

CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO

A arbitragem em juízo

Tese de Doutorado

Orientador: Profa. Dra. Maristela Basso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO

A arbitragem em juízo

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação da Profa. Dra. Maristela Basso.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo

A arbitragem em juízo / Clávio de Melo Valença Filho ; orientadora Maristela Basso. -
- São Paulo : C. M. Valença Filho, 2015.
288 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) – Faculdade
de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

Orientadora: Profa. Dra. Maristela Basso.

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia.

1. Arbitragem. 2. Conflito de jurisdições. 3. *Lex mercatoria*. 4. Processo civil. 5.
Medidas de urgência. 6. Falência. I. Basso, Maristela, orient. II. Título.

Nome: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo.

Título: A arbitragem em juízo

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Philippe

AGRADECIMENTOS

Aos professores Maristela Basso, Charles Jarrosson, Luiz Olavo Baptista e Donaldo Armelin.

Ao Mário, da Secretaria da Pós-Graduação.

Às minhas sócias Aline Lima, Amanda Figueirôa e Auxiliadora Durán.

Aos amigos João Bosco Lee, Eduardo Gonçalves, Valéria Galindez e Denise Araújo.

RESUMO

VALENÇA FILHO, C. M. **A arbitragem em juízo**. 2015. 288 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Situado no centro do sistema jurídico transnacional da *lex mercatoria*, o árbitro é autoridade estrangeira em relação ao juiz nacional do foro. O sistema da *lex mercatoria* se distingue do nacional pela sensibilidade de suas reações aos ruídos provenientes do sistema da economia, não pelo vínculo a território. O árbitro não tem foro, tem setor; fora dele, a arbitragem se adapta mal. Por impor limites à função jurisdicional do Estado-juiz, a convenção de arbitragem constitui regra de “competência internacional” do juiz do foro e, de “competência internacional indireta” do árbitro e dos juízes estrangeiros. Profere sentença inexistente o juiz nacional que atropela as regras de sua jurisdição internacional. Também não ingressam no sistema do foro as decisões proferidas por quem não se adequa às regras de jurisdição internacional indireta do foro. Isso ocorre quando a sentença arbitral ou o julgamento estrangeiro em lide cujo objeto é a própria arbitragem agride a intensidade que o foro atribui aos efeitos negativos da competência-competência e da convenção de arbitragem. O efeito negativo da competência-competência não decorre da convenção de arbitragem, mas da proteção que o ordenamento outorga à mera aparência. Os efeitos da convenção de arbitragem dizem respeito ao mérito das lides, o negativo e o positivo. Aquele, como o negativo da competência-competência, ostenta natureza de direito público subjetivo. Este, de direito privado subjetivo. Todos constituem direito subjetivo em sentido técnico, na medida em que permitem provocar o Estado-juiz com o fito de apoiar a instauração da instância ou assegurar o afastamento do próprio Estado-juiz. O paralelismo processual tem origens distintas segundo ocorra entre autoridades vinculadas ao mesmo sistema ou a sistemas distintos. Na primeira hipótese, decorre de *error in iudicando*; na segunda, é consequência natural da ausência de harmonia entre os sistemas. Entre árbitro e juiz, não se resolve com remédios concebidos para o conflito de competências, como a litispendência ou o incidente constitucional perante o STJ. Só uma estrutura convencional de acoplamento entre sistemas permitiria a harmonização. Já o efeito negativo da convenção de arbitragem pode ser mitigado em função de risco de denegação de justiça, para devolver ao Estado-juiz a jurisdição de urgência ou a necessária ao julgamento de pretensões do devedor em dificuldades. A abertura da falência não interfere na capacidade do credor ou na natureza de seus bens ou direitos, não suspende a tramitação da arbitragem e não impede a instauração de novas instâncias. É válida a convenção de arbitragem estipulada após a falência e a massa tem o direito de participar da arbitragem, junto com o devedor.

Palavras-chave: Arbitragem. Conflito de jurisdições. *Lex mercatoria*. Processo civil. Medidas de urgência. Falência.

ABSTRACT

VALENÇA FILHO, C. M. **When Arbitration Meets the Courts**. 2015. 288 f Thesis for Doctorate – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

The transnational legal system of *lex mercatoria* is not linked to a given territory. Its differentiation from the civil justice system is based upon its capacity to react to the needs of the economy. The fact that the arbitrator is positioned in the center of the *lex mercatoria* system makes the arbitrator foreign to the courts and its legal system. By imposing limits upon the jurisdictional State function, the arbitration agreement and its regulation serves as an international jurisdiction rule for the forum court. It also works as an indirect international jurisdiction rule through which the national court inspects the jurisdiction of an arbitrator or a given foreign court. National courts decisions that are rendered in disregard of international jurisdiction rules are non-existent. Foreign decisions that are incompatible with indirect international jurisdiction” rules must be set aside by the forum courts. This is the case when arbitral awards and foreign judgments related to arbitration are disrespectful to the forum criterions binding the negative effect of the competence-competence and to the negative effect of the arbitration agreement. The negative effect of competence-competence is not a consequence of the agreement to arbitrate, but of the protection that the legal system gives to its mere appearance. The effects of the arbitration agreement concern the merits of the disputes, the negative and the positive. The former, as well as the negative effect of the competence-competence principle, are in nature of subjective public law. The latter is of the nature of subjective private law. All constitute subjective rights in the technical sense, in the way in which they allow the court system to support the commencement of proceedings or to ensure the removal of the national courts. Procedural parallelism has different origins depending upon whether it occurs among arbitrator and courts belonging to the same legal system of the court deciding the conflict or to a different one. In the first hypothesis, it originates from *error in iudicando*; in the second, it is a natural consequence of the lack of harmony between the systems. Between arbitrator and judge, such lack of harmony cannot be resolved through the remedies created to address jurisdictional conflict, such as *lis pendens* or the “constitutional incident” before Brazil’s STJ. Only by coupling different legal systems through conventional structure would harmonization arise. The negative effect of the arbitration agreement is mitigated by conferring upon courts jurisdiction for the grant of interim and provisional measures based on the risk of denial of justice. By its turn, a bankruptcy filing does not interfere with the creditor’s capacity nor with the nature of its assets or rights, and it does not suspend the arbitration proceeding or the commencement of new proceedings. The agreement to arbitrate after the initiation of bankruptcy proceedings is valid and the estate-in-bankruptcy may participate in the arbitration along with the debtor.

Keywords: Arbitration. Conflict of jurisdictions. *Lex mercatoria*. Civil Procedure. Urgent measures. Bankruptcy.

RÉSUMÉ

VALENÇA FILHO, C. M. **L'arbitrage comme objet de litige porté au juge.** 2015.288 f. Thèse – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Le système juridique transnational de la *lex mercatoria* n'a point de rattachement territorial. Sa différenciation par rapport aux systèmes juridiques nationaux est fondée sur la sensibilité de ses réactions aux besoins du système de l'économie et du commerce. L'arbitre occupe le centre du système de la *lex mercatoria*. Il est un étranger par rapport au système du juge étatique et n'a pas de for. Le régime juridique de protection à la convention d'arbitrage limite la fonction juridictionnelle de l'État. Il est formé par des règles de compétence internationale du juge du for et par des règles de compétence internationale indirecte applicables à l'inspection de la juridiction de l'arbitre et du juge étranger. Le jugement rendu au mépris des règles de compétence internationales sont inexistantes. Le jugement étranger et la sentence arbitrale contraire aux règles de compétence internationale indirecte ne sont pas admis dans le système du for. C'est le cas lorsque la sentence arbitrale et le jugement étranger portant sur l'arbitrage ne respectent pas l'intensité des effets négatifs de la compétence-compétence et de la convention d'arbitrage tels qu'ils s'imposent au juge du for. L'effet négatif de la compétence-compétence n'est pas une conséquence de la convention d'arbitrage, mais de la protection que le système du for donne à sa simple apparence. L'effet de la convention d'arbitrage porte sur le fond des litiges. Les effets négatifs de la compétence-compétence et de la convention d'arbitrage constituent des droits publics subjectifs, tandis que son effet positif a la nature d'un droit privé subjectif. Ils sont tout les deux des droits subjectifs dans le sens technique dans le sens qu'il est permis de faire appel au juge pour assurer leur protection. Le parallélisme de procédure a des origines différentes selon qu'il se produit entre arbitre et juge étatique appartenant au même système national de la cour appelée à la décision du conflit ou bien entre l'arbitre et le juge étranger. Dans le premier cas, il provient d'un *erro in iudicando* ; dans le deuxième, il se présente comme une conséquence naturelle de la manque d'harmonie entre les systèmes. Entre autorités liées à des différents systèmes, Seule la création d'une structure conventionnelle de couplage peut harmoniser les systèmes respectifs de l'arbitre et des juges nationaux. Il est impossible de transposer les mécanismes créés pour la solution de conflit de compétences internes telles que la litispendance ou l'incident du conflit de compétence auprès du STJ. L'effet négatif de la convention d'arbitrage atténué par l'attribution des pouvoirs juridictionnels au juge d'urgence justifiée para le risque de déni de justice. Par son tour, l'inauguration d'une procédure de redressement ou de faillite n'interfère pas avec l'arbitrabilité d'un litige. Il ne suspend pas le déroulement de l'arbitrage et n'empêche pas l'instauration d'une nouvelle instance. La masse peut participer à l'arbitrage sans exclusion du débiteur.

Mots-clés: Arbitrage. Conflits de juridictions. *Lex mercatoria*. Procédure Civile. Mesures d'urgences. Faillite.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O ÁRBITRO COMO AUTORIDADE JURISDICIONAL ESTRANGEIRA	11
<i>2.1 Árbitro não tem foro, tem setor</i>	<i>14</i>
2.1.1 A contribuição das teorias analíticas do direito	15
2.1.2 A contribuição da teoria dos sistemas diferenciados	22
<i>2.2 Determinar a autoridade jurisdicional para a lide: um debate pré-processual.....</i>	<i>29</i>
2.2.1 A inexistência de juiz nacional do foro	30
2.2.2 A inexistência de autoridade jurisdicional estrangeira	34
3 O EFEITO NEGATIVO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	40
<i>3.1 A ausência de uniformidade</i>	<i>40</i>
3.1.1 A diversidade da regra no direito comparado	43
3.1.2 A subversão interna no sistema brasileiro.....	50
<i>3.2 O paralelismo processual.....</i>	<i>68</i>
3.2.1 Inadequação dos remédios originalmente concebidos para o conflito de competências.....	69
3.2.2 A medida inibitória antiprocesso.....	86
4 O EFEITO POSITIVO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	96
<i>4.1 A existência do efeito positivo da convenção de arbitragem</i>	<i>96</i>
4.1.1 A interferência do conflito de leis	97
4.1.2 A sensibilidade da constituição material	117
<i>4.2 A eficácia do efeito positivo da convenção de arbitragem.....</i>	<i>122</i>
4.2.1 A intensidade do efeito positivo da convenção de arbitragem.....	123
4.2.2 O conteúdo da jurisdição entregue ao árbitro	140
5 A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ DE URGÊNCIAS.....	146
<i>5.1 A jurisdição restituída.....</i>	<i>151</i>

5.1.1 O risco de denegação de justiça como fundamento da restituição jurisdicional	151
5.1.2 Limites ao exercício da jurisdição restituída	155
5.2. A jurisdição remanescente	161
5.2.1 Fundamentos da jurisdição remanescente	162
5.2.2 Limites inerentes a toda jurisdição de urgência	165
6 A INAUGURAÇÃO do concurso de credores	173
6.1 Efeitos em relação às partes	174
6.1.1 Em relação ao devedor	174
6.1.2 Efeitos da abertura do concurso em relação à massa	187
6.2 Efeitos em relação ao juízo da falência	199
6.2.1 A suspensão das instâncias em curso	201
6.2.2 A concentração de instâncias	208
6.2.1 A desconcentração em favor de outras jurisdições estatais	210
7 CONCLUSÃO	223
REFERÊNCIAS	234
ANEXOS	263
ANEXO A – Lei de Arbitragem	264
ANEXO B – Convenção de Nova Iorque	273
ANEXO C – Convenção do Paraná	279
ANEXO D – Protocolo de Genebra de 1923	283

1 INTRODUÇÃO

A lei brasileira de arbitragem entrou em vigor em 1996. Desde então, tal instituto tem recebido apoio e incentivo do juiz brasileiro. Nesse tempo, forjou-se nos tribunais superiores jurisprudência cujas soluções estão em linha com as principais praças e que, por vezes, ocupa a vanguarda do direito comparado. Sem isso, a arbitragem não se teria afirmado, deixado o papel para se tornar o principal método de resolução de controvérsias entre empresários. Muitas vezes, porém, a motivação de tais soluções dissimula mal o esforço tecnológico subjacente. Sabe-se aonde ir, mas são tortuosos os caminhos, com percalços e armadilhas montadas por habilidosos advogados. Nesse contexto, aventamos a hipótese de existir um pecado original a permitir a retórica dos patronos e induzir o magistrado ao erro: enxergar no árbitro uma autoridade jurisdicional brasileira e, conseqüentemente, submeter a relação entre o árbitro e o juiz nacional às regras e soluções aplicáveis à repartição de competências entre autoridades vinculadas ao mesmo sistema jurídico, v.g., a litispendência e o conflito constitucional de jurisdição. A purificação do debate pela evicção desses institutos requer a demonstração de que o árbitro é autoridade jurisdicional estrangeira.

Não parece suficiente alegar ser o árbitro estranho ao Poder Judiciário no intuito de se inferir que também é estrangeiro em relação ao Estado-juiz. Tal postulado é rapidamente desmentido pelo princípio de unidade da jurisdição. Logo, percebemos a necessidade de fundamentos teóricos que permitam ao juiz nacional dispensar ao árbitro a indiferença reservada a toda autoridade estrangeira. Estudamos, de início, o positivismo institucionalista de Santi Romano – normalmente aplicado por autores franceses adeptos da nova *lex mercatoria* – o qual se revelou insuficiente por não superar o paradoxo do contrato autovinculante e a origem da juridicidade do poder do árbitro. De outro modo, o positivismo normativista tende a localizar a fonte de poderes do árbitro no próprio sistema do foro, legitimando o tratamento de juiz nacional dispensado ao árbitro, porém sem explicar a sobrevivência deste à anulação de seus poderes pelo juiz nacional do foro. Por fim, encontramos na teoria dos sistemas diferenciados de matiz luhmanniana o instrumental teórico necessário à demonstração da juridicidade do sistema transnacional da *lex mercatoria*, como de sua autonomia em relação aos sistemas nacionais, dos quais se

distingue pelo setor, não pelo atrelamento territorial. Permitimo-nos, então, postular: o árbitro é autoridade estrangeira e não tem foro, tem setor, o do comércio.

Como consequência, podemos afirmar a disjuntiva: para as lides objeto de convenção de arbitragem existe apenas uma autoridade, o árbitro ou o juiz. Ao criar a arbitragem, o soberano declara indiferença em relação à resolução determinada categoria de controvérsias e permite ao indivíduo reduzir os limites da função jurisdicional do Estado-juiz em relação às lides desinteressantes. A rigor, a repartição de tarefas não ocorre entre o árbitro e o juiz – órgão descentralizado –, mas entre aquele e o Estado-juiz. A problemática pertence, pois, ao estudo do conflito de jurisdições sujeito aos princípios e regras de direito internacional privado do foro. Ela também é pré-processual, ou seja anterior à formação da relação de instância (judicial ou arbitral). Assim, o erro na determinação da autoridade jurisdicional para específica lide conduz à prolação de decisão por quem não detém jurisdição, portanto, sem processo, inexistente. Diante de tal consequência – a pior sanção que o ordenamento pode atribuir ao ato defeituoso –, consideramos dispensadas maiores delongas relativas à demonstração da importância da matéria.

Uma vez demonstrado ser o árbitro um juiz estrangeiro, sem vínculos territoriais, situada a problemática no âmbito da “competência internacional” do juiz do foro e da “competência internacional indireta” do árbitro e dos juízes estrangeiros, destacamos as consequências quanto à existência e à intensidade do efeito negativo da competência-competência, do efeito positivo da convenção de arbitragem e da participação do juiz de apoio e, por fim, do efeito negativo da convenção de arbitragem em relação ao juiz de urgências e ao juízo universal da falência, mediante recurso ao método comparado funcional.

O objeto desta pesquisa não inclui questões relativas ao controle judiciário da sentença arbitral, abordado em trabalho que elaboramos em 2001, a fim de obter o grau de Mestre em Direito, sob a orientação da professora Maristela Basso.

O sucesso de uma praça de arbitragem não decorre da qualidade dos hotéis, de estrutura de aeroportos ou de equidistância geográfica entre as respectivas localizações das partes em um contrato; essencial é a qualidade do juiz nacional, a quem se destina este trabalho cujo objetivo é situar o estágio de desenvolvimento da jurisprudência brasileira no direito comparado e demonstrar que a correta localização da relação entre árbitro e Estado-juiz evita retórica e leva a soluções corretas.

2 O ÁRBITRO COMO AUTORIDADE JURISDICIONAL ESTRANGEIRA

O poder jurisdicional emana do Estado e não há juridicidade que não a tenha criado. Na dogmática da modernidade – desde que o direito desceu do céu à Terra –, **a jurisdição como poder** se confunde com a soberania. Inspirada no esquema de repartição de poderes idealizado por Montesquieu, a ciência política divide o exercício da soberania – poder jurisdicional – em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Referir-se ao soberano com visão limitada à dimensão de sua **função** jurisdicional, significa falar em Estado-juiz, que exerce as suas atribuições por intermédio do Poder Judiciário, mas não com exclusividade. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal também exercem função jurisdicional¹, assim como os juízes nacionais estrangeiros², os internacionais³, os supranacionais⁴ e, por fim, o árbitro, autoridade transnacional.

Nas hipóteses em que o Estado-juiz delega o exercício da **função** jurisdicional ao Poder Judiciário, este a repassa aos diversos órgãos descentralizados dos quais dispõe. Os órgãos descentralizados repartem e exercem a **atividade** jurisdicional.⁵ A medida dessa repartição chama-se **competência**; o critério, **regra de competência**. Nesse sentido, seria lacônico definir competência como medida da jurisdição; mais preciso seria compreendê-la como **medida da atividade jurisdicional**. Competência é conceito de aplicabilidade restrita à atividade de órgãos descentralizados, sem incidência em relação à delimitação da **função jurisdicional** do Estado-juiz. Assim, o critério que distingue atividade e função jurisdicional é o mesmo que torna o estudo da competência distinto do da jurisdição. Enquanto o critério de competência reparte atividade, o de jurisdição reparte função. Juízes e árbitros repartem função, e não, atividade.

Se percorrermos o caminho inverso – da medida da atividade jurisdicional do órgão judicial descentralizado para a da função jurisdicional, cuja unidade é assegurada pelo

¹ Conforme artigos 51, I e II, 52, I e II e 86 da Constituição Federal Brasileira. Atribui-se função jurisdicional à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal para julgar crimes de responsabilidade imputados ao Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República e Advogado Geral da União. Sobre o assunto, ver Silva (1991, p. 449).

² Cf. art. 88 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

³ Decreto n. 678, de 08 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969.

⁴ A propósito, ver o exemplo do Tribunal de Justiça da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2015).

⁵ Para uma descrição da jurisdição em três planos: (i) poder; (ii) função e (iii) atividade, ver Dinamarco (2005, p. 347).

estado-juiz –, é possível perceber que a jurisdição como função tem limites que se confundem com os da própria soberania. É comum o soberano renunciar a poder, por conseguinte, o Estado-juiz rejeitar a função jurisdicional para lides desinteressantes ou inviáveis: estas pela pouca eficácia em territórios sujeitos a outra soberania, como ocorre, por exemplo, no processo de execução; aquelas, pelo pouco contato entre os elementos da lide e o ordenamento do foro ou pelo improvável atentado à ordem pública nacional (DINAMARCO, 2005, p. 356-373). Em tais casos, não há renúncia à **atividade** jurisdicional, e sim, ao **poder** – à soberania – e à **função** jurisdicional.

No ordenamento brasileiro, os critérios dessa renúncia estão descritos no artigo 88 do Código de Processo Civil, cujo título, impróprio, refere-se ao conteúdo dos dispositivos como se fossem regras de “competência internacional”. Por veicularem critérios pelos quais o legislador limita a função jurisdicional do Estado-juiz, portanto a própria soberania em relação às lides desinteressantes, referidos dispositivos constituem **regras de jurisdição internacional**. A rigor, como afirmou José Ignacio Botelho de Mesquita o problema da competência internacional “[...] é antes e mais precisamente um problema de limite da extensão da jurisdição nacional em face da jurisdição de outros Estados igualmente soberanos.” (BOTELHO DE MESQUITA, 2007, v.2, p. 52).

Nesse sentido, o dispositivo contido no artigo 86, do Código de Processo Civil brasileiro, cujo texto subtrai lides objeto de convenção de arbitragem ao âmbito de aplicabilidade do Título IV, para excluir as causas objeto de convenção de arbitragem do âmbito de aplicabilidade das normas de competência nacional, poupando ao árbitro eventual conflito de competências, em conformidade com a condição de autoridade estrangeira.

O referido dispositivo também exclui a aplicabilidade das regras de jurisdição internacional direta do juiz brasileiro às situações em que o jurisdicionado tenha manifestado vontade de optar pela arbitragem. Por conseguinte, aos olhos do juiz nacional, critérios que informam a repartição de sua função jurisdicional com o árbitro estão descritos na legislação e na jurisprudência do sistema nacional do foro; assim a que cria o negócio jurídico da arbitragem e regulamenta a sua validade e seus efeitos, além do arcabouço de proteção à relação jurídica resultante do negócio de arbitragem e do efeito negativo da competência-competência.

Eis a primeira localização do árbitro em relação ao centro do sistema nacional do foro, onde também fixamos o ponto de observação a partir do qual descreveremos sucessos,

sugeriremos postulados e apresentaremos conclusões. Desde o centro do sistema nacional do foro – a ótica do juiz nacional –, é possível identificar, no árbitro, uma autoridade jurisdicional estrangeira, não importa o local da sede da arbitragem. Enclausurado no centro do próprio sistema jurídico nacional, o juiz observa o árbitro a distância e com dupla responsabilidade: (i) não ditar regras de jurisdição à autoridade estrangeira; (ii) não permitir que autoridade estrangeira invada a função jurisdicional do estado-juiz do Estado que o investiu.

Para tal finalidade, o legislador desenvolveu um instrumento de aproximação ótica: a regra de **jurisdição internacional indireta**. Por intermédio deste instrumento de direito internacional privado, o juiz nacional avalia a legitimidade da autoridade estrangeira sem deixar a segurança que lhe proporciona estar ao centro do sistema do foro. Isso porque o juiz nacional utiliza critérios postos, com exclusividade, pelo sistema de foro, ao qual se restringe o efeito da decisão que proferir em cada caso concreto.

Atente-se, contudo, para o efeito colateral proveniente da utilização de qualquer instrumento ótico de aproximação: à proximidade do objeto corresponde o gradual fechamento do plano de imagem. Em decorrência, a análise do juiz nacional do foro a respeito da jurisdição da autoridade estrangeira se restringe, horizontalmente, aos critérios indicados pela regra de jurisdição internacional indireta – esta a medida do enquadramento. O que aí não cabe, não interessa ao juiz nacional, exceto se os efeitos concretos da atividade jurisdicional estrangeira agredirem o conteúdo da ordem pública do foro. Quando se cria o negócio jurídico convenção de arbitragem, o ordenamento atribui efeitos que o transformam em regra de jurisdição internacional direta (do juiz nacional do foro), e indireta (do árbitro e do juiz nacional estrangeiro). Tudo isso nos permite afirmar que a relação arbitro-juiz nacional é matéria pré-processual, atinente ao conflito internacional de jurisdição, não diz respeito ao conflito de competência (2.2). Antes, contudo, convém melhor situar o árbitro: demonstrar a ausência de vínculos com o sistema nacional do foro, portanto, sua condição de autoridade estrangeira. Mais do que isso, sua condição de autoridade sem foro, portanto estrangeira em relação a qualquer Estado-juiz (2.1).

2.1 Árbitro não tem foro, tem setor

A equiparação do árbitro ao juiz nacional – aliás, prescrita pela Lei Brasileira de Arbitragem (doravante Larb)⁶ – seduz autores de tomo a reduzirem o instituto da arbitragem à condição de subsistema do sistema processual civil do foro. Com base nesse entendimento, apontam os canais que permitem a comunicação entre os dois subsistemas de direito processual civil do foro: o judiciário e o arbitral. Não é o caso. O parâmetro da equiparação entre árbitro e juiz nacional do foro não é a relação entre este e outro juiz nacional do foro, mas entre ele e o juiz nacional estrangeiro. Deste parâmetro decorre a submissão das questões a regime jurídico e soluções distintas das quem seriam aplicáveis à hipótese de equiparação do árbitro ao juiz nacional do foro. Assim, pode-se, *v.g.*, excluir ou, ao contrário, aplicar sofisticadas técnicas de repartição de atividade jurisdicional entre órgãos descentralizados – conflito de competências –; do mesmo modo, flexibilizar ou endurecer o controle da sentença arbitral antes de seus efeitos serem reconhecidos pelo sistema nacional do juiz; ou, ainda, permitir ou coibir o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras proferidas a propósito da jurisdição do árbitro.

As consequências práticas da localização que se atribua ao árbitro em relação à do juiz nacional permitem antever a gravidade dos riscos resultantes da opção pela inserção no sistema jurídico do foro, no do local da sede da arbitragem ou no sistema transnacional da *lex mercatoria*. Demonstraremos que os postulados teóricos emprestados ao positivismo normativista tradicional permitem superar a distinção entre os enfoques entre o juiz nacional do Estado da sede da arbitragem e o da homologação da sentença arbitral; embora não sejam insuficientes à demonstração de ser o árbitro uma autoridade jurisdicional estrangeira (2.1.1).

De outro modo, as teorias cuja análise se desloca do ordenamento à comunicação oferecem uma abertura de plano do sistema do direito ao sistema social. Parte-se do princípio de que o direito não é só norma; é, antes, comunicação e, como tal é sociedade. O observador se coloca fora do sistema jurídico e passa a observar como este se insere na sociedade, interagindo com os demais sistemas, a fim de demarcar os critérios de sua existência e o seus limites. Desse modo, o observador pode identificar os critérios que transformam em direito as comunicações que, de outro modo, pertenceriam a outro sub-

⁶ Lei n. 9.307, de 1996.

sistema social. O apoio desse instrumental teórico emprestado à moderna sociologia ajuda o juiz nacional a colocar o árbitro em seu devido lugar, para observá-lo à distância, por intermédio das regras de jurisdição internacional indireta do foro (2.1.2).

2.1.1 A contribuição das teorias analíticas do direito

Ao se afirmar que árbitro não tem foro, atribui-se à palavra “foro” significado idêntico ao que lhe empresta a disciplina do direito internacional privado: conexão entre a autoridade jurisdicional e o território do Estado que a investiu. Se o território serve de conexão entre o juiz nacional e o Estado que o investiu, cujo ordenamento dita os critérios de existência de poder jurisdicional e os limites da atividade de cada um de seus juízes, reconhecer, no árbitro, autoridade sem foro requer a demonstração da possibilidade de existir sistema jurídico independente de território e, sobretudo, autoridade sem vínculo com determinado Estado.

