴⁸³.

⁴⁸⁰HASCHER, Dominique. op. cit., p. 26-27.

⁴⁸¹MAYER, Pierre. Débats du 7 février 2001 (M. Dominique Hascher). In: TRAVAUX du Comité Français de Droit International Privé. Paris: Pedone, 2004. p. 39.

⁴⁸²GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 35.

⁴⁸³Ademais, Gaillard esclarece que a posição transnacional contempla a coletividade dos Estados, não a pluralidade de Estados. Eric Loquin chamou essa ordem jurídica transnacional de “a-national legal order” (*L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international*, 1986); e Daniel Cohen de “arbitral legal order” (*Arbitrage et sociétés*, 1993); Thomas Clay tratou da autonomia da arbitragem e sua natureza transnacional (*L'arbitre*); e Jean-Baptiste Racine em suas *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international*. *Revue de L'Arbitrage*, n. 2, p. 305-360, 2005. GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 35.

A ordem jurídica arbitral é apenas justificável quando pode ser descrita como um sistema que autonomamente é a razão para a fonte da juridicidade da arbitragem internacional⁴⁸⁴.

Nesse sentido, no caso *Dow Chemical* de 23.09.1982 (ICC n. 4131), a sentença proferida pelos árbitros P. Sanders, B. Goldman e M. Vasseur expressou a seguinte ideologia:

“The decisions [rendered by arbitrators] gradually make up a body of case law which must be taken into account, as it reflects the consequences of economic reality and complies with the needs of international trade, which call for specific rules, also developed gradually, of international arbitration.”⁴⁸⁵

Com base nessa autonomia da arbitragem internacional depreende-se a ordem jurídica arbitral, que convida os árbitros a elegerem “regras próprias às necessidades do comércio internacional”, aplicando “regras materiais especialmente desenvolvidas para satisfazer essas necessidades”⁴⁸⁶. Esse tipo de método segundo Eric Loquin é um “Darwinismo jurídico”, pois consiste em selecionar, baseado em todas as fontes de direito, aquelas regras que são mais capazes de satisfazer as necessidades do comércio internacional⁴⁸⁷.

De acordo com Emmanuel Gaillard, toda a filosofia das regras transnacionais consiste em evitar uma situação em que as soluções que não estão suficientemente baseadas em direito comparado prevalecem sobre posicionamentos que estão mais comumente aceitos pela comunidade internacional⁴⁸⁸.

E conclui que a natureza dinâmica do método das regras transnacionais rompe com a posição estática, que é característica do método de conflito de leis, *in verbis*:

*“Enquanto o método do conflito de leis apenas contempla o conflito entre várias leis em um dado período, o método das regras transnacionais prefere considerar a orientação geral da evolução a fim de identificar a lei que prevalecerá. Favorece a regra que consiste na tendência geral em detrimento daquela que é isolada”*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 35.

⁴⁸⁵ *Dow Chemical*, Sentença Arbitral CCI n. 4131, de 23.09.1982. *Commercial Arbitration Volume IX - 1984*, Volume IX (Kluwer Law International 1984) p. 131–137.

⁴⁸⁶ “La représentation d’un ordre juridique arbitral doit conduire l’arbitre à sélectionner les règles appropriées aux besoins du commerce international et à appliquer par priorité les règles matérielles spécialement conçues pour satisfaire les besoins”. LOQUIN, Eric. À propos de l’ouvrage d’Emmanuel Gaillard: aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international. *Revue de l’Arbitrage*, n. 2, p. 323, 2009.

⁴⁸⁷ LOQUIN *apud* GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*, cit., p. 47.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 51.

Seguindo essa mesma tendência, as Recomendações da ILA expressam uma preferência por uma abordagem transnacional para evitar o conflito de leis e estabelecer regras adaptadas às particularidades das sentenças arbitrais.

De fato, a questão não recai sobre o reconhecimento da noção da coisa julgada nos diferentes sistemas jurídicos, mas sobre a extensão dos seus efeitos. Ou seja, trata do comportamento a ser adotado por um árbitro em uma arbitragem internacional diante de uma exceção de coisa julgada argüida por uma das partes. No *Final Report on Res Judicata*, a ILA faz uma ressalta quanto ao seu escopo, esclarecendo que se restringe a ao efeito de uma sentença arbitral proferida em uma arbitragem comercial internacional perante outros ou subseqüentes procedimentos arbitrais entre as mesmas partes⁴⁹⁰.

O Comitê da ILA foi bem-sucedido ao estabelecer esses princípios, visando promover a finalidade da coisa julgada (assegurar a eficácia e finalidade das sentenças arbitrais) e assegurar seus efeitos conclusivo e preclusivo⁴⁹¹.

Assim, as Recomendações da ILA prevêm os efeitos da coisa julgada: (i) efeito conclusivo (efeito positivo), ou seja, que a decisão é final e obrigatória entre as partes e deve ser implementada; e (ii) efeito preclusivo (efeito negativo), isto é, o mérito a decisão não pode ser julgado uma segunda vez, *ne bis in idem*⁴⁹².

Ademais, as Recomendações da ILA estendem a noção de coisa julgada à parte da fundamentação da sentença, não apenas à parte dispositiva, adotando uma abordagem mais ampla que a de Civil Law, restrita à parte dispositiva da sentença⁴⁹³.

Outrossim, de acordo com as Recomendações da ILA, o tribunal arbitral deveria reconhecer o efeito da coisa julgada para sentenças arbitrais (incluindo sentenças relativas à questão jurisdicional) que: são finais e obrigatórias no local onde elas foram proferidas;

---

⁴⁹⁰INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, cit., p. 28: “*These Recommendations are for the benefit of international commercial arbitrators faced with res judicata issues. They are not directly addressed to state courts faced with res judicata effects of arbitral awards in relation to jurisdiction, setting aside or enforcement questions, but they may constitute persuasive authority for domestic courts when considering res judicata effects of international commercial arbitral awards.*”

⁴⁹¹ILA Recommendations on res judicata and arbitration: Recommendation 1: “*To promote efficiency and finality of international commercial arbitration, arbitral awards should have conclusive and preclusive effects in further arbitral proceedings.*”

⁴⁹²O efeito negativo está manifestado nas seguintes expressões latinas: *interest reipublicae ut si finis litium* (é do interesse público que deva haver um fim ao litígio) e *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ninguém pode ser processado pela mesma causa duas vezes).

⁴⁹³ILA Recommendations on res judicata and arbitration: Recommendation 4: “*An arbitral award has conclusive and preclusive effects in the further arbitral proceedings as to: 4.1 determinations and relief contained in its **dispositive part as well as in all reasoning** necessary thereto;*” (Grifou-se)

capazes de reconhecimento no local em que o tribunal arbitral estiver conduzindo a arbitragem; desde que essa sentença seja baseada na mesma causa de agir; for proferida entre as mesmas partes e for baseada no mesmo pedido como o anteriormente submetido ao tribunal arbitral⁴⁹⁴.

Além disso, o Comitê considerou nas Recomendações que ambos efeitos, negativo e positivo, não são matéria de ordem pública, pois os árbitros não precisam invocá-los de ofício, cabendo as partes argüírem-los, sob pena de o silêncio significar renúncia⁴⁹⁵.

Por fim, as Recomendações da ILA consideram a coisa julgada conclusiva como de direito material, podendo ser argüido a qualquer tempo desde que permitido na lei aplicável na sede da arbitragem⁴⁹⁶; enquanto a coisa julgada preclusiva é considerada de direito processual e, por conseguinte, deverá ser argüida tão logo possível para evitar sua renúncia⁴⁹⁷.

Conforme ressalta Christophe Seraglini, as Recomendações 3 a 7 são audaciosas ao tratar dos efeitos positivo e negativo da coisa julgada das sentenças arbitrais, sem justificar o caráter dominante em direito comparado das soluções propostas pelo Comitê⁴⁹⁸.

Percebe-se, pois, que as Recomendações da ILA propõem uma solução própria à arbitragem, sem alcançar um ponto de consenso entre os direitos estatais comparados para a elaboração das regras transnacionais. Note-se ainda que a coisa julgada da sentença arbitral regulada pelas Recomendações da ILA restringe-se ao seu efeito perante um segundo tribunal arbitral, não a uma corte estatal.

Com efeito, não são regras exaustivas, mas tratam de determinados aspectos da autoridade da coisa julgada considerados mais maduros para constituírem uma regra transnacional.

---

⁴⁹⁴ILA Recommendations on res judicata and arbitration:

Recommendation 3. “An arbitral award has conclusive and preclusive effects in further arbitral proceedings if: 3.1 it has become final and binding in the country of origin and there is no impediment to recognition in the country of the place of the subsequent arbitration; 3.2 it has decided on or disposed of a claim for relief which is sought or is being reargued in the further arbitration proceedings; 3.3 it is based upon a case of action which is invoked in the further arbitration proceedings or which forms the basis for the subsequent arbitral proceedings; and 3.4 it has been rendered between the same parties.”

⁴⁹⁵ILA Recommendations on res judicata and arbitration: Recommendation 7: “The preclusive effects of an arbitral award need not be raised on its own motion by an arbitral tribunal. If not waived, such preclusive effects should be raised as soon as possible by a party.”

⁴⁹⁶ILA Recommendations on res judicata and arbitration: Recommendation 6: “The conclusive effects of an arbitral award can be invoked in further arbitration proceedings at any time permitted under the applicable law”.

⁴⁹⁷ILA Recommendations on res judicata and arbitration: Recommendation 7 “The preclusive effects of an arbitral award need not be raised on its own motion by an arbitral tribunal. If not waived, such preclusive effects should be raised as soon as possible by a party.”

⁴⁹⁸SERAGLINI, Christophe. op. cit., p. 916.

Aquelas que ainda não atingiram certo nível de maturidade ainda serão submetidas às regras de conflito e talvez, após um desenvolvimento posterior, constituirão no futuro regras transnacionais⁴⁹⁹.

SEÇÃO 2. O Efeito da Coisa Julgada no Controle de uma Sentença Arbitral Internacional

Não há um controle internacional ou supranacional dos litígios e arbitragens iniciados por uma parte em relação ao mesmo objeto e mesma causa de pedir. Portanto, uma decisão judicial proferida fora da sede não impede que os árbitros julguem sobre sua própria competência, mesmo que essa corte estatal tenha se declarado competente para o caso.

A Convenção de Nova Iorque promove um controle restritivo da sentença arbitral em sede de reconhecimento perante um país em que se tencione o seu reconhecimento e execução. Porém esse controle é limitado às hipóteses exaustivas previstas no art. V da Convenção. Fora esse controle, a Convenção reconhece a competência das cortes do país da sede da arbitragem para uma ação anulatória da sentença arbitral. Esse poder é reconhecido no art. VI⁵⁰⁰, bem como no art. V.1(e) da Convenção, embora a Convenção não regule o procedimento de anulação propriamente dito⁵⁰¹.

O art. V.1(e) da Convenção de Nova Iorque prevê, dentre as hipóteses de indeferimento do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral estrangeira, prova de que “não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido

---

⁴⁹⁹Conforme ressaltado no *Final Report on res judicata and arbitration*: “5. The Recommendation do not intend to be comprehensive, but only to cover some aspects of res judicata in international commercial arbitration. The Committee believed that a compromise was to be struck between those aspects addressed by the Recommendations (where it considered that transnational rules could be developed) and other aspects (where it perceived that development of transnational rules was premature and reference to conflict rules was more appropriate).” INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, cit., p. 27.

⁵⁰⁰Convenção de Nova Iorque, art. VI: “Caso a anulação ou a suspensão tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no Artigo V, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto à execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.”

⁵⁰¹DESCHPANDE, V. S. (Justice). Jurisdiction over ‘Foreign’ and ‘Domestic’ Awards in the New York Convention, 1958. *Arbitration International*, v. 7, n. 2, p. 121, 1991.

proferida”⁵⁰².

Esse termo “obrigatória” (*binding*) substituiu o caráter “definitivo”, disposto na Convenção de Genebra. A controvérsia sobre o significado de “obrigatória” divide os autores: para alguns o seu significado refere-se a uma ordem jurídica nacional; e para outros a um conceito autônomo e próprio da Convenção.

Fouchard, Gaillard e Goldman buscam a definição do caráter obrigatório no direito do Estado da sede da arbitragem. Já o segundo grupo, liderado por Albert van den Berg e hoje predominante, interpreta o termo obrigatório por um critério único e autônomo, em função das vias recursais: uma sentença é obrigatória quando não é mais ou não é passível de qualquer recurso contra ela⁵⁰³.

Assim, para que uma sentença tenha força de coisa julgada, ela deverá ser final e obrigatória no local em que for proferida, sem risco de sofrer impedimento ao seu reconhecimento no local em que o tribunal arbitral estiver situado⁵⁰⁴.

Conforme veremos adiante, a obrigatoriedade da sentença arbitral internacional e os efeitos de coisa julgada são flexibilizados na Convenção de Nova Iorque por meio do art. VII.1. Por exemplo, de acordo com o art. V.1(e), a Convenção determina que uma sentença anulada por incompetência dos árbitros constitui um motivo para a denegação do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. Entretanto, por meio da aplicação do art. VII da Convenção de Nova Iorque, essa hipótese pode ser afastada, se a lei do país em que se busca seu reconhecimento e execução é mais favorável e permite o reconhecimento dessa sentença anulada no país de origem⁵⁰⁵.

A seguir, passaremos a analisar a extensão da coisa julgada no controle da circulação das sentenças arbitrais estrangeiras: primeiro, pela possibilidade de reconhecimento da sentença arbitral anulada no país de origem (**A**); e, por fim, pela força de precedente que uma sentença arbitral internacional possa adquirir (**B**).

⁵⁰²Versão em português conforme Decreto n. 4.311 de 23 de julho de 2002 que promulgou a Convenção de Nova Iorque no Brasil. Disponível em CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 405-409.

⁵⁰³POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 895.

⁵⁰⁴BENSAUDE, Denis. op. cit., p. 415-422.

⁵⁰⁵POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 431.

A. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral anulada na sede da arbitragem

O art. V.1 (e) da Convenção de Nova Iorque que estabelece como um dos motivos para a denegação do reconhecimento da sentença arbitral se a sentença tiver sido anulada ou suspensa no país da sede da arbitragem demonstra uma conexão entre o controle da sentença pelas autoridades judiciárias da sede da arbitragem e o *exequatur* da sentença arbitral estrangeira⁵⁰⁶.

Constata-se, portanto, que a Convenção de Nova Iorque não reconhece o conceito de uma sentença arbitral “deslocalizada”, atribuindo importância à lei do país da sede da arbitragem. Dessa percepção que conecta a arbitragem à ordem jurídica de um Estado, estabelece a competência para a ação de anulação da sentença arbitral às cortes do país em que a sentença foi proferida (local da sede da arbitragem) ou do país cuja lei as partes escolheram para regular a arbitragem⁵⁰⁷.

A sentença anulada no país de origem ou país da sede da arbitragem perde os benefícios da Convenção de Nova Iorque de acordo com os termos do art. V.1(e). A maioria dos países adota essa regra sem qualquer outra lei mais favorável – solução prevista no art. VII da Convenção de Nova Iorque.

No Brasil, por exemplo, o art. 38, VI da Lei n. 9.307/96 prevê dentre as hipóteses de denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira, o fato de a sentença arbitral “não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada”⁵⁰⁸. Portanto, no Brasil, uma sentença não definitiva e vinculante às partes não será homologada.

Não há ainda jurisprudência aplicando esse dispositivo em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil. Porém, no caso *First Brands v. STP do Brasil*⁵⁰⁹, o

⁵⁰⁶POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 898.

⁵⁰⁷GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). op. cit., p. 978.

⁵⁰⁸Veja-se que o direito brasileiro não adotou uma das hipóteses previstas no art. V.1 (e) da Convenção de Nova Iorque: a da sentença arbitral anulada no país cujo direito regulamentou a instância arbitral. Portanto, ainda que a sentença arbitral tenha sido anulada com base nessa lei, ela poderá ainda ser reconhecida no Brasil. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *O Poder Judiciário e sentença arbitral de acordo com a nova jurisprudência constitucional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

⁵⁰⁹STJ, SEC n. 611, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgada em 23.11.2006, DJ de 11.12.2006.

STJ teve de analisar se a pendência de ação de anulação de sentença arbitral estrangeira perante o foro brasileiro, em concomitância com ação de homologação dessa sentença estrangeira, seria causa impeditiva da homologação. Tratava-se da homologação de sentença arbitral proferida em Miami, Estados Unidos, sob as regras da CCI. As requeridas alegaram que eventual homologação da sentença arbitral ofenderia a soberania nacional, visto que moviam ação anulatória contra a referida decisão perante a justiça brasileira. O Ministro Relator João Otávio de Noronha afirmou que a legitimidade da propositura da ação anulatória seria resolvida pelo juízo em que tramitava essa ação conforme disposto no Decreto n. 4.311/2002, que promulgou a Convenção de Nova Iorque, ou seja, a corte da sede da arbitragem. Ademais, salientou que tal ação não era um óbice à homologação, nem ofensa à soberania nacional. Senão veja-se a ementa:

Ementa: “(...) 2. A existência de ação anulatória da sentença arbitral estrangeira em trâmite nos tribunais pátrios não constitui impedimento à homologação da sentença alienígena, não havendo ferimento à soberania nacional, hipótese que exigiria a existência de decisão pátria relativa às mesmas questões resolvidas pelo Juízo arbitral. A Lei n. 9.307/96, no § 2º do seu art.33, estabelece que a sentença que julgar procedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou tribunal profira novo laudo, o que significa ser defeso ao julgador proferir sentença substitutiva à emanada do Juízo arbitral. Daí a inexistência de decisões conflitantes.”

Portanto, o STJ concluiu que a ação anulatória da sentença no Brasil, país em que se solicita a homologação de sentença arbitral estrangeira, não se enquadrava no impedimento ao seu reconhecimento nos termos do art. 38, VI da Lei n. 9.307/96, pois a competência para a anulação da sentença arbitral é reservada às cortes do país da sede da arbitragem, conforme previsto também na Convenção de Nova Iorque. E apenas em razão dessa competência para a anulação da sentença arbitral, haveria motivo para a denegação da homologação.

Ao contrário da legislação brasileira e da maioria dos países que adotaram o art. V.1(e) da Convenção de Nova Iorque, algumas jurisdições permitiram e permitem o reconhecimento de uma sentença arbitral anulada no país de origem. Porém, apenas três Estados se enquadram nessa hipótese: França, Holanda e Bélgica⁵¹⁰.

Nesses países, a lei interna é mais favorável à homologação da sentença arbitral estrangeira, não prevendo, total ou parcialmente, o art. V.1.(e) da Convenção de Nova

⁵¹⁰POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 900.

Iorque. Assim, por meio do art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque, conhecido como “more favorable right provision”, essas legislações mais favoráveis ao *exequatur* derogam o art. V.1(e) da Convenção de Nova Iorque.

Na Holanda, a lei exclui apenas a suspensão da sentença arbitral no país da sede como um dos motivos para o indeferimento do reconhecimento e execução da sentença arbitral. Já na França e na Bélgica, não há qualquer norma que preveja dentre as causas de denegação do *exequatur* um procedimento dirigido contra a sentença arbitral no país da sede.

Por essa razão, os casos em que se discutiu a execução de sentenças anuladas no país da sede provêm desses Estados, sobretudo da França.

O primeiro caso foi *Pabalk v. Norsolor*⁵¹¹, em que a Corte de Cassação Francesa reverteu uma decisão da Corte de Apelação de Paris que havia aplicado o art. V.1 (e) da Convenção de Nova Iorque, tendo em vista que a sentença arbitral havia sido parcialmente anulada em Viena, Áustria. A Corte de Cassação declarou que caberia ao juiz, mesmo de ofício, verificar se o direito francês não permitiria à Pabalk, beneficiária da sentença arbitral, valer-se dessa decisão. Porém, conforme ressaltam Poudret e Besson, o art. VII da Convenção de Nova Iorque estabelece que a parte deve invocar o direito mais favorável, não o juiz⁵¹².

No caso *Hilmarton*, a Corte de Cassação Francesa confirmou seu entendimento sobre a concessão de *exequatur* à sentença arbitral anulada na sede, no caso em Genebra, Suíça. Tratava-se de um caso entre a companhia inglesa Hilmarton e a companhia francesa Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV), em que a sentença arbitral proferida em Genebra, anulou o acordo de consultoria jurídica e fiscal que envolvia uma coordenação administrativa entre as partes com relação ao projeto de canalização do esgoto na cidade de Alger. O Tribunal entendeu que esse acordo teria violado a nova lei da Algéria que proibia o uso de intermediários para garantir os contratos de concessão, a fim de evitar corrupção.

Essa sentença foi anulada pela Corte de Justiça de Genebra, em 17.11.1989, por descumprir a *lex contractus* (a lei suíça escolhida pelas partes como a lei aplicável ao contrato) e por não justificar sua decisão com base nos requisitos do entendimento suíço sobre ordem pública internacional, que apontava para uma solução diversa:

---

⁵¹¹Corte de Cassação, 09.10.1984, REVUE de l'Arbitrage, p. 431, 1985.

⁵¹²POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 901.

“To the extent that the Algerian rule at hand proscribes any intervention by intermediaries when concluding an agreement, even when no bribery, influence peddling or suspicious activity are involved, it constitutes a prohibiting measure which is too broad and too protectionist, whose purpose is to ensure the monopoly of the State over foreign trade. From the perspective of Swiss law, such norm represents a serious impairment on the parties’ freedom to enter into a contract and cannot, from an ethical point of view, be favored over general and fundamental principles of law relating to contractual freedom save where the activities would also be considered suspicious in Switzerland.”⁵¹³

Porém, a Corte de Cassação Francesa desconsiderou a anulação da sentença arbitral na Suíça e fez a seguinte ressalva sobre a sentença arbitral internacional e a ordem pública internacional:

*“(...) la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n’était pas intégrée dans l’ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n’était pas contraire à l’ordre public international”*⁵¹⁴.

Para a Corte de Cassação a sentença arbitral internacional não está conectada ou é parte de uma ordem jurídica estatal, portanto, sua anulação por uma corte estatal, não afeta o seu reconhecimento em outra jurisdição. Ademais, tal posicionamento não ofenderia à ordem pública internacional.

Entretanto, o caso *Hilmarton* teve continuação. Após a anulação na Suíça, um novo tribunal arbitral foi constituído e proferiu uma sentença arbitral diferente daquela reconhecida na França. Primeiramente, a Corte de Versalhes remete a decisão a um recurso de cassação previsto no art. 618 do NCPC. A Corte de Cassação cassou a decisão com base na coisa julgada, tendo em vista a existência de uma decisão irrevocável sobre o mesmo objeto entre as mesmas partes, fazendo obstáculo ao reconhecimento na França de uma decisão judicial ou arbitral proferida no exterior e incompatível com a sentença anterior⁵¹⁵.

Portanto, na França, foi reconhecida a primeira sentença *Hilmarton*, apesar de sua anulação na Suíça e sua substituição por outra sentença arbitral decidindo em sentido contrário. A segunda sentença *Hilmarton* foi reconhecida na Inglaterra.

⁵¹³Caso *Hilmarton*, Suprema Corte Federal da Suíça, decisão de 17.04.1990. Comentado por GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 123-124.

⁵¹⁴Corte de Cassação, 23.03.1994, *REVUE de l’Arbitrage*, p. 327, 1994.

⁵¹⁵Corte de Cassação, 10.06.1997, *OTV v. Hilmarton*, *REVUE de l’Arbitrage*, p. 395, 1997.