A demonstração desse postulado sofreu sob a influência do institucionalismo de Santi Romano, cujas ideias, formuladas no início do século XX, acabaram resgatadas por autores franceses após o advento da primeira edição francesa de *L'ordinamento giuridico*, em 1975. Para o citado autor, o direito não seria “somente a norma posta, mas sim a entidade que a põe” e o Estado não seria a única entidade habilitada à nomogênese (ROMANO, 2008, p. 72). Tal possibilidade acabou reunindo, no entorno do institucionalismo, autores liberais adeptos de arbitragem **deslocalizada** cuja juridicidade se apoiaria numa *lex mercatoria* de fundamento consensualista, na possibilidade de se construir ordenamento baseado na pura vontade de entes privados. Não seria esta a *lex mercatoria* de feição jusnaturalista como descrita por René David (1954, p. 24); mas a “nova *lex mercatoria*” cuja estrutura descrita por Berthold Goldman reivindica a positividade de direito efetivamente praticado pelos operadores do comércio internacional, embora recuse fundamento estatal (2.1.1.1). Ainda na perspectiva positivista tradicional, o normativismo formal e abstrato de matiz kelseniana ignora o “fato social” e não admite juridicidade sem origem estatal, o que, apenas de modo aparente, se contrapõe à ideia de arbitragem autônoma em relação a todo sistema jurídico nacional, portanto, sem vínculo territorial – **deslocalizada** (2.1.1.2).

2.1.1.1 A crença em um sistema mítico de fundamento consensualista

Teóricos adeptos do institucionalismo deslocam o objeto de análise da norma jurídica à efetiva aplicação do direito, esta uma decorrência da legitimidade da autoridade que o declara. Parte-se da constatação, correta, de que o direito é indissociável da sociedade, para a errônea conclusão de que as normas jurídicas nela encontradas são, antes, o produto das estruturas que a integram: as instituições. Utiliza-se o termo “instituição” em seu sentido sociológico, de formação cultural resultante de experiência coletiva preexistente ao Estado e a toda declaração normativa (COELHO, 2004, p. 120). Assim, o observador institucionalista se obriga a esquadrihar a sociedade em busca de elementos estruturais suficientemente organizados, centralizados e disciplinados a ponto de merecerem a qualidade de instituição jurídica. O Estado, óbvio, seria a principal instituição, mas não a única, e cada uma delas teria competência para informar o fundamento, a medida da efetividade e a da validade do direito que produzisse (ZICARDI, 2008, p. 43).

Neste contexto se insere célebre polêmica entre Berthold Goldman e Paul Lagarde, a propósito da juridicidade do sistema transnacional da *lex mercatoria*. Enquanto Goldman (1993, p. 241) vislumbra na *societas mercatorum* organização suficiente para nela reconhecer uma instituição jurídica⁷ – o legislador da *lex mercatoria* –; Lagarde (1992) põe em relevo a descentralização dessa estrutura social, declara a insuficiência de seus traços institucionais e a impossibilidade de servir como fundamento para a jurisdição do árbitro, autônomo em relação aos sistemas nacionais que concorrem com a *lex mercatoria*.

A controvérsia em relação à suficiência organizacional da *societas mercatorum* não interessa à demonstração da juridicidade da nova *lex mercatoria* em razão da insuficiência do marco teórico a partir do qual ambos os autores empreendem as respectivas análises. Não percebem que o fundamento contratual de existência das instituições a quem se nega ou se reconhece fonte de juridicidade impede que o “direito” delas derivado supere o paradoxo fundante do direito. Sem sucesso, o institucionalismo da nova *lex mercatoria* tenta superar o paradoxo do contrato autovalidante pelo recurso a três principais técnicas institucionalizantes: a hierarquização, a temporalização ou a externalização (TEUBNER, 2002, p. 212). Pela primeira, o operador estrutura os contratos de modo que neles existam normas que regulamentem a produção e a interpretação de outras normas contratuais.

⁷ Ver também Kahn (1992).

Nesse sentido, as cláusulas de *hardship* e as de resolução de controvérsias permitem a colmatação de lacunas e a solução de conflitos por intermédio de estruturas de hierarquia superior, embora de idêntica natureza contratual. Pela segunda, insere-se a relação contratual em linha do tempo cujo início a precede e o fim a ela sobrevive. Nessa linha, a opção por arbitragem institucional possibilita referência (ao passado) regulamento de arbitragem editado pela instituição eleita e, ao mesmo tempo, dispõe para o futuro, onde estarão localizados os eventuais litígios entre as partes. Por fim, a **externalização** consiste em remeter o fundamento de validade da norma à fonte externa ao contrato, como ocorre quando o árbitro fundamenta em regulamento de arbitragem a origem dos poderes que utiliza para a competência-competência, esquecendo-se de que também a aplicabilidade do referido regulamento resulta contrato.

Nenhuma dessas técnicas supera o paradoxo, já que insistem em buscar no próprio negócio jurídico o fundamento de sua validade, num liberalismo consensualista atualmente sem espaço. Não se nega, é evidente, o papel da manifestação de vontade no processo de habilitação jurisdicional do árbitro; o que não se admite é o autorregramento como fonte de direito, o puro consensualismo. Só a externalização com suficiente envergadura para superar o círculo de autorregramento permite a superação do paradoxo para se encontrar no ordenamento estatal a fonte dos fatos jurídicos: a norma que incide sobre a manifestação de vontade e cria o negócio jurídico.

A proliferação de irônicas insinuações a respeito de “*secret societas mercatorum*”, “*phantome of Sorbonne professors*”, engajados numa “*war of faith*” (TEUBNER, 2002), subtrai credibilidade ao postulado segundo o qual o árbitro seria uma autoridade jurisdicional sem foro. Tais ironias não são totalmente destituídas de razão. Defende um mito quem insiste na juridicidade da *lex mercatoria* totalmente autônoma em relação aos ordenamentos nacionais (OPPETIT, 1998, p. 87). Nessa linha, Oppetit adverte para o fato de que a eficácia do pluralismo jurídico resultante da convivência entre normas de origem pública e privada resulta, em última análise, da ampla liberdade que os sistemas nacionais reconhecem às partes e aos árbitros para determinarem as regras norteadoras da instância arbitral e o mérito das lides.⁸ Jarrosson, por sua vez, enfatiza que a jurisdição do árbitro

⁸ Ver Oppetit (1998, p. 88): “*Mais ce pluralisme ne trouve sa pleine efficacité que grâce à la liberté reconnue para la plupart des droits modernes tant aux parties que aux arbitres de déterminer à leur guise les règles gouvernant aussi bien la procédure que le fond du litige: aucun méthode de choix pré-déterminée ne leur est imposée*”.

não provém, com exclusividade, da vontade das partes, mas, antes, de autorização concedida pelos ordenamentos dos sistemas jurídicos nacionais.⁹

2.1.1.2 O normativismo como justificativa de multilocalização

O retorno ao Estado condiz com a tradição do positivismo brasileiro, a qual, formalista e abstrata, é reivindicada por Pontes de Miranda: em vez de enxergar, no direito, um “fato social”, parte-se da dissociação entre o mundo dos fatos e o do direito. Não implica, todavia, renúncia à demonstração da natureza jurisdicional dos poderes do árbitro, que, como autoridade privada retira dos Estados a própria jurisdição. A colocação de poder no árbitro requer negócio jurídico cuja criação resulta da incidência de norma jurídica cuja hipótese fática é a manifestação de vontade das partes, segundo explica a teoria do fato jurídico popularizada por Pontes de Miranda (2.1.1.2.1) – secundada pela possibilidade de se reconhecer, no direito à arbitragem uma pretensão obrigacional e, na proteção dessa pretensão, reconhecer-se direito subjetivo em sentido técnico, portanto, um poder do interessado, oponível às partes em convenção ou contrato de arbitragem mas também ao juiz nacional do foro (2.1.1.2.2).

2.1.1.2.1 O negócio jurídico da arbitragem

Ingressam no mundo do direito apenas os fatos da vida cuja ocorrência atende a requisitos descritos em suporte fático de incidência normativa. Nessa linha, Torquato de Castro Júnior. (2009, p. 102-103) explica o “suporte fático” como “a expressão que busca representar o evento que será convertido em fato jurídico, antes que essa conversão se tenha operado”. Portanto, a expressão “fato jurídico” designa algo que já não é o “fato da vida” em si, mas o suporte fático “colorido” (CASTRO JÚNIOR, 2009, p. 102-103) pela incidência da norma; dessa incidência, nasce o fato jurídico¹⁰. Supera-se o paradoxo do contrato autovalidante pelo processo de externalização da fonte de validade, do autorregramento ao ordenamento do foro.

⁹ Ver Jarrosson (1987, p. 14): “*Elle découle auparavant de la loi qui, para les règles qu'elle édicte relativement à l'arbitrage, autorize les parties, si celles-ci le désirent, à recourir à l'arbitrage*”. No mesmo sentido, Bollée (2004, p. 27) e Debourg (2012, p. 75).

¹⁰ Nesse sentido, Pontes de Miranda (2012, p. 58).

A norma jurídica incide para transformar a manifestação de vontade “fato da vida” em vontade juridicamente relevante, da qual nasce a relação jurídica e com esta emerge a pretensão à arbitragem, contraposta à obrigação de arbitrar. Esta relação jurídica é protegida pelo ordenamento do foro, inclusive por intermédio do direito de ação outorgado ao jurisdicionado com a finalidade de requerer ao Estado-juiz a garantia de execução específica da obrigação de arbitrar. Nesse sentido, Nanni (2012, p. 507) denuncia a inexatidão dos que se referem à autonomia da vontade como fonte do negócio jurídico, erro comum entre estudiosos da arbitragem. Vontade, de *per si*, não cria negócio jurídico; é necessária a incidência de norma jurídica criadora do negócio e respectiva relação jurídica de direito material entre as partes. Assim, por exemplo, constitui elemento da relação jurídica de direito material entre as partes em uma convenção a pretensão de instaurar a arbitragem, sem intervenção judicial, quando for **autossuficiente** a convenção de arbitragem, ou mediante auxílio do juiz nacional, na hipótese de cláusula compromissória em branco. Regulamenta-se, contratualmente, dentro da esfera de liberdade que o ordenamento deixa às partes, não só a escolha e a nomeação dos árbitros mas também a tramitação do processo arbitral até a prolação da sentença. Situa-se, no plano da eficácia do negócio jurídico da arbitragem, a relação jurídica de direito material da qual participam a pretensão e a obrigação de arbitrar. Identifica-se, aqui, a origem do efeito positivo da convenção de arbitragem. Percebe-se, ainda, a natureza de direito privado subjetivo e em sentido técnico.

2.1.1.2.2 O direito subjetivo à arbitragem

O redirecionamento de foco do interesse das pretensões de uma parte na convenção de arbitragem às pretensões contra o Estado cujo ordenamento criou o negócio jurídico deixa evidente que estas existem, sobretudo, no sentido de reivindicar a proteção necessária à garantia de eficácia do negócio jurídico. O ordenamento que possibilita para formar o negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem também oferece proteção necessária ao reestabelecimento do direito à arbitragem. Cria-se **direito subjetivo** no sentido Kelseniano, ou seja, de proteção ao interesse, à pretensão da parte. Ao deslocar o foco do **interesse protegido** à **proteção ao interesse**, relega-se a relação entre as partes e acentua-se a existente entre estas e o Estado criador da proteção (KELSEN, 1998, p. 148). Nessa perspectiva, o direito subjetivo à arbitragem se confunde com o arcabouço de

proteção que o ordenamento dispensa à expectativa de arbitrar. Constituem tal arcabouço as pretensões dirigíveis contra o Estado-juiz, derivem ou não do negócio jurídico da arbitragem. Entre as que dele derivam, convém mencionar as destinadas ao afastamento do juiz nacional em relação ao mérito das lides objeto da convenção de arbitragem, como se tornou conhecido o efeito negativo da convenção de arbitragem. Entre as que dele não derivam, mas participam do regime jurídico aplicável à proteção da pretensão de arbitrar, o efeito negativo da competência-competência é, sem dúvida, a principal.

O afastamento do Estado-juiz constitui dever do Soberano reflexo ao direito subjetivo à arbitragem e pode ser garantida por intermédio de ação movida perante o Estado-juiz, paradoxalmente a fim de obrigar o próprio Estado-juiz a se manter afastado. A possibilidade recurso ao Estado-juiz torna o direito subjetivo à arbitragem um direito subjetivo em sentido técnico, segundo Kelsen (1998, 153).

Ao criar tal direito o Estado se impõe o dever jurídico reflexo de respeito ao interesse que protege, mas isso não significa que dele derive, com exclusividade, a obrigação do referido respeito ou a disponibilização de instrumentos para a sua proteção. Na hipótese de um ordenamento jurídico nacional, de modo isolado, optar por subtrair instrumento de proteção ou revogar a possibilidade de as partes provocarem a incidência da norma criadora do interesse jurídico à subtração de jurisdição ao Estado-juiz não implica idêntica opção da parte dos demais ordenamentos.

Cada Estado é livre para determinar a amplitude material da possibilidade de renúncia à prestação jurisdicional que aceita e incentiva, como também para criar os mecanismos de proteção que considera adequados. Todavia, aos olhos do juiz nacional, o ordenamento do foro será, sempre, a referência e o ponto de partida para saber se a manifestação de vontade das partes cabe no âmbito da renúncia do soberano e, se for o caso, assegurar a proteção que o ordenamento disponibiliza à pretensão de arbitrar, inclusive com o afastamento do próprio juiz nacional – direito subjetivo em sentido técnico do jurisdicionado.

A qualificação da proteção à arbitragem como direito público subjetivo e em sentido técnico nega à jurisdição do árbitro o vínculo com o ordenamento do Estado cujo território serve de sede à arbitragem. Importam as condições do ordenamento do foro, não o do Estado da sede da arbitragem. Ocorre, é evidente, de o ordenamento do foro erigir a localização da sede à categoria critério de jurisdição internacional indireta do juiz da ação

anulatória. Contudo, também essa hipótese configura aplicação de regra de direito pertencente ao ordenamento do foro.

Assim, parece falso afirmar que a opção pelo positivismo normativista conduz à ideia de arbitragem **monolocalizada**, quando, de fato, induz à **multilocalização**. Essa distinção, popular entre arbitralistas, repousa no fato de que, para uns, o sistema jurídico nacional do árbitro é o do Estado cujo território serve de sede à instância arbitral; para outros, o de cada Estado disposto a reconhecer, em seu território, efeitos pré-processuais à convenção de arbitragem e efeitos de sentença à decisão do árbitro. À primeira, a doutrina convencionou chamar “monolocalizada”; à segunda, “multilocalizada”.¹¹

Enquanto a ideia de arbitragem monolocalizada conduz o juiz nacional do local da sede da arbitragem a considerar o árbitro como um de seus pares e, no caso brasileiro, por exemplo, aceitar a possibilidade dessa relação ser objeto de conflito de competências suscitado perante o STJ;¹² ela também obriga o juiz nacional do Estado em cujo território não está a sede da arbitragem a equiparar o árbitro ao juiz estrangeiro da sede da arbitragem e, em decorrência, reconhecer eventual decisão do juiz nacional da sede a propósito de contestações à jurisdição do árbitro ou, na hipótese de dissociação entre o local da sede da arbitragem e o da execução da sentença, se negar a homologar sentença arbitral anulada no Estado da sede. Se o juiz nacional, porém, enxerga a arbitragem de modo multilocalizado, deve desconsiderar a opinião dos demais juízes nacionais a respeito da jurisdição do árbitro. Aqui, a indiferença é uma virtude (GAILLARD, 2008, p. 50).

Podemos concluir que, ao identificar no arcabouço de proteção ao direito à arbitragem, um direito subjetivo em sentido público e técnico, o positivismo normativista localiza a fonte de jurisdição do árbitro no ordenamento do Estado do foro, sem distinção essencial quanto às situações em que o juiz nacional do foro também é o do local da sede da arbitragem ou se é o do Estado da homologação da sentença arbitral.

Se, o normativismo kelseniano, de um lado, permite ao juiz nacional analisar a jurisdição do árbitro com base em critérios postos com exclusividade pelo ordenamento do foro; de outro lado, não torna o árbitro autoridade jurisdicional estrangeira; portanto, não confirma a localização dele anunciada em nosso postulado: o árbitro é, sempre, uma autoridade jurisdicional estrangeira. Em favor desse postulado, pode-se afirmar que ele, por ser estranho ao Judiciário, é também estrangeiro ao juiz nacional do foro. O

¹¹ Nesse sentido, Gaillard (2008, p. 46).

¹² Ver 3.2.1.1

argumento não convence, pois a função jurisdicional não cabe, com exclusividade, ao Judiciário. Se o Estado-juiz também atua por intermédio de órgãos estranhos ao Judiciário, então, para ser estrangeiro, não basta ser extrajudiciário; é necessário a localização fora dos limites da soberania do Estado e da função do Estado-juiz em nome do qual o juiz descentralizado exerce atividade jurisdicional, portanto, requer a localização do árbitro em sistema jurídico distinto do nacional do foro. O monismo kelseniano, embora construído para justificar as relações entre o direito nacional e o internacional público, parece negar a possibilidade de terceiro ordenamento, a um tempo, delegado e autônomo em relação às soberanias delegantes: a *lex mercatoria* transnacional (KELSEN, 1998, p. 370).

2.1.2 A contribuição da teoria dos sistemas diferenciados

A popularização de teorias emprestadas à moderna sociologia alemã ofereceu novo alento à pesquisa do sistema jurídico transnacional da *lex mercatoria*. O distanciamento da câmara do ordenamento até a sociedade e, por consequência, a abertura do plano, permite ao observador nela ambientar o sistema do direito e verificar que os limites entre o jurídico e o não jurídico são forjados pelo próprio sistema do direito na medida de sua interação com os demais sistemas sociais. O espaço de cada sistema é determinado pela função que exerce na sociedade como um todo. Essa perspectiva teórica permite demonstrar a juridicidade (2.1.2.1) e a autonomia do sistema transnacional da *lex mercatoria* em relação a todo sistema nacional; por conseguinte, confirma a natureza estrangeira da jurisdição do árbitro em relação a todo juiz nacional (2.1.2.2).

2.1.2.1 A juridicidade da autoridade do árbitro

O sistema do direito se diferencia dos demais sistemas sociais, a princípio, pela função: estabilizar expectativas; todavia, outros, como a religião e a moral, exercem a mesma função; logo, a tentativa de delinear os critérios de diferenciação do sistema jurídico requer maior refinamento. O critério do jurídico passa pela distinção entre a **expectativa cognitiva e a normativa**, que apenas participa do sistema do direito e se distingue, das outras, pelo tipo de reação que o sistema oferece na hipótese de serem frustradas. À frustração de expectativa cognitiva, segue-se a adaptação do sistema pelo

aprendizado que o leva a suprimir ou modificar a expectativa. À de expectativa normativa, segue-se a tentativa de sua reafirmação pela declaração do ilícito e conseqüente sanção.

No sistema transnacional da *lex mercatoria*, a reafirmação de expectativas normativas frustradas ocorre por intermédio do processo e da sentença arbitral, reconhecidos como tais pela maioria hegemônica dos sistemas nacionais (BROGLIA MENDES, 2010, p. 78). O direito à arbitragem surge como conteúdo de expectativa normativa transnacional; sua eventual negação em relação a um sistema nacional específico não o invalida em relação aos demais. Apenas na hipótese de ser negada pela maioria hegemônica dos Estados, a jurisdição do árbitro perderia sua fundamentação transnacional.

Antes de se reafirmar qualquer expectativa normativa, o sistema jurídico deve aferir se realmente houve frustração. Para tanto, utiliza-se a aplicação de um código binário – no caso do direito, o código lícito-ilícito. A frustração do direito à arbitragem requer ilícito do tipo contratual e, nessa esteira, retorna ao paradoxo do contrato autovinculante. Sua superação pressupõe a evolução do sistema jurídico por intermédio de duas ferramentas principais: (i) a criação de programas e (ii) a habilitação de uma autoridade jurisdicional.

Os programas informam o conteúdo do código lícito-ilícito, cuja transgressão, se considerada ilícita, provoca a reação do sistema para reafirmar expectativa normativa frustrada, o juízo desta licitude-ilicitude cabe à autoridade jurisdicional, encarregada de gerir o paradoxo em cada caso concreto a partir do centro do sistema (BROGLIA MENDES, 2010, p. 80).

Se entendermos, com Pontes de Miranda (2012, 58), que a fonte do negócio jurídico não é a manifestação de vontade, mas a norma que a transforma em negócio, então a jurisdição do árbitro não é manifestação de vontade das partes, mas da norma que incide sobre tal manifestação para criar o negócio jurídico da arbitragem. Essa norma (programa), quando repetida por vários sistemas nacionais, ganha feição transnacional e se revela, ao árbitro, pelo método comparado funcional. Nesse sentido, Flávia Mange (2012, p. 93) demonstra como o recurso ao método comparado funcional como técnica de revelação das normas que fundamentam a jurisdição do árbitro. Tal reconhecimento transnacional é idôneo à transformação de expectativa cognitiva em normativa. Por ele, a expectativa cognitiva do comércio internacional ingressa, como programa, no conteúdo de expectativa normativa e se instala na periferia do sistema do transnacional.

Não é difícil demonstrar o reconhecimento da jurisdição do árbitro, de modo majoritário e com certa hegemonia, pelos Estados envolvidos no comércio internacional. Basta ressaltar que 150 Estados ratificaram a Convenção sobre Reconhecimento e Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, 2014a)¹³ – doravante Convenção de Nova Iorque de 1958 – A pretexto de estruturar um regime jurídico comum aplicável à homologação de sentenças arbitrais proferidas em território estrangeiro, seus redatores delimitaram o mínimo de autonomia da jurisdição do árbitro em relação aos sistemas nacionais e o máximo exigível, de cada um deles, como condição ao reconhecimento da jurisdição do árbitro pelos sistemas nacionais dos Estados signatários.¹⁴ Em seguida, outros 46 Estados adotaram leis de arbitragem de redação declaradamente inspirada no texto da Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), estabelecida na década de 1980, com esse propósito (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, 2014b). A Lei-Modelo influenciou os redatores da Lei Brasileira de Arbitragem e o Brasil ratificou a convenção de Nova Iorque de 1958.¹⁵

Tais documentos são suficientes à comprovação da existência de regras transnacionais que permitem às partes subtrair jurisdição ao juiz nacional para retransmitir ao árbitro. Esse reconhecimento torna o árbitro autoridade jurisdicional transnacional. A contribuição da teoria dos sistemas para o reconhecimento de uma *lex mercatoria* transnacional converge com o fundamento de uma ordem jurídica arbitral, base para a representação de arbitragem deslocalizada, como defendido por Emmanuel Gaillard (2008, p.74, tradução nossa):

A noção de ordem jurídica arbitral considera que, em verdade, os Estados concordam em grande parte quanto às condições a serem respeitadas para uma arbitragem ser considerada como um modo obrigatório de resolução de controvérsias cujo resultado, a sentença arbitral, merece receber sanção.¹⁶

Ressalte-se, ainda, que, se a frustração da expectativa normativa material enseja a expectativa normativa de recurso ao árbitro como instrumento de sua reafirmação; o dever

¹³ Em vigor, no Brasil, por força do Decreto n. 4.311/2002.

¹⁴ Nesse sentido Barros, O. F. (2007, p. 15).

¹⁵ Em vigor, no Brasil, por força do Decreto n. 4.311/2002.

¹⁶ No original : « *La notion d'ordre juridique arbitral rend compte du fait qu'en réalité les Etats s'accordent largement sur les conditions qu'un arbitrage doit satisfaire pour être considéré comme un mode obligatoire de règlement des différends dont le résultat, la sentence arbitrale, mérite de recevoir la sanction des Etats* ». No mesmo sentido, ver Mayer (1982, p. 199).

de reafirmar a expectativa de arbitrar pode recair sobre o juiz nacional. Este, sem dúvida, um importante momento de comunicação entre o sistema nacional do juiz e o transnacional do árbitro. Exceto onde haja ameaça de denegação de justiça, deve o Estado-juiz fechar a porta do Judiciário à parte que pretenda frustrar a pretensão de arbitrar.

Teubner admite a possibilidade de direito sem fonte estatal, mas logo ressalva condições que, se preenchidas, levam de volta ao Estado: (i) a produção normativa deve ocorrer na periferia do sistema jurídico nacional (ii) onde a expectativa ingressou por intermédio de estruturas de acoplamento.¹⁷ Ora, se é necessária a utilização de estrutura de acoplamento destinada à transposição da expectativa do sistema social de origem à periferia do sistema do direito, onde, finalmente, se instala, então a expectativa que se pretende estabilizar, para se tornar normativa, só é jurídica após o ingresso em algum sistema nacional. Isso torna a explicação de Teubner similar à encontrada em autores clássicos do normativismo abstrato, para quem a juridicidade é uma relação de pertinência ao ordenamento. Nessa linha, pode-se dizer, as expectativas cognitivas enquanto meras produtoras de ruído constituem o conteúdo a que se refere o clássico conceito de fontes materiais do direito. Ao serem inseridas no interior do sistema jurídico, utilizam estruturas de acoplamento, ou seja, fontes formais do direito. Em suma, o liberalismo, em Teubner, vai até o limite das fontes materiais. A partir daí, não nega que expectativa, antes de se tornar normativa, precisa ingressar no sistema jurídico nacional, ser reconhecida pelo Estado.¹⁸

Afirmar o ingresso da norma pela periferia do sistema não implica admitir que haverá movimentação posterior, no sentido do centro. Afinal, o legislador se localiza na periferia, enquanto a autoridade jurisdicional está no centro. O legislador tem a opção de legislar ou não legislar, como os contratantes podem manifestar ou não a vontade sobre a qual incide a norma criadora do negócio jurídico; já a autoridade jurisdicional está sujeita à proibição do *non liquet* e, no caso do juiz nacional, à obrigação de não permitir denegação de justiça. Essa obrigação de produzir direito toda vez que é provocado assegura a unidade do sistema, localiza a autoridade jurisdicional no centro e torna periférico o legislador e os contratantes (LUHMANN, 2008, p. 293). Na periferia, onde estão os contratos, o sistema

¹⁷ Ver Teubner (2002, p. 207): “*The replacement of frames, from hierarchy to centre/periphery, allows us to recognize other types of social rule production as law production, but only under the condition that they are produced in the periphery of the legal system in structural coupling with external social processes of rule-formation*”.

¹⁸ Nesse sentido, Luhmann (2008, p. 293) também aponta para a periferia do sistema como o local onde proliferam novas formas de direito produzido de modo privado.

jurídico é mais sensível à influência de outros sistemas sociais. Lá, as irritações se transformam ou não em normas em normas jurídicas; tal faculdade para não decidir revela a autonomia do sistema. Já, no centro, o isolamento é maior, todavia, não impede o ingresso de normas, desde que concretas, de decisão, provenientes de autoridades estrangeiras cuja jurisdição o sistema do foro reconhece, por intermédio de suas normas de jurisdição internacional indireta aplicadas pelo juiz nacional.

O árbitro é a autoridade jurisdicional do sistema jurídico transnacional; logo ele árbitro e o juiz nacional estão localizados no centro de sistemas distintos. Nesse sentido, Marcelo Neves demonstra que, para o juiz nacional – localizado no centro do sistema nacional –, o árbitro é periférico; já, para o árbitro – localizado no centro da periferia –, periférico é o juiz nacional. A problemática se apresenta como o diálogo entre autoridades que enxergam, em si, o centro e, nos outros, a periferia:

As instituições que estão no centro de determinada ordem jurídica, os tribunais, constituem parte da periferia do sistema jurídico para uma outra ordem jurídica. Assim, embora na perspectiva de observação da ordem jurídica nacional e dos tribunais estatais, a “lex mercatoria” e os seus tribunais estejam na periferia do sistema jurídico, para a própria “lex mercatoria” e os respectivos tribunais arbitrais, as ordens estatais e os seus tribunais fazem parte da periferia do sistema jurídico. (NEVES, 2009, p. 167).¹⁹

Afinal, onde está o árbitro em relação ao juiz nacional? Na periferia do sistema do juiz nacional ou no centro do sistema transnacional da *lex mercatoria*? A distinção é sutil e, aparentemente, deriva de eclipse entre a jurisdição estrangeira do árbitro e as regras de jurisdição arbitral indireta por meio das quais através das quais o juiz nacional observa o árbitro. Em suma, o juiz nacional só conhece aquilo que chega à periferia de seu próprio sistema, por meio das regras de jurisdição indireta. Assim, superados os requisitos postos por essas regras, a norma de decisão estrangeira ingressa como tal no sistema jurídico do foro. Entra pelo centro.

As regras de jurisdição indireta servem como estruturas de acoplamento capazes de permitir a comunicação e o reconhecimento mútuo entre *alter* e *ego*, árbitro e juiz, entre o sistema nacional do foro e o sistema transnacional do árbitro. Da mesma forma, funcionam as que regem o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras e as que

¹⁹ Ver também Broglia Mendes (2010, p. 75), para quem a, aos olhos do juiz nacional, a arbitragem seria o centro da periferia, os contratos internacionais a periferia da periferia, portanto aptos à função de acoplamento necessário a canalizar para o interior do sistema jurídico as « irritações » das necessidades do comércio internacional, portanto pelo sistema da economia.

permitem ao juiz verificar se a jurisdição do árbitro preenche os critérios que o próprio sistema nacional do foro impõe ao reconhecimento de jurisdição à autoridade estrangeira. Isso ocorre como etapa lógica antecedente à internalização de decisão jurisdicional estrangeira, mas também quando se decide reconhecer ou não a instauração de instância jurisdicional periférica ou quando o juiz nacional é provocado para controlar a jurisdição do árbitro. Esse controle observa limite que ocorre em quase todos os sistemas jurídicos nacionais: a autoridade jurisdicional de um não dita regra de jurisdição à de outro;²⁰ limita-se a reconhecê-la ou não com efeitos restritos ao próprio sistema. Por conseguinte, o juiz nacional, localizado no centro do sistema, não dita regras de jurisdição ao árbitro, autoridade que observa a partir da periférica do próprio sistema, mas localizada no centro de sistema distinto, o transnacional da *lex mercatoria*.

2.1.2.2 A autonomia da jurisdição do árbitro

Demonstrada a juridicidade do sistema transnacional da *lex mercatoria*, convém indagar a respeito do traço que o torna distinto dos sistemas jurídicos nacionais, cujos programas, indiretamente, alimentam o conteúdo do seu código lícito-ilícito. Se os sistemas jurídicos nacionais se diferenciam pela vinculação ao respectivos territórios e, em decorrência, os juízes localizados no seu centro, pela vinculação aos respectivos foros, esse critério não é único nem universal.

Também se admite que a diferenciação entre sistemas jurídicos se realize com base em critério setorial, ou seja, como cada sistema jurídico se comunica e reage às irritações provocadas por outros. Nessa linha, o transnacional da *lex mercatoria* se distingue pela maior sensibilidade às provocações do sistema da economia e, de modo mais específico, do subsistema do comércio. Enfim, o sistema jurídico transnacional da *lex mercatoria* se diferencia dos nacionais pelo setor em relação ao qual demonstra maior sensibilidade de abertura e comunicação.

Se, em princípio, são operacionalmente fechados, os sistemas se abrem à cognição por intermédio dos canais que habilita, as estruturas de acoplamento. No caso da *lex mercatoria* transnacional, seu acoplamento com o sistema da economia/comércio ocorre por meio do contrato – inclusive, do que leva à arbitragem – e da propriedade. Ambos

²⁰ Ver Bureau e Watt (2014, p. 128).

ostentam, a um tempo, sentido jurídico e econômico. A propriedade é bem econômico e critério de decisão; o contrato, do mesmo modo, é modelo de negócios e, diante do árbitro, critério de decisão, inclusive em relação à própria jurisdição (GUIBENTIF, 2010, p. 150).

Esse específico modo de reagir às irritações provenientes do sistema da economia e do comércio internacional, acentuado pela pouca predisposição constitucional, diferencia o sistema jurídico transnacional da *lex mercatoria* em relação a todos os outros. Nesse sentido, Bruno Oppetit (1988, 87) ressalta que a opção pela justiça arbitral decorre da necessidade de resposta adequada à expectativa dos operadores do comércio, ávidos por prestação jurisdicional administrada de modo distinto da judicial. Já Kahn (1987, p. 98) afirma que os interesses da economia constituem a única responsabilidade do sistema da *lex mercatoria* – daí a pouca predisposição constitucional –, que, ademais, assegura sua originalidade e autonomia em relação às demais ordens jurídicas, especialmente às nacionais e às interestatais. Por sua vez, Fouchard (1999b, p. 395) propõe ser o árbitro o juiz da globalização. A Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 15 de dezembro de 1976, atesta o valor da arbitragem como método de resolução das lides do comércio internacional (NAÇÕES UNIDAS, 2014). No Brasil, Marcelo Neves (2009, p. 165) também aponta a menor sensibilidade constitucional do sistema jurídico da *lex mercatoria* e Huck (1992, p. 233) denuncia a “consagração absoluta da lei de mercado, despida de qualquer preocupação ou restrição de caráter jurídico nacional, ou principalmente político”. Aqui, cabe indagar: até onde a pouca sensibilidade constitucional é o reverso da grande sensibilidade do sistema jurídico da *lex mercatoria* em relação às necessidades do comércio internacional? Cabe ao juiz nacional a defesa dos valores constitucionais vigentes no próprio sistema. Se necessário, deve utilizar o mecanismo da ordem pública no sentido do direito internacional privado e, assim, impedir o ingresso da norma de decisão estrangeira no sistema do foro.

Se o sistema transnacional não se diferencia dos nacionais pela vinculação a determinado território, mas pela nota da sensibilidade de sua reação a determinado setor da sociedade, tampouco se pode atribuir vínculos territoriais à autoridade jurisdicional localizada no centro desse sistema, o árbitro. Ficam demonstrados, portanto, os fundamentos teóricos do postulado, caro à doutrina da deslocalização, de acordo com o qual o árbitro “não tem foro”.²¹

²¹ A propósito, ver Clay (2008, p. 42).

A pertinência do árbitro ao sistema transnacional da *lex mercatoria* também explica a má adaptação da arbitragem a setores da economia distintos do comércio, *v.g.*, no âmbito trabalhista, das relações de consumo ou em situações nas quais o Estado se envolva sem a condição de agente econômico. O árbitro não tem foro; tem setor, que é o da economia, o do comércio em especial. Por não possuir vínculos em relação a qualquer território e respectivo Estado-juiz, ele é, sempre, um estrangeiro em relação ao sistema jurídico do juiz nacional do foro. Assim, a relação entre juiz nacional e árbitro é problemática pertinente ao estudo da comunicação entre os centros de sistemas jurídicos diversos, por meio das regras de jurisdição internacional ou arbitral indireta localizada na periferia do sistema do juiz nacional do foro.²²

2.2 Determinar a autoridade jurisdicional para a lide: um debate pré-processual

Por envolver a corderação entre os papéis respectivos de autoridades jurisdicionais vinculadas a sistemas distintos – o transnacional, do árbitro, e o nacional, do juiz –, os problemas resultantes da relação árbitro-juiz nacional estão sujeitos aos princípios e métodos disponibilizados pela disciplina do conflito de jurisdições, pelo direito internacional privado (BATIFFOL, 2012, p. 69). Ao editar norma jurídica cuja incidência atribui à manifestação de vontade das partes o poder de subtrair jurisdição, não ao Judiciário, mas, de modo mais amplo, ao Estado-juiz, o soberano declara desinteresse pela resolução de controvérsias que envolvem apenas direito patrimonial disponível – em teoria, lides de menor potencial danoso em relação à própria ordem pública. Nesse sentido, o critério de arbitrabilidade posto pelo soberano também informa a medida do desinteresse e, em decorrência, da possibilidade de afastar à resolução de determinada categoria de lides. Se, de um lado, a opção pela arbitragem subtrai função jurisdicional ao Estado-juiz e desabilita o juiz nacional; de outro lado, a ausência de convenção de arbitragem impede a existência de árbitro. Todo erro na determinação da autoridade habilitada para uma específica lide – se o juiz nacional ou o árbitro – causará sérias consequências : a inexistência de relação processual por ausência de autoridade, portanto, da eventual sentença, judicial ou arbitral. Ao aferir se o detentor da jurisdição é o árbitro ou o Estado-

²² Nesse sentido, nossa abordagem é distinta daquela realizada por Parente (2012). Ao distinguir o sistema processual judicial e o sistema processual arbitral, aparentemente Parente situa ambos no interior do sistema jurídico nacional do foro. De outro modo, partimos do pressuposto de que o árbitro é sempre estrangeiro ao sistema jurídico do juiz nacional.

juiz, o juiz nacional do foro afere, diretamente, a própria jurisdição internacional (2.2.1), e, indiretamente, a da autoridade estrangeira, juiz nacional ou árbitro (2.2.2).

2.2.1 A inexistência de juiz nacional do foro

As necessidades de afirmação da autonomia da relação jurídica processual em relação à de direito material obrigaram a doutrina a se debruçar sobre os elementos necessários à sua constituição sem que se chegasse a consenso quanto à determinação de quais elementos seriam anteriores (exteriores ao processo) e quais seriam apenas aferíveis no bojo da própria relação processual e, portanto, não diriam respeito à existência, mas à validade. Enquanto autores sensíveis aos reclamos de efetividade e de economia processual tendem a ampliar a categoria dos pressupostos de validade e limitar a incidência da nulidade às hipóteses de efetivo prejuízo causado à parte a quem o pressuposto deveria amparar, autores mais clássicos tendem a agrupar maior número na categoria dos de existência, cuja ausência impede a formação da relação processual e torna inexistente qualquer sentença eventualmente proferida (BARBOSA MOREIRA, 1989, P. 89). Embora fundamental para a moderna processualística, o debate não merece, aqui, aprofundamento; basta mencionar a existência de um único critério a respeito do qual autores de todas as tendências convergem: a ausência de autoridade jurisdicional é pressuposto de existência do processo²³.

Já vimos que, sob a ótica judiciária, a jurisdição normalmente se apresenta em três níveis: nível constitucional da comunicação entre o sistema do direito e o da política – jurisdição constitui poder político do Estado –; nível de suas **funções** – compreendidas no termo Estado-juiz –; finalmente, nível de **atividade** – distribuída entre os juízes investidos, que a exercem de acordo com os critérios de repartição de competência. A unidade do poder político e do Estado-juiz caracteriza o princípio de unidade da jurisdição, apenas descentralizada ao quanto à atividade jurisdicional dos juízes. Daí se depreende que todos

²³ Bedaque (2010, p. 228): “ Daí porque o único requisito de existência do processo, sem o qual a sentença é mero fato, destituído de efeito jurídico, é a jurisdição, isto é, a presença de um juiz regularmente investido dessa função”. No mesmo sentido, Martins (2012, p. 43). Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 329), além da autoridade, a existência de demanda também constitui pressuposto de existência, enquanto José de Arruda Alvim (2008, v. 1, p. 538) acresce a citação e a capacidade postulatória.

os juizes são órgãos do Estado-juiz, dotados de jurisdição, embora possam não deter competência para uma específica lide.²⁴

A unidade jurisdicional assegurada pelo Estado-juiz e decorrente outorga de jurisdição à totalidade de seus órgãos descentralizados parecem subtrair à doutrina processual civil judicial o interesse em analisar hipóteses de inexistência de autoridade jurisdicional e suas consequências em relação à formação da relação processual civil judicial. Conforta a ideia de que qualquer juiz é autoridade jurisdicional para fins de atendimento ao pressuposto processual de existência do processo. A possibilidade de sua inexistência parece relegada à condição de anedota, verdadeiro *cas d'école*, merecedor de poucas páginas ou parágrafos. Enquanto Bedaque (2010, p. 217) menciona atos processuais ordenados por juiz aposentado, Talamini (2005, p. 326) atenta para os riscos da ausência de autoridade onde houver juízo de exceção e Fábio Gomes (2000, p. 25) menciona acórdão em que o STF declara a inexistência de sentença proferida por ex-juiz estadual, após ser investido no cargo de juiz federal.

O debate a respeito da possibilidade de ausência de jurisdição em processo judicial adquire maior importância quando se localiza o árbitro em sistema jurídico distinto do nacional do foro e se atribui à convenção de arbitragem à condição de norma de jurisdição internacional. Afinal, são inexistentes os atos do juiz nacional que atua sem jurisdição internacional – “competência internacional” – para a lide, conforme lição de Dinamarco (2005, v.1, p.369): “como falta jurisdição ao juiz internacionalmente incompetente – e não mera competência – qualquer ato que ele realize é juridicamente inexistente como ato jurisdicional (a não ser, é óbvio, a sentença que extingue o processo por este motivo.” No mesmo sentido, José Ignacio Botelho de Mesquita (2007, v. 2, p. 53):

[...] sobre as causas não incluídas na competência internacional do Brasil, o que faltará ao juiz ou tribunal brasileiro não será meramente competência no sentido usual da palavra, mas, sim, jurisdição, no sentido de poder jurisdicional. A decisão que o juiz em tais casos proferir será decisão proferida por órgão não investido de jurisdição, como se daria no caso de ter sido proferida por uma tabelião ou oficial de cartório, incluir-se-ia na categoria das sentenças inexistentes.

É assim porque a “incompetência internacional” – ausência de jurisdição – do juiz nacional afasta não apenas a **atividade** jurisdicional desenvolvida pelo respectivo órgão judicial descentralizado mas também a **função** jurisdicional do Estado-juiz cujos limites

²⁴ A propósito, ver. Dinamarco (2005, p. 318).

internacionais são idênticos ao do poder do soberano ao qual está vinculado. A bem da precisão, o árbitro não se relaciona como o órgão descentralizado, mas com o Estado-juiz. A relação árbitro-juiz nacional é, na verdade, uma relação entre o árbitro e o Estado-juiz.

Ao atribuir ao jurisdicionado direito subjetivo à arbitragem, o legislador declara a ausência de interesse do Estado-juiz pela resolução de determinada categoria de lides.²⁵ Se invocada a convenção de arbitragem, deve o juiz nacional extinguir o processo sob pena de, sem jurisdição, proferir sentença judicial inexistente. A hipótese se assemelha ao caso de supressão de órgão jurisdicional invocada por Leonardo Cunha (2008, p. 271) para, com razão, justificar a impossibilidade de se produzirem os efeitos da litispendência – *perpetuatio jurisdictionis* – em situações nas quais apenas uma autoridade existe.

A convenção de arbitragem suprime não só o órgão descentralizado, como também o Estado-juiz e, em decorrência, o Poder Judiciário. Nesse sentido, remetemos à autoridade de Chiovenda e a de Pontes de Miranda. Para o primeiro, “[...] se uma das partes comprometentes cita a outra em juízo, pode o réu obstruir o exame do mérito por via de exceção de compromisso, que não é de incompetência, nem de litispendência, mas de renúncia ao procedimento de cognição judiciária.” (CHIOVENDA, 2002, p. 78). Já, para o segundo, “[...] quanto a sua eficácia, o compromisso é negócio de direito material com **eficácia negativa no direito pré-processual** (exclusão dos juízes estatais) e eficácia positiva no direito processual (submissão das partes aos efeitos do laudo).” (PONTES DE MORANDA, 1977, p. 232). Entre os contemporâneos, elegemos Donaldo Armelin (2004, p. 217), que afirma:

Não se trata, mister se faz ressaltar, de supressão de competência do órgão da jurisdição estatal então competente para conhecer e decidir o litígio ‘sub judice’, mas sim de extinção de jurisdição estatal no que concerne à declaração, no sentido lato, a respeito do direito questionado²⁶

No sistema nacional brasileiro, a anterioridade lógica do conflito de jurisdição, em relação ao de competência, reflete-se na repartição de competências entre juízes brasileiros, a qual é inaplicável se o jurisdicionado tenha optado pela arbitragem. Se ausente a função jurisdicional, não haverá o objeto da partilha, a atividade jurisdicional a ser exercida pelos órgãos descentralizados. Esse é o mesmo sentido dos arts. 86 do Código de processo civil

²⁵ A respeito da noção de direito subjetivo em sentido técnico como expressão de dever reflexo do Estado, v. 2.1.1.2.2.

²⁶ No mesmo sentido, ver Batista Martins (2008, p. 136), Costa (2006, p. 133) e Della Valle (2006, p. 247).

brasileiro²⁷; do L. 411-4 do *Code de commerce* francês²⁸ e do 1º do *Código di procedura civile* italiano,²⁹ uníssonos ao determinar a repartição da jurisdição entre os seus juízes, salvo opção contratual pela arbitragem. Afastam-se, inclusive, as regras de competência material exclusiva e os dispositivos reguladores dos efeitos da conexão e da litispendência. Na mesma linha, Guido Santiago Tawil e Ignácio J. Minorini Lima (2007, p. 130) demonstram a posição da Corte Suprema argentina:

[...] tem alcance restrito a um deslinde dentro da jurisdição interna, que não alcança casos em que, em decorrência da aplicação de normas e princípios de direito internacional (público ou privado), permite-se prosseguir perante a jurisdição internacional estrangeira.³⁰

Entre nós, a 3ª seção de direito privado do Tribunal de Justiça de São Paulo atentou para a nuance, em decisão unânime nos autos do agravo de instrumento n. 124.217.4/0: “Note-se que, em rigor, não se deve falar em competência, pois que de competência não se trata. O que há é renúncia à via jurisdicional”³¹.

Podemos concluir que, diante de convenção de arbitragem o juiz nacional deve declarar ausência de jurisdição para a causa.

²⁷ Cf.art. 86, do CPC: “As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral”. Em matéria de resseguros, o art. 38 da Resolução nº. 168, de 17 de dezembro de 2007, da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), impõe às partes a escolha dos tribunais brasileiros como os únicos detentores de jurisdição para lides derivadas de contratos visando a proteção de riscos no território nacional brasileiro, exceto se optarem pela arbitragem, *in verbis*: “Os contratos de resseguro visando à proteção de riscos situados em território nacional, deverão incluir cláusula determinando a submissão de eventuais disputas à legislação e à jurisdição brasileira, ressalvados os casos de cláusula de arbitragem, que observarão a legislação em vigor”.

²⁸ Cf. art. 411-4 (tradução livre): “Contudo, as partes podem, no momento em que contratam, acordar em submeter aos tribunais as lides acima enumeradas”. No original: “*Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l’arbitrage les contestations ci-dessus énumérées*”.

²⁹ Cf. art. 1º: (*Giurisdizione dei giudici ordinari*) “*La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, e’ esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice*”.

³⁰ Tradução livre. No original: “[...] tiene unicamente el alcance de un deslinde dentro de la jurisdicción interna, que no alcanza a los casos em que, por aplicación de normas y principios de derecho internacional (publico o privado), puede proceder la jurisdicción internacional extranjera”.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0 da 5ª Câmara de direito privado. Agravante: Renault do Brasil S/A e outros. Agravado: Carlos Alberto de Oliveira Andrade e outros. Relator: Rodrigues de Carvalho. São Paulo, 16 de setembro de 1999. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 3, n. 7, p. 336-348, jan./mar. 2000. No mesmo sentido, BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1103701-0/9 da 28ª Câmara de Direito Privado. Apelantes: Syncrofilm Distribuidora Ltda e American Medical Systems Inc. Apelado: Apdo Ams American Medical Systems Brasil Prod Urolog Ginecol Ltda. Relator: Cláudio Lima Bueno de Camargo. São Paulo, 11 de dezembro de 2007: “Interesse de agir – Caracterização. Pressuposto processual negativo – Questão processual prejudicial, cujo reexame independe do resultado de mérito adotado no MM Juízo a quo. Compromisso arbitral — Cláusula compromissória — Espécies do gênero convenção arbitral, hábeis à exclusão da jurisdição.” **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 17, p. 126-133, 2008.

2.2.2 A inexistência de autoridade jurisdicional estrangeira

Carece de jurisdição internacional indireta o juiz estrangeiro que atropela a intensidade atribuída pelo ordenamento do foro ao efeito negativo da convenção de arbitragem e o da competência-competência (2.2.2.1)³². Também não a tem o árbitro quando ausente elemento essencial à existência do negócio jurídico da arbitragem ou quando presente alguma causa de nulidade absoluta (2.2.2.2). Nesses casos, a ausência de autoridade estrangeira impede a formação da relação processual. Assim, não pode o juiz nacional reconhecer a jurisdição estrangeira inexistente ou seu produto.

2.2.2.1 A inexistência de juiz nacional estrangeiro

A resolução n. 9/2005 do STJ impõe, como condição de homologação da sentença judicial estrangeira, que esta tenha sido proferida por autoridade “competente”. Essa “competência” (jurisdição internacional) não se afere com base em critérios existentes no sistema jurídico da autoridade estrangeira, e sim em critérios postos, com exclusividade, pelo do foro, os quais informam o conteúdo das regras de jurisdição internacional indireta.

A exemplo da jurisdição que a cláusula de eleição de foro atribui a determinado juiz nacional estrangeiro com prejuízo da jurisdição internacional direta (do juiz do foro) e indireta (de todos os outros juízes estrangeiros), a presença de convenção de arbitragem impede ao juiz da homologação reconhecer como indiretamente competente autoridade estrangeira que não seja o árbitro.³³ Incidem como regras de jurisdição internacional indireta os efeitos negativos da competência-competência e da convenção de arbitragem, como postos pela Larb. Na hipótese de a convenção se inserir no regime jurídico da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958), incide a norma do seu artigo II, como propõe Hascher (1993, p. 278) :

Seu texto impõe aos juízes dos Estados contratantes a obrigação de reenvio das partes aos árbitros tão logo verifiquem a existência de convenção de arbitragem. Desse modo, convém aplicar o art. II da Convenção de Nova Iorque como regra de conflito de jurisdição, no momento em que se verifica a jurisdição do juiz estrangeiro. [...] Na hipótese de transposição do artigo II da Convenção de Nova Iorque, ou de regra material transnacional de mesmo objeto, à categoria das regras de competência indireta dos juízes, a amplitude do controle, pelo juiz

³² Nesse sentido, Schlosser (1981, p. 380) e Van Houtte (1997, p. 85).

³³ Nesse sentido, Mayer (1996, p. 205), Audit e D'avout (2010, p. 409) e Ancel e Lequette (2006, p 147).

requerido, seria análoga à que exerce em relação ao juiz de origem quando este desconhece ou viola cláusula de eleição de foro.³⁴

No mesmo sentido, Schollosser ressalta que a norma desse artigo impõe ao juiz nacional a obrigação de reconhecer a convenção de arbitragem e, por conseguinte, de não reconhecer jurisdição internacional indireta ao juiz nacional estrangeiro. Por sua vez, Besson recomenda o recurso à cláusula do regime jurídico mais favorável à eficácia da sentença arbitral contida no artigo VII, da referida convenção, como fundamento de aplicabilidade de eventuais regras mais favoráveis existentes no ordenamento do foro e, em consequência, rejeição da autoridade judicial estrangeira que haja se pronunciado a respeito da competência do árbitro em termos menos liberais do que permitiria o ordenamento do foro (BESSON, 1999, p. 334).

Não se trata de assimilar árbitro ao juiz nacional do foro da homologação como poderia parecer ao adepto da ideia de multilocalizada. O que se invoca, com fundamento para o afastamento da decisão judicial estrangeira, é a necessidade de o juiz nacional do foro assegurar a efetividade do direito público subjetivo à arbitragem, isto é, proteção do ordenamento do foro à manifestação de vontade que transformou em negócio jurídico. Aos olhos do juiz nacional do foro, a jurisdição do árbitro exclui a internacional indireta de todo juiz nacional estrangeiro (DEBOURG, 2012, p. 308).³⁵

Se o foro está proibido de ditar jurisdição à autoridade vinculada a sistema jurídico diverso, o legislador, no exercício discricionário da própria soberania, pode erigir a ausência de decisão proferida pelo juiz nacional do território da sede da arbitragem à categoria de critério de jurisdição indireta do árbitro. Assim, alguns sistemas nacionais não reconhecem a jurisdição indireta ao árbitro cuja sentença foi anulada pelo juiz nacional do Estado da sede da arbitragem; enquanto outros desconsideram tal acontecimento. Essa possibilidade resulta de opção política do legislador, não é essencial à repartição de jurisdição entre o árbitro e o Estado-juiz.

³⁴ No original : “*De fait, par une convention d’arbitrage, les parties dessaisissent le juge et écartent son intervention. Dès lors, il conviendrait de faire jouer l’article II de la Convention de New York en tant que règle de conflit d’ordre juridictionnel à l’occasion du contrôle de la compétence du juge étranger. [...] Ainsi, en cas de transposition de l’article II de la Convention de New York, ou d’une règle matérielle transnationale ayant le même objet, parmi les règles de compétence indirecte des juges, l’étendue du contrôle du juge requis serait alors analogue à celle exercée sur la compétence du juge d’origine lorsque celui-ci a méconnu ou a agi en violation d’une clause d’élection de for*”.

³⁵ No mesmo sentido, Arrue-Montenegro (2011, p. 357). No direito inglês, a questão mereceu expressa regulamentação legal pela Section 32 (1), do *Civil Jurisdiction and Judgment Act*, de 1982, no sentido de permitir ao juiz nacional negar reconhecimento a decisão de juiz estrangeiro que, aos olhos daquele, decorra de violação a convenção de arbitragem.

Embora a maioria dos sistemas nacionais tratem com indiferença a anulação da sentença arbitral pelo juiz nacional do Estado cujo direito se aplica ao processo arbitral, a maior parte ainda atribui importância a decisão semelhante proferida por juiz nacional do Estado da sede da arbitragem. No mundo ideal, é de se esperar o recuo da importância que os sistemas nacionais do foro ainda atribuem à atividade do juiz nacional da sede da arbitragem, suprimindo tal eventualidade dos critérios de jurisdição arbitral indireta. Com coerência, deve assegurar a efetividade do direito subjetivo à arbitragem como concebido pelo sistema jurídico do foro e evitar o risco de reconhecer ao juiz nacional estrangeiro maiores poderes do que reconheceria ao próprio juiz. Afinal, tal situação resultaria na hipótese de o juiz nacional estrangeiro ignorar a convenção de arbitragem que o juiz do foro estaria obrigado a respeitar se, em seguida, houvesse o reconhecimento da jurisdição indireta do juiz nacional e inserção da sentença estrangeira no ordenamento do foro.

2.2.2.2 A inexistência de árbitro

Aferir a regularidade da jurisdição indireta do árbitro não é exclusividade do STJ. A introdução de sentença arbitral proferida no Brasil, embora não sujeita à homologação, não dispensa o controle de sua compatibilidade com o sistema jurídico do foro. Esse se exerce pelo juízo de primeira instância sempre que a legitimidade da arbitragem ou da sentença se tornar questão controvertida perante o Judiciário. O juiz brasileiro, colocado diante da arbitragem, deve aferir a legitimidade da jurisdição indireta do árbitro, não importa o local da prolação da sentença. Se, em processo judicial, a existência de prestação jurisdicional pressupõe relação processual e esta, autoridade judicial regularmente investida. Na arbitragem, a cadeia de pressupostos de existência requer um elo a mais: a existência de negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem. A adição de uma etapa contratual de habilitação aumenta a possibilidade de ausência de jurisdição; onde não se manifesta a vontade não há negócio jurídico da arbitragem (NANNI, 2012, p. 507)³⁶.