Mais recentemente, a Corte de Cassação confirmou o seu posicionamento no caso *Putrabali*⁵¹⁶:

“(...) *uma sentença arbitral internacional, que não está ancorada a uma ordem jurídica nacional, é uma decisão de justiça internacional cuja validade deve ser fundada nas regras aplicáveis no país em que seu reconhecimento e execução são pretendidos.*”⁵¹⁷

Além da França e da Bélgica, os Estados Unidos destacaram-se pela jurisprudência sobre esse tema. No caso *Chromalloy v. Egito*, a District Court of the District of Columbia admitiu, em 31.07.1996, o *exequatur* de uma sentença arbitral anulada no Cairo, Egito, sede da arbitragem com base no art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque⁵¹⁸. A Corte de Apelação não enfrentou a questão, pois as partes transigiram.

Após o julgamento de *Chromalloy*, a jurisprudência americana adotou uma posição mais restritiva, negando o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas pelas cortes do país da sede da arbitragem⁵¹⁹.

No caso *Baker Marine v. Chevron*, a Corte Federal de Apelação do Segundo Circuito não adotou o entendimento de *Chromalloy* e recusou o reconhecimento e a execução nos Estados Unidos de uma sentença arbitral anulada na Nigéria⁵²⁰. A Corte entendeu que o direito americano de arbitragem interna não se aplicava ao caso, pois o contrato não o previa como lei aplicável. Porém, como comentam Poudret e Besson, o art. VII.1 dispõe apenas que a lei mais favorável do Estado em que se requer a execução da sentença seja aplicável, sem exigir que as partes sejam submetidas a essa legislação.

Em decorrência do tipo de sistema jurídico nos Estados Unidos, que julga com base no caso concreto, pode-se pensar que haveria “portas abertas”⁵²¹ para um futuro reconhecimento da sentença arbitral anulada na sede, com base nos seguintes critérios: a presença de uma parte americana (porém, o mero envolvimento de uma subsidiária

⁵¹⁶Corte de Cassação Francesa, caso *Putrabali*, datado de 29.06.2007.

⁵¹⁷Caso *Putrabali versus Rena Holding*: “*La sentence arbitrale, qui n’est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicable dans les pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (...)*”, Corte de Cassação, 29.06.2007. Comentários à decisão por BOLLÉE, Sylvain. *Revue Critique du Droit International Privé*, v. 97, n. 1, p. 109-125, jan./mar. 2008.

⁵¹⁸939 F. Supp. 907.

⁵¹⁹*Baker Marine*, Corte de Apelação do Segundo Circuito, 12.08.1999; *Spier*, District Court for the Southern District de Nova Iorque, 22.10.1999; *TermoRio*, District Court for the District of Columbia, 17.03.1996, confirmada pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, em 25.05.2007. GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 139-143.

⁵²⁰191 F. ed 194 (2nd Circuit 1999), datada de 12.08.1999.

⁵²¹GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 140.

americana não satisfaz o teste – *TermoRio* e *Spier*); tentativa de satisfazer a sentença em razão da renúncia a qualquer apelação estabelecida na cláusula arbitral ou no regulamento de arbitragem aplicável; e o fato de que a parte que busca a execução da sentença iniciou uma ação contra a parte que busca a anulação da sentença, ainda que teve a oportunidade de ajuizar uma ação nas cortes da sede da arbitragem⁵²².

Portanto, o reconhecimento de uma sentença arbitral anulada na sede pelas cortes americanas é bastante restritiva, salvo se comprovar que essa anulação é contrária à ordem pública dos Estados Unidos: “in consideration of these facts and the foregoing three cases, plaintiffs cannot seek to enforce their arbitral award here unless the Colombian courts’ decisions violated US public policy”. (*TermoRio*⁵²³)

Segundo Emmanuel Gaillard, as cortes americanas julgaram esses casos analisando a decisão que anulou a sentença arbitral e não a sentença arbitral propriamente dita. Desse modo, partem do pressuposto de uma total integração da sentença arbitral à ordem jurídica da sede, desconsiderando a autonomia da arbitragem internacional⁵²⁴.

Na Holanda, recentemente, a Corte de Apelação de Amsterdã, em 28.04.2009, desconsiderou a anulação da sentença arbitral pelas cortes russas no caso *Yukos Capital SARL v. OAO Rosneft*⁵²⁵, pois violava os requisitos holandeses da ordem pública internacional.

Com base na jurisprudência francesa, verifica-se que a aplicação do art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque traz alguns inconvenientes à circulação de sentenças arbitrais estrangeiras, quais sejam: o risco de decisões contraditórias pela possibilidade dos Estados adotarem graus diversos de liberalismo em relação à sentença arbitral estrangeira; e o risco de insegurança jurídica ao desconsiderar a última palavra dada pelo juiz na ação de anulação de sentença arbitral estrangeira⁵²⁶. Ademais, conforme ressaltam Poudret e Besson, o juiz da sede da arbitragem que julga a anulação da sentença arbitral é um juiz neutro, pois se presume que as partes elejam uma determinada sede em função de sua neutralidade⁵²⁷.

⁵²²GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 140.

⁵²³*TermoRio S.A. v. Electrificadora del Atlantico S.A.*, 17.03.2006. REVUE de l’Arbitrage, p. 794, 2006.

⁵²⁴GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 143.

⁵²⁵*Yukos Capital SARL versus OAO Rosneft*, Holanda, Corte de Apelação de Amsterdã, 28.04.2009, *Revue de l’arbitrage*, n. 3, 2009, p. 557-573 (Comentários de Sylvain Bollée).

⁵²⁶POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 904.

⁵²⁷Id., loc. cit., p. 904.

Vejam-se algumas soluções encontradas na doutrina. Philippe Fouchard⁵²⁸ propõe a supressão de todos os recursos de anulação contra sentenças arbitrais internacionais, restando como único controle o procedimento de reconhecimento ou de execução da sentença arbitral em um determinado país. Porém, essa medida depende da aceitação por outras jurisdições, o que não seria uma missão fácil. E sua implementação traria uma desigualdade de tratamento entre requerente e requerido pela supressão de uma via de controle da sentença arbitral⁵²⁹.

Outra solução inovadora à interpretação do art. V.1(e) da Convenção de Nova Iorque foi proposta por Jan Paulsson. Para esse autor, apenas a sentença anulada com base em motivos internacionalmente reconhecidos (*international standards annulment - ISA*) poderiam justificar o indeferimento do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira prevista no art. V.1 (e) da Convenção. Por conseguinte, afastaria os motivos locais (*local standards annulment - LSA*) do Estado da sede da arbitragem⁵³⁰.

Entretanto, Albert van den Berg rebate a proposta de Jan Paulsson como sendo correspondente àquela prevista no art. IX da Convenção de Genebra de 1961⁵³¹, que expressamente dispõe que não será uma causa de indeferimento do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral em um Estado signatário da Convenção de Genebra de 1961, se a sentença tiver sido anulada no país da sede ou de acordo com a lei do país em que a sentença foi proferida pelos motivos enumerados pela Convenção⁵³².

⁵²⁸FOUCHARD, Philippe. La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine, cit., p. 329–352.

⁵²⁹POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 905.

⁵³⁰PAULSSON, Jan. L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL). *Bulletin CCI*, v. 9/1, p. 14-32, maio 1998.

⁵³¹Para citar um exemplo da aplicação da Convenção Européia de 1961, no caso *Radenska v. Kajo*, a Suprema Corte da Áustria, em 20.10.1993, executou uma sentença anulada na Eslovênia, sede da arbitragem, com base na Convenção Européia de 1961 que neutraliza a anulação de sentença arbitral na sede com base em certos fundamentos. BERG, Albert van den. "L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation?", *Bulletin CCI*, v 9/2, p. 15-21, nov. 1998.

⁵³²Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção de Genebra de 1961), art. IX: "L'annulation de la sentence arbitrale

1. L'annulation dans un Etat contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre Etat contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'Etat dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue et ce pour une des raisons suivantes :

(a) les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
(b) la partie qui demande l'annulation n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou
(c) la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire ; ou contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de clause

Segundo Jean-François Poudret e Sébastien Besson⁵³³, essa solução não seria compatível com a Convenção de Nova Iorque, pois desrespeitaria a vontade das partes de submeter-se a uma lei de arbitragem e uma jurisdição determinada. Tampouco resolveria o problema de um juiz da sede decidir de acordo com um ISA, quando, na verdade, decide parcialmente sobre a anulação da sentença.

Deve-se aceitar o reconhecimento da sentença arbitral como garantido na sede da arbitragem, mas este não atende a todos os requisitos para o reconhecimento de sentenças internacionais no Estado de execução. Segundo esta teoria, deve-se considerar apenas as decisões das cortes estatais da sede da arbitragem que tangem a sentença arbitral e não a sentença arbitral propriamente dita⁵³⁴ – tal entendimento encontraria respaldo na jurisprudência norte-americana conforme acima tratada.

Portanto, dependendo da lei aplicável no Estado em que se requer a execução da sentença arbitral, a questão central é verificar se a decisão relativa à execução da sentença arbitral deverá seguir a decisão que julgou pelo deferimento ou indeferimento da anulação da sentença arbitral no país da sede. Ou seja, deve-se indagar se a decisão da sede terá de ser respeitada em qualquer outro Estado; e, do mesmo modo, a parte que não exercer o seu direito de apresentar a ação anulatória, também será privada de impugnar a sentença arbitral em qualquer outro Estado⁵³⁵.

Por exemplo, no caso *Svenska*⁵³⁶, a High Court inglesa adotou esta lógica em 04.11.2005, o que foi revertida pela Corte de Apelação em 13.11.2006. Nesse caso, a Lituânia contestou a obrigatoriedade da cláusula compromissória firmada por uma companhia estatal. Uma sentença arbitral proferida na Dinamarca, contudo, reconheceu que o Estado era parte da cláusula. O Estado não contestou essa decisão perante as cortes dinamarquesas.

---

compromissaire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage, les premières pourront ne pas être annulées ; ou

(d) la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, aux dispositions de l'article 4 de la présente Convention.

2. Dans les rapports entre Etats contractants également Parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences arbitrales étrangères, le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seuls causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article 5, paragraphe 1, e) de la Convention de New York.”

⁵³³POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 906.

⁵³⁴GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 146.

⁵³⁵Id. Ibid., p. 144.

⁵³⁶*Svenka Petroleum Exploration AB versus Lituânia e AB Geonafta*, Inglaterra, High Court of Justice, 11.01.2005. Inglaterra, Corte de Apelação, 2006. Citado em GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 147.

Quando se buscou a execução da sentença arbitral na Inglaterra, a corte inglesa decidiu que, como a Lituânia não contestou a sentença arbitral na Dinamarca, sede da arbitragem, renunciou ao seu direito e estava impedida de resistir à execução com base nesse fundamento. Essa decisão foi revertida pela Corte de Apelação que entendeu que a sentença arbitral estava sujeita à revisão desde que limitada à Convenção de Nova Iorque.

As possíveis soluções diante das representações da arbitragem internacional

Para análise da possibilidade de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral anulada na sede da arbitragem, partimos, primeiramente, das três representações da arbitragem – cada uma refletindo uma corrente ideológica sobre a arbitragem internacional⁵³⁷ – identificadas por Emmanuel Gaillard em seu curso na Academia de Direito Internacional de Haia⁵³⁸.

A primeira representação da arbitragem e, a mais tradicional, equipara o árbitro ao juiz, “reduzindo a arbitragem internacional a um componente da ordem jurídica estatal e assimilando o árbitro a uma jurisdição de uma ordem jurídica única”⁵³⁹ – a ordem jurídica da sede. Portanto, é monolocal e funda-se no recurso ao método de conflito de leis clássico para buscar o elemento de conexão mais intimamente conectado (*more closely connected*) com a arbitragem, qual seja a lei da sede da arbitragem⁵⁴⁰.

A segunda representação é chamada de modelo westphaliano e considera que a juridicidade da sentença arbitral deve ser buscada no conjunto das ordens jurídicas⁵⁴¹. Afasta-se da sede da arbitragem e visa o final do procedimento arbitral: os locais em que a

---

⁵³⁷ LOQUIN, Eric. À propos de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard: aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, cit., p. 318. Emmanuel Gaillard esclarece o significado de “representation” por ele utilizado: “What I mean by ‘representation’ is simply the mental construct, the model pursuant to which we all conceive international arbitration as a phenomenon. (...) There is no such thing as a right or wrong representation of international arbitration. As for every other vision or ideology, one may share it or not. It may be efficient or inefficient, but never right or wrong.” GAILLARD, Emmanuel. The representations of international arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, p. 2-3, 2010.

⁵³⁸ GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit.

⁵³⁹ Id. Ibid., p. 34.

⁵⁴⁰ Id., loc. cit.

⁵⁴¹ De acordo com Gaillard, o modelo de Westphalia, que para alguns melhor define o direito internacional contemporâneo, consiste em considerar os Estados – e não a ordem jurídica supranacional – as únicas fontes de soberania e a legitimidade das organizações internacionais provêm do fato de que sua existência é produto da vontade dos Estados soberanos. GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 29.

sentença arbitral será reconhecida e executada. Portanto, o árbitro não tem *lex fori*⁵⁴². Nesse caso, a ótica é multilocalizada e descentralizada, ao contrário da anterior, e a legitimação do processo arbitral é realizada *a posteriori* pela ordem jurídica em que se requer o reconhecimento e a execução da sentença arbitral⁵⁴³.

De acordo com a representação westphaliana, cada Estado decide com base em suas próprias concepções sobre cláusula arbitral válida e sentença arbitral válida: não há impedimentos teóricos ao reconhecimento de uma sentença arbitral anulada na sede em outra ordem jurídica. Para Emmanuel Gaillard, a Convenção de Nova Iorque segue este modelo, pois “diminui consideravelmente a importância da sede da arbitragem”⁵⁴⁴. Porém, Eric Loquin ao comentar o estudo de Gaillard discorda com essa classificação, pois a Convenção de Nova Iorque confere importância à sede da arbitragem (art. V.1(e))⁵⁴⁵. Já a jurisprudência da Corte de Cassação Francesa que permitiu o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede da arbitragem (por exemplo, casos *Norsolor*, *Hilmarton* e *Putrabali*), Eric Loquin entende como um exemplo da representação westphaliana da arbitragem internacional⁵⁴⁶, conforme analisaremos a seguir.

A terceira representação é a transnacional que considera que um grande número de Estados preparados para reconhecer uma sentença arbitral de acordo com determinados critérios assegura a validade e a legitimidade de uma sentença arbitral, constituindo uma “ordem jurídica arbitral”⁵⁴⁷. Por conseguinte, os árbitros internacionais têm a função de administrar o procedimento e exercer o seu poder jurisdicional a favor da comunidade internacional e não de um Estado soberano específico⁵⁴⁸.

A fonte da juridicidade da arbitragem nessa representação encontra duas filosofias: uma jusnaturalista – com base em “regras morais” ou “um direito natural do comércio internacional” com fundamento na equidade e na razão (René David e Bruno Oppeti) – e

---

⁵⁴²De acordo com Arthur Taylor von Mehren, em uma palestra dada em 1986 em Tel Aviv: “Contemporary arbitration proceedings are thus ambulatory in the sense that they need not be geographically localized. (...) However, no sovereign enjoys an exclusive right to deal with the award and one or more sovereigns’ denial of recognition or enforcement does not deprive the award of its legitimacy nor necessarily render it worthless. In the case of judicial proceedings, sovereignty is focussed; in the case of international commercial arbitrations, it is diffuse or distributed. As a result, unlike the judge, the arbitration has no *lex fori*.” GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*, cit., p. 28.

⁵⁴³GAILLARD, Emmanuel. The representations of international arbitration, cit., p. 7.

⁵⁴⁴Id., loc. cit.

⁵⁴⁵LOQUIN, Eric. À propos de l’ouvrage d’Emmanuel Gaillard: aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international, cit., p. 319.

⁵⁴⁶Id., loc. cit.

⁵⁴⁷GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 60.

⁵⁴⁸Id. Ibid., p. 8.

outra positivista – com base na atividade normativa dos Estados exercida coletivamente⁵⁴⁹.

À luz dessas três representações, Gaillard constata a possibilidade de três soluções distintas para o destino de uma sentença arbitral anulada no país da sede da arbitragem.

Segundo a primeira representação, como a arbitragem funda sua juridicidade na ordem jurídica da sede, a anulação da sentença na sede torna impossível a execução dessa sentença arbitral⁵⁵⁰. Para ilustrar, a Convenção de Genebra de 1927 adotava o seguinte regime para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais: “*the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is open to opposition, appeal or pourvoi en cassation (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending*” (art. 1 (d)).

De acordo com a representação westphaliana, nenhum obstáculo pode opor-se ao reconhecimento da sentença arbitral em outro Estado, ainda que tenha sido anulada no país da sede da arbitragem⁵⁵¹. Note-se que pela metodologia adotada pela Convenção de Nova Iorque, as cortes dos países em que se requer a execução da sentença devem focar-se isoladamente no produto constituído pela sentença arbitral, e não mais nas decisões judiciais que possam ter sido proferidas na sede da arbitragem com repercussões sobre a sentença arbitral⁵⁵².

Porém, a Convenção de Nova Iorque não garante proteção às sentenças arbitrais anuladas na sede e inclui essa hipótese dentre os motivos para denegar o reconhecimento de uma sentença arbitral (art. V (1) (e)). A saída que se encontra na Convenção de Nova Iorque decorre da liberdade conferida aos Estados para reconhecerem essas sentenças arbitrais com base nas regras de arbitragem nacionais (art. VII). Isso reflete a neutralidade da Convenção de Nova Iorque e a ruptura com o regime anterior que considerava a juridicidade da arbitragem internacional exclusivamente arraigada à ordem jurídica da sede⁵⁵³.

Recentemente, as Recomendações da ILA estabeleceram uma abordagem mais restritiva⁵⁵⁴, que se traduz da seguinte maneira: se uma sentença arbitral for anulada no

⁵⁴⁹ GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*, cit., p. 8.

⁵⁵⁰ Id. Ibid., p. 135.

⁵⁵¹ Id., loc. cit.

⁵⁵² Id., loc. cit.

⁵⁵³ Id. Ibid., p. 31.

⁵⁵⁴ BENSUAUDE, Denis. op. cit., p. 418.

local da arbitragem, ela não será mais válida, capaz de reconhecimento e não produzirá mais efeitos preclusivos e conclusivos⁵⁵⁵. Portanto, as Recomendações da ILA entenderam que a *lex arbitri* da sentença arbitral primeiramente proferida determina a validade e os efeitos preclusivos e conclusivos da sentença arbitral. Além disso, em arbitragem internacional, essa sentença deve também ser reconhecida no local da sede do segundo procedimento arbitral em curso para garantir os seus efeitos conclusivos e preclusivos (*res judicata*) perante aquele tribunal arbitral.

Conforme explicado no *ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration*, as Recomendações “pretenderam promover uma ligação com a Convenção de Nova Iorque pela presunção de uma única ordem jurídica determinando a validade das sentenças arbitrais (isto é, a sede da arbitragem) e, no art. V, §1(e), pelo mecanismo de coordenação com relação ao reconhecimento de sentenças arbitrais que estão sujeitas a processos de anulação⁵⁵⁶.”

Verifica-se que tal posição estabelecida nas Recomendações da ILA afasta a decisões liberais da França (Norsolor⁵⁵⁷, Hilmarton⁵⁵⁸, Putrabali⁵⁵⁹)⁵⁶⁰ e, uma jurisprudência isolada nos Estados Unidos (Chromalloy⁵⁶¹), entre outras, que executaram sentenças arbitrais anuladas no país em que foram proferidas⁵⁶².

Logo, esse entendimento é mais limitado do que a Convenção de Nova Iorque de 1958, pois esta não exige que as cortes estatais neguem o reconhecimento da sentença arbitral anulada no país da sede da arbitragem. Tal possibilidade decorre do disposto no art. VII da referida Convenção que permite a aplicação da lei mais favorável ao reconhecimento da sentença arbitral, graças ao princípio da máxima eficácia

⁵⁵⁵ILA Recommendations 3: “3. An arbitral award has conclusive and preclusive effects in further arbitral proceedings if: 3.1 it has become **final and binding in the country of origin** and there is **no impediment to recognition in the country of the place of the subsequent arbitration**,” ILA Resolution 1/2006. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 33.

⁵⁵⁶“(…) Recommendation 3.1 intends to provide a link with the New York Convention which proceeds on the assumption of a single legal order determining the validity of arbitral awards (i.e., at the place of arbitration) and provides in article V, §1 (e) for a coordination mechanism regarding recognition of arbitral awards which are subject of setting aside proceedings.” INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Final Report on Res Judicata and Arbitration, cit., p. 32.

⁵⁵⁷Corte de Cassação Francesa, 09.10.1984.

⁵⁵⁸Corte de Cassação Francesa, 23.03.1994, *Hilmarton c. OTV*.

⁵⁵⁹Corte de Cassação Francesa, 29.06.2007, *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*.

⁵⁶⁰HARAVON, Michael. Enforcement of annulled foreign arbitral awards: the french Supreme Court confirms The Hilmarton Trend. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 22, n. 9, p. 32-37, set. 2007.

⁵⁶¹District Court for the District Court of Columbia, 1996, *Cromalloy Aeroservices, a Div. of Chromalloy Gas Turbine Corp. and Arab Republic of Egypt*.

⁵⁶²KOCH, Christopher. The enforcement of awards annulled in their place of origin: the French and U.S. experience. *Journal of International Arbitration*, v. 26, n. 2, p. 267-292, 2009.

consubstanciado nesse dispositivo.

Já, pela representação transnacional, o resultado será o mesmo que na representação westphaliana: o fato de a sentença emanar de uma ordem jurídica arbitral suscita a idéia de que essa sentença arbitral existe independentemente do seu reconhecimento por uma ordem jurídica estatal, pois a sentença arbitral está desconectada da ordem jurídica da sede, podendo ser reconhecida em qualquer outro lugar, ainda que tenha sido anulada no país da sede⁵⁶³. Segundo Emmanuel Gaillard, essa concepção da “sentença arbitral existente no âmbito da ordem jurídica arbitral provê conforto às cortes do local do reconhecimento e da execução da sentença de que ela existe autonomamente”, independentemente de seu reconhecimento na ordem jurídica do Estado sede da arbitragem. Portanto, cada Estado é livre para reconhecer as sentenças arbitrais, de acordo com os seus próprios requisitos, desde que respeitadas as obrigações internacionais celebradas em convenções ou tratados internacionais⁵⁶⁴.

B. Uma sentença arbitral internacional tem força de precedente?

Um dos efeitos da sentença arbitral transitada em julgada que se discute é a o seu status como precedente, possuindo força vinculante em relação a outras sentenças arbitrais a serem proferidas por tribunais arbitrais.

No sistema de Common Law, há a doutrina do *stare decisis*, com base na qual as cortes aplicam decisões anteriores relevantes, pois a lei está articulada nessas decisões. Já no sistema de Civil Law, as cortes não se consideram tão influenciadas pelas sentenças anteriores e possuem mais liberdade para construir e aplicar o direito.

Entretanto, essa doutrina do *stare decisis* não se impõe aos árbitros.

Em arbitragens de investimento, os tribunais arbitrais podem invocar decisões anteriores emanadas de cortes ou tribunais supranacionais (no caso, o ICSID) para verificar os seus efeitos, tendo em vista que é comum haver casos paralelos ou semelhantes com base na violação de um mesmo tratado bilateral de investimento.⁵⁶⁵ Contudo, o art. 53(1)

---

⁵⁶³ GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*, cit., p. 31.

⁵⁶⁴ Id. Ibid., p. 136.

⁵⁶⁵ SHEPARD, Audley. op. cit., p. 219 ss.

da Convenção de Washington⁵⁶⁶ exclui a força de precedente ou a aplicação da doutrina do *stare decisis* para as sentenças arbitrais proferidas no sistema ICSID, ressaltando a obrigatoriedade da decisão apenas às partes.