Nessa linha, Junqueira de Azevedo (2007, p. 23) demonstra que, se o fato jurídico se analisa em dois planos – o da existência e o da eficácia –, a espécie negócio jurídico impõe abordagem tricotômica, extensível ao plano da validade. Isso porque a manifestação

³⁶ No mesmo sentido, Nanni (2012, p. 507).

de vontade requer intenção de negócio jurídico, efeitos desejados pelas partes.³⁷ A doutrina, contudo, não se entende quanto aos exatos limites entre a inexistência e a nulidade dos negócios jurídicos em geral; convergem em um aspecto: a manifestação de vontade é essencial. Sem esta, deve o juiz nacional constatar a inexistência da aparente convenção ou contrato de arbitragem e declarar a inexistência de árbitro, processo ou sentença arbitral.

São hipóteses de ausência de manifestação de vontade – portanto, de convenção de arbitragem –, os casos em que o árbitro invade a esfera jurídica de quem não é parte na convenção ou contrato de arbitragem – extrapola os limites subjetivos da convenção –; aqueles em que se decide matéria estranha ao âmbito material do contrato de referência – extrapola os limites objetivos da convenção –; ou casos em que se ultrapassam os limites da específica lide para o qual foi investido. Em tais hipóteses, não há invalidade do negócio jurídico da arbitragem, simplesmente porque negócio jurídico não há: “o que não existe nem é válido nem inválido: não entrou, ou já não está, no mundo jurídico” (NANNI, 2012, p. 35).

Se Pontes de Miranda (2012, p. 59); considera essencial a manifestação de vontade – núcleo do suporte fático sobre o qual incide a norma criadora –, Junqueira de Azevedo, (2007, p. 25) entende que a existência de negócio jurídico requer, ainda, a presença de elementos que chamou de “extrínsecos”, como, por exemplo, a própria existência do agente, de onde emana a manifestação de vontade. Nessa linha de possibilidades mais amplas de inexistência, deve o juiz nacional aferir a presença de agente. Na hipótese de um dos atores não deter capacidade de direito – personalidade jurídica – ou não estar “presentado” pelo órgão estatutário designado ou por mandatário regularmente investido pode ocorrer a declaração de inexistência do negócio jurídico. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça declarou a inexistência de negócio estipulado por pessoa jurídica representada por apenas um sócio, quando o contrato social prescrevia a intervenção de pelo menos dois.³⁸

Questionamentos à representação da pessoa jurídica levaram Tepedino (2008, p. 167) a declarar inexistência de convenção de arbitragem, por entender que implicaria renúncia a direito fundamenta, portanto, extrapolaria o âmbito dos atos normais de gestão e,

³⁷ Nesse sentido, Nanni (2012, p. 521) e Tepedino (2008, p. 162).

³⁸ BRASIL. STJ, 4ª T, Resp. 115966/SP, Espólio de Oswaldo Magalhães c. Antônio de Toro. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.02.2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199600775265&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

em decorrência, exigiria poderes específicos do mandatário ou administrador da sociedade. Concordamos com o citado autor quando afirma a inexistência de convenção de arbitragem estipulada por representante que atue fora da extensão que o mandante atribui ao mandato. Fora dos limites outorgados pelo mandante, não há mandato ou manifestação de vontade por intermédio de mandatário.

Dissentimos, todavia, quanto à alegada renúncia a direito fundamental resultante da opção pela arbitragem. Pela convenção não se renuncia à prestação jurisdicional – à justiça –, mas ao Estado-juiz. A função do árbitro é jurisdicional e, desde que não provenha de imposição legal – o que proíbe a *Constituição*, interpretada pelo STF³⁹ – não configura renúncia a direito fundamental.

Também não é correto qualificar a estipulação de convenção de arbitragem entre os atos *ultra-vires*, cuja prática extrapola a normalidade da gestão, por isso exigem do administrador ou representante poderes específicos. Ao estipular convenção de arbitragem, o administrador da sociedade empresária opta por justiça setorialmente diferenciada, pelo modo como responde às necessidades do sistema do comércio e da economia.⁴⁰ Nesse sentido, a arbitragem não é exceção; é o modo normal de resolução de controvérsias entre sociedades empresárias.

Outros elementos essenciais à existência do negócio jurídico, segundo Junqueira de Azevedo (2007, p. 23), secundado por Nanni (2012, p. 35), são o tempo e o objeto. Aplicada ao negócio jurídico da arbitragem, essa visão abrangente da teoria tricotômica permite declarar a inexistência de processo arbitral instaurado com base em convenção expirada por decurso do prazo legal para prolação da sentença, conforme artigo 23 da *Larb*⁴¹, ou pelo exaurimento do objeto, *v.g.*, a fim de impedir a instauração de uma segunda instância arbitral, para lide idêntica, com base na mesma convenção. A instauração da primeira instância exaure o objeto da convenção de arbitragem para a específica lide; portanto, impede a existência de convenção de arbitragem apta para fundamentar a formação de nova relação processual. Exaurido o objeto, não há negócio jurídico.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha, MBV Commercial and Export Management Establishment c. Resil Indústria e Comércio Ltda. Rel.: Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/SEC_05206_voto_Pertence>. Acesso em: 22 set. 2007.

⁴⁰ Ver 2.1.2.2. .

⁴¹ Cf. art. 23 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (*Larb*).

No plano da validade, estão as qualidades dos elementos constitutivos. Nessa linha, o objeto, ademais de existir, necessita ser lícito. Para o ordenamento brasileiro, o objeto da convenção de arbitragem deve conter apenas lides que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. O limite da licitude do objeto é o da arbitrabilidade material, a qual, quando não respeitada, é causa de nulidade absoluta da convenção ou do contrato de arbitragem.

Embora produzam efeitos pré-processuais, para subtrair função jurisdicional ao Estado-juiz, a convenção e o contrato de arbitragem submetem-se às exigências do direito material no que diz respeito à análise dos elementos de existência e requisitos de validade. Quando inexistentes ou absolutamente inválidos, esses negócios jurídicos não produzem os efeitos pré-processuais; não subtraem jurisdição ao Estado-juiz; não servem à habilitação do árbitro; impedem a formação do processo arbitral e a existência da eventual sentença.

3 O EFEITO NEGATIVO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

Antes da prolação da sentença arbitral e subsequente internalização no sistema jurídico nacional do foro, o reconhecimento da autoridade do árbitro pelo juiz nacional é informado por dois institutos principais : a **competência-competência**, do árbitro, permite-lhe se pronunciar sobre os próprios poderes jurisdicionais; e, o **efeito negativo da competência-competência** dirigido ao juiz nacional, para que não invada à competência-competência. Não protegem a eficácia do negócio jurídico arbitral, mas, antes, a mera **aparência desse negócio**. Podem existir onde não inexistem convenção ou contrato de arbitragem. Contudo, se a competência-competência, por constituir critério de jurisdição do árbitro, encontra respaldo direto no sistema transnacional da *lex mercatoria*, como reflexo de sua ampla aceitação pelos diversos sistemas nacionais, o mesmo não pode ser dito do seu efeito negativo. Este, por constituir critério de jurisdição do juiz nacional, só pode ser encontrado no ordenamento do próprio sistema nacional do juiz e alguns sistemas sequer o contemplam. Onde existe, constitui direito público subjetivo em sentido técnico: oponível ao estado-juiz, mediante recurso ao próprio estado-juiz. Não há, no direito comparado, o mínimo de uniformidade desejável em relação à intensidade deste efeito negativo (3.1). Eis a causa de pelo menos uma disfunção importante: o paralelismo entre instâncias judiciais e arbitrais (3.2).

3.1 A ausência de uniformidade

Toda norma jurídica emana de centro de poder designado pelo ordenamento ao qual ela pertence por meio de suas normas de habilitação (REALE, 1990, p. 141). Só os indivíduos habilitados podem criar normas jurídicas (KELSEN, 1996, p. 133)⁴². Constituem exemplos de normas de habilitação as que distribuem competência legislativa entre os vários órgãos e poderes do Estado, as relativas à investidura de seus órgãos jurisdicionais descentralizados ou, ainda, no Brasil, o princípio constitucional de acordo

⁴² Hart, por seu turno, chamou de “regras de adjudicação” aquelas que atribuem poder jurisdicional a certos indivíduos, como explica Nino (2005, p. 92): “*Si estas reglas no existieran, como quizás ocurrió en estadios jurídicos primitivos, habría una gran falta de certeza jurídica porque cualquiera podría invocar la violación de una regla primaria y no habría forma de dirimir las diferencias de interpretación*”..

com o qual a lei não pode subtrair lesão ou ameaça a direito à apreciação do Poder Judiciário.⁴³

Impossível não enxergar no árbitro – reconhecido pelo ordenamento brasileiro, como “juiz de fato e de direito”⁴⁴ mas também pelos ordenamentos da totalidade dos Estados nos quais vigora a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958) (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, 2014a)⁴⁵ – o centro de poder do qual emanam normas individuais concretas: ato jurisdicional. Sua habilitação, contudo, ocorre em duas etapas: uma subjetiva e, outra, objetiva (SERAGLINI, 2001, p. 65, tradução nossa)⁴⁶. Na etapa objetiva, o Estado cria a arbitragem, outorga às partes a possibilidade de submeterem determinadas lides à instância privada (REETH, 1959 *apud* CLAY, 2001, p. 151); na subjetiva, as partes exercem tal faculdade pela estipulação de convenção de arbitragem, subtraem ao juiz estatal poder jurisdicional para as lides que caibam no objeto da convenção. Enquanto o **efeito negativo da convenção de arbitragem**, como indica o próprio nome, decorre da habilitação subjetiva, como proteção que o estado confere à eficácia do negócio jurídico, para que se reconheça a jurisdição do árbitro para decidir questões relativas à própria competência é suficiente a habilitação objetiva. Tal poder, erigido à categoria de princípio, a doutrina arbitral se habituou a designá-lo “competência-competência”, conforme descreve Gaillard (1999, p. 387, tradução nossa):

[...] o poder do árbitro para pronunciar a própria incompetência decorre de regra cuja formação está desvinculada da vontade das partes [...]. Esse suplemento de competência que o direito objetivo da arbitragem outorga aos árbitros chama-se princípio de competência-competência em seu efeito positivo⁴⁷.

⁴³ Cf. Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

⁴⁴ Cf. Art. 18, da LARB: “o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”.

⁴⁵ Em vigor, no Brasil, por força do Decreto n. 4.311/2002.

⁴⁶ Ver (i). No original: “*Deux étapes peuvent donc être distinguées. La première est une habilitation légale donnée à l’institution arbitrale par la communauté des États (...) La seconde consiste en l’habilitation spécialement donnée à un arbitre par les parties au litige à résoudre le différend qui les oppose*”, e (ii) Jarvin (1986, p. 140): “*The arbitrator’s authority is derived from the law and his jurisdiction is based on the will of the parties*”.

⁴⁷ No original: “*En revanche, pour prononcer leur incompétence, les arbitres ne peuvent pas se fonder que sur un règle qui ne doit rien à la volonté des parties, par définition inexistante ou entachée d’un vice. C’est ce supplément de compétence, fourni aux arbitres par le droit objectif de l’arbitrage, qu’est le principe de compétence-compétence dans son effet positif*”. No mesmo sentido, Homayoon (2005, p. 259): “Nossa análise confirma a hipótese da ‘relocalização’, a saber a vinculação do regime jurídico da arbitragem transnacional aos ordenamentos estatais”. No original: “*Notre analyse confirme l’hypothèse de la ‘relocalisation’, à savoir l’ancrage du regime juridique de l’arbitrage transnational dans les ordres juridiques des états*”. Ver também Clay (2001, p. 151): “[...] não é a convenção de arbitragem que atribui

Fundamentar esse princípio diretamente no ordenamento objetivo, como corolário da habilitação objetiva, permite superar o paradoxo que atormenta os que procuram na convenção de arbitragem respaldo para a competência-competência. Nos casos em que se decidisse pela validade da convenção, o paradoxo certamente não se manifestaria, pois seria aceitável entender que a competência-competência resultaria da própria convenção. Porém, de onde viria o poder jurisdicional do árbitro que declarasse a inexistência ou a nulidade da convenção de arbitragem? Da fonte dos próprios poderes? Inexistente ou nula, não haveria poder jurisdicional a ser atribuído ao árbitro, que, portanto, não seria autoridade jurisdicional; inexistiria, juridicamente, a decisão por ele proferida. Por intermédio dessa externalização da fonte de jurisdição do árbitro, da convenção de arbitragem ao ordenamento transnacional, supera-se o paradoxo do contrato autovalidante⁴⁸. Daí, a importância prática de ter em mente que a competência-competência não decorre de convenção, mas do ordenamento jurídico objetivo: da Lei de Arbitragem e das convenções em vigor.

Atente-se, todavia, para a impossibilidade de o mesmo sistema fundamentar a competência-competência, do árbitro, e efeito negativo da competência-competência, do juiz nacional. A autoridade legislativa ou jurisdicional de um sistema jurídico, já vimos, não dita regras de jurisdição à autoridade jurisdicional vinculada a sistema diverso. Por conseguinte, a competência-competência do árbitro se fundamenta no sistema transnacional (GAILLARD, 1999, p. 387)⁴⁹, enquanto o efeito negativo da competência-competência, por impor limites à jurisdição do juiz nacional, só existe com fundamento no ordenamento nacional do foro. A afirmação da regra transnacional de competência-competência do árbitro conta com a contribuição do ordenamento brasileiro, posta pelo parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.307/96: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por

fundamento à competência-competência, mas o direito da arbitragem do Estado da sede da arbitragem e, de maneira mais geral, o conjunto dos Estados suscetíveis de reconhecerem uma sentença proferida pelos árbitros sobre a própria competência. No original: “[...] *ce n’est pas la convention d’arbitrage qui fonde la compétence-competence mais le droit de l’arbitrage de l’Etat du siège de l’arbitrage et, plus généralement, de l’ensemble des Etats des Etats susceptibles de reconnaître une sentence rendue par des arbitres sur leur propre compétence*”. Park (1989, p. 259): “[...] a autoridade do árbitro não deriva apenas do consentimento das partes, mas, igualmente, dos diversos sistemas legais que dão apoio à instância arbitral: o direito que executa a convenção de arbitragem, o foro chamado à execução e ao reconhecimento da sentença, o direito do local da arbitragem”. No original: “*The authority of an arbitrator therefore, derives not only from the consent of the parties, but also from several legal systems that supports the arbitral process: the law that enforces the agreement to arbitrate, the forum called on to recognize and enforce the award, and the law of the place of the proceedings*”. **Contra:** Nanni (2012, p. 521), Tepedino (2008, p. 162).

⁴⁸ A propósito, ver 2.1.1.1.

⁴⁹ No mesmo sentido, Ribas (2010, p. 178).

provocação das partes, as questões acerca da validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

Fora do contexto de aplicação do método comparado funcional, para fins de identificação de programas do sistema transnacional, o dispositivo transcrito, como qualquer outra regra de processo civil nacional, tem, por destinatário, o juiz nacional. Trata-se de regra de “competência internacional” do juiz brasileiro. Ao informar que a jurisdição para as causas relativas à validade e à eficácia da convenção de arbitragem pertence ao árbitro, o legislador brasileiro declara o desinteresse do Estado-juiz pela resolução daquele conflito – renúncia à função jurisdicional – e subtrai ao juiz a jurisdição internacional para a causa. Cria-se, ainda, regra de jurisdição internacional indireta por intermédio da qual ele aferi a jurisdição do árbitro.

Para o juiz nacional, aferir a intensidade do efeito negativo da competência-competência é um exercício de verificação de sua jurisdição internacional para a causa, ao passo que o exame da competência-competência do árbitro é reconhecimento de jurisdição internacional indireta. Como dizem respeito à limitação da jurisdição internacional do órgão jurisdicional do Estado, as regras relativas ao efeito negativo da competência-competência só podem encontrar fundamento de validade nos respectivos ordenamentos nacionais e, estes, não coincidem minimamente (3.1.1). No interior do sistema nacional brasileiro, também não há concórdia: o direito de fonte jurisprudencial subverte a legislação (3.1.2).

3.1.1 A diversidade da regra no direito comparado

Convém perscrutar a legislação e a jurisprudência estatal comparada a fim de identificar os critérios eleitos pelos sistemas nacionais como condição de existência ou critério de intensidade do efeito negativo da competência-competência em relação aos respectivos juízes.

De início, cabe realçar que a **autonomia da convenção de arbitragem**, instituto criado para preservar a convenção de arbitragem de eventual nulidade do contrato ao qual se refere, pode, traiçoeiramente, servir de fundamento de rejeição do efeito negativo da competência-competência. Em dissertação sobre a matéria, Débora Visconte (2009, p. 92) ressalta que, se, de um lado, o princípio de autonomia da convenção de arbitragem protege a cláusula compromissória contra a nulidade do contrato no qual se insere; de outro lado,

não é daquele que procede o efeito negativo da competência-competência. Pode, inclusive, algum sistema nacional apegar-se à aludida autonomia para negar tal efeito negativo. Efetivamente, nessa linha, o juiz estadunidense apegar-se à noção de “severability”, para dela derivar regra segundo a qual cabe ao árbitro decidir questões relativas ao contrato principal e, ao juiz, as relativas à convenção de arbitragem. Essa regra data da década de 1960, quando foi declarada pela U.S. Supreme Court durante o julgamento do célebre caso **Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin Mfg** (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014b). Em 2006, foi confirmada por ocasião do julgamento do caso **Buckeye Check Cashing c. Cardegna** (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014a). Em **Prima Paint**, a parte interessada em evitar a arbitragem invocou vício de consentimento decorrente de alegada declaração fraudulenta em relação à solvência de sociedade cujas participações havia adquirido. Em **Buckeye**, acusações de usura serviram de causa de pedir a declaração judicial de nulidade de contrato de mútuo. Em ambos, pretendeu-se alegar que da nulidade dos contratos principais procederia a da convenção de arbitragem e, desta, a abertura da via judicial ao mérito das lides. Para a U.S. Supreme Court, contudo, se a causa de pedir “não atinge especificamente a convenção de arbitragem, mas o contrato em seu conjunto, então deve ser submetida ao árbitro, não ao juiz”⁵⁰. Em suma, o juiz nacional decide as questões relativas à jurisdição do árbitro.

Na mesma linha, o sistema nacional alemão outorga ao interessado o direito de atacar a convenção de arbitragem perante juiz nacional, por via de ação direta sujeita à cognição exauriente, mas apenas se iniciada até o momento da instauração da arbitragem⁵¹. Surge, como critério, a **anterioridade da instauração da instância arbitral** em relação à provocação do juiz nacional a respeito da jurisdição do árbitro, também reconhecido pelo juiz italiano.⁵² Antes, não há efeito negativo; depois, sim – efeito com intensidade absoluta

⁵⁰ “As contestações que não forem especificamente dirigidas à convenção de arbitragem, mas ao contrato como um todo devem ser endereçadas ao árbitro, não ao juiz [...]. Exceto na hipótese de a contestação ser direcionada à própria convenção de arbitragem, as questões relativas à validade do contrato devem ser decididas, primeiro, pelo árbitro”. No original: “[...] *a challenge to the validity of a contract as a whole, and not specifically to the arbitration clause within it, must go to the arbitrator, not the court [...]. Second, unless the challenge is to the arbitration clause itself, the issue of the contract’s validity is considered by the arbitrator in the first instance*”. Para um comentário dessa decisão, ver Bermann (2011, p. 162). No mesmo sentido, a Suprema Corte da Suécia: SUÉCIA, Suprema Corte. Caso n.02301-09. RosinvestCoUk Ltda c. Russian Federation. Relator: Lena Moore/Johnny Herre. Estocolmo, 12 de novembro de 2010. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v.8, n. 29, p. 188-209, 2011.

⁵¹ A propósito, ver Bockstiegel *et al* (2007, p. 21).

⁵² Entre nós, Vieira da Rocha (2012b, p. 96) entende que o sistema jurídico nacional utiliza o critério da anterioridade da provocação do Judiciário em relação à instauração da instância arbitral. Se anterior, o juiz da

a fim de impedir o controle judicial pela via direta de ação autônoma de ataque à convenção de arbitragem⁵³, e efeito com intensidade moderada, para permitir o controle judicial pela via da defesa fundamentada em existência de convenção de arbitragem. Associa-se a tal critério de anterioridade o da **via direta ou indireta** do instrumento processual escolhido para atacar a jurisdição do árbitro perante o juiz nacional. Nesse sentido, decidiu a Corte di Cassazione, no caso **Fallimento Impresa Mascheroni c. Società Metropolitana Milanese**⁵⁴. Na espécie, o curador de uma massa falida apresentou exceção de arbitragem perante o Tribunal de Milão, com fundamento na impossibilidade de controle judicial da competência-competência posterior à instauração da instância arbitral. A sentença arbitral proferida foi impugnada perante a Corte d'appello di Milano que declarou a ausência de jurisdição do árbitro. A Corte di Cassazione, contudo, retificou a decisão do juiz de Milão:

[...] constatada a existência de instância arbitral instaurada, o juiz deve se limitar a declarar a impossibilidade de proposição ou de prosseguimento da ação, abstendo-se de qualquer julgamento relativo à existência e à validade do compromisso arbitral que atribui ao árbitro a *potesta iudicandi* em relação à controvérsia examinada, pois a este se reserva, de modo exclusivo, a primeira verificação dos próprios poderes, sem prejuízo do ataque com fundamento na nulidade da sentença, caso se reconheça que os árbitros a pronunciaram sem poderes para tanto⁵⁵.

A **anterioridade da instância arbitral** também é critério considerado pela U.S. Supreme Court, nas situações em que a instância arbitral esteja instaurada antes de a

preliminar em contestação deveria abrir o contraditório. Se posterior, só pode decidir se a eventual nulidade decorrer de elemento teratológico, perceptível “prima facie”.

⁵³ Conforme art. 819-ter do *Codice de procedura civile*: “Durante a tramitação da instância arbitral não pode ser proposta ação judicial cujo objeto seja a invalidez ou ineficácia da convenção de arbitragem”. No original: “*In pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato.*” A propósito da aplicação deste dispositivo pelo juiz italiano, ver ITÁLIA. Corte di Cassazione. Autora: Fallimento Impresa Mascheroni. Ré: Società Metropolitana Milanese. Roma, 7 de abril de 1997. **ASA Bulletin**, v. 18, issue 2, p. 392-398, 2000.

⁵⁴ Conforme art. 819-ter, do *Codice de procedura civile*: “*L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio.*” Disponível em: <<http://www.altalex.com/?idnot=33723>>. Acesso em 03.02.2014.

⁵⁵ No original, ITÁLIA. Suprema Corte di Cassazione. Autora: Fallimento Impresa Mascheroni. Ré: Società Metropolitana Milanese. Roma, 7 de abril de 1997. **In: ASA Bulletin**, v. 18, issue 2, p. 392-398, 2000: “*Rilevata la pendenza del giudizio arbitrale, il giudice adito deve limitarsi a dichiarare improponibili o improseguibile l'azione, astenendosi da ogni accertamento in ordine alla esistenza e alla validità dell'accordo compromissorio che ha conferito agli arbitri la 'potestas iudicandi' in ordine alla controversia sottoposta al lor esame, poiché solo a questi ultimi è riservata in via esclusiva la preventiva verifica dei propri poteri, salva restando la proposizione dell'impugnazione per nullità del lodo che si assuma pronunciato da arbitri privi di ogni potere al riguardo.*”

questão ter sido levada ao juiz – critério que deve ser conjugado com a **possibilidade de ser declarada a invalidade da convenção de arbitragem a partir de cognição sumária**, liminar. Nesse sentido, no caso **Howsam c. Dean Witter Reynolds, Inc.**, debateu-se se a questão deveria ser qualificada como contratual ou processual, por tratar-se de exceção específica contra a eficácia da convenção de arbitragem, e se, conseqüentemente, deveria ser submetida a julgamento do juiz nacional, conforme regra estabelecida em **Prima Paint e Buckeye**. O magistrado estadunidense optou pela qualificação contratual e, por conseguinte, pela jurisdição do árbitro. Contudo, acresceu que o juiz só deveria intervir nos casos em que fosse possível declarar, **liminarmente**, a ausência de jurisdição do árbitro⁵⁶.

Também o sistema suíço associa anterioridade de instância arbitral e possibilidade de cognição liminar para formatar o regime jurídico aplicável à determinação da intensidade do efeito negativo da competência-competência. Ao menos uma decisão do Tribunal Federal Suíço pugna por cognição apenas sumária. Conforme restrições contidas no art. 7º da LDIP⁵⁷, o juiz deverá limitar-se a declarar a “caducidade, inoperância ou a inexecutabilidade” da convenção de arbitragem, quando forem evidentes. Se não for o caso, protela-se o controle para oportunidade posterior ao exercício da competência-competência⁵⁸.

O sistema francês, de forma diversa, admite a intervenção direta do juiz nacional na determinação da jurisdição do árbitro, mas apenas em **arbitragens internas**; ainda assim, se a provocação do juízo anteceder à instauração da instância arbitral e a nulidade ou a

⁵⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Caso n. 01-800. Autora: Karen Howsam. Réu: Dean Witter Reynolds. 10 de dezembro de 2002. **Yearbook Commercial Arbitration**, The Hague, v. XXIX, p. 232-237, 2004. Na mesma linha, ver (i) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Caso n. 02-634. Autora: Green Tree Financial Corp. Réus: Lynn W. Bazzle et al. 23 de junho de 2003. **Yearbook Commercial Arbitration**, The Hague, v. XXVIII, p. 231-242, 2003; e (ii) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Caso n. 02-215. Autora: PacifiCare Health Systems, Inc. Réu: Jeffrey Brook et al. 7 de abril de 2003. In: VAN DEN BERG, A. (Ed.). **Yearbook Commercial Arbitration 2004**, v. 29, p. 238-242, 2004.

⁵⁷ Conforme art. 7º, da *Loi de droit international privé* (LDIP): “Se as partes estipularam convenção de arbitragem relativa a uma lide arbitrável, o tribunal suíço instado declinará competência, a menos que: a) o requerido não tenha invocado a convenção de arbitragem antes de apresentar argumentos relativos ao mérito; b) o tribunal constate que a convenção de arbitragem é caduca, inoperante ou impossível de ser executada, ou que; c) o tribunal não possa ser constituído por culpa do requerido”. No original : “*Si les parties ont conclu une convention d’arbitrage visant un différent arbitrable, 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 ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l’arbitrage*”. Disponível em: <<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

⁵⁸ SUIÇA. Tribunal Fédéral. *Fondation M. c. Banque X*, ATF 122 II 139. **ASA Bulletin**. Genève: Kluwer Law International Arbitration, p. 527, 1996, com comentário de C. U. Mayer.

inaplicabilidade da convenção for passível de declaração a partir de exame liminar⁵⁹. Essa é a regra posta pelo novo art. 1448 do Novo Código de Processo Civil dos franceses, com redação modificada pelo Decreto n. 48, de 2011, para substituir o antigo art. 1458 do mesmo diploma, cuja aplicabilidade, inicialmente restrita à arbitragem interna, havia sido ampliada à arbitragem internacional, por obra do próprio magistrado francês⁶⁰.

Para além da norma legal, o sistema francês evoluiu por obra da jurisprudência. Em arbitragem internacional, vigora o princípio de acordo com o qual o juiz nacional não se pronuncia antes do árbitro. Até lá, permanecem fechadas as portas do Judiciário, exceto se (i) ainda não houver instância arbitral instaurada; (ii) a convenção de arbitragem for manifestamente nula ou inaplicável (DEBOURG, 2012, p.194). Esse princípio também se aplica a que o juiz nacional do foro não reconheça decisão de juiz nacional estrangeiro que, menos liberal, atrepele a prioridade do árbitro, inclusive na hipótese de ainda não haver árbitro nomeado ou de a sede da arbitragem não estar localizada em território francês.