Portanto, não há em arbitragem a noção de precedente tal como prevista nos países de Common Law, e os árbitros não estão obrigados a seguir a motivação de sentenças arbitrais anteriores. De fato, em arbitragem, podem ser invocadas decisões arbitrais ou judiciais por seu caráter persuasivo, mas não por sua obrigatoriedade. Também é prática corrente que tribunais arbitrais considerem também decisões anteriores da Corte Europeia de Justiça e da Corte Europeia de Direitos Humanos⁵⁶⁷ para formar o seu próprio convencimento.

Por exemplo, no caso *SGS versus Filipinas*, o requerido pediu ao tribunal arbitral adotasse o mesmo entendimento do caso *SGS versus Paquistão* – em que o Tribunal entendeu que o Tratado Suíça-Paquistão excluía as demandas contratuais –, pois ambos os casos basearam-se no mesmo Tratado Bilateral de Investimento entre Suíça e Paquistão⁵⁶⁸. Porém, esse pedido foi negado⁵⁶⁹.

Comentando o caso acima mencionando, Audley Sheppard⁵⁷⁰ recomenda que o tribunal aplique a lei tal como decidida pelas cortes nacionais do ordenamento jurídico do qual emana aquela lei aplicável, mas apenas considere as decisões de outros tribunais, sem estar a elas obrigado. E, ainda acrescenta que, por cortesia com o primeiro tribunal e com a parte que invoca a sentença dele proferida, o segundo tribunal arbitral deveria explicar os

---

⁵⁶⁶Convenção de Washington, art. 53(1): “*The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.*” (Sublinhamos)

⁵⁶⁷SHEPARD, Audley. op. cit., p. 221.

⁵⁶⁸*SGS v. Philippines*: “(...) although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable Law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions discussed by the *SGS v. Pakistan Tribunal* and also in the present decision.” *Société générale de surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Case n. ARB/02/06, decisão sobre jurisdição, 29.01.2004.

⁵⁶⁹SHEPARD, Audley. op. cit., p. 224.

⁵⁷⁰Na versão original: “(...) the tribunal must seek to apply the law as decided by the national courts of the governing law but need only consider decisions of other tribunals. Nevertheless, if a prior award is relevant, I would suggest that the later tribunal, as a matter of courtesy to the earlier tribunal and the party that seeks to rely on it, should explain why it disagrees, as the *SGS v. Philippines* tribunal did in its award.” Id. Ibid., p. 225.

motivos de seu desacordo com a decisão anterior, conforme fez o tribunal no caso *SGS v. Filipinas*.

Note-se que, embora não haja o reconhecimento da força de precedente para as sentenças arbitrais ICSID, essas decisões, certamente, contribuem para o desenvolvimento de uma jurisprudência arbitral, além de trazer recomendações aos procedimentos arbitrais futuros.

Em arbitragem comercial internacional, podemos citar o caso CCI n. 7061. O segundo tribunal instituído para julgar uma arbitragem conexa entendeu que as partes não eram as mesmas, que a presente arbitragem originava-se de um contrato de fornecimento contendo uma cláusula arbitral diferente e um direito aplicável diferente, tendo apenas a mesma sede da arbitragem em comum nos dois casos. Ademais, não se poderia presumir que os meios de prova apresentados nas duas arbitragens foram os mesmos, e assim concluiu:

*“A sentença X não liga o tribunal arbitral nem as partes ao presente procedimento. A exceção de coisa julgada não pode se aplicar. Entretanto, a sentença fornece uma análise muito útil dos elementos de fato comuns aos dois litígios. Por consequência, nós consideramos suas contestações e conclusões, mas formando nossas próprias conclusões sobre os elementos submetidos pelas partes no presente procedimento.”*⁵⁷¹

Porém, o tribunal julgou a favor do requerido, considerando que, com base nos fatos e no direito aplicável, ele não poderia – ao contrário da sentença anterior – concluir pela existência de um comportamento fraudulento.

Em outra sentença CCI n. 6363 de 1991, o tribunal decidiu que, embora a sentença anterior não tivesse força de coisa julgada, ela não poderia ser ignorada, pois poderia influenciar a arbitragem em apresso.

Porém, um tribunal ICSID entendeu diversamente no caso *Southern Pacific Properties (SPP) v. Egito* (o caso das Pirâmides⁵⁷²). O procedimento ICSID instaurado contra o Estado egípcio após a anulação de uma sentença arbitral CCI entre as mesmas

⁵⁷¹Sentença CCI n. 7061, de 28.11.1997: *“La sentence X ne lie ni le tribunal arbitral ni les parties à la présente procédure. L’exception de chose jugée ne peut jouer. Néanmoins, la sentence fournit une analyse très utile des éléments de fait communs aux deux litiges. En conséquence, nous avons tenu compte de ses constations et de ses conclusions, tout en formant nos propres conclusions concernant les éléments soumis par les parties dans la présente instance.”* HANOTIAU, Bernard. *L’autorité de chose jugée des sentences arbitrales*, cit., p. 52.

⁵⁷²Decisão sobre jurisdição datada de 14.04.1988.

partes e relativa ao mesmo objeto pela Corte de Cassação Francesa. O fundamento da anulação foi a ausência de consentimento do Egito para submeter-se a uma arbitragem CCI. Entretanto, SPP buscou a constituição de um novo tribunal, desta vez perante o ICSID, requerendo que ele adotasse os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos reconhecidos na sentença arbitral CCI. Porém, o tribunal ICSID rejeitou o pedido de SPP, pois tal posição seria incompatível com a administração de prova no direito processual, que deve permitir que o tribunal faça o seu razoamento da verdade de acordo com as provas produzidas naquele procedimento. Ademais, o próprio art. 47 do Regulamento de Arbitragem ICSID assim determina:

Regulamento de Arbitragem ICSID, art. 47⁵⁷³:

“1. The award shall be in writing and shall contain:

(...)

(g) a statement of the facts as found by the Tribunal;”

Em suma, constata-se que o conceito de precedente adotado em países de Common Law dificilmente pode ser transposto à arbitragem internacional. Porém, assim como a jurisprudência é fonte de direito nos países de Civil Law como instrumento de auxílio aos juízes na aplicação e interpretação das leis, também na arbitragem é possível recorrer à fundamentação de sentenças arbitrais e judiciais anteriores com essa mesma finalidade. Não tendo a obrigatoriedade de um precedente, os tribunais arbitrais mantêm a sua liberdade de decidir o caso concreto. Mas as sentenças arbitrais, disponibilizadas e publicadas, acabam mostrando alguma tendência, fazendo doutrina e colaborando no desenvolvimento do direito e em futuros julgamentos.

---

⁵⁷³INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES - ICSID Convention, Regulation and Rules. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>.

CAPÍTULO III. OUTROS MECANISMOS PARA MITIGAR OS EFEITOS DOS PROCEDIMENTOS PARALELOS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

No terceiro capítulo da segunda parte da presente tese, serão abordados outros mecanismos para mitigar os efeitos dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional, além dos princípios da litispendência e da coisa julgada, analisados na primeira parte do nosso trabalho.

Primeiramente, serão estudadas duas possibilidades comuns na prática arbitral e previstas em alguns regulamentos de arbitragem, quais sejam a conexão de dois procedimentos arbitrais – *consolidation* – e o *joinder* de uma nova parte (**Seção 1**).

Já em arbitragem de investimento, como o investidor poderá valer-se não apenas do contrato de investimento, mas ainda de um tratado bilateral de investimento, outras medidas foram desenvolvidas para evitar a duplicação de procedimentos (**Seção 2**), tais como: a renúncia a qualquer outro fórum, uma vez eleita a via da arbitragem internacional (*waiver*) (**A**); a escolha definitiva entre uma corte nacional ou um tribunal arbitral internacional – *fork in the road clause* (**B**); e a litispendência entre procedimentos paralelos oriundos de TBIs (*parallel treaty arbitration*). O problema dessas medidas é a ausência de critérios claros que distingam uma demanda baseada em um tratado bilateral de investimento (*treaty claims*) daquela baseada em um contrato de investimento (*contract claims*).

Portanto, nesta última parte, serão analisadas outras possíveis soluções à problemática dos procedimentos paralelos, além da transposição dos princípios da litispendência e da coisa julgada para a arbitragem internacional.

Seção 1. Mecanismos de conexão (*consolidation*) e *joinder*

O mecanismo de conexão ou *consolidation* vem sendo aplicado na prática arbitral para obstar as consequências dos procedimentos paralelos, pois visa a sanar problemas deles decorrentes, como o custo adicional às partes (com a condução de procedimentos e a oitiva das mesmas testemunhas em audiências separadas) e o risco de sentenças

contraditórias⁵⁷⁴, por meio da aplicação uniforme do direito e da reunião dos processos em um único procedimento.

Além disso, em arbitragem internacional, a conexão de procedimentos revela-se mais importante do que entre litígios, pois a sentença arbitral é irrecorrível quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos, restando apenas uma ação anulatória na sede ou um procedimento de reconhecimento da sentença em um país estrangeiro, mas sem revisão do mérito⁵⁷⁵.

As situações que potencialmente podem levar à conexão de procedimentos são: primeiro, quando o autor tem pretensões contra diferentes réus relativas à mesma questão fática, sendo algumas sujeitas à cláusula compromissória e outros à cláusula de eleição de foro; segundo, quando o réu em uma ação judicial ou em um procedimento arbitral, tem uma pretensão contra um terceiro – acarretando uma arbitragem de múltiplas partes⁵⁷⁶.

Entretanto, a conexão de procedimentos pode trazer algumas desvantagens. Quando envolver mais de duas partes (arbitragem de múltiplas partes), acarreta dificuldades na administração da arbitragem para manter o tratamento igualitário, o direito ao devido processo legal e ao contraditório. Por exemplo, é difícil assegurar o direito de cada parte nomear um árbitro para a constituição do tribunal arbitral (caso *Dutco*⁵⁷⁷) e oportunidades iguais para manifestarem-se durante o procedimento sem acarretar atrasos na arbitragem. O problema é que cada parte deveria ter o direito de nomear um árbitro, o que é restringido quando se requer que as partes decidam conjuntamente sobre a nomeação de um dos co-árbitros; ou quando devem submeter a nomeação a uma autoridade competente (por exemplo, art. 10 do Regulamento da CCI). Além disso, a conexão de procedimentos regidos por diferentes regras de arbitragem acarreta dificuldades na administração desses casos⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 238.

⁵⁷⁵GAILLARD, Emmanuel. The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings. *Complex Arbitrations – Perspectives on their procedural implications*, Special Supplement, ICC, p. 36, 2003.

⁵⁷⁶Id. Ibid., p. 35.

⁵⁷⁷No caso *Siemens AG e BKMI versus Dutco*, a Corte de Cassação Francesa anulou a sentença arbitral, pois os dois requerentes protestaram contra a imposição de nomearem conjuntamente um árbitro, o que acabaram por fazer. A Corte decidiu que: “o princípio da igualdade das partes na nomeação dos árbitros é uma matéria de ordem pública; pode ser renunciada apenas depois que a controvérsia surgiu.” Ou seja, de acordo com essa decisão (de 07.01.1992) as partes não podem renunciar ao seu direito de nomear um árbitro antes da instauração da arbitragem. Comentado em DERAIS, Yves Derains; GOODMAN-EVERARD, Rosabel E. France. *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Suplemento n. 6, p. 13, fev. 1998.

⁵⁷⁸GAILLARD, Emmanuel. The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings, cit., p. 36-37. BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2069-2073.

Outra desvantagem da *consolidation* de procedimentos arbitrais é o risco de violação da confidencialidade de informações comerciais e financeiras das partes envolvidas em uma arbitragem com relação à nova parte na arbitragem. Nesse caso, se essa parte é um terceiro em relação à operação objeto da disputa, há uma perda dessa confidencialidade, contrária a intenção das partes originais àquela convenção de arbitragem que deu azo à arbitragem⁵⁷⁹. Porém, a confidencialidade e a privacidade da arbitragem garantem que essas informações ficarão restritas às partes e aos árbitros daquele procedimento arbitral.

Portanto, apenas diante do caso concreto, é possível detectar a conveniência e a necessidade da conexão das arbitragens e de chamamento de uma nova parte.

Requisitos para *consolidation*

Há casos que estão relacionados (*closely connected*), pendentes em diferentes Estados ao mesmo tempo, mas que não configuram litispendência, pois as partes ou a causa de pedir não são as mesmas. Entretanto, esses casos poderão resultar em decisões contraditórias⁵⁸⁰.

Por esse motivo, a *consolidation* ou conexão é possível quando duas ações pendentes perante dois tribunais (um arbitral o outro arbitral ou judicial), relativas a demandas relacionadas (*related actions*), mas diferentes, entre as mesmas partes ou partes diferentes, cujos pedidos são semelhantes⁵⁸¹.

Vejamos o reconhecimento desse mecanismo no direito nacional interno, direito arbitral e nos regulamentos de arbitragem.

Direito processual interno

Para evitar o risco de soluções contraditórias o direito processual de muitos países dispõe sobre a conexão desses processos em âmbito interno. Por exemplo, na França, o art.

⁵⁷⁹BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2071.

⁵⁸⁰FAWCETT, J. J. op. cit., p. 46.

⁵⁸¹MAYER, Pierre. Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international, cit., p. 193.

101 do NCPC trata da *exception de connexité*⁵⁸²; e no Brasil, o art. 103 do CPC⁵⁸³ traz as características da conexão, bastando a coincidência de um dos elementos da ação (partes, causa de pedir ou pedido) para que se promova a conexão⁵⁸⁴.

Também o Regulamento Europeu n. 44 de 2001 regula as “ações relacionadas” em seu art. 28 (ex-art. 22 da Convenção de Bruxelas)⁵⁸⁵. De acordo com esse dispositivo, a corte primeiramente ajuizada poderá suspender os procedimentos ou indeferir o processo a fim de que os procedimentos sejam conectados, quando estiverem em curso perante cortes de diferentes Estados-Membros. O objeto da conexão é claramente evitar sentenças contraditórias, *in verbis*:

Art. 28 do Regulamento n.º. 44/2001: “3. *Para efeitos do presente artigo, consideram-se conexas as acções ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente.*”

No caso *The Tatry*⁵⁸⁶, a Corte de Justiça Européia enfatizou o escopo do antigo art. 22 da Convenção de Bruxelas (atual art. 28 do Regulamento Europeu), qual seja, melhorar a coordenação do exercício de funções judiciais dentro da Comunidade Européia e evitar decisões conflitantes e contraditórias, promovendo uma adequada administração da justiça no âmbito da Comunidade. Desse modo, a Corte afastou o argumento de que “irreconcilable judgements” seriam apenas aqueles casos em que as decisões teriam consequências jurídicas mutuamente excludentes.

São consideradas “ações relacionadas” no direito europeu aquelas que são tão conectadas a ponto de ouvi-las e julgá-las conjuntamente para evitar o risco de decisões irreconciliáveis provenientes de diferentes julgamentos. Ademais, há a possibilidade de as

⁵⁸²NCPC, art. 100: “S’il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu’il soit de l’intérêt d’une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l’une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l’état la connaissance de l’affaire à l’autre juridiction.”

⁵⁸³CPC, art. 103: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.”

⁵⁸⁴NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 360.

⁵⁸⁵Regulamento Europeu n. 44/2001, art. 28: “1. Quando acções conexas estiverem pendentes em tribunais de diferentes Estados-Membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode suspender a instância. 2. Se essas acções estiverem pendentes em primeira instância, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode igualmente declarar-se incompetente, a pedido de uma das partes, se o tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar for competente e a sua lei permitir a apensação das acções em questão. 3. Para efeitos do presente artigo, consideram-se conexas as acções ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente.” Versão em português nop site: EUROPA. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/>>.

⁵⁸⁶*The Tatry case*, C-406/92, 1994, ECR I-5439.

cortes nacionais suspenderem ações em curso a fim de evitar julgamentos contraditórios.

Embora haja uma tendência à extensão da litispendência ao litígio estrangeiro, verifica-se não haver um movimento no sentido de transpor esse poder discricionário às ações relacionadas transnacionais nos códigos de processo civil. Na França, por exemplo, de um lado há um esforço por uma conexão de litígios internacionais, mas, por outro lado, as cortes resistem a essa aplicação. Isso porque acreditam haver pouco risco de decisões contraditórias nessas ações relacionadas internacionais, vez que as cortes podem sempre recusar o reconhecimento ou execução dessas sentenças. Entretanto, essa técnica não protege os litigantes franceses do efeito de dois julgamentos contraditórios no exterior⁵⁸⁷.

Nos países de Common Law, a doutrina do *forum non conveniens* é flexível o suficiente para lidar com uma situação de procedimentos paralelos, ainda que as partes ou a causa de pedir sejam diferentes.

Nesses casos, uma das alternativas é a conexão desses procedimentos (*consolidation of actions* ou *joinder*).

Entretanto, a transposição desse remédio processual à arbitragem internacional, esbarra na natureza não intercambiável dos tribunais arbitrais, o que, a princípio, impediria qualquer conexão⁵⁸⁸. Portanto, para a conexão ou *consolidation* de duas arbitragens, certos requisitos deverão ser observados.

Legislação nacional em matéria de arbitragem

Também nas legislações nacionais em matéria de arbitragem, não é comum haver uma previsão específica sobre conexão, seguindo a Lei-Modelo da UNCITRAL que não dispõe sobre *consolidation* e *joinder*.

Nos Estados Unidos, o Federal Arbitration Act (FAA) não prevê a conexão, mas a jurisprudência das cortes de primeira instância demonstra o tratamento divergente sobre o tema. Explica-se essa divergência pelas decisões iniciais que permitiam a *consolidation* sem o consentimento prévio das partes⁵⁸⁹, ao passo que as recentes são mais restritivas para

⁵⁸⁷ McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 155.

⁵⁸⁸ MAYER, Pierre. “Litispendance, connexité et chose jugée dans l’arbitrage international”, *Liber amicorum Claude Reymond, autour de l’arbitrage*, Litec, Paris, p. 194.

⁵⁸⁹ Caso *Compania Espanola de Petroleos SA versus Nereus Shipping*, em que o Second Circuit dos Estados

a concessão da conexão⁵⁹⁰. As cortes têm entendido que o FAA proíbe a conexão de procedimentos, se a cláusula compromissória não estabelece essa medida – o que reflete o requisito do consentimento das partes⁵⁹¹.

Na Inglaterra, o art. 35 do *Arbitration Act* também dispõe sobre a conexão:

Arbitration Act, art. 35: “Consolidation of proceedings and concurrent hearings.

(1) The parties are free to agree

(a) that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings, or

(b) that concurrent hearings shall be held, on such terms as may be agreed.

(2) Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no power to order consolidation of proceedings or concurrent hearings.”

Verifica-se que a lei inglesa também coloca a vontade das partes ou o seu consentimento, como cerne da conexão dos procedimentos arbitrais ou para a existência de audiências concorrentes entre dois procedimentos arbitrais. E expressamente declara que os árbitros não têm poder para determinar a conexão, salvo se as partes concordem em conferir-lhes tais poderes.

Essas leis que dispõem sobre a conexão de procedimentos em sua maioria conferem competência às cortes locais e não aos árbitros para decidirem sobre a conexão⁵⁹². Na

---

Unidos, ordenou que três partes participassem da arbitragem consolidada, em 1975: “*we think the liberal purposes of the Federal Arbitration Act clearly require that this Act be interpreted so as to permit and even to encourage the consolidation of arbitration proceedings in proper cases.*” Citado e comentado por BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2079.

⁵⁹⁰No caso *Reino Unido versus Boeing Co.*, o Second Circuit declarou em 1993: “*a court is not permitted to interfere with private arbitration arrangements in order to impose its own view of speed and economy. (...) If contracting parties wish to have all disputes that arise from the same factual situation arbitrated in a single proceeding, they can simply provide for consolidated arbitration in the arbitration clauses to which they are a party.*” Citado e comentado por BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2080.

⁵⁹¹Id. Ibid., p. 2081.

⁵⁹²Para citar algumas leis: Lei de Arbitragem da Nova Zelândia (art. 2); Lei de Arbitragem de Hong Kong (art. 6B); Código de Processo Civil Holandês (art. 1046). BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2077. O art. 1046 do CPC Holandês acorda ao Presidente do Tribunal de Primeira Instância de Amsterdã o poder de conectar os procedimentos arbitrais que tenham objetos conexos e que estejam em curso na Holanda (sede das arbitragens). Esse dispositivo considera uma presunção de consentimento das partes para a conexão, que só seria excluído por acordo conjunto das partes. Berger critica essa presunção adotada na lei, pois ela violaria a autonomia da vontade das partes, sobretudo em arbitragem internacional, pois as partes estrangeiras ignoram essa particularidade do direito holandês. POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 216. Por outro lado, Emmanuel Gaillard entende que a lei holandesa foi sábia ao circunscrever a possibilidade de conexão apenas aos procedimentos em curso no território holandês. GAILLARD, Emmanuel. *L'affaire Sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite* (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986). *Revue de L'Arbitrage*, n. 3, p. 286, 1987.

Inglaterra, tanto árbitros quanto juízes podem decidir sobre a conexão, sem essa distinção⁵⁹³. Nos Estados Unidos, as cortes da sede da arbitragem podem decidir conectar os procedimentos arbitrais, mesmo na ausência de acordo entre as partes, em determinadas circunstâncias⁵⁹⁴.

Quando cabe aos árbitros julgarem sobre a conexão, deverão considerar a eficiência, a administração da justiça, administração de provas, entre outras características favoráveis ao *consolidation*.

Com relação às leis que silenciam sobre a matéria, ainda assim é possível, na prática, a conexão dos procedimentos arbitrais pelo consentimento das partes envolvidas⁵⁹⁵. Por exemplo, na França⁵⁹⁶ e no Brasil, não há um dispositivo expresso sobre a conexão de procedimentos arbitrais. Porém, se as partes concordarem expressamente na cláusula compromissória ou pela escolha das regras de arbitragem⁵⁹⁷; ou, implicitamente, quando for possível demonstrar a vontade das partes⁵⁹⁸, a conexão será aceita.

⁵⁹³BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2083.

⁵⁹⁴De acordo com Gary Born, essas circunstâncias foram incluídas recentemente no Revised Uniform Arbitration Act, §10(a), 2000 e constituem: “*where claims arise in substantial part from the same transaction or series of related transactions and there is a common issue of law or fact that create the possibility of inconsistent or conflicting decisions and where the prejudice resulting from a failure to consolidate is not outweighed by the risk of undue delay or prejudice*”. BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2088.

⁵⁹⁵MAGNUSSON, Annete; SHAUGHNESSY, Patricia. The 2007 Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, p. 320, out./dez. 2007.

⁵⁹⁶BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2082.