Essa a tendência evolutiva liderada por Jean-Pierre Ancel enquanto presidente da 1^a Câmara Cível da Cour de Cassation. Em pelo menos dois casos nos quais se debatia a “nulidade manifesta” da convenção de arbitragem por alegada inarbitrabilidade material – um contrato internacional de consumo e outro relacionado a matéria não comercial –, afirmou-se a impossibilidade de o juiz nacional decidir, “a título principal”, a respeito da validade da referida convenção⁶¹. Declarou-se que a participação do juiz nacional devia aguardar o momento em que fosse convidado a controlar a sentença arbitral. Em um terceiro caso, o tribunal de origem havia declarado a inoponibilidade da convenção

⁵⁹ Conforme art. 1448 do *Nouveau code de procédure civile des français*, com redação atribuída pelo Decreto n. 48, de 13.01.2011: “*Losqu’un litige relevant d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction d’État, celle-ci se declare incompetente suaf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage et manifestement nulle ou manifestement inapplicable.*” Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 3 jan. 2015. A propósito, ver Clay (2011, p. 86) e Boissésou e Nunes Pinto (2011, p. 9).

⁶⁰ Tal dispositivo, textualmente de aplicabilidade restrita à arbitragem interna, teve seu âmbito estendido à arbitragem internacional por decisão da Cour de Cassation, no caso Eurodif: FRANÇA. Cour de Cassation, 1^a Câ. Civ. Autora: Eurodif. Ré: República Islâmica do Irã. Paris, 28 de junho de 1999. **Revue de l’arbitrage**, Paris, n. 4, p. 653-667, 1989, com comentário de Philippe Fouchard. Na mesma linha, a decisão proferida no Caso Coprodag: FRANÇA. Cour de Cassation, 2a Câ. Civ., Autora: Société Coprodag et al. Ré: dame Bohin. Paris, 10 de maio de 1995. **Revue de l’arbitrage**, Paris, n. 4, p. 617-632, 1995..

⁶¹ Fórmula idêntica foi utilizada em ambos os casos, configurando o que os operadores franceses costumam denominar um “*attendu de principe*”: “*Attendu qu’il est en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d’arbitrage [...]*”. FRANÇA. Cour de cassation, 1a Câ. Cív. Autora : Renault. Ré : Société V 2000 (Jaguar France). Paris, 21 de maio de 1997. **Revue de l’arbitrage**, Paris, n. 4, p. 537, 1997. Novamente utilizada em FRANÇA. Cour de Cassation, 1a Câ. Cív. Autora : M. Zanzi. Ré: J. De Coninck et al. Paris, 5 de janeiro de 1998. **Revue de l’arbitrage**, Paris, n. 2, p. 260-261, 1999.

inserida em contrato de seguro marítimo, sem, contudo, indicar as causas da sua nulidade manifesta. Instada a se pronunciar, a Cassation revogou a decisão por ausência de base legal⁶². Por fim, declarou a incidência do efeito negativo da competência-competência também nos casos em que ainda não exista árbitro nomeado, mesmo que a sede da arbitragem se localize em território estrangeiro, para fins de negar reconhecimento à decisão de juiz nacional estrangeiro que não respeite a “prioridade de decisão” reconhecida ao árbitro pelo sistema nacional francês⁶³. O efeito negativo da competência-competência aplica-se sempre que haja contato entre o sistema transnacional do árbitro e o nacional francês ou entre este e outro sistema nacional que se tenha comunicado com o mesmo árbitro. Desse modo, o efeito negativo da competência-competência assume feições de regra de jurisdição internacional indireta do juiz nacional estrangeiro.

Por fim, identifica-se incipiente inclinação de alguns sistemas nacionais a atribuir à **autonomia da vontade** a condição de critério de intensidade do efeito negativo da competência-competência. Nessa linha, ao menos uma jurisdição de segunda instância estadunidense reconheceu intensidade absoluta ao aludido efeito negativo, fundamentando-se em menção expressa contida na convenção de arbitragem ou, por referência, no regulamento de arbitragem⁶⁴ antes da Supreme Court, de modo unânime, declarar o direito de as partes designarem a autoridade detentora de jurisdição para a competência-competência.⁶⁵

Também o legislador inglês erigiu a autonomia da vontade à condição de causa para o afastamento da intervenção judicial relativa à competência-competência do árbitro. Se, de um lado, o art. 32 do Arbitration Act, de 1996, permite ao juiz nacional examinar, pela via direta, a existência ou a validade da convenção de arbitragem; de outro lado,

⁶² FRANÇA, 1a Câ. Cív., Autora: Société American Bureau of Shipping (ABS). R  : Copropri  t   Maritime Jules Verne et al. Paris, 26 de junho de 2001. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 3, p. 529-530, 2001, com comentário de Emmanuel Gaillard. Decisão que reutiliza fórmula emprestada ao acórdão, da mesma corte, FRANÇA. Cour de Cassation, 1a Câ. C  v. Autora : Société M  tu System France et al. R   : Société Sulzer Infra. 1 de dezembro de 1999. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 1, p. 96-105, 2000, com comentário de Philippe FOUCHARD.

⁶³ FRANÇA. Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.). Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak v. Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani. 15 de junho de 2006. *Revue de l'arbitrage*, Paris, n. 3, p. 865-867, 2006.

⁶⁴ Nessa linha, ver (i) *L.S. Joseph Co., inc. c. Michigan Sugar Co.* 803 F.2d 399, 399 n. 2 (8th Cir. 1986) e (ii) *Apolo Computer, Inc. c. Berg*, 886 F.2d 469, 473-74 (1s Cir. 1989).

⁶⁵ EUA. US Supreme Court. Autor: First Option of Chicago, Inc. Réu: Manuel Kaplan e outros. 514 U.S.938, 942 (U.S.S.Ct. 1995). Rel. Justice Breyer. Washington, 22 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-560.ZO.html>>. Acesso em: 2 jan. 2015, 17:00. A propósito dessa decisão, v. Born (2014, p. 1060).

condiciona tal exame à autorização dos árbitros ou de ambas as partes (DASSULLE, 2003, p. 70). Caso aqueles temam pela existência de vícios de nulidade na convenção, podem evitar a inconveniência de esperar até o final da instância arbitral, quando veriam a sentença anulada ou declarada nula ou inexistente⁶⁶. Na contramão, o sistema nacional francês, ao menos em sede de arbitragem interna, proíbe às partes qualquer negociação no sentido de revogar a intensidade do efeito negativo da competência-competência⁶⁷. Já o alemão, inversamente, impede as partes acordarem no sentido de atribuir o referido efeito negativo⁶⁸.

Assim, verifica-se no direito comparado a coexistência, de pelo menos, onze critérios atributivos de intensidade ao efeito negativo da competência-competência: controle judicial por (i) via direta ou (ii) indireta; mediante cognição (iii) sumária ou (iv) exauriente; (v) anterior ou (vi) posterior à instauração da instância arbitral; aceito na (vii) arbitragem interna ou, também, na (viii) internacional; (ix) permitido ou (x) proibido pela autonomia da vontade; e, por fim, (xi) fundamentado na autonomia da convenção de arbitragem. Essa diversidade se potencializa quando os sistemas nacionais combinam critérios. Somente um exercício de análise combinatória permitiria afirmar o número máximo de regimes jurídicos possíveis.

A ausência de homogeneidade ou de tendência nitidamente majoritária entre os sistemas nacionais, a propósito da intensidade do efeito negativo da competência-competência nega à regra a nota da transnacionalidade⁶⁹. A constatação não causa espanto, pois o aludido não orienta a conduta do árbitro, juiz transnacional; ao contrário, destina-se ao juiz nacional cuja juridicidade provém, com exclusividade, do sistema nacional do foro.

⁶⁶ Conforme art. 32, do *Arbitration Act* de 1996. Restou a janela do art. 72, que permite a utilização da via direta por quem opte por não participar da arbitragem. Em que pesem os avanços, não se pode, por esse motivo, dizer que o efeito negativo da competência-competência seja absoluto no direito inglês. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>>. Acesso em: 2 jan. 2015, às 18:00.

⁶⁷ Conforme art. 1448 do *Nouveau code de procedure civile*, com redação modificada pelo Decreto 48, de 13 de janeiro de 2011. Disponível em : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

⁶⁸ ALEMANHA. Higher Regional Court of Munich. Caso n. Beshluss Az. 34 SchH 10/13. Partes não indicadas. 10 de setembro de 2013. Disponível em <<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-145010>>. Acesso em 2 out. 2014, 18:58.

⁶⁹ Contra esse posicionamento, há quem defenda a existência de tendência uniformizadora com base em três aspectos principais: (i) permite-se a participação do juiz; (ii) embora de modo limitado, (iii) mediante cognição sumária do tipo *prima facie* (ALVES, 2009, p. 93).

3.1.2 A subversão interna no sistema brasileiro

Demonstramos nesta seção que a racionalidade do regime jurídico posto pela Lei de Arbitragem brasileira se alinha às recomendações da melhor doutrina: o juiz nacional deverá controlar a jurisdição do árbitro apenas quando for convidado a controlar a sentença arbitral (3.1.2.1). Todavia, a ânsia por reconhecimento do Brasil como praça internacional de arbitragem permitiu a recepção de incertezas resultantes da ratificação de um texto convencional concebido nos idos da década de 1950 (3.1.2.2).

3.1.2.1 A regime jurídico posto pela Lei de Arbitragem

Na sistemática da Lei de Arbitragem, são duas as vias de controle da jurisdição do árbitro: a direta, exercida por meio de ação anulatória ou declaratória de nulidade ou inexistência da convenção de arbitragem, que apenas pode ser conhecida pelo árbitro (3.1.2.1.1), e a indireta, cujo exercício cabe ao árbitro nas hipóteses em que a existência, a validade ou a amplitude da convenção seja invocada como matéria de defesa em instância arbitral, mas também pode ser exercida pelo juiz nacional (3.1.2.1.2).

3.1.2.1.1 A impossibilidade de controle por via de ação autônoma

A parte interessada em atacar a convenção de arbitragem por via de ação direta deve, antes, submeter as causas de pedir ao julgamento do árbitro. Portanto, é correta a atitude da parte que demanda a instauração de instância arbitral para a ele requerer a prolação de sentença constitutiva anulatória ou declaratória de inexistência da fonte dos próprios poderes. A exemplo do juízo nacional estrangeiro cuja jurisdição é informada por cláusula de eleição de foro, também o árbitro tem poderes para decidir questões relativas à própria jurisdição: competência-competência.

Essa determinação da Lei de Arbitragem por um efeito negativo da competência-competência com intensidade absoluta, para afastar controle judicial direto anterior à prolação da sentença arbitral, é atestada por Pedro Batista Martins e Selma Maria Ferreira Lemes, ambos membros da comissão redatora do anteprojeto da referida lei. Selma Lemes afirma que “a apreciação da validade da convenção de arbitragem só deve ocorrer por parte dos tribunais após o julgamento dos árbitros, não pode precedê-lo” (LEMES, 1999, p. 105).

Pedro Martins atesta que a jurisdição estatal “[...] somente será acionada se o árbitro entender não dispor de jurisdição ou, caso contrário, quando da ação de nulidade da decisão arbitral. A atividade da justiça ordinária opera, portanto, efeitos ulteriores [...]” (BATISTA MARTINS, 2008, p. 135). A declaração dos redatores se adequa à sistemática dos dispositivos aplicáveis. Inicialmente, o parágrafo único do art. 8º impõe limite à jurisdição internacional do juiz nacional ao afirmar pertencer ao árbitro o poder jurisdicional para conhecer “as questões acerca da existência, da validade e da eficácia da convenção de arbitragem”. Do mesmo modo, o art. 20 obriga a parte interessada em arguir questões relativas à jurisdição do árbitro a fazê-lo perante este “na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instauração da arbitragem”. O mesmo dispositivo estabelece, ainda, que o controle judicial da decisão arbitral resultante do exercício da competência-competência se realiza “quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33”, isto é, após a prolação da sentença⁷⁰.

A vedação à via direta de ações autônomas instauradas com o fito de atacar a convenção de arbitragem tem o respaldo da doutrina brasileira⁷¹ e da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Uma série de controvérsias relativas à determinação do valor indenizatório devido em decorrência da criação de servidões de passagem necessárias à instalação de mineroduto entre Minas Gerais e o litoral capixaba permitiu ao STJ reafirmar a impermeabilidade entre o sistema nacional, do juiz, e o transnacional, do árbitro, quanto ao controle de jurisdição anterior à sentença arbitral pela via direta. Nesses casos, o juízo de primeira instância extinguiu as ações sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, VII, do CPC. Em seguida, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) cassou as sentenças e declarou a possibilidade de o juiz nacional brasileiro conhecer a ação autônoma de ataque à convenção de arbitragem; aderiu, contudo, a critério temporal: o juiz deveria conhecer a ação desde que **proposta antes da instauração da instância arbitral**.

A leitura dos acórdãos permite compreender que o TJMG acreditou estar respaldado em precedente do STJ, relatado por Luís Felipe Salomão. Neste, a condição temporal fora de fato realçada, porém com alcance restrito às cláusulas compromissórias

⁷⁰ Conforme art. 38, II, da Lei de Arbitragem.

⁷¹ Neste sentido, (i) Guerreiro (2012, p. 82); (ii) Wald (2007, p. 51); (iii) Tibúrcio (2007, p. 433); (iv) Wald (2003, p. 359); (v) Carneiro (1999, p. 134). Contra esta posição, ver: (i) Leporace (2013, p. 396); (ii) Vieira da Rocha (2012b, p. 130); (iii) Longo (2012b, p. 379); (iv) Alves (2009, p. 205); (v) Tepedino (2008, p. 162); (vi) Basílio e Muniz (2004, p. 275); (vii) Carmona (2004, p. 161).

em branco, cujo controle judicial de validade é exercido como condição de instauração da própria arbitragem. A incumbência de tal esclarecimento recaiu sobre o próprio Luís Felipe Salomão em relatório que fundamentou decisão unânime da 4ª Turma:

Excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (em branco), a possibilidade de atuação de órgão do Poder Judiciário é vislumbrada pela Lei de Arbitragem, mas tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33⁷².

Esse acórdão insere-se na exata linha evolutiva da jurisprudência da 3ª Turma do STJ, demonstrada em quatro acórdãos⁷³ proferidos no mesmo dia, com fundamento em

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1278852/MG, da Quarta Turma. Recorrente: Samarco Mineração S/A. Recorrido: Jerson Valadares da Cruz. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de maio de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, 19.06.2013.

⁷³ (i) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1302900/MG, da Terceira Turma. Recorrente: Samarco Mineração S/A. Recorrido: Aristides Luiz Vitório. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 9 de outubro de 2012. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, v. 229, p. 370, jan.-mar./2013. (ii) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1355831, da Terceira Turma. Recorrente: Kwikasair Cargas Expressas S/A – massa falida e outros. Recorrida: AIG Venture Holdings Ltda. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 19 de março de 2013. **Lex**: DJe 22.04.2013. (iii) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1288251/MG, da Terceira Turma. Recorrente: Álvaro de Souza Tavares. Recorrida: Samarco Mineração S/A. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 9 de outubro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16.10.2012. No mesmo sentido, ver também (iv) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 17868/BA, da Terceira Turma. Requerente: Ferro Atlântica SL. Requerido: Zeus Mineração Ltda. e outros. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 29 de junho de 2011. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, vol. IX, n. 35, 2012, p. 93-109; (v) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 11308/DF, da Primeira Seção. Impetrante: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Impetrado: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de junho de 2006. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 194-221, out-dez/2006. A liminar deferida foi confirmada para ordenar o envio das partes à arbitragem em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 11308/DF Impetrante: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Impetrado: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 09 de abril de 2008. <www.stj.jus.br>, capturado em 06 de novembro de 2014, às 11h33m. Ver também (vi) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 0000249-07.2007.404.7000, da Quarta Turma. Apelante: Copel Distribuição S/A. Apelada: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Relator: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Curitiba, 2 de junho de 2010. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. VII, n. 27, 2010, p. 92-102. Do mesmo modo, os tribunais estaduais: (vii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 7004.7076.609, da 16ª Câmara Cível. Apelante: José Luiz Damarem e Outros. Apelada: LP Fomento Mercantil. Relator: Paulo Sérgio Scaparo. Porto Alegre, 26 de janeiro de 2012. (viii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011879491, da 9ª Câmara Cível. Apelante: Converse Inc. Apelada: AIB Serviços e Comércio Ltda. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 29 de junho de 2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 8, p. 271-294, 2006. (ix) BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2009.002.27205, da Décima Quinta Câmara Cível. Agravante: Global Maritime Investments. Agravada: Companhia Siderúrgica Nacional. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2009, **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. VI, n. 26, p. 167-181, 2010, com comentário de Marcel Alberge Ribas; (ix) BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2008.001.30250. Apelante: CZ6 Empreendimentos Comerciais Ltda. Apelado: Lúcio Maciel de Toledo Malta. Relator: Desembargador Sérgio Lucio de Oliveira e Cruz. Rio de Janeiro, 7 de julho de 2008. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. IV, n. 19, p. 121-148, jul-ago/2008, com comentário de Alice Moreira Franco; (x) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração n. 644204-4/4-01,

relatórios e voto-condutor de Sidnei Beneti, envolvendo, em cada processo, de um lado, a mesma sociedade mineradora e, de outro, outros quatro proprietários rurais cujos direitos foram limitados pela constituição de servidão de passagem:

Extingue-se, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), ação que visa anular acordo de solução de controvérsias via arbitragem, preservando-se a jurisdição arbitral consensual para o julgamento das controvérsias entre as partes, ante a opção das partes pela forma alternativa de jurisdição.

Em seguida, avançou a 3ª Turma por ocasião do julgamento de lide mais complexa, na qual foi debatida a oponibilidade do efeito negativo da competência-competência em relação ao juízo da falência, este reforçado pela *vis attractiva* decorrente da universalidade necessária à proteção da *par conditio creditorum*⁷⁴. O acórdão, ressaltou-se, apenas confirma a tendência anunciada em 2008 por Nancy Andrighi, em decisão monocrática que, aliás, robusteceu a regra do efeito negativo da competência-competência, ao anunciar a possibilidade de sanções impostas à parte responsável por seu atropelo⁷⁵. Assim, deve o juiz nacional sancionar as tentativas de instrumentalização do judiciário com fins protelatórios, com as penas aplicáveis à litigância de má fé⁷⁶.

da 4ª Câmara de Direito Privado. Embargante: Kwikasair Cargas Expresso S.A. Embargada: AIG Venture Holding Ltda. Relator: Desembargador Maia da Cunha. São Paulo, 10 de dezembro de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 25, p. 175-178, abr./jun.2010, com comentário de Vera Cecília Monteiro de Barros; (xi) Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2014.006546-3, da 4ª Câmara de Direito Comercial, Agravante: 2MN Participações Ltda. e outros. Agravados: Pereira – Administração de Bens Participações Ltda e outro. Relator: Altamiro de Oliveira. Florianópolis, 15 de julho de 2014. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 8 de Nov. 2014, às 23h27. (xvii) Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.050661-2, da 4ª Câmara de Direito Civil. Apelante : Antônio Stakiera. Apelado: Baobá Imóveis Ltda. Relator: Jorge Luís Costa Beber. Florianópolis, 20 de março de 2014. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 08 de novembro de 2014, às 23h34.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1355831, da Terceira Turma. Recorrente: Kwikasair Cargas Expressas S/A – massa falida e outros. Recorrida: AIG Venture Holdings Ltda. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 19 de março de 2013. **Lex**: DJe 22.04.2013: “Nos termos do artigo 8o, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que, inadmissível a prematura judicialização estatal da questão”. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 14295/SP, da 3ª Turma. Autora: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Ré: ABC Planos de Saúde Ltda. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2008. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano VI, n. 25, p. 167-174, 2010 e **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 167-190, set./dez.2008. A propósito da relação entre o juízo falimentar e a instância arbitral, ver seção 6.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 14295/SP, da 3ª Turma. Autora: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Ré: ABC Planos de Saúde Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2008. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano 6, n. 25, p. 167-174, 2010; e **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 167-190, set./dez. 2008.

⁷⁶ Nesse sentido, ver Fonseca (2008, p. 22).

Outro avanço relativo ao alcance do efeito negativo da competência-competência proveio do TJPE, ao decidir que a convenção de arbitragem inserida em contrato de fornecimento de energia afasta a jurisdição do juízo de mandado de segurança interposto contra ato de autoridade gestora de sociedade de economia mista geradora de energia, que havia ordenado providências no sentido de instaurar arbitragem. Por consequência, o TJPE negou a outorga de liminar a fim de suspender a tramitação de instância arbitral⁷⁷.

A ruptura da regra de efeito negativo de intensidade absoluta causaria evidente multiplicação contenciosa. De um lado, porque o controle direto seria exercido perante o juízo de primeira instância cuja decisão estaria sujeita a recurso ao Tribunal de Justiça, se for o caso, ao STJ e STF. De outro lado, a via do controle direto muito provavelmente não ficaria exaurida antes de o árbitro proferir sentença sobre a questão jurisdicional – normalmente sentença parcial, resultado de bifurcação do processo arbitral – e de a parte interessada poder provocar o controle judicial da sentença arbitral, cuja causa de pedir seria a própria irregularidade objeto da ação direta. Em suma, as partes se veriam obrigadas a litigar em três instâncias, duas judiciais e uma arbitral.

A hipótese não é meramente acadêmica. Aconteceu entre as partes envolvidas no caso **Consórcio Carioca Passarelli c. Companhia Paranaense de Gás**, levado à 3ª Turma do STJ⁷⁸. Instaurada a instância arbitral, uma ação direta declaratória de nulidade de convenção de arbitragem foi paralelamente proposta pela COMPAGÁS. Embora o juízo de primeira instância tenha julgado improcedente a demanda, a COMPAGÁS recorreu ao TJPR e, em seguida, ao STJ. Entrementes, a arbitragem chegou ao final. A COMPAGÁS opôs-se à execução da sentença proferida por meio de embargos do devedor, levando as partes a, mais uma vez, debaterem a jurisdição do árbitro perante juízo estatal de primeira instância e, depois, perante o TJPR. Questionado se haveria litispendência entre as duas ações – a declaratória e a de embargos –, o STJ entendeu que não: uma visava a obter declaração de nulidade da convenção e outra, a desconstituir título executivo.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento n. 165736-5, da 7ª Câmara Cível. Agravante: N/C Energia S/A. Agravada: Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF. Relator: Luiz Carlos de Barros Figueiredo. Recife, 7 de outubro de 2008. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**, 29.10.2008.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 693.219, da 3ª Turma. Recorrente: Consórcio Carioca Passarelli. Recorrida: Companhia Paranaense de Gás - COMPAGÁS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de abril de 2005. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 110-118, 2006, com comentário de José Emílio Nunes Pinto e Emir Calluf Filho.

A decisão foi correta no sentido de que não haveria litispendência entre ação declaratória de nulidade de convenção de arbitragem e embargos do devedor ou impugnação à execução; revelou, todavia, as distorções provocadas pelo instrumento que, racionalmente, o legislador da Lei de Arbitragem pretendeu afastar: permite-se ao advogado atrair a parte interessada na resolução da lide à *via crucis*, cujo percurso vai do juízo singular aos tribunais superiores, para debater não apenas sentenças ou acórdãos mas também cada despacho ou decisão interlocutória de cada juiz perante o qual se instaure instância de controle. Abre-se a porta ao festival de agravos (retidos, de instrumento ou regimentais), embargos declaratórios (normalmente apresentados com o fito de obter, por via oblíqua, efeitos infringentes), ações cautelares inominadas e mandados de segurança que, de maneira nenhuma, contribuem com a economia processual.

Conclui-se: embora isolados e pontuais, erros ainda ocorrem nas principais praças do país⁷⁹; certamente serão retificados pelo STJ, cuja jurisprudência foi pacificada no sentido de não conhecer ações autônomas de ataque à convenção de arbitragem, em casos submetidos ao regime jurídico da Lei de Arbitragem.

3.1.2.1.2. A possibilidade de controle pela via defensiva:

Ao efeito negativo da competência-competência de intensidade absoluta, a fim de afastar o controle judicial pela via direta de ação autônoma, substitui-se o moderado, quando o juiz brasileiro é instado pela via da defesa fundamentada em convenção de arbitragem. Diante de convenção de arbitragem oposta à atuação do Estado-juiz, o juiz está obrigado a examinar-lhe a validade, antes de constatar a existência ou a inexistência de seu poder jurisdicional em relação ao caso concreto. Se é impossível a coexistência de árbitro e juiz para a mesma causa, certo é que ao reconhecer a própria jurisdição, este declara, indiretamente, a inexistência da jurisdição daquele. Eis o controle pela via defensiva, cujo exercício modera o efeito negativo da competência-competência e permite ao juiz nacional, antes do árbitro, decidir a respeito da existência e da validade da convenção. O regime

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0183377-82.2011.8.26.0100, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: Alex Cesar Rodrigues Alves. Apelado: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV. Relator: Desembargador Tasso Duarte de Melo. São Paulo, 18 de dezembro de 2012. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 377-400, com comentário de Guilherme Leporace e Renato Ferreira dos Santos.

jurídico de tal controle limita a cognição do juiz nacional e a estabilização da sua decisão (a) cujo exercício requer iniciativa da parte, como preliminar em contestação (b).

a) a amplitude cognitiva;

A problemática fundamental relativa ao controle judicial indireto no ordenamento brasileiro diz respeito à amplitude cognitiva permitida ao juiz. Qual a dimensão probatória e a amplitude material possível? Cognição plena ou sumária, porém suficiente para permitir a formação de coisa julgada material? Ou cognição sumária do tipo *prima facie*, para, ao final, produzir coisa julgada apenas formal e permitir o retorno da questão ao Judiciário, depois de examinada e decidida pelo árbitro?

A escolha por um entre os sistemas possíveis refletirá a opção do legislador nacional por políticas legislativas distintas: o favorecimento à economia processual se, ao final, o árbitro se declarar sem jurisdição; a valorização de instância arbitral imunizada contra a possibilidade de manobras protelatórias, somada à proteção da congruência do sistema de repartição de competências internas entre juízes estatais brasileiros.

A cognição exauriente e a cognição sumária suficiente pela via incidental, se aplicadas ao regime de repartição de papéis entre árbitro e juiz vigente no sistema nacional brasileiro, provocariam sérias inconveniências. A cognição exauriente – ou suficiente – pode estabilizar com força de coisa julgada material a decisão do juiz nacional a respeito da jurisdição do árbitro, portanto esvaziar a competência do juiz nacional a quem caberia o controle de sentença. Ao menos três situações conflituosas resultariam dessa situação: (i) entre o juiz do controle indireto e o árbitro; (ii) entre o juiz do controle indireto e o das ações de ataque à sentença arbitral; (iii) entre o juiz do controle indireto e o da homologação. No primeiro caso, a coisa julgada retira conteúdo à competência-competência em franca negativa de vigência aos arts. 8º e 20 da LARB. No segundo, desloca ao juízo do foro do réu na contestação – no bojo da qual se apresenta a “exceção de arbitragem” – a competência judicial que, em princípio, pertence ao juiz do foro do réu na sentença arbitral ou ao do local da situação bens. No terceiro, há imissão na

competência absoluta do STJ, o que implica negar vigência aos arts. 38, I, II, IV e V, da LARB e, de sobejo, à Constituição Federal⁸⁰.