⁵⁹⁷Lei n. 9.307/96, art. 5º: “*Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.*”

⁵⁹⁸Na França, pela decisão no caso *Isover-Saint-Gobain versus Dow Chemical* (Corte de Apelação de Paris, 21.10.1983), foi aceito consentimento tácito de sociedades não signatárias da cláusula compromissória, mas por referência à doutrina do grupo de sociedades. BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2082. No Brasil, a prova inequívoca da vontade das partes também é requisito para verificar o consentimento das partes à arbitragem, o que também seria levado em consideração para a identificação do acordo para a conexão. Nesse sentido, podem-se citar dois casos relevantes. No caso *L’Aiglon v. Têxtil União* (SEC n. 856, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 18.05.2005, DJ de 27.06.2005), o STJ homologou a sentença arbitral por concluir que houve anuência tácita à cláusula compromissória em contrato não assinado. O comportamento conclusivo e ativo da parte no procedimento arbitral, sem contestar a validade da cláusula compromissória, revelou a aceitação da convenção de arbitragem pela requerida. No caso *Oleaginoso v. Moinho Paulista* (SEC n. STJ, SEC n. 866, Min. Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 17.05.2006, DJ de 16.10.2006.), o STJ decidiu denegar a homologação da sentença arbitral estrangeira diante da ausência de elementos seguros que comprovassem a aceitação da cláusula compromissória. Para uma análise das decisões brasileiras em matéria de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras vide: Relatório do Tema Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”, grupo de trabalho: Flavia Foz Mange, Gerson Damiani, Gustavo Kulesza, Laura Maniero, Natalia Lamas, Patrícia Kobayashi e Priscila Knoll Aymone, 2010, p. 41-44. [COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf>.](http://www.cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf)

Portanto, trata-se de um instrumento que, mediante consentimento das partes e dos árbitros, permite a conexão dos procedimentos arbitrais, promovendo maior eficiência na solução da controvérsia, quando tais procedimentos estejam em estágio inicial e sua conexão resulte em redução de tempo e de custos às partes.

Em razão da vontade das partes, os árbitros podem apenas sugerir a conexão, assim como a instituição arbitral, mas cabe às partes decidirem. No caso *Sofidif*⁵⁹⁹, o tribunal arbitral recomendou às partes que concordassem com a extensão da cláusula compromissória para a conexão dos procedimentos paralelos, mas sem impô-la. As partes acabaram não acatando essa sugestão⁶⁰⁰.

Nesse caso, as partes estavam ligadas a convenções de arbitragem distintas: uma prevendo uma arbitragem CCI em Genebra; e outra, uma arbitragem CCI em Paris. Entretanto, quando as obrigações das partes forem intrinsecamente relacionadas, com contratos interdependentes, seria recomendável que o modo de regulação de controvérsias deles advindas fosse compatível. Diante dessa diferença quanto à sede, as cláusulas compromissórias não podem ser articuladas entre si para que os procedimentos sejam unificados em uma única arbitragem⁶⁰¹, salvo se as partes expressamente acordarem nesse sentido.

Os casos de *consolidation* decorrem, em geral, da existência de duas arbitragens em curso, raramente entre um processo judicial e um procedimento arbitral⁶⁰². Mas é possível falar também dessa conexão, quando: primeiro, houver renúncia da cláusula compromissória; segundo, existir, a pedido da parte, uma ordem dirigida ao juiz de uma das ações para conectá-la com outro procedimento relacionado, vez que as partes

---

⁵⁹⁹Caso *Sofidif versus O.I.A.E.T.I.*, Sentença Arbitral Interlocutória CCI No. 2, Caso n. 5124 (não publicado), p. 12: “[Adjudicating the set-off in the present arbitration] depends on whether the parties are prepared to simplify proceedings and to enter into an agreement to [extend the scope of the arbitration agreement to the cross-claim]. The Tribunal can only express its willingness to cooperate if this would be the case”. Comentários de BERGER. Klaus Peter. Set-off in international economic arbitration. *Arbitration International*, n. 1, p. 66, 1999.

⁶⁰⁰GAILLARD, Emmanuel. The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings, cit., p. 42.

⁶⁰¹Id. L'affaire Sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986). *Revue de L'Arbitrage*, n. 3, p. 287, 1987.

⁶⁰²Uma dessas exceções é o decreto colombiano sobre arbitragem de 1989 que vai além, pois estabelece que o juiz pode determinar a conexão de uma arbitragem e de uma ação judicial sem o consentimento das partes. O decreto considera inválida a cláusula compromissória quando uma controvérsia gerar efeitos a um terceiro não signatário da cláusula e que se recusa a participar do procedimento arbitral. Neste caso, ocorre uma conexão dos procedimentos, tendo em vista a ausência de outra via para a solução desses procedimentos. GAILLARD, Emmanuel. The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings, cit., p. 37-38.

renunciaram à arbitragem⁶⁰³.

Essa ordem dada pelo juiz é regulada pelo direito processual civil dos Estados quando dispuser sobre a conexão, conforme acima tratado.

Nos regulamentos e nas leis que estabelecem esse mecanismo, o princípio da autonomia da vontade das partes é o primeiro requisito a ser observado pelos árbitros ou juízes para ordenarem a conexão de procedimentos⁶⁰⁴. Isso porque na ausência de tal consentimento, uma sentença arbitral proferida sobre um contrato contendo uma cláusula compromissória, que foi estendida a outro contrato sem consentimento das partes, poderá ser anulada ou não reconhecida em um país estrangeiro⁶⁰⁵.

Esse é o maior receio contra a conexão. Esse entendimento coaduna-se com a posição adotada pela Convenção de Nova Iorque⁶⁰⁶ que determina, como hipótese de recusa ao pedido de reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, quando “a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu” (art. V.1(d)).

Note-se que, quando as partes elegem um determinado regulamento de arbitragem dispondo sobre *consolidation*, essas regras são incorporadas à convenção de arbitragem, afastando a hipótese do art. V.1(d) da Convenção de Nova Iorque.

E, na ausência de convenção de arbitragem determinando a conexão, deve-se verificar se a lei da sede da arbitragem a estabelece. Nesse caso, a autonomia da vontade é exercida também pela escolha da sede da arbitragem e, por conseguinte, da sua lei. Ainda, no caso de as partes não terem indicado a sede, deixando à instituição arbitral defini-lo, o consentimento das partes ocorre no momento em que delegam esse poder de escolha à instituição⁶⁰⁷.

---

⁶⁰³ GAILLARD, Emmanuel. The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings, cit., p. 41.

⁶⁰⁴ BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2076.

⁶⁰⁵ GAILLARD, Emmanuel. The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings, cit., p. 41.

⁶⁰⁶ BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2076.

⁶⁰⁷ BERG, Albert van den *apud* POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 220.

Regulamentos de arbitragem

Os regulamentos de arbitragem têm aportado as melhores soluções para a *consolidation*, tais como: o Regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI), da London Court of International Arbitration (LCIA), o Regulamento de Arbitragem Internacional da Suíça e o Stockholm Chamber of Commerce (SCC) e, nacionalmente, o Regulamento da American Chamber of Commerce (AMCHAM). Entre os acordos multilaterais de investimento, a NAFTA também prevê mecanismo semelhante.

Seguindo essa tendência, o relatório Paulsson-Petrochilos para uma reforma do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL⁶⁰⁸ propôs a inserção de um novo artigo sobre *consolidation*. Porém as Regras da UNCITRAL revisadas em 2010 não acolheram essa proposta e apenas incorporaram um dispositivo sobre *joinder* de um terceiro à arbitragem⁶⁰⁹.

A experiência da conexão na arbitragem ocorre, em geral, entre duas arbitragens. Entretanto, ainda que seja possível a *consolidation* por decisão da instituição arbitral, caberá aos árbitros julgar sobre sua própria competência, de acordo com o princípio competência-competência, com relação ao procedimento pós-conexão.

Em arbitragem de investimento, o acordo multilateral do NAFTA também prevê a *consolidation* em seu art. 1126(2), podendo o tribunal arbitral ordenar *consolidation* de acordo com os interesses de justiça e eficiência para a solução da demanda⁶¹⁰. A NAFTA

⁶⁰⁸PAULSSON, Jan; PETROCHILLOS, Georgios. *A revision of the UNCITRAL Arbitration Rules. Not official*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf>.

“Proposed revision. Article 15(4) would read as follows: Where two or more claims which involve the same (and no other) parties and have a question of law or fact in common are the subject of separate arbitration proceedings under these Rules, the Arbitral Tribunal may, after hearing the parties, by reasoned order: a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims; or (b) assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others.”

⁶⁰⁸MAGNUSSON, Annete; SHAUGHNESSY, Patricia. op. cit., p. 320.

⁶⁰⁹Regras de UNCITRAL (revisadas em 2010): “Art. 17.5. *The arbitral tribunal may, at the request of any party, allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided such person is a party to the arbitration agreement, unless the arbitral tribunal finds, after giving all parties, including the person or persons to be joined, the opportunity to be heard, that joined should not be permitted because of prejudice to any of those parties. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration.*” Disponível no site da UNCITRAL.

⁶¹⁰NAFTA, art. 1126(2): “2. Where a Tribunal established under this Article is satisfied that claims have been submitted to arbitration under Article 1120 that have a question of law or fact in common, the Tribunal may, in the interests of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order:

(a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims; or

inovou ao colocar no epicentro da multiplicidade de procedimentos paralelos não o conceito da mesma relação jurídica, mas sim a “mesma medida do Estado”. Essa noção de medida de Estado facilita a identificação de procedimentos paralelos⁶¹¹.

Já a Convenção de Washington não contém uma regra específica para a conexão de procedimentos paralelos. Porém, pela leitura do art. 26 da Convenção, é possível a *consolidation*, pois um único procedimento estará em curso em relação a uma determinada controvérsia, excluindo qualquer outra via para a resolução dessa controvérsia⁶¹², *in verbis*:

Convenção de Washington, art. 26: “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.”

Além da conexão de procedimentos, outra solução para evitar decisões contraditórias ao final de dois procedimentos paralelos, é submeter essas arbitragens ao mesmo tribunal arbitral. Desse modo, os árbitros terão conhecimento dos elementos fáticos e jurídicos idênticos e relacionados entre as duas arbitragens, embora as conduzam separadamente. Trata-se de uma *de facto consolidation*⁶¹³.

Quando iniciou o caso *Salini versus Marrocos*⁶¹⁴, a Secretaria do ICSID tinha ciência sobre a existência de um caso paralelo⁶¹⁵, envolvendo outra parte italiana contra o Marrocos, com base no mesmo TBI Itália-Marrocos e discutindo questões de fato e de direito similares. Por conseguinte, a Secretaria recomendou às partes que constituíssem o mesmo tribunal arbitral para ambos os casos, ou seja, as partes escolhessem os mesmos co-árbitros e os co-árbitros indicassem o mesmo presidente para o tribunal.

Esses procedimentos nunca foram conectados em uma única arbitragem, mas o efeito de evitar o risco de sentenças contraditórias deles proferidas foi também alcançado

---

(b) assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others.” NAFTA Secretariat. Chapter eleven: investment. Disponível no website: <<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mtpID=142#A1126>>.

⁶¹¹CRIVELLARO, Antonio. Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 105.

⁶¹²Id. Ibid., p. 89.

⁶¹³Id., loc. cit.

⁶¹⁴*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Jurisdiction, ICSID Caso n. ARB/00/4.

⁶¹⁵*Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Caso n. ARB/00/6.

por meio dessa conexão *de facto*⁶¹⁶.

Essa possibilidade de conexão *de facto* é uma prática também em outras instituições arbitrais, podendo ser uma iniciativa das partes, do centro de arbitragem ou do tribunal primeiramente constituído, quando for informado sobre a instauração de um procedimento paralelo entre as mesmas partes com base na mesma relação jurídica. Obviamente, o requisito fundamental para a *de facto consolidation* é o consentimento das partes.

Em geral, o exercício do poder discricionário pelos árbitros ordenará ou não a *consolidation*. Mas, em alguns regulamentos, é a própria instituição arbitral que decide sobre a conexão dos procedimentos semelhantes que lhe foram submetidos de acordo com o atendimento de alguns requisitos restritivos.

Por exemplo, na CCI, a Corte verificará, a pedido da parte, se o procedimento novo e o procedimento em curso envolvem (i) as mesmas partes; (ii) sobre a mesma relação jurídica; (iii) além de ambos serem regidos pelas regras da CCI⁶¹⁷.

O Regulamento da Stockholm Chambers of Commerce (SCC) incluiu o dispositivo sobre *consolidation* em sua última revisão em 2007 também estabelecendo como requisitos as mesmas partes, a mesma relação jurídica e dois procedimentos sob o regulamento da SCC⁶¹⁸. Nesse caso, o pedido é feito por uma das partes e o *Board* da SCC decidirá sobre a conexão.

Nas Regras Suíças de Arbitragem Internacional, adotadas em janeiro de 2006, foi uma inovação à previsão da *consolidation*⁶¹⁹. De acordo com essas regras, a instituição

⁶¹⁶CRIVELLARO, Antonio. op. cit., p. 89.

⁶¹⁷Regulamento CCI, art. 4(6): “Quando uma parte apresentar um Requerimento relativo a uma relação jurídica que seja objeto de um procedimento arbitral em andamento entre as mesmas Partes e processado de acordo com este Regulamento, a Corte poderá, a pedido de uma das partes, decidir incluir no procedimento arbitral em andamento as demandas contidas no Requerimento, desde que a Ata de Missão não tenha sido assinada ou aprovada pela Corte. Caso a Ata de Missão já tenha sido assinada ou aprovada pela Corte, as inclusões somente poderão ser feitas nas condições estabelecidas no artigo 19.” Segundo Yves Derains e Eric Schwartz, esse artigo raramente foi aplicado nas arbitragens CCI. *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., p. 59.

⁶¹⁸SCC, art. 11: “Upon the submission of a Request for Arbitration concerning a legal relationship in respect of which an arbitration between the same parties is already pending under these Rules, the Board may, at the request of a party, decide to include the claims contained in the Request for Arbitration in the pending proceedings. Such decision will only be made after consulting the parties and the Arbitration Tribunal.”

⁶¹⁹Swiss Rules of International Arbitration, art. 4: “1. Where a Notice of Arbitration is submitted between parties already involved in other arbitral proceedings pending under these Rules, the Chambers may decide, after consulting with the parties to all proceedings and the Special Committee, that the new case shall be referred to the arbitral tribunal already constituted for the existing proceedings. When rendering their decision, the Chambers shall take into account all circumstances, including the links between the two cases and the progress already made in the existing proceedings. Where the Chambers decide to refer the new case to the existing arbitral tribunal, the parties to the new case shall be deemed to have waived their right to designate an arbitrator.”

arbitral decidirá sobre a conexão das arbitragens, considerando uma consulta feita às partes, a relação entre as duas arbitragens e o estágio do procedimento em curso. Portanto, o consentimento das partes para a conexão está implícito na escolha pelas Regras Suíças.

Outra particularidade dessas regras é a renúncia à nomeação do árbitro pelas partes incluídas à arbitragem pós-conexão, quando um dos tribunais já estava constituído. Eis a solução suíça para o problema da igualdade das partes na nomeação dos árbitros diante da conexão dos procedimentos; a partir da eleição de suas regras de arbitragem internacional, as partes consentem com a possibilidade de conexão e conseqüente renúncia à nomeação dos árbitros.

Em âmbito nacional, o Regulamento da AMCHAM também confere competência ao Centro de Arbitragem que examinará se há “conexão” ou “continência” para determinar a união dos procedimentos, a pedido da parte ou de ofício⁶²⁰. No Regulamento, não há uma definição de continência e de conexão, entendendo-se que essa noção deve ser buscada na lei de arbitragem e no direito processual brasileiro⁶²¹, diante da lacuna do regulamento de arbitragem.

Já as regras da LCIA não permitem a conexão, mas apenas o *joinder* de novas partes à arbitragem⁶²².

Constata-se, portanto, que a maioria das regras que prevê a conexão é restritiva quanto aos requisitos para a sua determinação. Em geral, o “teste para *consolidation*”⁶²³ passa pelos seguintes critérios:

⁶²⁰Regulamento AMCHAM, art. 2.1: “Cabe ao Centro de Arbitragem, sob a supervisão de seu Presidente, coordenar o procedimento arbitral, zelando pelo bom andamento e desfecho pela prática de todos os atos necessários ou convenientes a esse fim. O Centro de Arbitragem tem, entre outros, os seguintes deveres e atribuições: ... (iv) em havendo conexão ou continência em procedimentos arbitrais, determinar de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes a reunião dos procedimentos a fim de que sejam julgados simultaneamente;”

⁶²¹Segundo o art. 103 do CPC, configura-se a conexão da seguinte maneira: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.” Já o art. 104 do CPC estabelece a continência: “Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.”

⁶²²LCIA, art. 22.1: “Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views (...) (h) to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party, provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration.”

⁶²³CREMADES, Bernardo M.; MADALENA, Ignacio. op. cit., p. 534.

(1) Primeiro requisito: alto grau de conexão entre as demandas

É necessária uma inter-relação entre as diferentes demandas, não que sejam idênticas. Por exemplo, as regras da CCI e da SCC exigem que as demandas decorram da mesma relação jurídica; e as Regras Suíças determinam que sejam verificadas as ligações entre os dois casos.

Esse requisito decorre da complexidade em conectar dois procedimentos relativos a contratos distintos. O esforço interpretativo exige que se as cláusulas de resolução de controvérsias inseridas nesses dois contratos sejam idênticas (mesmas regras de arbitragem, mesma sede, mesma lei aplicável e mesma indicação de número de árbitros) para implicar uma aceitação à *consolidation*⁶²⁴. Ao contrário, se as partes celebraram contratos contendo diferentes cláusulas de solução de controvérsias (regras de arbitragem distintas, diferentes sedes da arbitragem, diferentes regras para a nomeação dos árbitros ou sobre o número de árbitros), elas revelam que a preferência era adotar cláusulas de solução de controvérsias diversas, o que afastaria a possibilidade de conexão. Todavia se as regras de arbitragem escolhidas forem neutras, sem favorecer qualquer das partes, poderia ainda haver um consentimento implícito para a conexão, embora seja rara essa interpretação⁶²⁵.

(2) Segundo requisito: risco de sentenças contraditórias

O objetivo da conexão de procedimentos paralelos é evitar o risco de sentenças arbitrais inconsistentes e contraditórias deles resultantes. Portanto, para decidir sobre a conexão, os árbitros ou as instituições de arbitragem precisam sopesar a necessidade e a conveniência dessa medida e o ônus de decisões contraditórias, caso a conexão não seja determinada.

(3) Terceiro requisito: o consentimento das partes para a *consolidation*

O consentimento das partes é requisito encontrado na maioria dos regulamentos de arbitragem. Esse consentimento para conectar as duas arbitragens pode ser escrito ou

---

⁶²⁴BORN, Gary. op. cit., v. 2, p. 2085.

⁶²⁵Id. Ibid., p. 2086.

tácito. Há uma aceitação implícita das partes por meio da escolha de um regulamento de arbitragem ou da sede da arbitragem cuja lei estabeleça a *consolidation*.

A conexão pode ser também obrigatória em determinados casos de acordo com as regras de arbitragem (por exemplo, o art. 12 das regras do Centro de Arbitragem e Mediação Belga (CEPANI) ⁶²⁶) ou da lei da sede da arbitragem (a lei da Holanda estabelece a possibilidade de conexão das arbitragens conduzidas em território holandês sem um acordo entre as partes⁶²⁷). Também o art. 22.1(h) da LCIA permite o *joinder* sem consenso entre as partes.

Em alguns casos, a falta de consentimento foi sanada pela escolha dos mesmos árbitros para diferentes arbitragens, o que foi recomendado nos casos *Salini Construttori SpA and Italstrade SpA versus Marrocos*⁶²⁸ e *Consortium RFCC versus Marrocos*⁶²⁹, ambos conduzidos separadamente, mas com base no mesmo TBI entre Itália-Marrocos. Nesse caso, trata-se de uma conexão *de facto*, para a qual também se requer o consentimento das partes.

(4) Quarto requisito: a possibilidade de *consolidation* nas diferentes regras aplicadas

Deve-se verificar se é possível a conexão segundo os diferentes mecanismos de resolução de controvérsias aplicados em cada um dos procedimentos sujeitos à *consolidation*. Todas as demandas devem ser requeridas de acordo com o mesmo mecanismo de solução de controvérsias, pois quanto maiores às diferenças entre os

⁶²⁶CEPANI, art. 12: “Lorsque plusieurs contrats contenant la clause d'arbitrage du CEPANI donnent lieu à des litiges qui présentent entre eux un lien de connexité ou d'indivisibilité, le Comité de désignation ou le Président a le pouvoir d'en ordonner la jonction. Cette décision est prise, soit à la demande du tribunal arbitral, soit, avant tout autre moyen, à la demande des parties ou de la partie la plus diligente, soit même d'office. Si la demande est accueillie, le Comité de désignation ou le Président nomme le tribunal arbitral chargé de statuer sur le litige faisant l'objet de la décision de jonction; s'il y a lieu, il porte à cinq au maximum le nombre des arbitres. Le Comité de désignation ou le Président prend sa décision après avoir convoqué les parties et, le cas échéant, les arbitres déjà désignés. Il ne peut ordonner la jonction de litiges dans lesquels une décision d'avant dire droit, une décision de recevabilité ou une décision sur le fond de la demande a déjà été rendue.”

⁶²⁷CPC Holandês, art. 1046: “If arbitral proceedings have been commenced before an arbitral tribunal in the Netherlands concerning a subject matter which is connected with the subject matter of arbitral proceedings commenced before another arbitral tribunal in the Netherlands, any of the parties may, unless the parties have agreed otherwise, request the President of the District Court in Amsterdam to order a consolidation of the proceedings.”

⁶²⁸INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID Case n. ARB/00/4, 2003. Disponível no site <www.worldbank.org/icsid/cases>

⁶²⁹INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID Case n. ARB/00/6. Disponível no site <www.worldbank.org/icsid/cases>

mecanismos escolhidos para um e para o outro procedimento, mais difícil será a conexão desses procedimentos.

Por exemplo, duas cláusulas compromissórias elegendo diferentes sedes para a arbitragem não são idênticas. Em um caso da CCI relatado por Anne Marie Whitesell e Eduardo Silva-Romero, a Corte da CCI recusou a conexão de dois procedimentos, diante da oposição de uma das partes e das diferenças entre as cláusulas quanto às sedes escolhidas. Essas distintas eleições de sedes pelas partes significavam que a real intenção das partes era submeter-se separadamente a duas arbitragens separadas⁶³⁰.

(5) Quinto requisito: O poder discricionário para decidir sobre *consolidation*

O art. 1126 do NAFTA dispõe que os árbitros podem – “may” – decidir sobre a conexão se as condições previstas no citado dispositivo forem preenchidas. Já o art. 4(6) da CCI se refere ao poder facultativo da Corte da CCI para conectar os procedimentos; assim como o art. 4 das Regras Suíças ao poder das Chambers; e o art. 11 da SCC ao poder do Board, todos provocados pelas partes para decidirem sobre a *consolidation*. Note-se que o art. 2.1 da AMCHAM, à exceção dos demais regulamentos, estabelece a possibilidade da determinação da conexão de ofício pelo Centro de Arbitragem quando verificar a conexão ou a continência entre procedimentos arbitrais.

Portanto, a autonomia da vontade das partes dita a possibilidade de conexão entre os procedimentos arbitrais de acordo com as regras de arbitragem escolhidas pelas partes ou da lei da sede aplicável à arbitragem pela indicação das partes na cláusula compromissória.

Essa natureza contratual da arbitragem limita o escopo da conexão como mecanismo para obstar a existência de arbitragens relacionadas. Por esse motivo, outra solução possível para os casos de arbitragens paralelas com risco de decisões contraditórias é a suspensão do procedimento arbitral pelo exercício do poder discricionário dos árbitros, enquanto o outro tribunal arbitral decidir sobre sua própria competência⁶³¹.

---

⁶³⁰WHITESSELL, Anne Marie; SILVA-ROMERO, Eduardo. Multiparty and multicontract arbitration: recent ICC experience. *ICC Special Supplement, Complex Arbitration*, p. 7-18, 2003. p. 16.

⁶³¹McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 293.

Requisitos para o *joinder*

O *joinder* é a possibilidade de chamar um terceiro ou uma nova parte a um procedimento arbitral, a fim de assegurar a eficiência da arbitragem⁶³².