De outro modo, a limitação vertical da cognição judicial à delibação do tipo *prima facie* impede o trânsito em julgado material e preserva a possibilidade de reexame da matéria decidida, quando apresentada aos juízos da nulidade, da anulação, da execução, dos embargos ou da impugnação e da instauração do juízo arbitral com fundamento em cláusula compromissória vazia. Conciliam-se, desse modo, a atividade jurisdicional do juiz nacional de apoio à eficácia negativa da competência-competência e a jurisdição do juiz nacional competente para aferir a jurisdição do árbitro, no momento do controle da sentença arbitral. Harmonizam-se competência-competência arbitral e controle da convenção pela via incidental⁸¹.

Nesse sentido, decidiu corretamente a 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP no caso em que a Cooperativa dos Agricultores da Região de Orlândia pretendeu a suspensão de instância arbitral instaurada sob a égide da Câmara de Arbitragem Brasil-Canadá, com o argumento de que a lide a ser levada aos árbitros não caberia na convenção de arbitragem. O TJSP confirmou sentença judicial no sentido de que, por via de “exceção”, a cognição do juiz é limitada à constatação da “existência” da convenção⁸², isto é, à constatação de que havia convenção de arbitragem entre as partes.

Na mesma linha, encontramos na jurisprudência pacífica do Tribunal de Justiça de Goiás a seguinte ementa recorrente: “[...] basta existir entre as partes a cláusula compromissória (juízo arbitral) para ficar a causa afastada da apreciação do Poder Judiciário”⁸³. Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de modo preciso, já

⁸⁰ A pior das inconveniências, porém, diz respeito à instrumentalização do Judiciário em favor de um “contencioso parasita”. A expressão é de Philippe Fouchard, para quem “*un souci évident d’efficacité commande de lutter contre ce contentieux parasite, instrument commode de manouvres dilatoires.*” (FOUCHARD, 2000, p. 98).

⁸¹ Em favor de uma cognição sumária de delibação, ver Dinamarco (2013, p. 74) e Alves (2009, p. 5).

⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 237.442-4/5-00, da 1ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Cooperativa dos Agricultores da Região de Orlândia Carol e outra. Agravados: Itochu Corporation e outros. Relator: Desembargador Elliot Ankel. São Paulo, 20 de agosto de 2002. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 272-278, 2004, com comentário de Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz. No mesmo sentido, entre as mesmas partes, no mesmo tribunal de justiça, mesma câmara e mesmo relator, ver BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 9071895-63-2003.8.26.0000 (994.03.060287-0). Apelante: Cooperativa dos Agricultores da Região de Orlândia – Carol e outra. Apelada: Itochu International Inc. e outras. Relator: Desembargador Elliot Ankel. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, v.8, n. 30, p. 116-123, abr./jun. 2011.

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Agravo Regimental em Embargos de Declaração na Apelação n. 445732-30.2011.8.09.0000, da 5ª Câmara Cível. Agravante: Agropecuária Cinco Te Ltda. Agravado: Marcos Antônio Dewes. Relatora: Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis. Goiânia, 21 de março de 2013. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10 n. 38, p. 148-156, abr./jun. 2013, com comentário de

declarou que na cognição liminar *prima facie* caberiam: (i) o exame de laudo pericial elaborado pela Polícia Federal, cuja conclusão indicava a falsidade do instrumento no qual se inseria a convenção de arbitragem; (ii) a análise dos estatutos de uma das sociedades envolvidas, com o fito de aferir alegada irregularidade de sua representação – vício do consentimento – para a assinatura de instrumento de contrato⁸⁴. De modo semelhante, o Tribunal de Justiça de Pernambuco revogou sentença que extinguiu ação judicial, com fundamento em cláusula compromissória inserida em contrato de compra e venda de apartamento, por entender se tratar de matéria consumerista⁸⁵. Na Bahia, do mesmo modo, foi revogada sentença que acolhera preliminar de arbitragem fundamentada em cláusula compromissória inserida em contrato de prestação de serviços escolares⁸⁶. Por sua vez, a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a decisão a respeito da oponibilidade de convenção de arbitragem inserida em acordo de acionistas em relação aos sócios posteriormente admitidos exigiria dilação probatória⁸⁷.

Luis Fernando Guerreiro. No mesmo sentido, BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70040929911, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Newtec Assessoria Técnica em Seguros Ltda. Apelada: Unibanco AIG Saúde S.A. Relato: Desembargador Paulo Sérgio Scaparo. Porto Alegre, 30 de junho de 2011. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 31, p. 107-114, jul./set. 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2009.014667-1, da Câmara Cível Especial. Agravante: Banco Safra S/A. Agravada: Porcellanati Revestimentos Cerâmicos Ltda. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Florianópolis, 15 de abril de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 138-147, jan./mar. 2010, com comentário de Rafaela Duarte Mendonça; BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.072486-0, da 6ª Câmara de Direito Civil. Apelante : Manoel Alexandre da Silva e Edna do Nascimento. Apelada : APL – Incorporações e Construções Ltda. Relator : Ronei Danieli. Florianópolis, 05 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 8 de nov. 2014, às 23h30. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.040618-5, da 5ª Câmara de Direito Civil. Apelante : Edson dos Santos. Apelados: Empreendimentos Imobiliários Dalloureiro Ltda e outro. Relator : Henry Petry Júnior. Florianópolis, 21 de novembro de 2013 Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 8 de nov. 2014, às 23h46.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 0063284-21.2013.8.21.7000, da 15ª Câmara Cível. Apelante: Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe. Apelada: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica. Relator: Desembargador Vicente Barro de Vasconcelos Porto Alegre, 12 de junho de 2013. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 39, p. 129-146, jul./set. 2013, com comentário de Daniella Monteiro Gabbay.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação Cível n. 0310108-0, da 6ª Câmara Cível. Apelante: José Ailton Chagas e outro. Apelada: Casa Grande Engenharia. Relator: Desembargador Fernando Martins. Recife, 12 de novembro de 2013. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em 14 ago. 2014, às 12h21.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível n. 0001200-23.2011.8.05.0105, da 1ª Câmara Cível. Apelante: Marizete Santana Barreto Souza. Apelado: Imes – Instituto Mantenedor de Ensino Superior da Bahia Ltda. Relatora: Desembargadora Pilar Célia Tobio de Claro. Salvador, 9 de julho de 2012. Disponível em: <http://tjba.jus.br>. Acesso em 3 out. 2014, às 20:45.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 590.921-4/7-00, da 3ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Luiz Augusto Muller e outro. Apelada: Companhia Muller de Bebidas e outro. Relator: Desembargador Berreta da Silva. São Paulo, 29 de setembro de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 6, n. 26, p. 182-191, abr./jun. 2010, com comentário de Rafael Francisco Alves.

Na via indireta, a cognição judicial é, em princípio, sumária, de tipo delibatória. Portanto, induz à coisa julgada formal, quando leva o juiz a extinguir a ação judicial e remeter as partes à arbitragem. Todavia, se a prova liminarmente produzida for suficiente, poderá o juiz se pronunciar sobre a jurisdição, para se declarar como a autoridade adequada a julgamento da causa. Abre-se, aqui, a brecha da multiplicação contenciosa, já que o próprio árbitro bem como juízes vinculados a sistemas nacionais estrangeiros podem entender de modo diverso. Em princípio, “ganha” quem obtiver, primeiro, uma decisão revestida pela força da coisa julgada material.

b) os instrumentos.

A leitura do Código de processo civil brasileiro (CPC) produz no intérprete a falsa ideia de que existem regimes jurídicos distintos aplicáveis ao controle da jurisdição do árbitro pela via indireta e de que a oposição à jurisdição do juiz estatal se fundamente em compromisso arbitral ou em cláusula compromissória. No primeiro caso, cabe à parte interessada invocar o compromisso arbitral perante o juiz nacional, na primeira oportunidade de defesa. A omissão é interpretável como concordância com a subtração do objeto da lide ao âmbito de aplicabilidade material da convenção de arbitragem: hipótese de exceção de arbitragem. No segundo caso, havendo cláusula compromissória, a letra da lei dispensa a iniciativa das partes, pois o legislador processual a haveria erigido à condição de causa de objeção processual, cujos efeitos dispensam iniciativa das partes. Assim, a **objeção de arbitragem** deve ser constatada, de ofício, pelo juiz brasileiro, nos termos do artigo 301 do CPC:

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito alegar:
 (...) IX – convenção de arbitragem
 (...) § 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

Tal dualismo se originou em erro legislativo cometido durante o processo de adequação dos arts. 267, VII, e 301, IX, do CPC às inovações da Lei de Arbitragem⁸⁸. Esse erro dá a entender que, no sistema jurídico brasileiro, apenas a convenção do tipo compromisso produz o efeito negativo da competência-competência, o que não ocorre com

⁸⁸ Nesse sentido, Fichtner e Monteiro (2010, p. 74) mencionam a ocorrência de “um cochilo do legislador”.

a cláusula compromissória. Preguiçoso, o legislador atualizou a redação do inciso IX do art. 301, mas deixou incólume a do antigo § 4º, que apenas se referia ao compromisso. Irresignado, Donaldo Armelin (2005, p. 223) entende inaceitável a distinção e pugna pela “parificação de tratamento para ambas as espécies” do gênero convenção de arbitragem.

Defendida por autores de tomo⁸⁹ e afirmada por tribunais⁹⁰, a distinção que permite ao juiz conhecer de ofício a convenção de arbitragem é apenas em aparência favorável à autonomia da vontade das partes. Admiti-la, significa negar natureza contratual à subtração de poderes ao juiz estatal. Decerto a omissão da parte interessada em invocar a existência de convenção de arbitragem não deve ser interpretada como renúncia tácita; há, todavia, inegável redução do seu âmbito de aplicabilidade, para excluir a lide específica, cuja submissão ao Judiciário não foi contestada.

Nesse sentido, José Antônio Fichtner e André Luis Monteiro ressaltam que “a autonomia da vontade que permite a celebração em conjunto da convenção de arbitragem é exatamente a mesma que permite às partes, sem ingerência estatal, renunciar” (FICHTNER e MONTEIRO, 2010, p. 76)⁹¹. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, por sua vez, recomendam “ler no § 4º ‘convenção de arbitragem’ em lugar de compromisso arbitral”

⁸⁹ Nesse sentido, Batista Martins (2008, p. 418); Gabardo (2008, p. 106); GRINOVER (2004, p. 234); Carmona (2004, p. 161).

⁹⁰ Nesse sentido, (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo inominado na apelação Cível n. 0422107-87.2008.8.19.0001, da 10ª Câmara Cível. Agravante: Zune Consultoria de Telecomunicações Ltda. Agravado: Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda. Relator: Desembargador Bernanrdo Moreira Garcez Neto. Rio de Janeiro, 27 de julho de 2011. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 32, p. 329-342, jan./mar. 2012, com comentário de Samantha Mendes Longo; (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2009.014667-1, da Câmara Cível Especial. Agravante: Banco Safra S/A. Agravada: Porcellanati Revestimentos Cerâmicos Ltda. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Florianópolis, 15 de abril de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 25, p. 138-147, jan./mar. 2010, com comentário de Rafaela Duarte Mendonça; (iii) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 980606-0/7, da 35ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Euroinsta Brasil Ltda. Apelada: Nokia do Brasil Ltda. Relator: Desembargador Emanuel Oliveira. São Paulo, 17 de dezembro de 2007. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 17, p. 100-106, jan./mar. 2008, com comentário de Rodrigo Araújo Gabardo; (iv) BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelações Cíveis n. 12.1444-4 e n. 121447-5, da 4ª Câmara Cível. Apelante: Zaeli Alimentos Nordeste Ltda. Apelada: Kronos de Navegación S.A. Relator: Desembargador Jones Figueiredo Alves. Recife, 22 de dezembro de 2005. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 99-123, jul./set. 2006, com comentário de Sabrina Ribas Bolfer, que confirmam sentença proferida nos autos do processo (v) BRASIL. 6ª Vara Cível de Recife. Ação Cautelar n. 001.2004.012210-8 e Ação Ordinária n. 001.2004.016333-5. Requerente: Zaeli Alimentos Nordeste Ltda. Requerida: Marítima Kronos de Navegación S.A. Relator: Juiz Paulo Henrique Martins Machado. Recife, 14 de julho de 2004. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 192-195, abr./jun. 2005; (vi) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo Interno em Agravo de Instrumento n. 116.300-RJ, da 2ª Turma. Agravante: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE Agravada: Proteus Power Brasil Ltda. Relator: Desembargador federal Antônio Cruz Netto Rio de Janeiro, 27 de agosto de 2013. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 205-214, jan./abr. 2004.

⁹¹ No mesmo sentido, ver Wambier e Talamini (2014, p. 213), Vieira Rocha (2012, p. 95), Câmara (2010, p. 37) Barros (2007, p. 16) e Theodoro Jr. (1998, p. 381).

(NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, 2007, p. 406. Os dois tipos de convenção de arbitragem têm natureza contratual e, por isso, são passíveis de renúncia total ou parcial pela redução de objeto, inclusive tacitamente, pela prática de atos incompatíveis com o objeto da convenção de arbitragem. O Código de Processo Civil brasileiro, corretamente interpretado, desconhece a **objeção de arbitragem**.

Do mesmo modo, a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Protocolo de Genebra de 1923 tomam a manifestação de vontade das partes como critério de eficácia dos efeitos negativos da convenção de arbitragem e da competência-competência⁹². Assim, ainda que se vislumbre a existência de objeção de arbitragem no Código de processo civil brasileiro, não se pode, com razoabilidade, pretender o mesmo em arbitragens submetidas ao regime jurídico de fonte convencional.

A impossibilidade de objeção processual não implica, contudo, a abertura da via de exceção. Não existe, no ordenamento brasileiro, a chamada exceção de arbitragem – ao menos em sentido técnico e estrito, de resposta processual nos moldes dos arts. 304 e seguintes do CPC – como causa de incompetência relativa do juiz estatal. Se a defesa judicial fundamentada na invocação do efeito negativo da competência-competência requer à parte interessada que suscite a existência da convenção na primeira oportunidade de defesa, isso não a transforma em exceção, porque a existência de convenção de arbitragem não é causa de incompetência relativa: não afeta a competência do órgão judiciário, mas, antes, subtrai função jurisdicional ao Estado-juiz. Do silêncio do réu não decorre **prorrogação de competência judicial**, mas **restituição da jurisdição** do árbitro ao Estado-juiz e redução do objeto da convenção por vontade tácita das partes⁹³. A matéria

⁹² Conforme art. 4 do Protocolo de Genebra de 1923: “Os tribunais dos Estados contratantes, dos quais esteja pendente litígio relativo a um contrato concluído entre as pessoas previstas no art. 1º e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude do dito artigo e suscetível de ser executada, encaminharão os interessados, **a pedido de um deles**, ao julgamento dos árbitros” Protocolo Relativo a Cláusula de Arbitragem (Genebra, 1923). Em vigor, no Brasil, por força do Decreto n. 21187/1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>>. Acesso em: 19 dez. 2014, às 11h49 e art. 2. (3), da Convenção de Nova Iorque de 1958: “3. 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” (Grifamos). UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law. Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958). Disponível em:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 25 ago 2014, 8:54. Em vigor, no Brasil, por força do Decreto n. 4.311/2002.

⁹³ No sentido de que não se conhece de ofício a convenção de arbitragem: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 2009.51.01.021524-5-7. Apelante: Transnave Navegação S/A. Apelada: União Federal. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Rio de Janeiro, 21 de março de 2012.

In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 385-394, jul./set 2012, com comentário de Samantha Mendes Longo; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0161821-25.2011.8.19.0001, da 17ª Câmara Cível. Apelante: Olive Garden Bar e Restaurante Ltda. EPP. Apelada: Spoleto Franchising Ltda. Relatora: Desembargadora Luisa Cristina Bottrel Souza. Rio de Janeiro, 5 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2014, às 18:22; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0000356-96.2010.8.19.0209, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Carlos Alexandre Bastos Silva e outro. Apelada: PAN 2007 Empreendimentos Imobiliários S/A. Relator: Desembargador Sebastião Rugier Bolelli. Rio de Janeiro, 11 de maio de 2011. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 422-426, out./dez. 2011, com nota de Pedro Machado Segall; BRASIL. Apelação Cível n. 0028338-56.2008.8.19.0209, da 1ª Câmara Cível. Apelante: Marcelo Pereira de Oliveira e outro. Apelada: CZ6 Empreendimentos Comerciais Ltda. Relator: Desembargador Camilo Ribeiro Ruliere. Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2014, às 18:28; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0007683-10.2005.8.19.0002, da 13ª Câmara Cível. Apelante: Totalnit Comércio e Serviços de Refrigeração Ltda. Apelada: Springer Carrier S/A. Relator: Desembargador Antonio José Azevedo Pinto. Rio de Janeiro, 12 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2014, 18:31; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 15.960-04, da 4ª Câmara Cível. Apelante: El Paso Rio Claro Ltda. e outro. Apelada: INEPAR S/A. Relator: Sidney Hartung. Rio de Janeiro, 03 de janeiro de 2004. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 6, p. 82, abr./jun. 2005, com comentário de Fabiane Verçosa BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0007905-38.2007.8.26.0543, da 37ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Ivan Lipolis. Apelado: José Perfidio Filho. Relator: Desembargador Roberto Mac Cracken. São Paulo, 26 de maio de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=A&nuProcesso=0007905-38.2007.8.26.0543&cdProcesso=RI000SS0G0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=gE66W3I%2FcIF2ghOM%2Fh%2FIOzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvQbHLkTES46fCm9%2FFOmHC%2FX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVIS7IVsgBASwYDi450pwJ9w5D%2Fy1RpxoZtIm4Bywvsn%2BIOKC0ssv%2Fea%2FmmqqsCGvwLygN3FHTR09JomH1qEk0f4%3D>>. Acesso em: 08.10.2014, às 11:37; (viii) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0182941-94.2009.8.26.0100, da 21ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Luminar Tintas e Vernizes Ltda. Apelada: Carpio do Brasil Soluções de Informática Ltda. Relator: Desembargador Maurício Ferreira Leite. São Paulo, 2 de março de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0182941-94.2009.8.26.0100&cdProcesso=RI000JLUK0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=gE66W3I%2FcIF2ghOM%2Fh%2FIOzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvA4bYLP9Kdlx%2BcQbvzxMXZH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVmf7QaB81LiZIH6TcB8RH3hV31SN%2FZEvTYGbIAIYn44%2FddhO1L8q5Poy5Yw8Lra%2B5IJsocWnT6HvjWOCEk6c%3D>>. Acesso em 8 out. 2014, 11:42; (ix) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 9230277-81.2008.8.26.0000, da 18ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Rizzato & Rizzato S/c Ltda. Apelada: Catho Online Ltda. São Paulo, 23 de junho de 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=A&nuProcesso=9230277-81.2008.8.26.0000&cdProcesso=RJZ00RM910000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=gE66W3I%2FcIF2ghOM%2Fh%2FIOzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv7GEGXT7IFVdtGSIsII%2Fewn01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVqOY7sJB%2FHq6cuc4sSB7a2%2F1OBhtYOs8OpyQPpfZLuDXaTIUnMaLBPMipnGeSWZLgWQrhuEv2LTF%2B%2BBLSYFcrw%3D>>. Acesso em 8 out. 2014, 11:45; (x) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 980606-0/7, da 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Euroinsta Brasil Ltda. Apelada: Nokia do Brasil Ltda. Relator: Desembargador Emanuel Oliveira. São Paulo, 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2406280&cdForo=0&vlCaptcha=nBvcM>>. Acesso em: em 8 out. 2014, às 11:54; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 3020879-82.2011.8.13.0024, da 18ª Câmara Cível. Apelante: Ricardo Mirahy Borges Freire. Apelada: PMG Engenharia Ltda. e outros. Relator: Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes. Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10024113020879001>. Acesso em: 8 out. 2014, 11:59; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2210667-

diz respeito aos conflitos de jurisdição e não de competência – muito menos de competência relativa, como é o caso das exceções processuais. Portanto, acertou o legislador ao qualifica-la como **preliminar em contestação** e ao impor ao réu o dever de invocá-la como defesa processual preliminar no bojo da contestação⁹⁴.

Distinta é a hipótese de o juiz ser provocado por intermédio de ação para a instauração de instância arbitral com base em de cláusula compromissória em branco. Longe de ser incompatível com a obrigação de arbitrar, a conduta da parte que instaura a ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem está orientada para execução específica da cláusula compromissória. A obrigação de arbitrar deixa de ser pressuposto processual negativo e se transforma em causa de pedir perante o juiz nacional. Portanto, esse controle judicial exorbita as hipóteses de incidência dos arts. 301, IX, e 267, X, do CPC.⁹⁵

Em tais casos, não pode o juiz nacional apoiar a instauração de instância arbitral sem antes verificar a regularidade da convenção de arbitragem, razão pela qual deve, de ofício, conhecer os vícios que ele considere atentatórios à ordem pública. Essa situação não constitui admissão de existência de “objeção de arbitragem” no direito brasileiro. Aqui, a objeção se opõe à instauração da relação processual de arbitragem e deve ser julgada em cognição sumária, porém suficiente. Se, de outro modo, a cognição sumária não parece suficiente, o juiz nacional deve designar o árbitro e instaurar a arbitragem, além de inserir no rol das questões objeto da arbitragem as contestações à jurisdição do árbitro⁹⁶.

40.2008.8.13.0024, da 9ª Câmara Cível. Apelante: Condomínio do Edifício Parque das Hortênsias e outros. Apelado: Expar Exito Participações Ltda. e outros. Relator: Desembargador José Antônio Braga. Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2011. DJ 31.01.2011; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 0389711-53.2008.8.13.0024, da 10ª Câmara Cível. Apelante: Novo Nordisk Produção Farmacêutica Brasil Ltda. Apelado: Luciano Vilela e outros. Relator: Pereira da Silva. Belo Horizonte, 12 de setembro de 2009. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 31 out. 2014, 15:24; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 5873026-57.2007.8.13.0024, da 17ª Câmara Cível. Apelante: RRS Intercâmbio Cultural Viagens Turismo Ltda. Apelada: World Study Brazil Network & Educação Intercultural Ltda. Relator: Irmair Ferreira Campos. Belo Horizonte, 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=3&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=5873026-57.2007.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 8 out. 2014, 12:08; BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 024039003694. Apelante: Bel Ray Company Inc. Apelada: Barah Comércio Exterior Ltda. Relator: Desembargador Antônio Carlos Antolini. Vitória, 27 de abril de 2004. Disponível em: <www.tj.es.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2006, 23:34.

⁹⁴ Nesse sentido, Vieira Rocha (2012b, p. 92), Fichtner e Monteiro (2010, p. 74), Câmara (2005b, p. 391).

⁹⁵ Nesse sentido, ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.082.498/MT, da 4ª Turma. Recorrente: Condomínio Civil do Cuiabá Plaza Shopping. Recorrida: Antônia da Silva Barbosa – Microempresa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de novembro de 2012. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 359-376, jul./set. 2013, com comentário de Maíra de Melo Vieira.

⁹⁶ Nesse sentido, ver Smilgin (2008, p. 370).

Diante de sérios argumentos contrários à própria jurisdição, o árbitro, a pedido das partes, tende a bifurcar a instância, para os processar e decidir, primeiro, por intermédio de sentença parcial. Como essa decisão é passível de controle judicial pelos instrumentos descritos no art. 33 da Lei de Arbitragem, não permanece a parte interessada em atacar a jurisdição do árbitro perante o Judiciário obrigada a esperar a sentença final de mérito.

Associado a tal atitude, o monopólio arbitral do controle da jurisdição do árbitro pela via direta e a cognição judicial sumária e suficiente pela defensiva da preliminar em contestação ou de ofício, no bojo da ação de instauração de instância arbitral com fundamento em cláusula compromissória em branco, se afiguram de longe o sistema mais vantajoso. Todavia, na hipótese de a convenção ser submetida ao regime jurídico de fonte convencional, a racionalidade do legislador da Lei de Arbitragem cede à incerteza.

3.1.2.2 O regime jurídico de fonte convencional

Sempre que a convenção de arbitragem designar sede em território estrangeiro ou envolver partes estrangeiras, o juiz nacional brasileiro deve verificar a necessidade de descartar o regime jurídico da Lei de Arbitragem e examinar a necessidade de o controle judicial se realizar à luz do regime jurídico de fonte convencional⁹⁷. Não nos cabe neste trabalho, descrever o complexo mosaico que delimita o âmbito de aplicabilidade de diferentes convenções internacionais em matéria de arbitragem, em vigor no sistema nacional brasileiro⁹⁸. Vamo-nos ater apenas ao realce das incertezas resultantes da ratificação daquela convenção que, aos 56 anos, ainda monopoliza as atenções, a de Nova Iorque de 1958⁹⁹.

Fruto de debates e soluções de compromissos negociadas por representantes dos Estados membros da Organização das Nações Unidas, o texto pareceria surpreendente se resultante não contivesse lacunas em relação à regulamentação do efeito negativo da competência-competência. Se a atual diferença na sua intensidade, como reconhecida por

⁹⁷ A propósito, ver Lee (2002).

⁹⁸ No Brasil, estão em vigor as seguintes convenções em matéria de arbitragem: **(i)** Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque de 1958), ratificada pelo Decreto n. 4.311/2002; **(ii)** Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção do Panamá de 1975), promulgada pelo Decreto n. 1902/96; e **(iii)** Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), promulgada pelo Decreto n. 6.891/09.

⁹⁹ Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 10 de junho de 1958).

cada sistema jurídico, termina por negar ao efeito negativo da competência-competência a condição de regra transnacional, pior era a situação vigente na década de 1950, quando os sistemas nacionais de importantes praças de arbitragem ainda recebiam diminuir o papel do juiz nacional territorialmente vinculado à sede da arbitragem em relação ao controle da jurisdição do árbitro¹⁰⁰. Em 2014, o texto da Convenção de Nova Iorque de 1958 não esconde os traços de idade, sobretudo a redação atribuída ao seu artigo II (3):

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.

Na interpretação razoável do texto convencional cabem todos os onze critérios qualificadores da intensidade do efeito negativo da competência-competência e suas respectivas combinações descritas na seção 2.1. Permite-se ao juiz nacional conhecer ações autônomas de ataque à jurisdição do árbitro ou controlá-la por via incidental de preliminar em contestação, mediante cognição sumária ou exauriente, satisfatória ou *prima facie*.

Lacônico, o referido art. II(3) da Convenção de Nova Iorque afasta, onde aplicável, a sistemática racional da Lei de Arbitragem, porque, em primeiro lugar, ingressou no sistema jurídico brasileiro sete anos após a promulgação dessa lei¹⁰¹, portanto aplicável a título de *lex posteriori*; em segundo lugar, o âmbito de aplicabilidade da referida Convenção é mais restrito do que o da LARB, logo aquela é *lex specialis*; por fim, a própria Lei de Arbitragem assegura a prevalência dos textos convencionais aplicáveis à homologação de sentenças arbitrais proferidas no exterior¹⁰².

Atentos à problemática, alguns autores pavimentam o caminho de retorno do regime jurídico da Convenção de Nova Iorque de 1958 ao da Lei de Arbitragem. Para tanto, recorrem, primeiro, ao programa liberalizante contido no art. VII dessa Convenção. Assim, afasta-se a incidência de regras convencionais menos favoráveis à eficácia da sentença

¹⁰⁰ Sobre a transição dos direitos suíço e italiano ver 3.2.1.2.2, b).

¹⁰¹ Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002.

¹⁰² Conforme artigo 34 da LARB: “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”.

arbitral, em comparação com as submetidas ao regime jurídico do direito de fonte interna ou resultantes da incidência de outras convenções internacionais¹⁰³.