Dependendo das regras de arbitragem e da lei aplicável, cabe ao requerente indicar as partes da arbitragem (por exemplo, de acordo com o art. 4(3) do Regulamento CCI). Esta regra é mais rígida e conservadora, pois não permite que o requerido chame uma nova parte à arbitragem⁶³³, gerando um desequilíbrio entre requerente e requerido⁶³⁴. Em consequência, se o requerido tiver demandas contra esse terceiro, embora ele também seja signatário da convenção de arbitragem, terá de iniciar outro procedimento arbitral⁶³⁵.

Entretanto, essa regra tem sido “flexibilizada” para uma versão mais moderada, a fim de que um terceiro seja chamado à arbitragem a pedido da parte requerida.

Nesse caso, na prática da arbitragem CCI, verificam-se alguns requisitos. Primeiro, a parte nova à arbitragem deverá ter firmado a cláusula compromissória que fundamenta o procedimento arbitral, o que revelaria a intenção das partes de trazê-la a uma eventual arbitragem⁶³⁶. Segundo, o requerido deverá apresentar suas pretensões contra aquela parte que pretende introduzir na arbitragem para justificar a sua inclusão⁶³⁷.

Ademais, a(s) nova(s) parte(s) deve(m) ser incluída(s) na arbitragem antes da constituição do tribunal arbitral, a fim de garantir-lhe(s) o direito a nomear um árbitro.

⁶³²PAULSSON, Jan; PETROCHILLOS, Georgios. op. cit., p. 73.

⁶³³Na Sentença CCI n. 5625 de 22.04.1987, tratou-se da possibilidade da parte requerida na arbitragem, assim como a requerente, pedir que uma parte não-signatária da cláusula compromissória participe da arbitragem, no caso sendo parte do mesmo grupo de sociedades da parte requerente. Os árbitros entenderam que cabe apenas ao requerente indicar as partes da arbitragem: “*D’après le règlement de la CCI, il n’existe qu’une seule façon de devenir une partie à une procédure arbitrale, à savoir sur le fondement de l’article 3, par le dépôt d’une demande dans laquelle on se constitue demandeur ou est désigné comme défendeur par le demandeur.*” BOISSÉSON, Matthieu de. La jonction de parties à l’instance arbitrale: deux décisions opposées. *Bulletin CCI, L’Arbitrage complexe*, supplément spécial, p. 22, 2003.

⁶³⁴Id. Ibid., p. 23.

⁶³⁵WHITESELL, Anne Marie; SILVA-ROMERO, Eduardo. op. cit., p. 10.

⁶³⁶Em uma sentença *ad hoc*, de 03.03.1999, não publica e comentada por Matthieu de Boissésou, discutiu essa questão do chamamento à arbitragem de três partes signatárias da convenção de arbitragem, a pedido do requerente, mas alguns anos após a instauração do procedimento arbitral. O tribunal entendeu que a arbitragem consiste na execução da convenção de arbitragem e que, em consequência, as partes de uma convenção de arbitragem são partes da instância arbitral. E, citando Bernard Hanotiau, declarou: “*(...) l’une des parties à l’instance arbitrale, demandeur ou défendeur, est toujours autorisée à demander la participation à l’instance d’autres parties non pas à l’instance arbitrale mais à la convention d’arbitrage.*”. Id. Ibid., p. 24.

⁶³⁷Id. Ibid., p. 11.

No Regulamento LCIA (art. 22 (h)) ⁶³⁸, conforme acima referido, há previsão expressa para o *joinder* de uma nova parte, desde que haja consentimento entre a parte que requer a inclusão dessa parte e esse terceiro, mas não de todas as partes. Os árbitros poderão proferir uma única sentença arbitral final ou sentenças separadas conforme o acordo expresso de todas as partes para submeterem-se à arbitragem, o que não configura uma *consolidation* conforme acima tratada.⁶³⁹

Nas Regras Suíças de 2006⁶⁴⁰, o *joinder* foi recepcionado permitindo que o terceiro solicite sua participação na arbitragem ou que uma das partes da arbitragem em curso requeira o *joinder*. Nesse caso, é conferido poder aos árbitros para decidir, após consulta às partes e levando em consideração as circunstâncias que considerarem relevantes.

Recentemente, as Regras da UNCITRAL⁶⁴¹ incluíram um dispositivo sobre *joinder* estabelecendo o poder dos árbitros para decidir sobre a inclusão de terceiro, a pedido de uma das partes. Essa decisão está condicionada a: (i) que a nova parte tenha celebrado a convenção de arbitragem; e (ii) que a inclusão dessa nova parte não traga prejuízos a nenhuma das partes. Portanto, a aplicação do *joinder* também requer o consentimento das partes envolvidas na arbitragem e da nova parte. A redação do novo artigo da UNCITRAL repete, sobretudo, o art. 22.1(h) da LCIA.

Portanto, o *joinder* também é um instrumento apto a reduzir o problema da existência de procedimentos paralelos, uma vez que busca chamar à mesma arbitragem as possíveis partes interessadas no objeto da controvérsia – desde que essas partes tenham celebrado a convenção de arbitragem que fundamenta esse procedimento arbitral em curso.

---

⁶³⁸LCIA, art. 22.1: “Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views (...) (h) to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party, provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration.”

⁶³⁹POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 219.

⁶⁴⁰Swiss Rules of International Arbitration, art. 4(2): “When a third party requests to participate in arbitral proceedings already pending under these Rules or where a party to arbitral proceedings under these Rules intends to cause a third party to participate in the arbitration, the arbitral tribunal shall decide on such request, after consulting with all parties, taking into account all circumstances it deems relevant and applicable.”

⁶⁴¹Regras de UNCITRAL (revisadas em 2010): “Art. 17.5. The arbitral tribunal may, at the request of any party, allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided such person is a party to the arbitration agreement, unless the arbitral tribunal finds, after giving all parties, including the person or persons to be joined, the opportunity to be heard, that joined should not be permitted because of prejudice to any of those parties. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration.” Disponível no site da UNCITRAL.

SEÇÃO 2. Mecanismos das arbitragens de investimento

Além dos mecanismos de *consolidation* e *joinder*, há outros mecanismos próprios à arbitragem de investimento visando a evitar procedimentos paralelos. Esse fenômeno decorre das peculiaridades do sistema jurídico que embasa os investimentos transnacionais e seus meios de resolução de controvérsias.

Os investimentos realizados por um investidor estrangeiro em um Estado receptor desse investimento são assegurados por dois meios: tratado e contrato.

O primeiro consiste em um tratado bilateral de investimento (TBI⁶⁴²) celebrado entre dois Estados para estabelecer um regime jurídico próprio para os fluxos de investimentos entre eles⁶⁴³. Esses TBIs criam direitos para proteção dos investidores que, se desrespeitados pelo Estado receptor do investimento, suscitará uma demanda com base no tratado (*treaty claim*)⁶⁴⁴.

Além desses tratados, os investimentos estrangeiros também podem decorrer de contratos entre o investidor e os entes do Estado receptor do investimento. Esses contratos podem ser de concessão, firmados com o próprio Estado, com uma de suas províncias ou com suas agências. Desses contratos, emergem direitos e obrigações, cujo descumprimento poderá acarretar uma demanda contratual (*contract claim*)⁶⁴⁵.

O foro competente para julgar essas demandas com base no contrato ou com base no tratado depende da escolha feita pelo investidor diante das cláusulas de resolução de controvérsias apresentadas no TBI e no contrato. Para o exercício dessa opção, o investidor deve identificar os direitos sobre os quais funda sua demanda, se direitos do contrato ou do tratado.

As diferentes vias de resolução de controvérsias entre um investidor e o Estado receptor do investimento, em razão do descumprimento de um tratado bilateral de investimento e/ou de um contrato, corroboram a multiplicidade de procedimentos paralelos em matéria de investimento transnacional.

⁶⁴²Em inglês, é chamado Bilateral Investment Treaty e conhecido pela sigla BIT.

⁶⁴³Além dos TBIs, há também tratados multilaterais de investimento, por exemplo, o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (North American Free Trade Agreement – NAFTA) entre Estados Unidos, Canadá e México e a Energy Charter Treaty.

⁶⁴⁴CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David J. A. op. cit., p. 13.

⁶⁴⁵Id. Ibid., p. 14.

Uma dessas vias é a arbitragem de investimento sob os auspícios do Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias relativas aos Investimentos entre Estados e investidores originários de outro Estado-membro (conhecido pela sigla em inglês “ICSID”)⁶⁴⁶. Esse tipo de arbitragem não provém de um acordo bilateral simultâneo entre as partes (*privy*), mas do direito estabelecido em um tratado. O consentimento entre o investidor e o Estado ou ente estatal para submeterem-se à arbitragem é diferido no tempo⁶⁴⁷: o Estado consente no momento da conclusão de um tratado bilateral ou multilateral de investimento; e o investidor aceita essa “oferta” quando apresenta o seu requerimento de arbitragem perante o ICSID.

As outras opções de foro são: as cortes ou tribunais administrativos do Estado receptor do investimento; e a arbitragem comercial internacional (em geral, sob as regras da UNCITRAL ou da CCI)⁶⁴⁸.

Além dessa diversidade de meios de resolução de controvérsias, o descompasso entre os princípios e as regras que regulam essa realidade e a variedade de medidas disponíveis ao investidor⁶⁴⁹ dão azo à problemática dos procedimentos paralelos em matéria de investimento, conforme destaca Campbell McLachlan⁶⁵⁰:

- (i) Autonomia e separabilidade entre os procedimentos arbitrais: cada demanda instaurada com base em um tratado bilateral de investimento é incomunicável e conduzida separadamente por cada tribunal arbitral;
  - (ii) Não há uma exclusividade para as arbitragens de investimento como meio de solução de controvérsias proveniente nos tratados de investimento. Resta aberta a possibilidade de o requerente ajuizar uma ação nas cortes estatais;
  - (iii) Os tratados de investimento excluem a regra da exaustão das medidas locais.
- Portanto, o investidor não precisa esgotar todos os recursos possíveis perante as cortes estatais do país receptor do investimento antes de iniciar uma arbitragem de

⁶⁴⁶Este centro de arbitragem foi criado pela Convenção de Washington de 1965 e é denominado em francês “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États (CIRDI)”; e em inglês “International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID”. A Convenção e as regras de arbitragem estão disponíveis no site do Banco Mundial:

⁶⁴⁷Por essa particularidade da arbitragem de investimento ICSID, os autores a chamam também: “*arbitration without privy*” (Jan Paulsson); ou “*arbitrage sans accord spécifique*” (Brigitte Stern); ou ainda “*arbitrage transnational unilatéral*” (Ben Hamida). LEBEN, Charles. op. cit., p. 364-365.

⁶⁴⁸BLACKABY, Nigel. PARADELL, Lluís. Part 10. Investment Treaty Arbitration. In: TACKABERRY, John; MARRIOTT, Arthur. *Bernstein’s Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*. Londres: Sweet & Maxwell, 2003. v. 1, para. 10-053 a 10-057.

⁶⁴⁹McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 196-197.

⁶⁵⁰Id. Ibid., p. 254-255.

investimento; e

- (iv) A ampla definição de investimento nos tratados permite que diferentes companhias envolvidas na operação de investimento possa individualmente iniciar um procedimento, surgindo um *parallel treaty claim*.

Distinção entre *treaty claim* e *contract claim*

Diante de todas essas vias de solução de controvérsias que surgem para o investidor estrangeiro, há o risco de que eles recebam uma melhor proteção e tratamento do que os investidores nacionais de um determinado Estado. Isso porque o *forum shopping*, ou melhor, o *arbitral forum shopping*, pode trazer vantagens ao investidor⁶⁵¹. Para exercer essa opção de escolha, o investidor deverá considerar os critérios de distinção entre *treaty claim* e *contract claim*, senão vejamos.

- a) A fonte do direito: uma diferença entre é a origem do direito reclamado, ou seja, a causa de pedir. Uma *treaty claim* decorre de um direito estabelecido e definido em um tratado de investimento; um *contract claim* provém do direito e da obrigação fundados em um contrato. Quanto à origem dos direitos, não há uma sobreposição entre *treaty claim* e *contract claim*⁶⁵².
- b) O conteúdo do direito: os direitos emanados dos tratados são definidos pelo direito internacional (por exemplo, tratamento nacional; tratamento da nação mais favorecida; tratamento não-discriminatório; tratamento justo e equitativo; indenização por expropriação). Já os direitos contratuais são específicos ao investimento a que se referem e definidos pelo direito nacional do Estado receptor do investimento. Entretanto, quanto ao conteúdo dos direitos, pode haver uma sobreposição de *contract rights* e *treaty rights*⁶⁵³.
- c) As partes: em uma *treaty claim*, as partes são o Estado receptor do investimento e o investidor estrangeiro. Portanto, não caberá uma *treaty claim* contra uma unidade da federação, uma província ou uma agência estatal. Caso o investidor traga uma *treaty claim* com base em um ato de uma autoridade

⁶⁵¹BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 128.

⁶⁵²CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David J. A. op. cit., p. 14 e ss.

⁶⁵³Id., loc. cit.

governamental, deverá demonstrar que o Estado é responsável por esse ato de acordo com o direito internacional. Em uma *contract claim*, o Estado somente será parte se ele próprio tiver firmado o contrato com o investidor⁶⁵⁴.

- d) A lei aplicável: os direitos dos tratados são regulados pelo direito internacional; enquanto os direitos dos contratos são regidos pelas leis do Estado receptor do investimento⁶⁵⁵.
- e) A responsabilidade do Estado receptor do investimento: em uma *treaty claim*, busca a responsabilidade do Estado de acordo com o direito internacional; em uma *contract claim*, de acordo com as leis nacionais do Estado⁶⁵⁶.

Embora haja esses critérios de distinção, muitas vezes, os direitos dos tratados e dos contratos estão inter-relacionados e sobrepostos, fazendo com que o investidor busque suas pretensões simultaneamente por diferentes meios. Em consequência deste aparente conflito entre os direitos dos tratados e dos contratos, surge o risco de procedimentos paralelos e de sentenças arbitrais e judiciais contraditórias deles proferidas; e o risco de decisões incoerentes pela confusão entre *treaty claim* e *contract claim*⁶⁵⁷.

Por esse motivo, é fundamental que certas medidas sejam adotadas para impedir essa multiplicidade de procedimentos paralelos decorrentes do mesmo investimento e entre as mesmas partes ou partes relacionadas.

Tanto os contratos quanto os tratados bilaterais de investimento prevêm essas medidas para evitar a duplicação de procedimentos, tais como: *waivers* (A); a escolha definitiva entre uma corte nacional ou um tribunal arbitral internacional – *fork in the road clause* –, do que decorre a renúncia a qualquer outro juízo, uma vez eleita a via arbitral (B); e o conflito entre *parallel treaty arbitration* (C), conforme tratados a seguir.

A. *Waivers*

Segundo Luiz Olavo Baptista, *waiver* significa “a renúncia voluntária de um direito, demanda ou privilégio”⁶⁵⁸. E, citando o dicionário jurídico Black’s Law

⁶⁵⁴CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David J. A. op. cit., p. 14 e ss.

⁶⁵⁵Id., loc. cit.

⁶⁵⁶Id., loc. cit.

⁶⁵⁷Id., loc. cit.

⁶⁵⁸BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 130.

Dictionary⁶⁵⁹, “é um ato unilateral que tem uma consequência jurídica decorrente de um ato ou uma conduta de uma parte contra quem se opera, e de uma omissão de uma parte em favor de quem é necessário agir para completar a operação”⁶⁶⁰.

Em arbitragem de investimento, *waiver* é outro mecanismo utilizado para evitar a multiplicidade de procedimentos paralelos. Por meio desse instrumento, o requerente renuncia a qualquer outra pretensão possível em outro foro, como requisito para o início da arbitragem.

O investidor poderá buscar primeiro suas pretensões contratuais perante as cortes estatais, sem prejuízo de uma eventual demanda decorrente do tratado em uma arbitragem de investimento – desde que o investidor considere que alguns dispositivos ou direitos do tratado não tenham sido cumpridos⁶⁶¹.

Esse método foi introduzido no art. 1121 do NAFTA, estabelecendo como requisito para a instauração da arbitragem a renúncia do investidor, por escrito, ao direito de iniciar um processo judicial ou administrativo contra o Estado que é parte na arbitragem:

NAFTA, art. 1121: “A *disputing investor* may submit a claim under Art. 1116 to arbitration only if: “(...) the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise, **waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to [in Article 1116], except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party(...)**

(...)

3. A consent and waiver required by this Article shall be in writing, shall be delivered to the disputing Party and shall be included in the submission of a claim to arbitration.” (Sublinhamos)

⁶⁵⁹De acordo com o dicionário Black’s Law Dictionary: “The act of waiver per se is a unilateral act, since its effects in terms of extinguishment are occasioned solely by the intent underlying same. The requirement of a waiver in any context implies a voluntary abdication of rights, in as much as this act generally leads to a substantial modification of the pre-existing legal situation, namely, the forfeiting or extinguishment of the right. Waiver thus entails exercise of disposal by the holder thereof in order to bring about this legal effect. Whatever the case, any waiver must be clear, explicit and categorical, it being improper to deduce same from expressions the meaning of which is at all dubious (...)”. BLACK, Henry Campbell. *Black’s law dictionary*. M.A. St. Paul (Minn): West Publishing, 1968. p. 1751.

⁶⁶⁰BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 130.

⁶⁶¹McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 267.

Portanto, o escopo desse dispositivo é evitar qualquer risco de uma duplicação de indenizações relativas à mesma medida governamental por meio de sentenças arbitrais e judiciais. Ademais, note-se que a NAFTA reconhece um conceito mais amplo de investidor, abrangendo toda a unidade econômica do investimento (“economic investment unity”) para o seu alcance *rationae personae*⁶⁶².

Porém, para alguns o artigo é ambíguo quanto à renúncia que deve ser feita pelo investidor: se deve optar ou renunciar às cortes judiciais com relação a todas as pretensões decorrentes do tratado, ou com relação a todas as pretensões relativas àquela controvérsia, independentemente do seu fundamento (contrato ou tratado)⁶⁶³.

Já para Antonio Crivellaro⁶⁶⁴, o *waiver* previsto no NAFTA afasta a ambigüidade da *fork in the road clause* (adiante tratada), pois o foco é a identificação da controvérsia por meio da medida do Estado objeto do procedimento. Portanto, todas as pretensões e os pedidos relativos a essa medida do Estado podem ser submetidas à arbitragem internacional, desde que haja renúncia de procedimentos paralelos.

No caso *Waste Management*⁶⁶⁵, o Tribunal Arbitral considerou que o art. 1121 não estava restrito à renúncia de pretensões equivalentes ou fundadas no descumprimento do NAFTA⁶⁶⁶. O requerente alegava que o dispositivo não se aplicava às demandas relativas à violação pelo México das obrigações decorrentes de outras fontes de direito, como as leis do México. O Tribunal declarou que: “*when both actions have their legal fundaments in the same measures, then they could not continue under the same imminent risk of the claimant obtaining a double benefit with the damages redress.*”⁶⁶⁷

De acordo com essa decisão, o cumprimento do disposto no art. 1121 do NAFTA condiciona a competência do tribunal arbitral, e seu fundamento afasta qualquer possibilidade de o investidor obter compensações sucessivas e indevidas em diferentes jurisdições.

Ademais, impede que o investidor ajuíze uma ação perante o juiz nacional requerendo a responsabilidade contratual do Estado de acordo com a sua lei nacional. No

⁶⁶²McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 268.

⁶⁶³CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David J. A. op. cit., p. 20.

⁶⁶⁴“Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes”, ..., p. 100.

⁶⁶⁵*Waste Management Inc. v. México*, NAFTA/ICSID, 02.06.2000. INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. Waste Management Inc. Claimant and United Mexican State Respondent. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/WasteMgmt-Jurisdiction.pdf>>.

⁶⁶⁶McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 268.

⁶⁶⁷*Waste Management Inc. v. México*, NAFTA/ICSID, *ICSID Review*, 2000, p. 235-236.

âmbito do NAFTA, impõe-se ao investidor a escolha de um único foro competente, independentemente dos fundamentos jurídicos de suas pretensões⁶⁶⁸.

Portanto, a eficácia do *waiver* depende dos termos do tratado que obrigará ou não o investidor a renunciar a qualquer outra via, arbitral e judicial, para submeter as suas pretensões à arbitragem internacional.

B. Fork in the road clause: Corte Estatal ou Tribunal Arbitral?

Uma das medidas decorrentes da doutrina do estoppel da Common Law e que foi transposta aos países de Civil Law é a *electa una via non datur regressus ad alteram*: princípio que visa a evitar a duplicação de procedimentos em relação a uma e mesma demanda, inibindo a existência de decisões incongruentes e outros inconvenientes⁶⁶⁹.

Um exemplo desse princípio é a provisão *fork in the road*, uma cláusula que obriga o investidor a escolher entre a submissão às cortes estatais ou à arbitragem internacional, sendo tal escolha definitiva. O art. 26 da Convenção de Washington dispõe sobre essa cláusula de escolha definitiva:

Convenção de Washington de 1965, art. 26: “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy.(...)”

Vários TBIs prevêm que a escolha de uma via é definitiva (*fork in the road clause*)⁶⁷⁰, com alguns critérios de aplicação, pois é preciso verificar a causa de agir da

⁶⁶⁸LEMAIRE, Axelle. Le nouveau visage de l’arbitrage entre État et investisseur étranger: le chapitre 11 de l’ALENA. *Revue de L’Arbitrage*, n. 1, p. 69-70, 2001.

⁶⁶⁹BAPTISTA, Luiz Olavo. op. cit., p. 138.

⁶⁷⁰Por exemplo, o TBI entre França e Argentina estabelece: “1. Any dispute relating to investments, within the meaning of this agreement, between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, shall, as far as possible, be resolved through amicable consultations between both parties to the dispute. 2. If such dispute could not be solved within six months from the time it was stated by any of the parties concerned, it shall be submitted, at the request of the investor: - either to the national jurisdictions of the Contracting Party involved in the dispute; - or to international arbitration... **Once an investor has submitted the dispute either to the jurisdictions of the Contracting Party involved or to international arbitration, the choice of one or the other of these procedures shall be final.**” (Grifou-se) Versão em inglês do TBI no anexo 1 da Sentença Arbitral ICSID de 21.11.2000, caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal versus Argentina*. INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. In the Matter of the Annulment Proceeding in the Arbitration between. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux, Claimants v. Argentine Republic Respondent*. (Case No. ARB/97/3). Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Eaux-Award.pdf>>.

pretensão do investidor: a) violação da lei nacional que não afeta as garantias decorrentes dos tratados; b) descumprimento contratual que não afeta as garantias previstas nos tratados, ou ainda que está sujeito a uma cláusula de eleição de foro exclusiva; ou c) violação do tratado e do direito internacional⁶⁷¹.

Portanto, se a demanda funda-se em um contrato perante uma corte judicial, a existência de uma *fork in the road clause* não terá eficácia com relação a uma demanda relativa a um tratado perante um tribunal arbitral ICSID. Esse entendimento decorre do fato de tratar-se de pretensões distintas cujo fundamento é different: o contrato (*contract claim*) ou o tratado (*treaty claim*)⁶⁷².

Entretanto, se as demandas submetidas a um tribunal arbitral ICSID são as mesmas que aquelas apresentadas a uma corte estatal ou a outro tribunal arbitral, o investidor terá feito a sua escolha ao acionar a primeira via de solução de controvérsias. Por exemplo, se iniciou uma arbitragem com base no contrato perante uma corte estatal ou um tribunal arbitral, o investidor será impedido de re-litigar a mesma demanda perante uma arbitragem ICSID. O mesmo ocorre se ele invocar suas pretensões com base no tratado em uma corte estatal; nesse caso, terá renunciado ao seu direito de submeter-se a um tribunal arbitral⁶⁷³.