Tratando-se de controle judicial da jurisdição do árbitro, efetivamente o afastamento do juiz nacional é a alternativa mais favorável à eficácia da sentença arbitral. São dois os resultados possíveis de tal controle: confirmação ou negativa. No primeiro caso, a solução adotada pelo juiz nacional, com fundamento em regras do sistema nacional, pode ou não ser idêntica à declarada pelo árbitro com fundamento em regras do sistema transnacional. Se forem idênticas as soluções, é inútil o dispêndio processual e a jurisdição pertence ao árbitro. Se este negar a própria jurisdição, não poderá o juiz nacional reafirmá-la, sem expor as partes à denegação de justiça. No segundo caso, quando o juiz nega a jurisdição do árbitro, novamente a provocação judicial se revela inútil se este adota solução idêntica; mas se o árbitro decidir em favor da própria jurisdição, processará a lide até a prolação da sentença. O juiz nacional, por seu turno, não permitirá que, ao final, a sentença arbitral ingresse no sistema do foro. Tal resultado, aliás, é idêntico ao que pode decorrer do controle judicial da jurisdição do árbitro apenas no momento de controle da sentença arbitral. Portanto, inútil a intervenção judicial.

Podemos concluir que, das quatro combinações possíveis, três demonstram a inutilidade e uma, a denegação de justiça resultante do controle judicial anterior à prolação da sentença pelo árbitro. Para efeitos de aplicabilidade do art. VII da Convenção de Nova Iorque de 1958, “mais favorável à eficácia da sentença arbitral” – como, aliás, ao princípio de economia processual – é o controle judicial *a posteriori* da jurisdição do árbitro. Permite-se, pois, o afastamento da referida Convenção, em favor do regime jurídico mais favorável à eficácia da sentença arbitral, contido na Lei de Arbitragem.¹⁰⁴

A preservação da competência constitucional do STJ também depõe contra a anulação do efeito negativo da competência-competência em arbitragem sujeita ao regime jurídico da Convenção de Nova Iorque de 1958. Ao concentrar no STJ o contencioso relativo à validade e aos limites da jurisdição do árbitro com sede no estrangeiro, o

¹⁰³ Nesse sentido, Visconte (2009, p. 110), Wald (2007, p. 54) e Ribas (2010, p. 177) advogam uma interpretação sistemática do art. II (3), da Convenção de Nova Iorque de 1958, com o 8º, da Lei de Arbitragem, de modo a atribuir maior intensidade ao efeito negativo da competência-competência.

¹⁰⁴ Há, todavia, quem não entenda desse modo e pugne por uma interpretação “coordenada” entre o art. 3(II), da Convenção de Nova Iorque de 1958 e o art. 8º, da Lei de Arbitragem, para daí derivar um efeito negativo absoluto, após a instauração da arbitragem, num modelo semelhante ao do antigo direito francês – Alves (2009, p. 183), Pitombo (2007, p. 332) – ou rejeite a passarela do Art. VII, da Convenção de Nova Iorque para se ater ao seu regime jurídico e proclamar a inexistência de efeito negativo à competência-competência. Ver, Tepedino (2008).

legislador corretamente assimilou árbitro e juiz nacional estrangeiro. Assim sendo, feriria a Constituição Federal qualquer outro juízo que decidisse conhecer, por via direta, contestações à convenção de arbitragem cujo texto indique sede em território estrangeiro, pois aí deveria ser proferida a sentença arbitral¹⁰⁵. Nesse sentido, decidiu o TJPR ao revogar medida inibitória que ordenara ao destinatário abster-se de participar em arbitragem instaurada no estrangeiro, sob a égide da CCI. Diz o correto despacho liminar do Ruy Fernando Oliveira: “[...] questões relativas à convenção de arbitragem e ao contrato estão sujeitas, com exclusividade, ao árbitro ou tribunal de arbitragem, incumbindo ao árbitro decidir sobre a sua própria competência e não ao juiz togado.” Confirmado, em sede de agravo regimental, pela 1ª câmara cível: “E é evidente que a competência para apreciar a validade ou invalidade da cláusula arbitral é primeiramente do juízo arbitral e depois do STF por ocasião da homologação da sentença estrangeira”¹⁰⁶.

Pode ocorrer ainda de a medida inibitória – *anti-suit injunction* – proferida por juízo brasileiro de primeira instância para ordenar a suspensão de instância arbitral com sede no estrangeiro ser invocada como óbice à homologação da futura sentença arbitral ou de sentença judicial estrangeira relativa à jurisdição do árbitro. Há, no STJ, certa tendência ao não reconhecimento de decisão estrangeira contrária à decisão nacional não transitada em julgado. Nesse sentido, Massami Uyeda entendeu que afrontava a soberania nacional a homologação de decisão de juiz nacional estrangeiro que declarara a validade de convenção de arbitragem a despeito de existir decisão judicial liminar em contrário proferida por juiz nacional brasileiro¹⁰⁷. Do mesmo modo, João Otávio de Noronha entende que não ofende a soberania nacional a homologação de sentença estrangeira proferida a despeito de ação anulatória de convenção de arbitragem em trâmite perante o juiz brasileiro, exceto se houver “decisão pátria relativa às mesmas questões resolvidas

¹⁰⁵ Conforme art. 105, I, i da CF: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça : I.- Processar e julgar, originariamente : [...] (i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur de cartas rogatórias (...)” e art. 34 da LARB: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita unicamente à homologação do Supremo Tribunal Federal”.

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n 4.174874-9/02, da 1ª Câmara Cível. Agravante: COPEL Distribuição S/A. Relator: Fernando César Zeni. Curitiba, 10 de maio de 2005. Disponível em: <www.cbar.org.br/site/jurisprudência/autonomia-da-clausula-arbitral>. Acesso em: 20 dez. 2014. Tais razões foram solenemente ignorada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso Jirau, para impedir a instauração de instância arbitral em Londres, v. 3.2.2.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 854/US, da Corte Especial. Requerente: GE Medical Systems Information Technologies Inc. Requerida: Paramedics Electromedicina Comercial Ltda. e outro. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Brasília, 16 de outubro de 2013. DJe 07.11.2013.

pelo árbitro”¹⁰⁸. A prevalecer esse entendimento, uma decisão judicial liminar, em primeira instância, contrária à existência ou à validade da convenção de arbitragem seria suficiente para impedir a homologação da futura sentença arbitral. Não poderia haver maior insegurança, aliás, no âmbito do MERCOSUL, legitimada pelo art. 22 do Protocolo de Las Leñas.

Tal posição encontrou, todavia, a divergência de Sidnei Beneti, cujas razões, ao final, prevaleceram, no sentido de que a “competência concorrente” do árbitro e do juiz permite a homologação da sentença transitada em julgado, e os efeitos da eventual declaração de nulidade da convenção arbitral, pelo juiz brasileiro, devem ser apresentados, posteriormente, ao juízo da execução¹⁰⁹.

3.2 O paralelismo processual

No sistema jurídico mundial multicêntrico, o debate em torno do efeito negativo da competência-competência ganha em importância, pois deste resulta maior ou menor possibilidade de **judicialização** da arbitragem. A propósito, Emmanuel Gaillard identifica, no tratamento dispensado a este instituto, “o verdadeiro sinal de maturidade de um direito em relação à arbitragem” (GAILLARD, 2007, p. 710). Na percepção desse professor, afere-se a maturidade, pela medida do afastamento do juiz nacional. Entendemos de modo semelhante, porém a medida da maturidade não reside no afastamento do juiz e, sim, na sua indiferença, a qual decorre da natureza estrangeira da jurisdição do árbitro em relação ao sistema do foro.

Contudo, em situações em que o objeto das lides é a própria jurisdição do árbitro, a relativização da intensidade reconhecida pelos sistemas nacionais ao efeito negativo da competência-competência abre a possibilidade de processos paralelos entre instâncias arbitral e judicial. Permite-se, ainda, a possibilidade de instauração de duas instâncias

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 611/US, da Corte Especial. Requerente: First Brands do Brasil Ltda. e outra. Requerida: STP – Petroplus Produtos Automotivos S/A PPA e outra. Brasília, 23 de novembro de 2006. **DJe** 11.12.2006, p. 291.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1015194/RS, da Terceira Turma. Recorrente: General Electric do Brasil S/A. Recorrida: Tecnimed Paramedics Eletromedicina Comercial Ltda. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 17 de março de 2009. **DJe** 24.04.2009. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 5, n. 22, p. 159-175, abr./jun. 2009, com comentário de Rodrigo Araújo Gabardo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 854/US, da Corte Especial. Requerente: GE Medical Systems Information Technologies Inc. Requerida: Paramedics Electromedicina Comercial Ltda. e outro. Relatora: Massami Uyeda. Brasília, 16 de outubro de 2013. **DJe** 07.11.2013.

judiciais perante juízes nacionais distintos, tendo por objeto a jurisdição do árbitro.¹¹⁰ A multiplicidade de engenhosas – mas errôneas – soluções normalmente provém da má localização da relação árbitro-juiz no plano da competência, como se não fora o árbitro uma autoridade periférica, vinculada ao sistema transnacional da *lex mercatoria*; logo estrangeira em relação ao centro do sistema nacional brasileiro. Tentar solucionar conflito internacional de jurisdição por intermédio de remédios originalmente concebidos para os conflitos de competência significa tratar sintomas e ignorar causas. Aplicadas à relação os centros de sistemas jurídicos distintos, as soluções originalmente pensadas para a relação entre juízes nacionais vinculados ao mesmo sistema produzem sérios efeitos colaterais (3.2.1). Nenhuma delas, contudo, é mais nociva do que a **medida inibitória antiprocessos** (3.2.2).

3.2.1 Inadequação dos remédios originalmente concebidos para o conflito de competências

Arbitro e juiz nacional estão vinculados a sistemas jurídicos distintos, por conseguinte cada um deles enxerga, em si, o centro e, no outro, um estrangeiro. Entre eles, a repartição de tarefas se realiza no plano do conflito internacional de jurisdição, anterior à existência da relação processual. Erra quem tenta solucionar o problema das relações processuais paralelas por intermédio de instrumentos concebidos para o conflito de competências. Nesse sentido, não servem o instituto constitucional do conflito de competências suscitado perante o STJ (3.2.1.1), à litispendência ou a conexão (3.2.1.2).

3.2.1.1 Do conflito de competências: a “esetização” da arbitragem

Previsto no art. 105, I, d, da Constituição Federal, o conflito de jurisdições foi concebido para dirimir conflitos apenas entre órgãos jurisdicionais vinculados ao sistema nacional brasileiro e, de modo mais específico, ao Judiciário. Instrumento excepcional, mereceu do constituinte a atenção de atribuir ao STJ a competência originária para conhecê-lo.¹¹¹ O inadequado manuseio do efeito negativo da competência-competência por operadores brasileiros permitiu, com relativo sucesso, a suscitação de conflito positivo de

¹¹⁰ Nesse sentido, ver Barros (2007, p. 15).

¹¹¹ Conforme art. 105, I, d, da CF.

competências entre tribunais arbitrais ou entre estes e o juiz nacional brasileiro. Obtiveram-se do STJ decisões favoráveis ao conhecimento desses incidentes. Na origem de todos eles, percebem-se a vontade de equiparar árbitro e juiz nacional brasileiro e o atropelo ao efeito negativo da competência-competência

Em um caso decidido em 2008, o árbitro, acuado por medida inibitória que ordenara a paralisação da instância arbitral, aceitou a lógica judiciária subversiva e dela tirou consequências: suscitou conflito de competência em face do juízo da 7ª Vara Cível de Belo Horizonte¹¹². A admissibilidade do incidente não chegou a ser julgada, prejudicada por um acordo entre as partes. Todavia, o Subprocurador Geral da República apresentou parecer favorável à admissão com fundamento na equiparação entre árbitro e juiz¹¹³.

Em um segundo caso, o conflito suscitado envolveu um tribunal arbitral constituído sob a égide da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e a 2ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro. O juiz de urgência se julgara detentor de poder jurisdicional, muito embora a instância arbitral estivesse nomeada e o tribunal arbitral houvesse proferido decisão revocatória da medida de urgência concedida pelo Judiciário. Em decisão monocrática, Aldir Passarinho Júnior entendeu que conflitos positivos envolvendo árbitros cabiam na hipótese de incidência do art. 105, I, d, da Constituição Federal. Daí ordenou a suspensão da instância cautelar judicial até o julgamento final na arbitragem¹¹⁴. Em apertado julgamento, decidiu-se com voto de minerva do presidente Raul Araújo, no sentido de conhecer o conflito, como recomendara a relatora Nancy Andrighi, com fundamento em falsa equiparação do árbitro ao juiz nacional: o árbitro é autoridade jurisdicional, portanto é possível a existência de conflito de competências entre juízo estatal e tribunal arbitral¹¹⁵.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática proferida no Conflito de Competência n. 72848/MG. Autor: Peyrani Brasil S/A. Réu: SMS Demag Ltda. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Brasília, 22 de fevereiro de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3723329&num_registro=200602456686&data=20080304&formato=PDF>. Acesso em 8 out. 2014, 16:17. Ver também BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 2063904-41.2006.8.13.0024, da 15ª Câmara Cível. Agravante: Peyrani Brasil S.A. Agravada: SMS Demag Ltda. Relator: Desembargador Maurílio Gabriel. Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2006. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 127-140, out./dez. 2007, com comentário de Thiago Marinho Nunes: “Evidentemente, a decisão recorrida, por suspender o processamento do processo arbitral, que já se arrasta por longo tempo, causa ao agravante lesão grave e de difícil reparação, o que justifica o recebimento desse recurso como agravo de instrumento”.

¹¹³ A propósito, ver Guerreiro (2012, p. 82).

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática de Aldir Passarinho no Conflito de Competência n. 11230/DF. Autor: Centrais Elétricas Belém S./A – CEBEL. Ré: Schain Engenharia Ltda. e outros. Brasília, 01 de julho de 2010. **DJe** 02/08/2010.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n. 111.230/DF, da 2ª Seção. Autor: C.E.B. S.A. Réu: S.E. Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 8 de maio de 2013. **Revista de**

Ora, afirmar o árbitro como “juiz de fato e de direito” não implica colocá-lo no centro do sistema jurídico nacional, como dissociar árbitro e juiz nacional do foro não implica subtrair àquele a condição de autoridade jurisdicional. Tal qual o juiz nacional estrangeiro, o árbitro também é juiz, mas não nacional brasileiro. Todavia, em um terceiro caso, suscitou-se conflito positivo entre o árbitro e o juízo de embargos à execução, este acionado para conhecer questões atinentes à validade de determinado título e sua natureza executiva. Nancy Andrighi novamente realçou a natureza jurisdicional da arbitragem para dela derivar a possibilidade de equiparação ao juiz nacional brasileiro, para fins de admissibilidade de conflito de competência¹¹⁶. Nos votos, percebe-se claro favorecimento à jurisdição do árbitro. O preço, todavia, é o atropelo do efeito negativo da competência-competência e da competência do juízo de primeira instância. Com razão, Massami Uyeda entendeu que não deveria conhecer o conflito, pois o árbitro não pertence à organização judiciária brasileira, enquanto Maria Isabel Galloti enfatizou que o conflito deveria ser resolvido pelo juiz de primeira instância e pelo próprio árbitro com base na interpretação da convenção de arbitragem¹¹⁷, isto é, respeitando-se o efeito negativo da competência-competência, na intensidade reconhecida pelo sistema jurídico brasileiro. A decisão a respeito da admissibilidade do incidente restou prejudicada pela superveniência de sentença arbitral e de sentença judicial, ambas confirmavam o título¹¹⁸.

O conflito positivo foi suscitado também em outro caso, envolvendo duas instituições de arbitragem. Embora Nancy Andrighi, relatora, tenha admitido conhecer o conflito, prevaleceu a divergência liderada por João Otávio Noronha, acompanhado por Sidnei Beneti, cujo voto advertia a respeito da “esetejetização” da matéria e pugnava pelo não conhecimento do “conflito de competência” entre duas instituições de arbitragem:

Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 351-384, jan./mar. 2014, com comentário de Arnaldo Wald.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-Vista de Nancy Andrighi no Conflito de Competência n. 122439/RJ, da Segunda Seção. Suscitante: Rede Gusa Minerações Ltda. e outros. Suscitado: Tribunal Arbitral da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem e outros. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Brasília, 11 de setembro de 2013. **DJe** 12.02.2014.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-Vista de Maria Isabel Galloti no Conflito de Competência n. 122439/RJ, da Segunda Seção. Suscitante: Rede Gusa Minerações Ltda. e outros. Suscitado: Tribunal Arbitral da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem e outros. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 28 de novembro de 2012. **DJe** 12.02.2014.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 122439/RJ, da Segunda Seção. Suscitante: Rede Gusa Minerações Ltda. e outros. Suscitado: Tribunal Arbitral da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem e outros. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Brasília, 11 de setembro de 2013. **DJe** 12.02.2014.

Em se tratando da interpretação de cláusula arbitral constante de contrato de compra e venda, o conflito de competência supostamente ocorrido entre câmara de arbitragem deve ser dirimido no Juízo de primeiro grau, por envolver incidente que não se insere na competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme art. 105, I, 'd', da Constituição Federal¹¹⁹.

Em todos os casos, a leitura dos votos revela um debate travado no local errado. Aprisionados à antiquada divergência em relação à natureza jurisdicional da arbitragem, os membros do STJ não se aperceberam que a configuração de conflito de competências pressupõe não apenas duas autoridades jurisdicionais mas também a pertinência delas ao mesmo sistema jurídico. Só quem considere o árbitro como um órgão do sistema jurídico nacional brasileiro, pode, com coerência, vislumbrar a possibilidade de conflito de competências entre ele e o juiz nacional.

O árbitro, embora detentor de inquestionável poder jurisdicional, não cabe na hipótese de incidência do art. 105, I, d, da Constituição Federal. Em sendo autoridade vinculada a sistema distinto, ele não é juiz nacional do foro; merece deste apenas a atenção dispensada a qualquer juiz nacional estrangeiro. Isto porque o eventual conflito entre os centros de sistemas diversos será, sempre, de jurisdição. Nesses casos, a indiferença é a regra e, sua medida, a intensidade do efeito negativo da competência-competência. A eventual decisão judicial que ignorar a regra de efeito negativo da competência-competência pode ser atacada pelas vias ordinárias e, daí, se for o caso, perante o STJ, mediante recurso especial¹²⁰.

3.2.1.2 Da impossibilidade de litispendência

São três os elementos de identificação de uma ação ou demanda arbitral: as partes, a causa de pedir e o pedido. **Partes** são as pessoas participantes da relação de instância administrada pela autoridade jurisdicional. **Causa de pedir** são os fatos indicados pelo autor da demanda como constitutivos das suas pretensões apresentadas (não se confundem com a fundamentação legal invocada). **Pedido** é elemento a se considerar em duas dimensões: a **imediata**, referente à natureza do provimento requerido – v.g., declaração de

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 113260/SP, da Segunda Seção. Autor: Fazendas Reunidas Curuá Ltda. e outros. Réu: Recuária Unit Santa Clara Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 8 de setembro de 2010. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 29, p. 133-152, jan./mar. 2011.

¹²⁰ Santos (2011, p. 151). Contra, ver Vieira da Rocha (2012b, p. 155) e Vieira da Rocha (2012a, p. 265).

existência de relação jurídica, pretensão condenatória a fazer ou deixar de fazer etc. –, e a **mediata**, designativa do bem da vida reivindicado, aquilo que se pretende obter por meio do provimento – v.g., a casa, o automóvel, o ressarcimento etc.¹²¹

A tríplice identidade – partes, pedido e causa de pedir – entre duas ou mais ações promovidas perante **autoridades jurisdicionais distintas, porém igualmente competentes**, configura a **litispêndência**. Esse instituto produz efeitos distintos nos diferentes ordenamentos. No processo civil judicial brasileiro, como no francês, proíbe-se à segunda autoridade provocada conhecer a lide; declara-se preventa a primeira¹²². Em outros – por exemplo, o suíço e o italiano –, suspende-se o trâmite do segundo processo até julgamento da causa pela primeira autoridade provocada. Enfim, uma vez configurada a litispêndência, alguns ordenamentos prescrevem a extinção da segunda ação promovida, enquanto outros apenas ordenam a suspensão do trâmite. A localização pré-processual da relação árbitro-juiz nacional impede a configuração de litispêndência(a); se fosse possível, aí não haveria como aplicar os efeitos normalmente prescritos (b).

3.2.1.2.1 A impossibilidade de configuração de litispêndência onde só existe uma autoridade jurisdicional

Entre árbitros ou árbitros e juízes nacionais, não há possibilidade de se configurar a litispêndência, porquanto apenas um deles tem poder jurisdicional para a causa. Entre árbitros, não se configura a litispêndência, porque a instauração da primeira instância arbitral exaure o objeto da convenção de arbitragem, que já não servirá à habilitação de uma segunda autoridade para lide idêntica.¹²³ De outro modo, se os jurisdicionados estipularem outra convenção de arbitragem posterior, com o mesmo âmbito de aplicabilidade, ter-se-á por resilida a primeira; por conseguinte, deve ser extinta, sem julgamento de mérito, a instância instaurada com fundamento na primeira cláusula.

¹²¹ Sobre o assunto, ver Chiovenda (2002, p. 52-433), Barbosa Moreira (2007, p. 12), e Didier Jr. (2008, v.1, p. 412).

¹²² Conforme art. 301, § 3º, do CPC brasileiro: Há litispêndência, quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. No art. 100 do *Nouveau Code de Procédure Civile* Frances: “*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*”.

¹²³ Nesse sentido, ver Mayer (2004, p.191) e McLachlan (2009, p. 190): “*There is no place for the concept of ‘lis pendens’ in international arbitration. It will not and cannot solve the problem of parallel and simultaneous forums*”.

Impossível prevenir ou prorrogar competências quando só uma autoridade jurisdicional existe¹²⁴.

A exclusividade da autoridade jurisdicional do árbitro – cuja habilitação é específica para o caso concreto – também impede a configuração de litispendência entre ações simultaneamente submetidas ao árbitro e ao juiz estatal: o indivíduo ou está habilitado para a atividade jurisdicional ou não está, nesta situação a jurisdição permanece com o titular original, o Estado. Se, na relação árbitro-juiz nacional, não existem duas autoridades jurisdicionais, muito menos haverá a possibilidade de serem igualmente competentes. Nesse sentido, afirma Pierre Mayer (2004, p. 191, tradução nossa):

[...] deve-se considerar que a questão da jurisdição do árbitro priva de interesse a da litispendência. De duas coisas uma: ou bem o árbitro não tem jurisdição, e basta que o declare para, assim, cessar a situação de litispendência; ou bem ele tem jurisdição e, então, o juiz estatal não a tem, já que a convenção de arbitragem produz, junto com o efeito positivo, atributivo de jurisdição aos árbitros, normalmente um efeito negativo, exclusivo da jurisdição dos tribunais estatais¹²⁵.

Na mesma linha de pensamentos, Martim Della Valle, em comentário a interessante acórdão do TJSP em lide na qual fora suscitada a “litispendência” entre uma ação judicial e uma arbitral, aponta a inutilidade do exame empreendido pela corte – embora esta tenha, ao final, concluído pela ausência de identidade entre as lides, por serem diferentes as causas de pedir – nos seguintes termos: “sequer poderia ser aventada a hipótese de litispendência entre uma ação submetida a um tribunal estatal e uma arbitragem, ainda que houvesse perfeita identidade entre partes, pedido e causa de pedir” (VALLE, 2006, p. 267). Explica o autor que a convenção de arbitragem constitui pressuposto processual negativo. Daí a impossibilidade lógica de existirem uma instância judicial e uma arbitral com o mesmo objeto, entre as mesmas partes¹²⁶.

¹²⁴ Em sentido semelhante, ver Vieira da Rocha (2012b, p. 144), v. 3, Giannico (2006, p. 68). **Contra:** Fichtner e Monteiro (2010, p. 79), Alves (2009, p. 209), Costa (2006, p. 126).

¹²⁵ No original: “*Dans le premier cas l’on doit considérer que la question de la compétence de l’arbitre prive d’intérêt celle de la litispendance. De deux choses l’une en effet: ou bien le tribunal arbitral est incompétent, et il lui suffit de le déclarer pour que la situation de litispendance cesse; ou bien il est compétent, et dès lors le tribunal étatique ne l’est pas, la convention d’arbitrage ayant, à côté de son effet positif, attributif de pouvoir aux arbitres, normalement un effet négatif, exclusif de la compétence des tribunaux étatiques*”.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 406.570-4/5, da 4ª Câmara de Direito Privado. TopSports Ventures S.A. c. TV Ômega Ltda. Relator: Desembargador Enio Zuliani. São Paulo, 18 de agosto de 2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 247-270, jan./mar. 2006, com comentário de Martim Della Valle, p. 268. No mesmo sentido Aymone (2011, p. 200).

A impossibilidade de litispendência também se explica pelo fato de que o juiz brasileiro deve aferir a jurisdição internacional indireta da autoridade perante a qual tramita a idêntica lide. Existe, todavia, exclui a jurisdição do juiz nacional brasileiro. Existem, todavia, entre doutrinadores franceses, opinião dissidente. Propõe-se o conceito de *competence-litispence*, distinto da jurisdição internacional indireta, cuja incidência se restringe à análise da regularidade da jurisdição da autoridade estrangeira para se pronunciar sobre a própria jurisdição. Em vez de aferir a jurisdição internacional indireta de acordo com o direito do foro, o juiz nacional deveria contentar-se com a simples avaliação da jurisdição da autoridade estrangeira em relação à própria jurisdição. Isso tornaria possível reconhecer a existência de duas autoridades igualmente competentes, o que configura a litispendência entre árbitro e juiz nacional.¹²⁷

A inovação não convence, ao menos quando transposta à relação árbitro-juiz nacional. Em outras palavras, a decisão do árbitro a respeito da própria jurisdição reveste a forma de sentença; logo, norma jurídica individual de origem estrangeira. Não pode o juiz nacional admitir o ingresso da norma individual estrangeira no ordenamento do foro sem, antes, controlar a regularidade da jurisdição de quem a proferiu. Ao controlar a afirmação do árbitro em relação à própria jurisdição, o juiz o faz para fins de admitir ou rejeitar os efeitos da coisa julgada arbitral, portanto estrangeira em relação ao ordenamento jurídico do foro. Atribui-se à coisa julgada arbitral tratamento distinto de acordo com a origem: a competência-competência ou o mérito da lide.

3.2.1.2.2 A impossibilidade de transposição dos efeitos da litispendência à relação árbitro-juiz nacional:

A impossibilidade de a autoridade judicial ou legislativa de um sistema ditar regras de jurisdição ao juiz de outro sistema impede que se projetem os efeitos da litispendência à relação árbitro-juiz nacional. A extinção ou a suspensão da instância só pode ser ordenada a autoridade do mesmo sistema do juiz nacional do foro. De outro modo, criar-se-á um instituto amputado, sem a nota essencial da **biunivocidade**, para operar sempre em desfavor do juiz nacional do foro, já que não poderá ordenar à autoridade estrangeira a suspensão ou extinção do processo em curso, a qual, na prática, se torna mais nociva do

¹²⁷ Nesse sentido, Debourg (2012, p. 469) e Holleaux (1970, p. 164).

que benéfica (a). Entre autoridades vinculadas a sistemas diversos, os efeitos da litispendência, como a sua configuração, requerem convenção internacional que funcione como estrutura de acoplamento entre os sistemas das respectivas autoridades (b).

a) a inexistência de respaldo no direito de fonte convencional;

A criação de litispendência entre juízes vinculados a sistemas distintos depende de convenção internacional, a qual permite o acoplamento entre os sistemas e, por este artifício, permite assemelhar a autoridade jurisdicional estrangeira à nacional do foro. É o caso, por exemplo, da Convenção de Bruxelas de 1968 e textos que a tem sucedido ou complementado¹²⁸ e, entre nós, Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante)¹²⁹.