No caso *Vivendi*⁶⁷⁴, foi enunciado o princípio “the essential basis of claim”⁶⁷⁵. O objeto da demanda referia-se a um contrato de concessão para a operação regional dos sistemas de água e esgoto firmado entre uma companhia francesa e sua subsidiária argentina, de um lado, e a província de Tucumán, por outro lado. O contrato continha uma cláusula de eleição de foro indicando as cortes administrativas locais (na Argentina). Porém, as requerentes preferiram iniciar uma arbitragem com base no tratado bilateral França-Argentina, pedindo indenização por ações não apenas relativas ao TBI, mas também relativas ao contrato de concessão.

Note-se que no TBI havia uma cláusula de resolução de controvérsias conferindo uma competência alternativa à arbitragem ad hoc sob as regras da UNCITRAL ou à

---

⁶⁷¹PAULSSON, Jan. *Denial of justice in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 127.

⁶⁷²McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 262.

⁶⁷³Id. Ibid., p. 263.

⁶⁷⁴*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal versus Argentina*, Sentença ICSID, de 21.11.2000. INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. In the Matter of the Annulment Proceeding in the Arbitration between. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux, Claimants v. Argentine Republic Respondent. (Case No. ARB/97/3). Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Eaux-Award.pdf>>.

⁶⁷⁵PAULSSON, Jan. *Denial of justice in international law*, cit., p. 127.

arbitragem ICSID, a ser escolhida pelo investidor. Entretanto, essa escolha seria definitiva⁶⁷⁶.

O Tribunal Arbitral reconheceu sua competência para julgar apenas as questões relativas ao TBI e não aquelas que dependiam da interpretação do contrato, que deveriam ser remetidas às cortes locais, conforme os termos da cláusula de eleição de foro. Porém o Comitê, que julgou o pedido de anulação dessa parte da sentença, entendeu que o Tribunal havia excedido sua competência ao recusar-se a julgar a matéria relativa ao TBI, ainda que houvesse uma sobreposição entre as pretensões do contrato e do TBI, conforme transcrevemos:

“As to the relation between breach of contract and breach of treaty in the present case, it must be stressed that Articles 3 and 5 of the BIT do not relate directly to breach of a municipal contract. Rather they set an independent standard. **A state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa**, and this is certainly true of these provisions of the BIT. The point is made clear in Article 3 of the ILC Articles, which is entitled ‘Characterization of an act of a State as internationally wrongful’:

The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

In accordance with this general principle (which is undoubtedly declaratory of general international law), whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law—in the case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucumán.

(...)

In a case where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect to any valid choice of forum clause in the contract.

(...)

On the other hand, **where ‘the fundamental basis of the claim’ is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard**. At most, it might be relevant—as municipal law

---

⁶⁷⁶*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal versus Argentina*, Sentença ICSID, de 21.11.2000. INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. In the Matter of the Annulment Proceeding in the Arbitration between. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux, Claimants v. Argentine Republic Respondent, cit.

will often be relevant—in assessing whether there has been a breach of the treaty.”⁶⁷⁷

Outrossim, os tribunais têm afastado os argumentos que invocam a *fork in the road clause* quando não há identidade de partes ou de causa de pedir.

No caso *Azurix versus Argentina*, o Tribunal desconsiderou a cláusula de eleição de foro, pois o contrato vinculava o investidor a um terceiro, e não ao Estado receptor do investimento. Por conseguinte, foi rejeitada a pretensão advinda da cláusula de escolha definitiva prevista no tratado (*fork in the road clause*)⁶⁷⁸.

No caso *CMS versus Argentina*, o Tribunal Arbitral declarou:

“Decisions of several ICSID tribunals have held that as contractual claims are different from treaty claims, even if there had been or there currently was a recourse to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of the treaty claims to arbitration. This Tribunal is persuaded that with even more reason this view applies to the instant dispute, since no submission has been made by CMS to local courts and since, even if TGN had done so – which is not the case –, this would not result in triggering the ‘fork in the road’ provision against CMS. Both the parties and the causes of action under separate instruments are different.”⁶⁷⁹

Portanto, a *fork in the road clause* tem eficácia perante as mesmas demandas, com mesmo objeto, entre as mesmas partes e com base na mesma causa de pedir (contrato ou tratado)⁶⁸⁰. Esses critérios assemelham-se aos requisitos da litispendência e da coisa julgada (identidade de partes, causa de pedir e pedido)⁶⁸¹, muito embora não haja uma aplicação desses princípios à arbitragem de investimento.

⁶⁷⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal versus Argentina*, ICSID, Decisão sobre anulação, 03.07.2002, para. 95-101. INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. In the Matter of the Annulment Proceeding in the Arbitration between. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic. Disponível em: <http://ita.law.uvic.ca/documents/vivendi_annulEN.pdf>.

⁶⁷⁸ FADLALLAH, Ibrahim. La distinction ‘treaty claims – contract claims’ et la compétence de l’arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route?” In: *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement - Nouveaux développements*. Paris: LGDJ, 2006.

⁶⁷⁹ *CMC Gas Transmission Co. versus Argentina*, Sentença sobre Jurisdição, ICSID, 17.07.2003, para. 80. INTERNATIONAL TREATY ARBITRATION. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): CMS GAS. Transmission Company V. The Republic of Argentina. Disponível em: <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf>.

⁶⁸⁰ McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 265.

⁶⁸¹ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Interpretation of Treaties: how do arbitral tribunals interpret dispute settlement provisions embodied in investment treaties?” In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. *Pervasive problems in international arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005. p. 265.

Note-se ainda ser difícil de imaginar demandas relativas a direitos estabelecidos em TBIs submetidos a cortes estatais. Mas, somente no caso de a ação judicial perante a corte estatal trazer as mesmas demandas relativas ao BIT, por exemplo, desrespeito ao tratamento justo e equitativo ou expropriação, poderia haver o exercício da escolha definitiva pela *fork in the road clause*⁶⁸².

Como condições para sua aplicação, Abrahim Fadlallah⁶⁸³ destaca que essa cláusula de escolha definitiva (“*clause de choix définitif*”) deverá ser estabelecida entre as mesmas partes, para ser exercida pelo investidor (evitando-se que o Estado suprima qualquer opção). Quanto à identidade de objeto, aconselha que qualquer divisão do litígio em diferentes fatias deve ser feita com prudência, pois a finalidade dessa cláusula é “evitar o *dépeçage* dos litígios”. E, se as partes forem as mesmas, discorda da restrição à competência do ICSID, que estaria limitada às violações oriundas dos tratados, mesmo quando o contrato contenha uma cláusula de eleição de foro.

Nesse sentido, o entendimento anterior proferido, no caso *Holiday Inns versus Marrocos*⁶⁸⁴, permitia a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a unidade do investimento (*unity of the investment*) ou da operação, o que incluiria tanto pretensões originárias do contrato quanto do tratado⁶⁸⁵. Por conseguinte, asseguraria a existência de um único procedimento sobre a mesma relação jurídica, sem o risco de decisões contraditórias proferidas em procedimentos paralelos.

Porém, tendo em vista a tendência de considerar a competência de acordo com a origem dos direitos envolvidos (contratual ou do tratado), não é interessante ao investidor valer-se de uma única via para submeter todas as suas pretensões.

Visando à unidade do procedimento em matéria de investimento, Campbell McLachlan defende a eficácia da cláusula *fork in the road* quando o investidor optar pelo início de “uma demanda equivalente em substância” àquele direito proveniente de um TBI contra o Estado receptor do investimento⁶⁸⁶. Ou seja, propõe um conceito mais amplo de causa de agir, a fim de trazer direitos contratuais e dos tratados para um mesmo procedimento⁶⁸⁷.

⁶⁸²BLACKABY, Nigel. PARADELL, Lluís. op. cit., v. 1, para. 10-045.

⁶⁸³FADLALLAH, Ibrahim. op. cit.

⁶⁸⁴*Holiday Inns S.A. e outros versus Marrocos*, ICSID caso n. ARB/72/1.

⁶⁸⁵CRIVELLARO, Antonio. op. cit., p. 98-99.

⁶⁸⁶McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 267.

⁶⁸⁷Id. Ibid., p. 298.

Essa distinção entre descumprimento do tratado de acordo com o direito internacional e do contrato de acordo com a lei aplicável (*lex contractus*) pode ser perturbada ainda mais com a inclusão de uma *umbrella clause*: quando um Estado garante por um tratado suas obrigações celebradas em um contrato, trazendo esses compromissos sob o “guarda-chuva de proteção do tratado”⁶⁸⁸.

Nos casos *SGS versus Paquistão* e *SGS versus Filipinas*, os árbitros julgaram sobre fatos semelhantes de maneira diversa⁶⁸⁹. No caso *SGS versus Paquistão*, SGS iniciou uma arbitragem no Paquistão, conforme previsto na cláusula compromissória inserida no contrato de concessão. Posteriormente, iniciou uma arbitragem com base no TBI Suíça-Paquistão, que dispunha em seu art. 11: “*Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.*”

A Suprema Corte do Paquistão considerou que SGS tinha renunciado à arbitragem de investimento com base no TBI ao começar a arbitragem local e ordenou uma medida para impedir SGS de continuar com a arbitragem ICSID. Já o tribunal ICSID recomendou ao Paquistão que desistisse de aplicar a *contempt* nas cortes paquistanesas, que a arbitragem local fosse suspensa, enquanto o tribunal ICSID julgasse sobre sua própria jurisdição. Declarou que seria um desperdício de recursos nos dois procedimentos relativos à mesma ou, substancialmente, à mesma causa prosseguir separadamente, enquanto um tribunal decide sobre sua competência⁶⁹⁰.

Na seqüência, o tribunal declarou que tinha jurisdição para decidir somente as demandas baseadas no tratado, não no contrato, cuja cláusula compromissória remetia a uma arbitragem local para julgar os inadimplementos contratuais. Portanto, as demandas contratuais em outro foro, não impediam o investidor de prosseguir com as demandas TBI

---

⁶⁸⁸McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 269. Para citar um exemplo de *umbrella clause*, veja o TBI entre Alemanha e Paquistão de 1959: “*Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party.*” Essa responsabilidade do Estado perante o investidor determinada em um contrato é transformada em uma responsabilidade internacional. Segundo Vandevled: “*Under this clause [an umbrella clause], a party’s breach of an investment agreement with an investor becomes a breach of the BIT, for which the investor or its state may seek a remedy under the investor-to-state or state-to-state disputes procedures. In effect this clause authorizes use of the BIT’s disputes procedures to enforce investment agreements between the investor and the host state.*” In SINCLAIR, Anthony C. The origins of the Umbrella clause in the international law of investment protection. *Arbitration International*, n. 20, p. 432, 2004.

⁶⁸⁹McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 274.

⁶⁹⁰*SGS versus Paquistão*, Ordem Processual n. 2, 16.10.2002. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13). Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/SGS-order.pdf>>.

perante o tribunal ICSID. E acrescentou que uma *umbrella clause* não tem o efeito de elevar uma demanda contratual a uma demanda de tratado⁶⁹¹.

Já no caso *SGS versus Filipinas*, o contrato de concessão tinha uma cláusula de eleição de foro elegendo as cortes das Filipinas. O TBI Suíça-Paquistão tinha uma *umbrella clause*. A arbitragem foi iniciada perante o ICSID com base em inadimplementos contratuais e do TBI.

O tribunal ICSID entendeu que tinha competência para julgar as demandas contratuais, uma vez que a *umbrella clause* permitia trazer determinadas obrigações entre Estado e investidor dentro do âmbito do TBI⁶⁹².

O sistema da *umbrella clause*, quando inserida no tratado, exige que o Estado respeite todas as suas obrigações, incluindo as contratuais. No caso *SGS versus Paquistão*, o tribunal ICSID foi limitado às obrigações do tratado; já no caso *SGS versus Filipinas*, o tribunal reconheceu sua competência para julgar as questões contratuais, tendo em vista a vontade das partes expressa na cláusula de resolução de controvérsias⁶⁹³.

No estágio atual, a divergência quanto ao tratamento dado às pretensões relativas ao contrato e ao tratado, resulta em uma pluralidade de foros estatais e arbitrais, em um alto custo às partes, no risco de decisões conflitantes e, ainda, na possibilidade de compensações duplicadas à mesma parte.

Como soluções possíveis, pode-se adotar uma distinção mais rigorosa entre *contract claim* e *treaty claim*, para haver maior coerência e segurança jurídica no sistema das arbitragens de investimento⁶⁹⁴; ou pode-se buscar um conceito voltado ao objeto da controvérsia (por exemplo, a medida do Estado que deu azo à arbitragem), de modo a abarcar em um mesmo procedimento pretensões originárias de tratados e de contratos⁶⁹⁵. Tendemos à segunda solução, pois evitaria que o investidor fosse recompensado em dobro sobre o mesmo ato governamental, sem ater-se a uma classificação rígida da origem da pretensão, se contratual ou do tratado.

---

⁶⁹¹McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 275.

⁶⁹²*SGS versus Filipinas*, Decisão de jurisdição, 29.01.2004. INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. Washington D.C. SGS Société Générale de Surveillance S.A. (Claimant) versus Republic of the Philippines (Respondent). Disponível em: <http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf>.

⁶⁹³FADLALLAH, Ibrahim. op. cit.

⁶⁹⁴KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. op. cit., p. 272.

⁶⁹⁵CRIVELLARO, Antonio. op. cit., p. 103.

C. *Parallel Treaty Arbitration*

O fenômeno das arbitragens de investimento paralelas decorre da “natureza fragmentada da moderna proteção aos investimentos”⁶⁹⁶ por meio de vários tratados bilaterais que conferem “remédios” de direito internacional e de direito nacional em relação à mesma medida governamental⁶⁹⁷. Por esse motivo, é importante entender a relação entre os as arbitragens TBI (*treaty arbitration*) e as demandas contratuais (*contract claim*) de investimento envolvendo as mesmas partes perante cortes judiciais ou arbitragens comerciais.

O incremento dos procedimentos paralelos deve-se também a possibilidade de diferentes requerentes em potencial (por exemplo, o acionista indireto da companhia ou a companhia investidora direta) apresentarem uma demanda com relação ao mesmo investimento, mas com base em TBIs distintos, com relação aos mesmos direitos. Esse é um problema decorrente da ausência de força vinculante das decisões emanadas do sistema de arbitragem ICSID⁶⁹⁸.

No caso já comentado *República Tcheca*, embora as doutrinas da litispendência e da coisa julgada não tenham sido acolhidas, nada impediria que elas fossem aplicadas no caso de duas arbitragens de investimento TBI, vez que ambas estão na mesma ordem jurídica do direito internacional⁶⁹⁹.

Cabem ainda alguns esclarecimentos sobre o conflito aparente entre os casos *Robert Lauder versus República Tcheca* e *CME versus República Tcheca*. Ambos os casos concordaram que a República Tcheca adotou medidas arbitrárias e discriminatórias que interferiram com os direitos do investidor, violando os TBIs aplicados em cada caso (TBI Estados Unidos-República Tcheca, pois Lauder era um cidadão americano; e TBI Holanda-República Tcheca, pois CME era uma sociedade holandesa).

Porém, a República Tcheca arguiu apenas tardiamente e perante a Corte de Apelação de Estocolmo a possível litispendência e coisa julgada entre as duas arbitragens. Esse comportamento da República Tcheca foi considerado uma renúncia à aplicação desses princípios. Provavelmente, esse fato influenciou a Corte de Apelação a fazer uma

⁶⁹⁶McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 282.

⁶⁹⁷Id. Ibid., p. 294.

⁶⁹⁸KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. op. cit., p. 258.

⁶⁹⁹McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 286.

análise restritiva da possível coisa julgada entre os casos, buscando a identidade de partes, causa de pedir e pedido, concluindo que não havia coisa julgada pela ausência de identidade de partes.

Ademais, a República Tcheca recusou a proposta de *consolidation* dos dois procedimentos. Como se tratavam de duas arbitragens *ad hoc* sob as regras da UNCITRAL, não havia uma Secretaria como a do ICSID para recomendar com mais firmeza a conexão.

Em outras arbitragens de investimento, a aplicação da doutrina da coisa julgada foi aceita⁷⁰⁰. Outra medida para evitar o risco de duplicação de procedimentos e de decisões contraditórias, é a suspensão do procedimento arbitral pelo exercício do poder discricionário dos árbitros, quando houver outro tribunal julgando a mesma causa, como no caso *SPP versus Egito*⁷⁰¹.

Porém, se for adotado o teste da tríplice identidade (de partes, causa de pedir e pedido), será muito limitado o campo de aplicação dos princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragens de investimento tão somente às arbitragens envolvendo o mesmo requerente e decorrente do mesmo TBI⁷⁰².

Campbell McLachlan defende, contudo, um conceito mais amplo de identidade de partes para arbitragens de investimento. Considerando o conceito distendido de investidor no âmbito do ICSID, tanto acionistas minoritários de nacionalidades diferentes, além da própria sociedade que realizou o investimento diretamente, podem ser partes em uma arbitragem pela Convenção de Washington de 1965. Portanto, no conceito de identidade de partes podem ser agrupados sociedades e indivíduos com interesses comuns e indissociáveis⁷⁰³.

Outras soluções que se somam à extensão da identidade de partes são: (i) a adoção de um conceito amplo de investimento para considerá-lo uma única operação econômica pelo princípio “unity of the investment”; e (ii) a identificação do epicentro da controvérsia

---

⁷⁰⁰*Waste Management*, Objeções Preliminares, NAFTA/ICSID, 2000; *Compagnie Générale de l'Orénoque*, em 1905; *the SS Newchwang*, claim n. 21. McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 287.

⁷⁰¹*SPP versus Egito*: “When the jurisdiction of two unrelated and independent tribunals extend to the same dispute, there is no rule of international law which prevents either tribunal from exercising its jurisdiction. However, in the interest of international judicial order, either of the tribunals may, in its discretion and as a matter of comity, decide to stay the exercise of its jurisdiction pending a decision by the other tribunal”.

⁷⁰²McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 287.

⁷⁰³Id. Ibid., p. 291-292.

quando a origem comum for a mesma medida do Estado⁷⁰⁴.

Em suma, constata-se que em decorrência da natureza da arbitragem de investimento, que confere uma diversidade de meios de proteção ao investidor estrangeiro, com base em contratos e tratados, além de medidas para delimitar a competência do foro a critério do investidor (*waivers* e *fork in the road clause*), o problema dos procedimentos paralelos são ainda uma realidade em que possíveis soluções devem ser testadas.

---

⁷⁰⁴CRIVELLARO, Antonio. op. cit., p. 116.

CONCLUSÃO

Conforme assinala Julien Lew em suas conclusões sobre a realidade e os desafios dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional, “a globalização é um fenômeno em expansão desde a última parte do século 20. Junto com a facilidade e o imediatismo da comunicação ao redor do mundo, celulares, fac-símile, e-mail e uma coletânea de informações via internet, a economia mundial condensou-se significativamente. Fusos horários, diferentes idiomas e mesmo termos gerais de contratos comerciais apresentam pouca dificuldade. Problemas não-comerciais, que afetam diretamente as relações contratuais, têm duas causas maiores: cultural ou diferenças de compreensão, e influências ou ações políticas. A soberania do Estado continua sendo uma realidade e há uma estreita linha entre o exercício do poder soberano e as influências globais, incluindo realidades política, econômica e factual.”⁷⁰⁵

O autor contextualiza muito bem o ambiente que propiciou o desenvolvimento dos procedimentos paralelos internacionais pela proximidade das relações comerciais e pelo aumento do fluxo de investimentos transfronteiriços.

Nesta seara do comércio internacional, também os Estados despontam como partes em investimentos transnacionais, suscitando a necessidade de tratados bilaterais e multilaterais de investimento entre eles, além de contratos entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor do investimento a fim de assegurar a proteção do investidor perante o Estado soberano. Dentro desse sistema de proteção ao investidor, ele pode valer-se de diferentes mecanismos de resolução de conflitos previstos nos contratos e nos tratados, acarretando uma duplicação ou multiplicação de procedimentos paralelos.

No âmbito comercial, as relações também se tornaram mais complexas e as operações envolvem diversos contratos e partes relacionadas dispendo sobre distintas cláusulas de eleição de foro e cláusulas compromissórias.

A consequência dessa realidade econômica são os procedimentos paralelos

---

⁷⁰⁵“Globalization has been an increasing phenomenon since the latter part of the 20th century. Together with the facility and immediacy of communication around the world, mobile phones, facsimiles, e-mail, and the collection of information via internet, the business world has shrunk enormously. Time zones, language differences and even general commercial contract terms present little difficulty. Non-commercial problems, which directly affect the contractual relationship, have two major causes: cultural or understanding differences, and political influences or actions. State sovereignty remains a reality and there is a tight line between the exercise of sovereign power and global influences, including political, economic and factual reality.” LEW, Julian D.M. op. cit., p. 306.

conflitantes – que envolvem as mesmas partes ou partes afins com relação ao mesmo objeto da controvérsia – que trarão efeitos negativos na esfera jurídica internacional, tais como: o risco de sentenças contraditórias; alto custo incorrido em procedimentos que versam sobre a mesma relação jurídica; tempo excessivo para a solução dos procedimentos; além do risco de injustiças. De fato, essa situação dos procedimentos paralelos no contencioso internacional é “endêmica”⁷⁰⁶, enquanto uma característica própria do direito internacional contemporâneo, em que há uma pluralidade de ordenamentos jurídicos nacionais e de meios de solução de controvérsias (tribunais internacionais, arbitragem institucional, arbitragem *ad hoc*, além das cortes judiciais estatais).

Internamente, as ações paralelas concomitantes esbarram no princípio da litispendência (ou no *forum non conveniens*) e, as ações paralelas sucessivas, no princípio da coisa julgada (ou nos *pleas of estoppels*).

Porém, internacionalmente, tais princípios não são transpostos automaticamente, pois requer uma cooperação entre os Estados, o que deverá ser regulada por convenções internacionais, como, por exemplo, o Regulamento Europeu n. 44/2001 dentre os países da União Européia.

Ademais, como observamos na Primeira Parte do trabalho, esses princípios assemelham-se quanto à sua função de evitar procedimentos paralelos, mas recebem tratamento e alcance diverso nos países de Civil Law e de Common Law. Na verdade, o que se constata é que a litispendência e a coisa julgada acabam descrevendo a mesma problemática dos procedimentos paralelos sem propor uma solução unânime em arbitragem internacional. Em razão dessas divergências, é necessário buscar uma uniformidade por meio de regras materiais transnacionais ou, ao menos, uma harmonização por meio de regras de conflito que serão aplicadas aos conflitos internacionais.

Quando examinamos a aplicação do princípio da litispendência em arbitragem internacional, vislumbramos duas hipóteses. No procedimento paralelo entre tribunal arbitral versus tribunal arbitral, verificamos que se trata de um conflito entre jurisdições igualmente competentes e, por esse motivo, é adequada a aplicação de uma litispendência arbitral. Já no procedimento paralelo tribunal arbitral versus corte estatal, há um conflito

---

⁷⁰⁶Campbell MacLachlan classifica muito bem esse fenômeno dos procedimentos paralelos como endêmico, mas ressalta que essa situação não constitui uma aberração. McLACHLAN, Campbell. op. cit., p. 461.

entre competências diferentes, a do juiz e a do árbitro, pois a competência deste tem origem na cláusula compromissória, cujo principal efeito é excluir a competência daquele.

Nesse caso, não se poderia simplesmente aplicar o princípio da litispendência, sendo necessário adotar um princípio próprio à arbitragem: o princípio da competência-competência. A finalidade maior desse princípio é proteger a jurisdição arbitral da estatal por meio dos seus efeitos positivo (dirigida aos árbitros, que terão preferência para julgar sobre sua competência) e negativo (dirigido ao juiz, que deverá declinar de sua competência a favor do árbitro) – muito embora esse último efeito não seja amplamente recepcionado nas legislações nacionais e convenções internacionais.

Com relação à aplicação do princípio da coisa julgada em arbitragem internacional, examinamos o reconhecimento da coisa julgada para uma sentença arbitral nas legislações nacionais e nas convenções internacionais. Entretanto, algumas lacunas dificultam o controle da circulação dessas sentenças arbitrais transitadas em julgado. A Convenção de Nova Iorque de 1958, por exemplo, refere-se à obrigatoriedade da sentença como condição para o seu reconhecimento e execução (art. V.1(e)), mas não dispõe do momento em que a sentença se torna obrigatória, reservando às leis processuais aplicáveis à sentença responderem à questão.

Ademais, tendo em vista a possibilidade de leis mais favoráveis prevalecerem na promoção da circulação das sentenças arbitrais (Convenção de Nova Iorque, art. VII), outra questão foi suscitada: a da possibilidade do reconhecimento de uma sentença anulada no país da sede da arbitragem. Esta consequência encontra-se restrita a alguns países de legislação mais liberal, como França e Holanda, e alinha-se à representação transnacional da arbitragem que reconhece uma ordem jurídica arbitral. Dessa ordem jurídica arbitral, emana uma sentença arbitral desconectada da sede e que não será afetada pela decisão de uma corte judicial que a anulou no país de origem. A recepção dessa sentença anulada no país da sede dependerá das leis do Estado em que se requer o seu reconhecimento e a sua execução.

Outro efeito da sentença arbitral transitada em julgada que abordamos, foi a possibilidade do reconhecimento do *stare decisis*, ou seja, da força de precedente em arbitragem internacional. Nota-se que, embora elas não tenham essa característica típica dos países de Common Law, elas têm auxiliado os árbitros na interpretação de tratados, no caso das arbitragens de investimento, e na elaboração de tendências em direito internacional e no desenvolvimento da *lex mercatoria*.

No último capítulo, analisamos outros mecanismos utilizados em arbitragem para afastar o problema dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional. Primeiramente, verificamos a possibilidade de conexão (*consolidation*) dos procedimentos paralelos em um único procedimento, em geral, de duas arbitragens sob os auspícios de uma mesma instituição arbitral; e também o *joinder* de uma nova parte à arbitragem. O recurso a esses instrumentos requer o consentimento das partes expressamente ou implicitamente, a partir da escolha de um regulamento de arbitragem que os estabelece. Aliás, nota-se que muitos regulamentos revisados recentemente adotaram esses mecanismos (Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010; Regras da SCC de 2007; e Regras de Arbitragem Internacional da Suíça de 2004), demonstrando essa preocupação em evitar procedimentos paralelos entre as mesmas partes ou partes relacionadas sobre a mesma relação jurídica. Ademais, vimos que, na ausência de um consentimento para conectar os procedimentos, é possível uma *de facto consolidation*, por meio da constituição do mesmo tribunal arbitral para as arbitragens relacionadas em curso paralelamente.

Por fim, tratamos dos mecanismos próprios às arbitragens de investimento que também visam a evitar a duplicação de procedimentos. Conforme inicialmente mencionado, a pluralidade de vias de resolução de controvérsias propiciada aos investidores enseja o recurso a diferentes mecanismos (arbitragem *ad hoc*, arbitragem ICSID e processos judiciais no Estado receptor do investimento) com base em direitos advindos de contratos (*contract claim*) com base no direito nacional e de tratados (*treaty claim*) com base no direito internacional. Para esses casos, aplicam-se *waivers* – escolha de uma única via e renúncia das demais –, *fork in the road clause* – escolha definitiva da via arbitral ou da estatal –, e, em *parallel treaty arbitration*, a análise ampla de conceitos para uma possível conexão de procedimentos paralelos ou aplicação de uma litispendência mais abrangente.

Após esse panorama da problemática dos procedimentos paralelos e das possíveis medidas adotadas no contencioso internacional, na arbitragem internacional comercial e de investimento para impedir ou minimizar o risco de decisões contraditórias, vejamos algumas possíveis soluções adequadas ao direito da arbitragem internacional.

Possíveis soluções

Conforme discurramos ao longo deste trabalho, os procedimentos paralelos são fruto da ausência de um sistema coeso e uniforme e da falta de coordenação entre tribunais arbitrais e cortes judiciais, ou entre dois tribunais arbitrais.

Diante desse contexto plural que apresenta diferentes legislações nacionais e a ausência de uma convenção internacional que regule os efeitos dos procedimentos paralelos em arbitragem internacional, são bem-vindas as Recomendações da International Law Association (ILA) que servem como guia aos árbitros para descobrir a lei aplicável: regras materiais transnacionais ou leis nacionais indicadas pelo método conflitual.

Embora não haja regras de caráter obrigatório na esfera internacional para controlar esse fenômeno, uma *soft law* como as Recomendações da ILA representa um passo importante rumo a uma convenção internacional de alcance maior e com efeito vinculante aos Estados ratificantes. O trabalho da ILA resulta de um esforço doutrinário de análise das convergências e divergências encontradas em direito comparado para desenvolver regras próprias a uma ordem jurídica particular, como a arbitral, visando à harmonização e à uniformização do direito da arbitragem internacional.

A fim de consolidar essas regras transnacionais e desenvolver novas regras materiais, é necessário um controle dos procedimentos paralelos conflitantes em arbitragem internacional. Tal controle é mais viável em sistemas de arbitragens institucionalizadas, como a CCI e o ICSID, cujos centros podem acompanhar a apresentação de requerimentos de arbitragem relativos à outra arbitragem em curso ou relativos a uma sentença arbitral já proferida.

Ademais, a publicação dessas sentenças arbitrais – preservando a identidade das partes e garantindo certa confidencialidade do objeto da controvérsia – seria um meio de propiciar um maior intercâmbio entre as instituições arbitrais e os árbitros para o controle dos procedimentos em si e para consolidar tendências na regulação desses procedimentos paralelos que culminarão em regras transnacionais.

Essa interação e coordenação na arbitragem internacional, sem tirar a sua autonomia, se alinhada ao esforço doutrinário pela uniformização, promoveriam maior consistência e segurança jurídica nas relações comerciais internacionais. Eis a solução que se coaduna com a concepção transnacional da arbitragem que evolui em meio a uma

economia também transnacional, que “necessita de um sistema de justiça que não se satisfaz nas particularidades nacionais”,⁷⁰⁷. Sendo, portanto, imprescindível o desenvolvimento de regras próprias à ordem jurídica arbitral, regras verdadeiramente transnacionais.

---

⁷⁰⁷ “La représentation transnationale de l’arbitrage s’inscrit de surcroît dans l’évolution de la société mondialisée (...) Il n’y a pas de mystère à ce que la conception transnationale de l’arbitrage, ‘rouage clé des institutions de la société marchande’, pour Bruno Oppetit (...) devienne dominante dans une économie, elle-même transnationalisée. Cette économie a besoin d’un système de justice qui ne peut se satisfaire des particularismes nationaux.” LOQUIN, Eric. À propos de l’ouvrage d’Emmanuel Gaillard: aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international, cit., p. 325.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADELL, Stephan. L'exequatur d'une sentence arbitrale attaquée au lieu du siège de l'arbitrage, dont le droit est soumis au Traité OHADA – CA Paris, 31 janvier 2008: Société ivoirienne de raffinage (RG n° 06/07787), *Chronique de Droit de l'Arbitrage, Petites Affiches*, n. 199, p. 3, 3 out. 2008.

ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>.

ANTI-SUIT Injunctions in International Arbitration. General Editor: Emmanuel Gaillard. Seminário, Paris, 21.11.2003. Juris Publishing, (International Arbitration Institute -IAI).

ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. esp. p.41-88, jan./dez. 2003.

AUDIT, Bernard. Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales. In: *Le droit international prive: esprit et méthodes*, Mélanges em l'honneur de Paul Lagarde Paris: Dalloz, 2005. p. 19-36.

_____. *Droit international privé*. 3. ed. Paris: Economica, 2000.

_____. *Droit international privé*. 4. ed. Paris: Economica, 2006.

_____. French Court Decisions on Arbitration, 2007-2008. *ICC Bulletin*, v. 19, n. 2, p. 13-23

_____. L'arbitre, le juge et la Convention Bruxells. In: *Internationalisation du droit: mélanges em l'honneur de Yvon Loussouarn*. Paris: Dalloz, 1994. p. 15-29.

BAGNER, Hans. Swedish Appeals Court 'Strikes Delicate Balance' in Czech Republic v. CME. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 18, n. 6, Jun. 2003.

BAIZEAU, Domitille. Modification de l'article 186 de la LDIP suisse: procédures parallèles, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento. *Cahiers de l'arbitrage*, n. 1, p. 19-24, 2007.

BALKANYI-NORDMANN, Nadine. The perils of parallel proceedings: is an arbitration award enforceable if the same case is pending elsewhere? *Dispute Resolution Journal*, American Arbitration Association, p. 21-29, nov. 2001/jan. 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Lições de direito internacional: estudos e pareceres*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Parallel arbitrations – waivers and estoppels. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 127-142.

_____. Sentença parcial em arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, p. 173-195, abr./jun. 2008.

_____; MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. In: _____. *Temas de direito processual civil*, 5ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.733, p. 11-23, nov. 1996.

_____. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 9, p. 307-314, jul./set. 2000.

BAUM, Axel H. International arbitration: the path toward uniform procedures. In: ASKEN, Gerald; BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz; MUSTILL, Michael J.; PATOCCHI, Paolo Michele; WHITESELL, Anne Marie (Coords.). *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005.

_____. Reconciling anglo-saxon and civil law procedure: the path to a procedural lex arbitrationis. In: BRINER, Robert; FORTIER, L. Yves; BERGER, Klaus Peter; BREDOW, Jens (Eds.). *Law of international business and dispute settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Bockstiegel*. Koln; Berlin; Bonn; München: R Carl Heymanns Verlag, 2001. p. 21-30.

BEELEY, Mark; SERIKI, Hakeem. Res Judicata: recent developments in arbitration. *International Arbitration Law Report*, n. 4, p. 111-116, 2005.

BELL, Andrew S. *Forum shopping and venue in Transnational Litigation*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BEN HAMIDA, Walid. La consolidation des procédures arbitrales. In: FADLALLAH, Ibrahim; LEBEN, Charles; TEYNIER, Éric (Eds.). *Investissements internationaux et arbitrage. Les cahiers de l'arbitrage*. Paris: Pedone, 2008.

BENSAUDE, Denis. The International Law Association's Recommendations on Res Judicata and Lis Pendens in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, v. 24, n. 4, p. 415-422, 2007.

BERG, Albert van den. The application of the New York Convention by the Courts. In: BERG, Albert van den (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Paris, 3-6 mai 1998. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 1998. p. 25-34. (ICCA Congress series n. 9).

_____. The efficacy of award in international commercial arbitration, *Arbitration Insights, Twenty years of the annual lecture of the School of International Arbitration*, Julian D.M. Lew e Loukas Mistelis (Coord.), Kluwer Law International, 2007, para. 7.61-7.69.

_____. Enforcement of arbitral awards annulled in Russia. *Journal of International Arbitration*, v. 27, p. 179-198.

_____. L'exécution d'une sentence arbitrale em dépit de son annulation, *Bulletin de la CCI*, v. 9, n. 2, p. 15-21, Nov. 1998.

_____. *The New York Arbitration Convention of 1958 towards a uniform judicial interpretation*. Boston; London; Frankfurt: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.

_____. New York Convention of 1958: refusals of enforcement. *ICC Bulletin*, v. 18, n. 2, p. 1-35, 2007.

BERGER, Klaus-Peter. *International economic arbitration*. Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993. v. 9.

_____. Set-off in international economic arbitration. *Arbitration International*, n. 1, p. 66, 1999.

BERMANN, George A. Jurisdiction: Courts vs. Arbitrators. In: CARTER, James H.; FELLAS, John (Coords.). *International Commercial Arbitration in New York*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 135-200.

BESSON, Sébastien. Du nouveau sur la reconnaissance aux États-Unis d'une sentence annulée dans son État d'origine, *Bulletin ASA*, n. 1, p. 60-70, 2000.

BEZDEK, Bianca. *Lauder v. Czech Republic: CME v. Czech Republic; Panels in London and Stockholm reach Opposite Results in Treaty Arbitration on Media Investment – Summary*. *ASA Bulletin*, v. 20, n. 2, p. 249-257, 2002.

BLACK, Henry Campell. *Black's law dictionary*. M.A. St. Paul (Minn): West Publishing, 1968.

_____. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul-Minn.: West Publishing, 1990.

BLACKABY, Nigel; LINDSEY, David; SPINILLO, Alessandro (Eds.). *International arbitration in Latin America*. The Hague; London; New York: Kluwer Law International, 2002.

_____; PARADELL, Lluís. Part 10. Investment Treaty Arbitration. In: TACKABERRY, John; MARRIOTT, Arthur. *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*. Londres: Sweet & Maxwell, 2003. v. 1, para. 10-001–10-065.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia. Part I Germany as a place for international and domestic arbitrations – general overview. In: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael et al. (Eds.). *Arbitration in Germany: the model law in practice*. Kluwer Law International, 2007.

BOISSESON, Mathieu. *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Paris: Loly, 1990.

_____. La jonction de parties à l'instance arbitrale: deux décisions opposées. *Bulletin CCI, L'Arbitrage complexe*, supplément spécial, p. 21-25, 2003.

BOLLEE, Sylvain. *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*. Paris: Economica, 2004.

_____. Note *Société PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding*. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 97, n. 1, p. 109-125, janv./mars. 2008.

_____. Note. *Yukos Capital SRL c/ OAO Rosneft*. *Revue de L'Arbitrage*, n. 3, p. 561-573, 2009.

BOLLEE, Sylvain. *Revue Critique du Droit International Privé*, v. 97, n. 1, p. 109-125, jan./mar. 2008.

BORN, Gary. *International commercial arbitration: commentary and materials*. The Hague, v. 1/2, 2009.

_____. *International commercial arbitration in United States: commentary and materials*. Denver; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p.18-32.

BROCARDI.IT. *Articolo 3 Codice de Procedura Civile*. Disponível em: <<http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-primo/titolo-i/capo-i/sezione-i/art3.html>>.

BROWNER, Charles N.; OTTOLENGHI, Michael; PROWS, Petter. The saga of CMS: res judicata, precedent, and the legitimacy of ICSID Arbitration. In: BINDER, Christina; KRIEBAUM, Ursula; REINISCH, August; WITTICH, Stephan (Eds.). *International investment law for the 21st Century: essays in honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 843-864.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário á Lei nº 9.307/96*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 18, p. 7-26, 2008.

CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o direito brasileiro. In: _____ (Coord.). *Arbitragem: nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.

_____; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, p. 207-251, abr./jun. 2006.

CASEY, J. Brian; MILLS, Janet. *Arbitration law of Canada: practice and procedure*. New York: Juris Publishing, 2005.

CASTELL, Nicolas; LAPASSE, Pierre de. La révision du règlement Bruxelles I à la suite de la publication du livre vert de la Commission. *Gazete du Palais*, n. 149, p. 26, 29 maio 2010.

CHEDLY, Lofti. *Arbitrage commercial international & ordre public transnational*. Tunis: Centre de Publication Universitaire, 2002.

_____. L'exécution des sentences internationales annulées dans leur pays d'origine: cohérences en droit comparé et incohérence du droit tunisien. *Journal du Droit International (Clunet)*, n. 4, p. 1139-1179, oct./déc. 2009.

CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

_____. Le siège de l'arbitrage international entre 'ordem' et 'progresso'. *Gazette du Palais*, n. 184, p. 20, 02 jul. 2008,.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf>.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n. 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Bruxelles, 21.04.2009.

COX, Kristof. Arbitral awards in complex arbitrations the call of consistency. In: *De arbitrale uitspraak: la sentence arbitrale*. Bruxelles: Bruylant, 2006. p. 67-95.

CRAWFORD, James. Similarity of issues in disputes arising under the same or similarly drafted investment treaties. In: BANIFATEMI, Yas (Ed.). *Precedent in international arbitration*, IAI Seminar, Paris, Dec. 14, 2007. Juris Publishing, 2007. p. 97-103.

CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David J. A. Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment dispute. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005.

_____; MADALENA, Ignacio. Parallel proceedings in international arbitration. *Arbitration International*, v. 24, n. 4, 2008.

_____; MADALENA, Ignacio. Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 16, p. 109-170, jan./mar. 2008.

CRÉPET, Claire. La concurrence des procédures de règlement des différends. In: FADLALLAH, Ibrahim; LEBEN, Charles; TEYNIER, Éric (Eds.). *Investissements internationaux et arbitrage*. *Gazette du Palais*, n. 312, p. 3, 08 nov. 2003.

CUNIBERTI, Gilles. Parallel litigation and foreign investment dispute settlement. *ICSID Review*, v. 21, n. 2, p. 381-426, Fall 2006.

LEW, D. M. (Ed.). *The Netherlands: Kluwer Law International*, 2005. p. 141-154.

DAVID, René. *Le droit du commerce international*. Paris: Economica, 1987.

_____; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systems de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002.

DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, n. 1, 2009.

_____; _____. The International Law Association (ILA) International Commercial Arbitration Committee Reports on Lis Pendens and Res Judicata. Disponível em: <www.ila-hq.com>.

DEBOURG, Claire. Sentences arbitrales étrangères – exequatur – annulation de la sentence dans son pays d’origine – cause de refus de l’exequatur (non) – Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007 (2 arrêts). *Gazette du Palais*, n. 81-82, p. 23-27, 21-22 mar. 2008.

DERAINS, Yves Derains; GOODMAN-EVERARD, Rosabel E. France. *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Suplemento n. 6, p. 13, fev. 1998.

_____; SCHWARTZ, Eric A. *Guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2005.

DESCHPANDE, V. S. (Justice). Jurisdiction over ‘Foreign’ and ‘Domestic’ Awards in the New York Convention, 1958. *Arbitration International*, v. 7, n. 2, p. 123-136, 1991.

DEVOLVE, J. L.; ROUCHE, J.; POINTON, G. H. *French arbitration law and practice*. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 2003.

DIMOLITSA, Antoine. Autonomie et Kompetenz-Kompetenz. *Revue de L’Arbitrage*, n. 2, 1998.

_____. Contestations sur l’existence, la validité et l’efficacité de la convention d’arbitrage (nullité du contrat principal, arbitrabilité, capacité, litispendance, conditions contractuelles préalables à l’arbitrage, groupes de sociétés). *Bulletin de la CCI*, v. 7, n. 2, p. 14-23, dez. 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 11-32, nov./dez. 2001.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte geral)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DRAHOZAL, Christopher. Enforcing vacated international arbitration awards: an economic approach. *The American Review of International Arbitration*, v. 11, n. 4, p. 451-479, 2000.

DUPREY, Pierre. Do arbitral awards constitute precedents? Should commercial arbitration be distinguished in this regard from arbitration based on investment treaties? In: GAILLARD, Emmanuel (Ed.). *Towards a uniform international arbitration law?* Paris: Juris Publishing, 2005. p. 251-282.

EL-HAKIM, Jacques. Should the key terms award, commercial and binding be defined in the New York Convention? *Journal of International Arbitration*, v. 6, n. 1, p. 161-170, 1989.

EUROPA. Disponível em: <<http://eur-lexeuropa.eu/>>.

_____. Regulamento (CE) N. 44/2001 do Conselho de 22 de dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 12 de 16.1.2001, p. 1). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20081204:PT:PDF>>.

FADLALLAH, Ibrahim. La distinction ‘treaty claims – contract claims’ et la compétence de l’arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route? In: *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement - Nouveaux développements*. Paris: LGDJ, 2006.

FAWCETT, J. J. *Declining jurisdiction in private international law*. In: XIVTH CONGRESSO THE INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW, Atenas, Aug. 1994. *Reports...* Oxford: Clarendon Press, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FISCHER, Christian. Quelques observations sur l’autorité de la chose jugée em matière civile et l’exception de chose jugée em procédure civile vaudoise. In: HALDY, Jacques; RAPP, Jean-Marc; FERRARI, Phidias (Eds.). *Études de procédure et d’arbitrage em l’honneur de Jean-François Poudret*. Lausanne: Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, 1999. p. 31-46.

FLANNERY, Louis. Effect of award on third parties. Extent of the doctrine of res judicata in arbitration. *Arbitration Law Monthly*, Aug. 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e a reforma processual da execução. Sentença parcial e cumprimento da sentença. Anotações em torno da Lei 11.232/2005. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, p. 40-74, 2007.

FOUCHARD, Philippe. L'arbitrage et la mondialisation de l'économie. In: *Philippe Fouchard Écrits, droit de l'arbitrage, droit du commerce international*. Paris: Comité Français de L'Arbitrage, 2007. p. 471-484.

_____. La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. In: *Philippe Fouchard Écrits, droit de l'arbitrage, droit du commerce international*. Paris: Comité Français de L'Arbitrage, 2007. p. 441-456.

_____. La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. *Revue de l'Arbitrage*, n. 3, p. 329-352, 1997.

_____. Quand un arbitrage est-il international? *Revue de L'Arbitrage*, 1970.

_____. Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales. *Revue de l'Arbitrage*, n. 4, p. 653-672, 1998.

_____; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

GAILLARD, Emmanuel. Anti-suit injunctions in international arbitration. In: GAILLARD, Emmanuel (Ed.). *IAI Seminar*, Nov. 21, 2003. Paris: Juris Publishing, 2003.

_____. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden, Boston: Académie de Droit International de La Haye; Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

_____. The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings. *Complex Arbitrations – Perspectives on their procedural implications*, Special Supplement, ICC, p. 35-42, 2003.

_____. The enforcement of awards set aside in the country of origin. *ICSID Review*, v 14, n. 1, p. 16-45, Spring 1999.

_____. Jonction de procédures arbitrale et judiciaire. *Bulletin CCI, L'Arbitrage complexe*, supplément spécial, p. 37-44, 2003.

_____. *La jurisprudence du CIRDI*. Paris: Pedone, 2004.

GAILLARD, Emmanuel. L'affaire sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986). *Revue de L'Arbitrage*, n. 3, p. 287, 1987.

_____. L'effet négative de la compétence-compétence. In: *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*. Lausanne: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999. p. 387-402.

_____. *Legal theory of international arbitration*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

_____. L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine, *Journal du Droit international*, n. 3, 1998.

_____. Note su l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles (1^{ère} Ch.), 29 juin 1995, *OTV c/ société Hilmarton*. *Journal du Droit International*, n. 1, 1996.

_____. La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence. In: ASKEN, Gerald; BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz; MUSTILL, Michael J.; PATOCCHI, Paolo Michele; WHITESELL, Anne Marie (Coords.). *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Brine.*, ICC Publishing, 2005.

_____. The representations of international arbitration, *Journal of International Dispute Settlement*, p. 1-11, 2010.

_____. The representations of international arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 2010.

_____. Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international. *Revue Trimestrielle Journal du Droit International Privé (Clunet)*, Paris, n. 4, t. 134, n. 134, p. 1163-1173, out./dez. 2007.

_____; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 1999.

GALLAGHER, Norah. Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens. In: MISTELIS, Loukas; LEW, Julian D.M. (Eds.). *Pervasive problems in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 329-356.

GAMA JR., Lauro. Recognition of foreign arbitral awards in Brazil: recent developments. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v.16, n.1, p. 71-75, Spring 2005.

GARFINKEL, Barry H; GARDINER, John. A blow to the New York Convention? United States Courts refuse to enforce awards that have been nullified in the country of origin. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 15, n. 2, p. 34-39.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2003.

_____. *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*. 4. ed. Paris: LGDJ, 2010.

_____. Les regimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle em matière civile et commerciale: forum non conveniens, lis pendens. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 46, n. 2, p. 423-435, abr./jun. 1994.

GEISINGER, Elliot; LÉVY, Laurent. La litispendance dans l'arbitrage commercial international. *Bulletin CCI, L'Arbitrage complexe*, supplément spécial, p. 55-70, 2003.

GHARAVI, Hamid G. Chromalloy: another view. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 12, n. 1, p. 21-27, 1997.

_____. The legal inconsistencies of chromalloy. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 12, n. 5, p. 21-24.

GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 5. ed. New Jersey: Barron's, 2003.

GIUSTI, Gilberto. Les développements récents de l'arbitrage au Brésil. *Gazette du Palais*, vendredi 3, samedi 4, p. 18-24, déc. 2004.

GOLDMAN, Berthold. Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria. In: DOMINICÉ, Christian; PATRY, Robert; REYMOND, Claude (Eds.). *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Bâle, Francfort: Helbing & Lichtenhahn, 1993. p. 241-255.

GORDLEY, James. Comparative law and legal history. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GRUBBS, Shelby R. *International civil procedure*. The Hague; London; New York: World Law Group Member Firms; Kluwer Law International, 2003.

GUILLAUME, Gilbert. Can arbitral awards constitute a source of international law under Article 38 of the Statute of the International Court of Justice? In: BANIFATEMI, Yas (Ed.). *Precedent in international arbitration*. IAI Seminar, Paris, Dec. 14, 2007. Paris: Juris Publishing, 2007. p. 105-157.

GUILLAUME, Gilbert. Le précédent dans la justice et l'arbitrage international. *Journal du Droit International*, n. 3, p. 685-703, juil./sept. 2010.

GUNTER, Pierre-Yves. Note Arrêt de la Cour de cassation, 1^{ère} Chambre, n. 1021 du 29 juin 2007, *Bulletin ASA*, v. 25, n. 1, 2006.

HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty – multicontract, multi-issue and class action*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

_____. L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales. *Bulletin CCI, L'Arbitrage complexe*, supplément spécial, p. 45-735, 2003.

_____. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts-parties issues – an analysis. *Journal of International Arbitration*, v. 18, n. 3, p. 253-360, 2001.

_____. Quelques réflexions à propos de l'autorité de chose jugée des sentences arbitrales. In: LIBER Amicorum Lucien Simont. Bruxelles: Bruylant, 2002. p. 301-309.

HARAVON, Michael. Enforcement of annuled foreign arbitral awards: the french Supreme Court confirms The Hilmarton Trend. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 22, n. 9, p. 32-37, set. 2007.

HASCHER, Dominique. L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales. In: TRAVAUX du Comité Français de Droit International Privé. Paris: Pedone, 2004.

HAZARD, Geoffrey C. Drafter's reflections on the principles of transnational civil procedure. In: ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. New York: Cambridge University Press, 2006. p. xli-iii.

HOUTTE, Hans van. Parallel Proceedings before State Courts and Arbitration Tribunals – is there a transnational *lis alibi pendens* – exception in arbitration or jurisdiction conventions? In: KARRER, Pierre (Ed.). *Arbitral Tribunals or State Courts who must defer to whom?* ASA Special Series, n. 15, p. 35-54, Jan. 2001.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Session d'Amsterdam– 1957. L'arbitrage en droit international privé. Disponible em: <http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1957_amst_03_fr.pdf>.

_____. Session de Saint-Jacques-de-Compostelle 1989. *L'arbitrage entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères*. Disponible em: <http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_01_fr.PDF>.

INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT DISPUTES – ICSID. Disponível em: <www.worldbank.org/icsid/cases>.

_____. ICSID Convention, Regulation and Rules. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. Disponível em: <www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm>.

_____. Final Report on *lis pendens* and arbitration, Commentary to Recommendations. Toronto Conference, 2006.

_____. Final Report on *Res Judicata* and Arbitration. Toronto Conference, 2006.

_____. Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration. Berlin Conference, 2004.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca>>.

JORNAL Oficial das Comunidades Europeias, 16 Jan. 2001. Regulamento (CE) N. 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:PT:PDF>>.

KAHN, Philippe. Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluraliste des ordres juridiques? In: *Le droit des relations économiques internationales, études offerts à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1980. p. 97-124.

KALICKI, Jean E. *Lis pendens* in international arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 16, p. 197-204, jan./mar. 2008.

KAPLAN, Charles. Simultaneous choice of two arbitration institutions not (immediately) fatal, *Arbitration France, International Law Office Newsletter*, 12 jul. 2007. Disponível em: <www.internationallawoffice.com/Newsletters>.

KASSIS, Antoine. *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*. Paris: L'Harmattan, 2005.

KAUFFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, v. 23, n. 3, p. 357-378, 2007.

_____. Interpretation of treaties: how do arbitral tribunals interpret dispute settlement provisions embodied in investment treaties? In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. *Pervasive problems in international arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

KESSEDJIAN, Catherine. Court decisions on enforcement of arbitration agreements and awards. *Journal of International Arbitration*, v. 8, n.1, p. 1-12, 2001.

_____. Determination and application of relevant national and international law and rules. In: MISTELIS, Loukas; LEW, Julian D.M. (Eds.). *Pervasive problems in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 71-88.

_____. The global context: is global harmonisation needed? In: *Special Series n. 15, Arbitral Tribunals or State Courts who must defer to whom?* Jan. 2001. p. 101-106.

_____. La modelisation procédurale. In: LOCQUIN, Eric; KESSEDJIAN (Eds.). *La mondialisation du droit*. Paris: CREDIMI; Litec, 2000. p. 237-255.

_____. *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*. Paris: Economica, 1987.

_____. Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, n. 4, p. 699-729, 2009.

KING, Brian. Consistency of awards in cases of parallel proceedings concerning related subject matters. In: GAILLARD, Emmanuel (Ed.). *Towards a uniform international arbitration law?* Paris: Juris Publishing, 2005. p. 293-317.

_____. Enforcing annulled awards: U.S. Courts chart their own course. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 15, n.1, p. 15-21, 2000.

KLEIMANN, Ellie. Supreme Court confirms liberal approach to enforcement of awards, Arbitration France, International Law Office, 13.12.2007. Disponível em: <www.internationallawoffice.com/Newsletters>.

KNOLL, William H. III.; RUBINS, Noah. Betting the farm on international arbitration: is it time to offer and appeal option? *The American Review of International Arbitration*, v. 11, n.4, p. 531-565, 2000.

KNUTSON, Robert D. A. The interpretation of arbitral awards – when is a final award not final? *Journal of International Arbitration*, v. 11, n. 2, p. 99-110, 1994.

KOCH, Christopher. The enforcement of awards annulled in their place of origin: the French and U.S. experience. *Journal of International Arbitration*, v. 26, n. 2, p. 267-292, 2009.

KREMSLEHNER, Florian. Lis pendens and res judicata in international commercial arbitration: how to deal with parallel proceedings: how to determine the conclusive and preclusive effects of arbitral awards. *Austrian Arbitration Yearbook*, 2007, p. 127-162, 2007.

LEBEN, Charles. La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements. *Recueil des Cours de La Haye*, t. 302, 2003.

LEBOULANGER, Philippe. La notion d'intérêts du commerce international. *Revue de l'Arbitrage*, n. 2, p. 487-506, 2005.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Jurua, 2003.

_____. Especificidade da arbitragem comercial internacional. In: *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. LTr, São Paulo: LTr, 1999. p. 176-204.

LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains, approche comparative*. Paris: Litec, 2004.

LEMAIRE, Axelle. Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger: le chapitre 11 de l'ALENA. *Revue de L'Arbitrage*, n. 1, p. 69-70, 2001.

LEMES, Selma M. Ferreira. Sentença arbitral estrangeira: incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência do STF para apreciação da validade em homologação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, p. 177-194, jan./abr. 2004.

LÉVY, Laurent; SCHLAEPFER, Anne Véronique. La suspension d'instance dans l'arbitrage international. *Gazette du Palais*, n. 318/319, p. 18-26, 15 Nov. 2001.

LEW, Julian D.M. Concluding remarks - parallel proceedings in international arbitration – challenges and realities. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005.

LEW, Julien D. M. Concluding remarks. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 305-312.

_____; MISTELIS, Loukas; KROLL S. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 2003.

LOCQUIN, Eric. De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, n. 2, p. 201-233, 2010.

_____. *L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international*, 1986.

LOCQUIN, Eric. Où en est la lex mercatoria?. In: SOUVERAINETÉ étatique et marches internationales à la fin du 20^e siècle: a propos de 30 ans de recherche do CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Paris: Litec, 2000.

_____. À propos de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard: aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international. *Revue de l'Arbitrage*, n. 2, p. 317-325, 2009.

LOWENFELD, Andreas F. Arbitration and issue preclusion: a view from America. In: *Special Series n. 15, Arbitral Tribunals or State Courts who must defer to whom?* Jan. 2001. p. 55-64

LUPOI, Michele Angelo. La nuova litispendenza comunitaria: aspetti procedurali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v.58, n.4, p.1285-328, dec. 2004.

MAGALHAES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 99-113.

MAGNUSSON, Annete; SHAUGHNESSY, Patricia. The 2007 Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, p. 305-336, out./dez. 2007.

MAIRE DU POSET, Julien. Obligation pour le demandeur à l'arbitrage de concentrer ses demandes et ses moyens – Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2008: Société G et A Distribution SARL (pourvoi n° 07-13.266). *Chronique de droit de l'arbitrage*, n. 3, *Petites affiches*, n. 199, p. 3, 3 out. 2008.

MANN, F.A. Lex facit arbitrum. In: SANDERS, Pieter (Coord.). *International arbitration Liber Amicorum for Martim Domke*. Den Haag, 1967. p. 157-183.

MARTINS, Pedro Baptista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A arbitragem e o mito da sentença parcial. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

MAYER, Pierre. Débats du 7 février 2001 (M. Dominique Hascher). In: TRAVAUX du Comité Français de Droit International Privé. Paris: Pedone, 2004.

_____. Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international? *Revue de L'Arbitrage*, n. 2, p. 361-390, 2005.

MAYER, Pierre. Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international. In: LIBER Amicorum Claude Reymond Autour de l'Arbitrage. Paris: Litec, 2002. p. 186-203.

_____. L'utilité des règles transnationales de procédure civile: une vue critique. In: GROUD, Thomas Habu. *La preuve en droit international privé français*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

_____. Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé. *Mélanges Lagarde*, p. 547-573.

_____; HEUZÉ, Vincent. *Droit international privé*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 2004.

_____; SHEPPARD, Audley. Recommendations of the International Law Association on Public Policy as a ground for refusing recognition or enforcement of international arbitral awards: presentation. *Yearbook Commercial Arbitration*, n. 29, p.339-348, 2004.

McLACHLAN, Campbell. *Lis pendens in international litigation*. Leiden, Boston: Hague Academy of International Law; Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

MEALEY'S International Arbitration Report, v. 18, n. 6, A1-37.

MUNIZ, Joaquim T. de Paiva; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. *Arbitration law of Brazil: Practice and Procedure*. New York: Juris Publishing, 2006.

MURPHY, Daniel. et al. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity. *International Litigation*, The International Lawyer, v. 34, n. 2, p. 545-553, Summer 2000.

NAFTA Secretariat. Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/>>.

_____. Chapter eleven: investment. Disponível no website: <<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mtpiID=142#A1126>>..

NAKAMURA, Tatsuya. Parallel proceedings before na arbitral tribunal and a natinal court from the perspective of the UNCITRAL Model Law. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 19, n. 7, p. 23-29, jul. 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed., amp. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

OETIKER, Christian. The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: the Swiss decison in *Fomento v. Colon*. *Arbitration International*, v. 18, n. 2, p. 137-146, 2002.

OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. Paris: Presses Universitaire de France, 1998.

ORREGO VICUÑA, Francisco. *Lis pendens arbitralis*. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 207-218.

PARK, William W. The arbitrator's jurisdiction to determine jurisdiction, I. Introduction: the limits of language. In: BERG, Albert van den (Coord.). *International Arbitration 2006: back to the Bbasis?* Kluwer Law International, 2007. p. 55-56. (ICCA Congress Series, Montreal, 2006, v. 13).

_____. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. In: MISTELIS, Loukas; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Pervasive problems in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

PAULSSON, Jan. *Denial of justice in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. L'exécution des sentences arbitrales em dépit d'une annulation em fonction d'un critère local (ACL). *Bulletin CCI*, v. 9/1, p. 14-32, maio 1998.

_____. The New York Convention in International Practice – problems of assimilation. *ASA special series* n. 9, p. 100-116, août 1996.

_____. UNCITRAL, commentary on the Model. *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, suppl. 11, Janv. 1990.

_____; PETROCHILLOS, Georgios. *A revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*. Not official. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf>.

PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. A litispendencia internacional no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 711, p. 27-37, jan. 1995.

PERRET, François. Parallel actions pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: the solution under Swiss Law. *Arbitration International*, v. 16, n. 3, p. 333-342, 2000.

_____. Is there a need for consistency in international commercial arbitration? In: BANIFATEMI, Yas (Ed.). *Precedent in international arbitration*, IAI Seminar, Paris, Dec. 14, 2007. Juris Publishing, 2007. p. 25-37.

PETROCHILOS, Georgios. *Procedural law in international arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

PINSOLLE, Philioppe. L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale – à propos de l'arrêt Putrabali du 29 juin 2007. *Gazette du Palais*, n. 326, p. 14, 22 nov. 2007.

PITOMBO, Eleonora. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 326-338.

POLKINGHORNE, Michael. Enforcement of annulled awards in France: the sting in the tail. *The International Construction Law Review*, Londres, v. 25, p. 48-56, jan./out. 2008.

PONCET, Charles. Swiss Parliament removes lis pendens obstacle to international arbitrations in Switerzand. *World Arbitration and Mediation Report*, v. 17, n. 12, p. 395-397, Dec. 2006.

POUDRET, Jean-François. Le droit applicable à la convention d'arbitrage. In: *ASA Special Series n.8, The Arbitration Agreement – its multifold critical aspects*, ASA Conference, Basel, 17 june 1994. p. 23-31.

_____. Exception d'arbitrage et litispendance en droit Suisse: comment départager le juge et l'arbitre? *ASA Bulletin*, v. 25, n. 2, p. 230-245, 2007.

_____. L'originalité du droit français de l'arbitrage. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.1, p. 133-154, janv./mars. 2004.

_____. Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard, *Revue de L'Arbitrage*, n. 1, p. 7-24, 1998.

_____. Le tribunal fédéral suisse opte pour le régime de la litispendance entre le juge et l'arbitre. Note – Tribunal Fédéral Suisse, 14 mai 2001. *Revue de L'Arbitrage*, n. 4, p. 842-854.

_____; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*, 2. ed. Schulthess, London: Thomson Sweet&Maxwell, 2007.

_____; _____. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Bruxelles: Bruylant; Schultess; L.G.D.J., 2002.

RACINE, Jean-Baptiste. Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international. *Revue de L'Arbitrage*, n. 2, p. 305-360, 2005.

RAWLINGS, Jonathan. A mandatory stay. *Arbitration International*, v. 13, n. 4, p. 421-426, 2007.

REDFERN, Alain; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4. ed. Londres: Thomson, Sweet & Maxwell, 2004.

REICHERT, D. Problems with parallel and duplicate proceedings: the litispence principle and international arbitration. *Arbitration International*, v. 8 n. 3, p. 237-256, 1992.

RIBS, Jacques. Conséquences de l'annulation d'une sentence prononcée à l'étranger – cass. Civ. 1re, 10 juin 1997: société Omnium de traitement et de valorisation c/ société Hilmarton. *Petites affiches*, n. 133, 06 nov. 1998.

_____. Le sort de la sentence annulée dans son pays d'origine – Cass. Civ. 1^{re}, 23 mars 1994: société Hilmarton c/ société O.T.V. *Petites affiches*, n. 96, p. 15, 9 ago. 1996.

RIVIKIN, David. 21st Century Arbitration Worthy of its name. In: BRINER, Robert; FORTIER, L. Yves; BERGER, Klaus Peter; BREDOW, Jens (Eds.). *Law of international business and dispute settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Bockstiegel*. Koln; Berlin; Bonn; München: R Carl Heymanns Verlag, 2001. p. 661-669.

SABATER, Aníbal. Panorama de jurisprudence espagnole. In: MOURRE, Alexis (Ed.). *Les Cahiers de l'arbitrage*. Paris: Pedone, 2008.

SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 1, p. 177-178, Spring 2001.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da coisa julgada na arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 51, p. 60-64, out. 1997.

SAMPLINER, Gary H. Enforcement of foreign arbitral awards after annulment in their country of origin, *Mealey's International Arbitration Report*, v. 11, n. 9, p. 22-30, set. 1996.

SAMUEL, Adam. Fomento – a tale of 'litispendance', arbitration and private international law. In: LIBER Amicorum Claude Reymond Autour de l'Arbitrage. Paris: Litec, 2002. p. 255-271.

SCHERER, Matthias. Case law. *ASA Bulletin*, n. 3, 2010.

SCHERER, Matthias. Editors note: when should an arbitral tribunal sitting in Switzerland confronted with parallel litigation abroad stay the arbitration, *ASA Bulletin*, v. 19, n. 3, p. 451-457, 2001.

_____. The recognition of transnational substantive rules by courts in arbitral matters. In: GAILLARD, Emmanuel (Ed.). *Towards a uniform international arbitration law?* Paris: Juris Publishing, 2005.

_____. When should an arbitral tribunal sitting in Switzerland confronted with parallel litigation abroad stay the arbitration? *Bulletin ASA*, n. 3, p. 451-457, 2001.

SCHLESINGER, Rudolf B.; BAADE, Hans W.; HERZOG, Peter E.; WISE, Edward M. *Comparative law*. 6. ed. New York: Foundation Press, 1998.

SCHLOSSER, Peter. Arbitral Tribunal or State Court – who must defer to whom? Setting the scene. *Rapport à la Conférence ASA de janvier 2000*, ASA Special Series, n. 15, p. 15-34, 2001.

_____. The competence of arbitrators and of courts. *Arbitration International*, v. 8, n. 2, p. 189-204, 1992.

_____. Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage. *Revue de L'Arbitrage*, n. 3, p. 371-393, 1981.

_____; HESS, Burkhard; PFEIFFER, Thomas. Les propositions du rapport Heidelberg concernant l'application de 'Brussels I' à l'arbitrage. In: MOURRE, Alexis (Ed.). *Les Cahiers de l'arbitrage*. Paris: Pedone, 2008. *Gazette du Palais*, n. 289-290, p. 26-28, 15-16 out. 2008.

SCHUPBACH, Henri-Robert. Les voies de recours en matière d'arbitrage selon l'avant – projet de code de procédure civile. In: BOHNET, François; WESSNER, Pierre (Eds.). *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*. Geneva; Munique: Helbing & Lichtenhahn, Basileia, 2005. p. 401-428.

SCHWARTZ, Eric A. Do international arbitrators have a duty to obey the orders of courts at the place of the arbitration? Reflections on the role of the *lex loci arbitri* in the light of a recent ICC Award. In: ASKEN, Gerald; BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz; MUSTILL, Michael J.; PATOCCHI, Paolo Michele; WHITESELL, Anne Marie (Coords.). *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Brine.*, ICC Publishing, 2005.

SCHWARTZ, Franz. ORTNER, Helmut. Procedural ordre public and the internationalization of public policy in arbitration, *Austrian Arbitration Yearbook*, 2008, Manzsche Verlags, Berlim/Munique, 2008, p. 133-215

SERAGLINI, Christophe. Brèves remarques sur les recommandations de l'Association de droit international sur la listipendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, n. 4, p. 909-924, 2006.

_____. L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation), *Gazette du Palais*, n. 295, 22 de outubro de 2005, p. 5.

SHEPARD, Audley. Res judicata and Estoppel. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coords.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Dossiers ICC Institute of World Business Law. ICC Publication, 2005. p. 219-242.

SINCLAIR, Anthony C. The origins of the Umbrella clause in the international law of investment protection. *Arbitration International*, n. 20, p. 432, 2004.

SLATER, Matthew D. On Annulled Arbitral Awards and the Death of *Chromalloy*, *Arbitration International*, Vol. 25, n. 2, p. 271-292.

SODERLUND, Christer. Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, n. 4, p. 301-322.

SPIGELMAN, Hon J.J. Cross-border insolvency: co-operation or conflict? *Australina Law Journal*, n. 83, p. 44-55, 2009.

STRENGER, Ireneu. *Direiro processual internacional*. São Paulo: LTr, 2003.

SUREDA, Andrés Rigo. Precedent in investment treaty arbitration. In: BINDER, Christina; KRIEBAUM, Ursula; REINISCH, August; WITTICH, Stephan (Eds.). *International investment law for the 21st Century: essays in honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 830-842.

TALLON, Hélène Gaudemet. *Compétence et exécution des jugements em Europe*, 3ed., LGDJ, 2002

TAMPIERI, Tiziana. Comentário ao caso da Corte de Apelação de Roma, civil 1^a sessão, 15 de janeiro de 2007. *Gazette du Palais*, n. 198, 17 jul. 2007.

TEITZ, Louise Ellen. Developments in parallel proceedings: the globalization of procedural responses. *The International Lawyer*, v. 37, p. 303-314, Summer 2004.

TIBÚRCIO, Carmen. O princípio Kompetenz-Kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (Bundesgerichtshof). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). *Arbitragem: estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

TRITTMANN, Rolf. When should arbitrators issue interim or partial awards and or procedural orders? *Journal of International Arbitration*, v. 20, n. 3, p. 255-265, 2003.

ULMER, Nicolas C. Swiss Arbitration update: first amendments of international arbitration Law. *Mealey's International Arbitration Report*, v. 21, n. 12, p. 35-39, Dec. 2006.

UNCITRAL. Disponível em: <www.uncitral.org>.

_____. Model Law on International Commercial Arbitration 1985. United Nations, Vienna, 2008. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

_____. Status 1958 - Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *O Poder Judiciário e sentença arbitral de acordo com a nova jurisprudência constitucional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

VEEDER, V. V. Issue estoppels, motivation des sentences et arbitrage transnational. *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Supplément special, p. 75-81, 2003.

VIDAL, Dominique. *Droit français de l'arbitrage commercial international*. Paris: Gualino, 2004.

VRELLIS, Spyridon. Un juriste grec face au projet de procédure civile transnationale d'ALI/UNIDROIT. In: *Le droit international prive: esprit et méthodes*, Mélanges em l'honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005. p. 817-829.

VULLIEMIN, Jean-Marie. Compétence et pouvoir d'examen du juge sur exception d'arbitrage au regard de l'article 9 LDIP – l'arrêt *Buenaventura et Condesa contre BRGM (Pérou)*. *Bulletin ASA*, n. 2, p. 372-396, 1998.

VULLIEMIN, Jean-Marie. *Jugement et sentence arbitrale, etude de droit international privé et de droit compare*. These de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1987.

_____. Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger – note sous ATF 127 III 279. *Bulletin ASA*, n. 3, p. 439-450, 2001.

WALD, Arnaldo. L'évolution de la législation brésilienne sur l'arbitrage, 1996-2001, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol.12, n.2, 2001, p. 44-51

_____. O regime legal da cláusula compromissória. A competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, p. 189-224, jan./mar. 2007.

_____. A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI. *Revista de Direito Bancário, Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 17, jul./set. 2002.

WHITESELL, Anne Marie; SILVA-ROMERO, Eduardo. Multiparty and multicontract arbitration: recent ICC experience. *ICC Special Supplement, Complex Arbitration*, p. 7-18, 2003.