A estrutura convencional não se presta, contudo, à criação de litispendência entre árbitro e juiz nacional, porque a jurisdição privada é única e pessoal, infungível¹³⁰. O fenômeno é mais facilmente perceptível se tivermos em conta que, mesmo no interior do sistema transnacional, não há a possibilidade de dois árbitros com jurisdição para a mesma causa. Se o fenômeno é de ocorrência impossível entre as autoridades vinculadas ao mesmo sistema transnacional da *lex mercatoria*, não convém criar estrutura de acoplamento entre este e o sistema do juiz nacional, cuja finalidade seria tratar árbitro e juiz nacional como autoridades vinculadas ao mesmo sistema.

Desconhecemos a ocorrência convenção internacional criadora de litispendência entre árbitro e juiz nacional. Embora se aponte, em sentido contrário, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Las Leñas, 1992)¹³¹ e a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), informação não resiste ao exame mais próximo. O art. 22 do Protocolo não trata de litispendência, mas cria, entre os países signatários, uma **condição de exequibilidade** de sentenças, arbitrais ou judiciais, proferidas por juízes

¹²⁸ Conforme art. 27 do Regulamento n. 44/2001, dispositivo que substituiu, entre Estados membros da União Europeia – com exceção da Dinamarca – o sistema da Convenção de Bruxelas de 1968, à qual aderiu a Suíça, pela Convenção de Lugano de 1988.

¹²⁹ Art. 394, da Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante), promulgada pelo Dec. n. 18.871, de 13/08/1929: “A litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante poderá ser alegada em matéria cível, quando a sentença, proferida em um deles, deva produzir no outro os efeitos da coisa julgada.”

¹³⁰ Contra esta posição, ver Baizeau (2008) e Poudret e Besson (2002, p. 465).

¹³¹ Em vigor, no Brasil, por força do Decreto 2.067/96

nacionais com foro ou árbitros com sede em países do MERCOSUL. Seus comandos não se direcionam ao árbitro ou ao juiz nacional do local da sede da arbitragem, mas operam em sentido único, para impedir o reconhecimento da coisa julgada estrangeira na hipótese de existir ação idêntica em trâmite perante juiz do Estado onde se requer a execução¹³². Não há prescrição no sentido de suspender ou extinguir o segundo processo de conhecimento instaurado, mas apenas a possibilidade de se negar exequibilidade à sentença dele resultante. Esta, aliás, não seria nula ou anulável, seria apenas inexecutável no Estado destinatário. Tais condições de exequibilidade não se confundem com o instituto da litispendência.¹³³

Tampouco o art. VI (3) da Convenção de Genebra de 1961¹³⁴ cria litispendência entre árbitro e juiz nacional. Seu texto obriga o juiz estatal a suspender o julgamento, se constatar que ação idêntica foi promovida perante instância arbitral, não em decorrência de litispendência, mas de **efeito negativo da competência-competência**, a exemplo, aliás, das regras inseridas nos arts. II(3) da Convenção de Nova Iorque de 1958 e 20 da Lei de Arbitragem¹³⁵. O referido dispositivo da Convenção de Genebra impõe aos juízes de países vinculados o efeito negativo da competência-competência de máxima intensidade, capaz de impedi-los de examinar, mesmo superficialmente, a validade da convenção de arbitragem, antes que o árbitro o faça¹³⁶

¹³² Conforme art. 22 do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas, de 27 de junho 1992), dispositivo aplicável às relações entre juiz da homologação, no país requerido, o juízo emissor da carta rogatória no país de origem: “Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda perante autoridade que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento”. Sobre o assunto, ver Lee (2002, p. 321). Por isso a jurisprudência francesa entende que a configuração da litispendência internacional exige que o juiz francês seja o segundo provocado. Nesse sentido, Cadiet e Jeuland (2006, p. 178): “*Une situation de litispendance internationale suppose que le juge français, compétent selon la loi française, a été saisi en second (...)*”.

¹³³ Para afastar as “facilidades” criadas pelo Protocolo, basta a parte não recorrer ao regime homologatório por via de cartas rogatórias entre países do Mercosul. Nesse sentido, Lee (2002, p. 322) A respeito do princípio de primazia da convenção mais favorável, ver Fouchard, Gaillard e Goldman (1996, p. 129).

¹³⁴ Cf. art. V (3) da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961) : “*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.*” Disponível em: <http://www.contentieux-international.net/offres/file_inline_src/358/358_P_7264_3.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2014. Contra: Poudret e Besson (2002, p. 465).

¹³⁵ Ver 3.1.2.2

¹³⁶ Fouchard (1999, p. 269).

A confusão é compreensível na medida em que ambos os institutos, efeito negativo da competência-competência e litispendência, limitam a medida da intervenção do juiz nacional. Dissipa-se, todavia, quando se percebe que a litispendência serve à disciplina das relações entre juízes nacionais vinculados ao mesmo sistema – ou assemelhado por mecanismo de acoplamento estrutural –, ao passo que o efeito negativo da competência-competência atende à relação árbitro-juiz nacional. Não há nas referidas convenções internacionais, a criação de litispendência entre árbitro e juiz nacional.

Também não convém ao juiz nacional emprestar sua autoridade para impor à jurisdição do árbitro os efeitos da conexão entre árbitros. Isso implicaria incorrer em outro agravante: se a conexão não ocorrer por identidade de partes, pode acontecer de o segundo tribunal arbitral não ter jurisdição em relação a uma delas, eventualmente, não vinculada à convenção de arbitragem. Em tal hipótese, a reunião de processos ocasionará a prolação de sentença inexistente por ausência de jurisdição, inconveniência que pode resultar, *v.g.*, da aplicação do art. 1.046 do código de processo civil dos Países Baixos, cuja redação atribui ao presidente do Tribunal de Primeira Instância de Amsterdam poderes para, a pedido de uma das partes, ordenar a junção de processos conexos em curso, perante instâncias arbitrais distintas¹³⁷.

Ressalte-se que o modelo holandês não prescreve a prorrogação da competência de um árbitro em prejuízo do segundo nomeado para a ação conexa, como ocorreria entre juízes estatais, mas a extinção de ambas as instâncias, substituídas pela instância arbitral conjunta especialmente constituída¹³⁸. Entendemos, contudo, que a junção de instâncias arbitrais motivada por conexão de causa ou de objeto também não é possível sem o acordo direto ou indireto (por referência às regras contidas em regulamento institucional) das distintas partes envolvidas. Do contrário, corre-se o risco de a sentença ter recusado o

¹³⁷ Conforme art. 1.046(1) do WBR: “*A moins que les parties n’en soient convenues autrement, si un tribunal arbitral siégeant aux Pays-Bas est saisi d’un différend dont l’objet est connexe à celui d’une procédure pendante devant un autre tribunal aux Pays-Bas, la partie la plus diligente peut demander au président du Tribunal de première instance d’Amsterdam d’ordonner la jonction des procédures*”. Versão francesa original reproduzida por Poudret e Besson (2002, p. 1080-1097).

¹³⁸ Conforme art. 1.046 (3) do WBR: “*Si le président ordonne la jonction totale, les parties se concertent pour désigner l’arbitre ou les arbitres en nombre impair et déterminent les règles de procédure applicables à l’arbitrage conjoint. Si les parties, dans un délai fixe par le président, n’arrivent pas à se mettre d’accord à ce sujet, le président désigne, à la demande de la partie la plus diligente, l’arbitre ou les arbitres et détermine, si nécessaire, les règles de procédure. (...) (4) Si le président ordonne la jonction partielle, il détermine les différends qui y sont inclus. Si les parties ne se mettent pas d’accord dans le délai qu’il prescrit, le président, à la demande de la partie la plus diligente, désigne l’arbitre ou les arbitres et détermine les règles de procédure applicables à l’arbitrage (...)*”. Versão francesa publicada por Poudret e Besson (2002, p. 1080-1097).

pedido de sua homologação ou execução compulsória em relação à parte não vinculada à decisão, por não estar submetida à jurisdição do árbitro. Tal argumento, porém, não impediu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinar a reunião de três demandas de arbitragem perante um único tribunal arbitral, administrado pela Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, entre as mesmas partes¹³⁹.

b) o alinhamento de tradicionais sistemas monolocalizados.

A impossibilidade teórica de configuração de litispendência entre árbitro e juiz nacional, de sua criação por convenção internacional bem como de aplicação dos efeitos da litispendência para suspender ou extinguir a tramitação de instância arbitral não impediu o erro de legisladores de tradicionais praças de arbitragem, a exemplo da Itália e da Suíça. Tradicionalmente atreladas à representação de uma arbitragem monolocalizada,¹⁴⁰ tais praças viram os respectivos ordenamentos avançarem em direção à regra segundo a qual todo árbitro merece do juiz nacional apenas a indiferença reservada às demais autoridades estrangeiras. No sistema suíço, essa evolução explica-se mais pela necessidade de eliminar inconveniências práticas do que como alinhamento teórico à ideia de ser o árbitro a autoridade jurisdicional de sistema transnacional, portanto, distinto do sistema nacional do Estado da sede. Merece, assim mesmo, louvação. No italiano, por sua vez, destaca-se o exato domínio dos conceitos pelo juiz nacional.

– *decorrente da correta manipulação dos conceitos pelo juiz nacional italiano,*

A evolução da legislação italiana é fruto das reformas de 1994 e de 2006. Da primeira resultou o art. 819-bis¹⁴¹ do *Codice de procedura civile*, cujo texto catalisou a

¹³⁹ BRASIL. Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro. Processo n. 0301553-55.2010.8.19.0001. Autor: Consórcio Empreendedor Corumbá III. Réu: Consórcio Construtor Centro-Oeste, e outros. Decisão liminar do Juiz Cezar Augusto Rodrigues Costa. Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2010. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano 8, n. 30, p. 103- 112, abr./jun. 2011, com comentário de Priscila Knoll Aymone. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0301553-55.2010.8.19.0001, da 19ª Câmara Cível. Apelante: Consórcio Construtor Centro-Oeste e outros. Apelada: Consórcio Empreendedor Corumbá III. Relator: Guaraci de Campos Vianna. Rio de Janeiro, 21 de maio de 2013. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 249-266, out./dez. 2013, com comentário de Priscila Knoll Aymone.

¹⁴⁰ A propósito da monolocalização, v. 2.1.1.

¹⁴¹ Antigo art. 819-bis, introduzido no CPC italiano com a reforma de 05 de janeiro de 1994: “La competenza degli arbitri non e' esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, ne' dalla connessione tra la

tímida, mas já existente, evolução da jurisprudência no sentido de derogar orientação que pugnara a *vis atractiva* da jurisdição estatal em relação à arbitral, diante da identidade de lides. A reviravolta teve início no seio da Corte di Cassazione, que decidira subtrair aos efeitos da litispendência entre árbitro e juiz as situações nas quais fossem manifestos os propósitos de elisão aos efeitos da convenção de arbitragem¹⁴². Completou-a novo texto da transição para o princípio de impermeabilidade entre jurisdição estatal e privada.¹⁴³

No período entre as reformas legislativas, avançou a Corte para excluir a relação juiz-árbitro do âmbito de aplicabilidade dos arts. 4 (3)¹⁴⁴ e 39 do CPC italiano: aquele relativo à conexão e este à litispendência, cujos textos proibiam ao juiz nacional conhecer a segunda de duas demandas idênticas. Como razão, declarou, acertadamente, que “o código de procedimento não prescreve qualquer remédio preventivo nas relações entre juízo ordinário e arbitral” (tradução nossa)¹⁴⁵. Dita orientação foi confirmada em *obter dictum* pronunciado no julgamento do caso **Montedison c. Eni ed Enichem** (tradução nossa):

A orientação da jurisprudência consolidada [...] fundamenta-se essencialmente na consideração de que a litispendência encontra seu critério regulador no princípio da prevenção, o qual pressupõe a existência de dois juízes igualmente competentes, e que exclui a possibilidade de ocorrer litispendência entre um juízo pendente perante autoridade judiciária e um juízo instaurado perante o árbitro. Tal hipótese não se resolve pelo reconhecimento de prioridade à primeira demanda, mas, ao invés, com base na existência, validade e limites do compromisso ou da cláusula compromissória¹⁴⁶.

controversia ad essii deferita ed una causa pendente davanti al giudice”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/?idnot=33723>>. Acesso em: 2 jan. 2015, 19:00.

¹⁴² ITÁLIA. Corte di Cassazione. Caso n. 5949. Roma, 29 de novembro de 1985, mencionada por Ricci (1993, p. 180).

¹⁴³ A propósito do princípio de impermeabilidade, ver Rubino-Sammartano (2001, p. 600).

¹⁴⁴ ITÁLIA. Corte di Cassazione. Caso n. 5028. Requerente: V. O. Sojuzchimexport. Requerida: Calmon Hill Trading Corporation. Roma, 9 de outubro de 1984. **Yearbook Commercial Arbitration**, the Hague, v. XI, p. 514-515, 1986, p. 515: “*The Court held that, notwithstanding an isolated judgment of the Supreme Court itself, case law consistently shows that the relevant Italian statutory provisions are derogated from by Art. II of the New York Convention*”. Reafirmada pela decisão da ITÁLIA. Corte di Cassazione. Caso n. 5397. Autora: ICEC- International Commodities Export Corporation. Ré: Italchimica srl e Agenzia Maritima A. Bellardi & C sas. Roma, 17 de maio de 1995. **Yearbook Commercial Arbitration**, the Hague, v. 23, p. 719-722, 1998, p. 720: “*the connecting criterion in [Art. 4(3) CCP] concerns an attraction of competence based on the connexity between actions; it does not affect jurisdiction*”.

¹⁴⁵ ITÁLIA. Corte di Cassazione. Caso n. 3001. Autora: Fallimento Impresa Mascheroni. Ré: Società Metropolitana milanese. 7 de abril de 1997. **ASA Bulletin**, Genebra, v.18, n. 2, p. 392-398, 2000, p. 395. No original: “*Tale contrasto non appare suscettibile di rimozione allo stato della legislazione vigente poiché il codice di rito non prevede alcun rimedio preventivo nei rapporti fra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*”.

¹⁴⁶ ITÁLIA. Corte di Cassazione. Caso n. 6205. Autora: Società Montedison et al. Ré: Società Enichem. 8 de julho de 1996. **ASA Bulletin**, Genebra, v. 18, n. 2, p. 384-391, 2000, p. 384. No original: “*Il consolidato orientamento giurisprudenziale [...] si fonda essenzialmente sulla considerazione che la litispendenza trova il suo criterio regolatore nel principio di prevenzione, il quale presuppone l'esistenza di due giudici dotati di pari competenza istituzionale, e ciò esclude che possa darsi litispendenza tra un giudizio pendente davanti all'autorità giudiziaria e un giudizio instaurato davanti ad arbitri: in tal caso il contrasto non può essere*”.

São nítidos os acertos da decisão, em linha com os postulados e conclusões até agora apresentados. Todavia, naquele momento evolutivo, a necessidade de afirmação e o receio de reação monolocalizada parecem ter conduzido a Corte di Cassazione a certo atropelo. Preocupada em afirmar a natureza jurisdicional da arbitragem, erroneamente entendeu que essa proposição implicaria retorno à ideia monolocalizadora, fundamento da equiparação entre juiz estatal e árbitro sediado na Itália. Hesitante, optou por restringir o alcance do princípio de impermeabilidade entre jurisdições ao âmbito do “arbitrato irrituale”, método contratual de resolução de controvérsia que, aliás, não é arbitragem¹⁴⁷. Subtraiu, sem entender, brilho àquela que poderia constar em qualquer seleção de grandes acórdãos da jurisprudência estatal comparada em matéria de arbitragem.

O mencionado princípio de impermeabilidade não deriva do fato de uma ser instância privada e puramente contratual e a outra ser pública e jurisdicional. A impermeabilidade ou exclusividade jurisdicional decorre justamente do fato de as duas instâncias ostentarem natureza jurisdicional, mas estarem atreladas a sistemas distintos, sendo uma vinculada ao sistema nacional e a outra ao transnacional da *lex mercatoria*. O erro, aqui, é semelhante ao cometido pelo STJ, ao realçar a natureza jurisdicional da arbitragem com a finalidade de permitir o recurso ao mecanismo constitucional do conflito de competências¹⁴⁸. Antes, o reconhecimento de natureza jurisdicional à arbitragem não infirma, mas reitera a impossibilidade de litispendência ou conflito de competência, pois a coloca como jurisdição distinta e não subordinada à judicial¹⁴⁹.

A linha evolutiva foi restabelecida durante a reforma de 2006¹⁵⁰. Introduziu-se no CPC italiano o artigo 819-ter¹⁵¹, dispositivo que expressamente exclui a relação árbitro-juíz do âmbito de aplicabilidade dos artigos 44, 45, 48, 50 e 295 do mesmo diploma. Entre juízes estatais italianos, tais dispositivos regulam, respectivamente, (i) os efeitos da sentença declaratória de incompetência, (ii) o conflito de competência, (iii) a suspensão e

risolto in base alla priorità della proposizione della domanda, ma dev'essere risolto, invece, sulla base dell'esistenza, della validità e dei limiti del compromesso o della clausola compromissoria”. Sobre a evolução do direito italiano no período entre as reformas legislativas, ver Consolo (1998, p. 661).

¹⁴⁷Jarrosson (1987, p. 747).

¹⁴⁸ Ver 3.2.1.1

¹⁴⁹ Entre os doutrinadores brasileiros, incorre o equívoco de fazer derivar da natureza jurisdicional da arbitragem a possibilidade de conexão e de litispendência entre ações em curso perante autoridade judicial e arbitral. Entre outros, ver Costa (2006, p. 129).

¹⁵⁰ Decreto Legislativo n.º 40, de 2006.

¹⁵¹ Cf. art. 819-ter do *Codice de procedure civile*: “(Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria) La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, ne' dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice”.

(iv) o reinício de processo em decorrência de tais conflitos, além da (v) suspensão necessária decorrente de questões prejudiciais.

Evolui, no sentido correto, o outrora localizado sistema nacional italiano, cuja sofisticação influenciou a formação do moderno direito processual civil brasileiro e, neste ponto, convém continuar inspirando.

– decorrente de intervenção legislativa no sentido de retificar erro do juiz nacional suíço.

A evolução do sistema suíço foi motivada pela péssima repercussão de decisão proferida pelo Tribunal Fédéral no caso **Fomento de Construcciones y Contrats S.A. c. Colon Container Terminal S.A.**, À decisão – que pugnara pela utilização da litispendência como instrumento de combate ao paralelismo entre instância arbitral e judicial – reagiu rapidamente o legislador suíço, preocupado em não diminuir a importância da Suíça como praça de arbitragem¹⁵². Na espécie, litigavam uma sociedade espanhola – **Fomento** – e uma panamenha – **Colon** – a respeito da realização de obras em terminal portuário localizado no Panamá. Fomento promoveu ação judicial perante o juiz estatal panamenho. Em sua defesa, Colon apresentou exceção de arbitragem, considerada intempestiva, em primeira instância, porém acatada pela jurisdição de segundo grau. Fomento, por sua vez, recorreu à Corte Suprema do Panamá e Colon, entretantes, apresentou demanda de arbitragem ao Secretariado da CCI. Genebra foi designada como sede da arbitragem.

Notificada para comparecer à instância arbitral, Fomento invocou a ausência de jurisdição do tribunal arbitral por ausência de convenção de arbitragem: houvera operado a renúncia tácita à convenção do fato de Colon não a ter invocado tempestivamente. O tribunal arbitral proferiu sentença parcial em que reconheceu ter jurisdição para a causa. Não tardou, contudo, até que a Corte Suprema do Panamá declarasse, em última instância, a intempestividade da exceção de arbitragem e, por aí mesmo, a inexistência do árbitro. Fomento, então, se apegou a tal decisão para promover ação declaratória de nulidade da sentença parcial perante o juiz estatal da sede: o Tribunal Federal suíço. Defendeu a aplicabilidade do art. 9º da LDIP às relações entre árbitro com sede na Suíça e juiz estatal estrangeiro, afirmando que, em vez de proferir sentença parcial decidindo a respeito da

¹⁵² A propósito, ver Poudret (2001), Gaillard (2006), Samuel (2004), Oetiker (2002), Scherer (2001).

existência da própria jurisdição, deveria o árbitro ter suspenso a instância arbitral até o juiz panamenho decidir definitivamente qual seria a jurisdição habilitada para o mérito da causa, se arbitral ou estatal.

As razões de Fomento surtiram efeito perante o Tribunal fédéral e motivaram a declaração de nulidade da sentença arbitral parcial, não sem grandes contradições: de início, corretamente assimilou árbitro e juiz estatal estrangeiro com o fito de inserir a relação entre eles no âmbito de aplicabilidade do art. 9º da LDIP; em seguida, contudo, deu-se conta de que a litispendência operaria em sentido único, para obrigar apenas o juiz suíço, já que havia reconhecido a equiparação da jurisdição arbitral à da nacional estrangeira; e retomou antiquada ideia segundo a qual o poder do árbitro deriva exclusivamente do Estado da sede, desta feita para assimilar o árbitro ao juiz nacional e obrigá-lo a suspender a instância. Ora, fosse o árbitro juiz do foro, não estaria sujeito ao referido art. 9º da LDIP, mas ao art. 22 da Loi fédérale de procédure civile, aplicável à repartição de competências entre juízes nacionais. Ora, esse dispositivo não prescreve a suspensão da segunda instância instaurada; proíbe-lhe o conhecimento.¹⁵³

Contraditório, o juiz suíço reservou ao árbitro o pior de dois mundos: o do juiz nacional suíço e o do juiz estrangeiro. Claramente inspirada pela doutrina de Jean-François Poudret, a aplicabilidade estendida do art. 9, 1, da LDIP distorce-lhe o conseqüente normativo. Atribui diferentes destinos à sentença de acordo com sua origem arbitral ou estatal. Enquanto a decisão proferida por juiz poderia, no máximo, ter sua homologação negada, com efeitos restritos ao território suíço, a declaração de nulidade da sentença arbitral fundada no mesmo dispositivo teria eficácia em relação a todos os sistemas nacionais filiados à clássica interpretação atribuída ao art. V, e), da Convenção de Nova Iorque de 1958, de acordo com a qual o juiz de países signatários poderia negar homologação a sentenças arbitrais fulminadas no Estado de origem.

Uma terceira contradição originou-se no fato de o Tribunal Fédéral ter fundamentado a aplicabilidade extensiva do art. 9º da LDIP na contrariedade à ordem pública que resultante da existência “numa ordem jurídica determinada, de duas decisões judiciais contraditórias a respeito da mesma ação e entre as mesmas partes,

¹⁵³Cf. art. 22, da *Loi fédérale de procédure civile federal* de 04 de dezembro de 1947: “*La demande est irrecevable lorsque l’action est déjà pendante ou a déjà été l’objet d’un jugement passe en force*”.

simultaneamente executórias” (POUDRET, 2001, p. 837, tradução nossa)¹⁵⁴. O fundamento foi infeliz; aferiu-se de forma abstrata a não-conformidade à ordem pública, já que não houve, no caso, duas decisões contraditórias pertencentes ao ordenamento suíço;¹⁵⁵ finalmente, a proximidade entre os elementos da lide e o ordenamento suíço parece não ter sido considerada.

A respeito disso o art. 192, 1, da própria LDIP permite às partes afastar todo controle judiciário e, com ele, a aplicabilidade do art. 9º, 1, da LDIP.¹⁵⁶ Basta, para tanto, optar e não ter, naquele país, domicílio, residência ou estabelecimento.¹⁵⁷ Ao invocar a ordem pública como fundamento da transposição da litispendência à relação entre árbitro e juiz, o Tribunal Fédéral pareceu querer transformar o texto do art. 9º em lei de aplicabilidade imperativa e, assim, negar vigência à norma específica contida no art. 192, 1, da mesma lei, já que existiam, no caso, os elementos de estraneidade condicionantes de sua aplicabilidade¹⁵⁸. Ora, se à vontade das partes se permite afastar a aplicabilidade do art. 9º, 1, da LDIP, é porque tal dispositivo não era de aplicabilidade imperativa, muito menos conteúdo da ordem pública. A opção do juiz suíço refletiu aparente necessidade de afirmação filosófica, pois o único contato entre a sentença atacada e a ordem suíça era, na espécie, o local da sede da arbitragem.

A nova alínea 1-*bis* do art. 186 da LDIP, além de assegurar ao árbitro liberdade para não suspender a tramitação da arbitragem na hipótese de ação idêntica ter sido anteriormente apresentada a juiz nacional suíço ou estrangeiro, afasta a aplicabilidade das regras de litispendência contidas no art. 9º da LDIP (tradução nossa):

1-*bis*. O árbitro decide a respeito da própria competência sem considerar a existência de ação com o mesmo objeto, pendente entre as mesmas partes

¹⁵⁴ No original: “*Il est contraire à l’ordre public qu’il existe, dans un ordre juridique déterminé, deux décisions judiciaires contradictoires sur la même action et entre les mêmes parties, qui sont également et simultanément exécutoires*”.

¹⁵⁵ Sobre a relatividade da ordem pública, ver Loussouarn e Bourel (1996, p. 284) e Homayoon (2005, p. 188).

¹⁵⁶ No original: “*Si deux parties n’ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d’arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral [...]*”

¹⁵⁷ Yvon Loussouarn e Pierre Bourel (1996, p. 284) denunciam o hábito de civilistas que insistem em confundir lei de ordem pública e lei de aplicabilidade imperativa. No mesmo sentido, Dolinger (1979, p. 13).

¹⁵⁸ Poudret (2001, p. 837): “*Le recours au Tribunal Fédéral contre le sentence arbitral est ouvert (art. 191, 1, LDIP) dès lors que les parties ne l’ont en rien exclu conventionnellement (art. 192, 1, LDIP), ni n’ont choisi, en lieu et place, le recours à l’autorité cantonale (art. 191, 2, LDIP)*”.

perante outro tribunal, estatal ou arbitral, salvo se sérios motivos recomendarem a suspensão da instância¹⁵⁹.

O fenômeno das instancias paralelas é corolário natural da liberdade de cada sistema determinar a arbitragem que quer e, assim, a intensidade dos efeitos negativos que atribuem à competência-competência. A tentativa de transpor os efeitos da litispendência ou da conexão à relação árbitro-juíz nacional é desvio intelectual insuficiente à prevenção do fenômeno dos processos paralelos e decorrente duplicidade de sentenças. O paralelismo de processos se evitaria pela uniformização da intensidade do efeito negativo da competência-competência entre os diversos sistemas nacionais. Assim, em vez de propostas tendentes à criação de litispendência entre árbitro e juiz nacional, os reformadores da Convenção de Nova Iorque melhor andariam se trabalhassem no sentido dessa uniformidade, com maior intensidade possível. De outro modo, deve-se aceitar o fenômeno e adiar o combate até o momento em for necessário fazer valer os efeitos da segunda sentença proferida. Contribui para tal desiderato o instituto da *res judicata*. Todavia, já não se trata de impedir o fenômeno de processos paralelos – até porque, se há sentença, um dos processos chegou ao final -, mas de impedir a sucessão de instâncias para a mesma causa e, conseqüentemente, a possibilidade de sentenças contraditórias.

A contribuição desse instituto, porém, parece longe de ser completa. Em primeiro lugar, porque sua amplitude é variável: no Brasil, apenas o dispositivo da sentença transita em julgado; em outros ordenamentos, admite-se o trânsito em julgado dos motivos esclarecedores; nos ordenamentos filiados à tradição do *common law*, os institutos ditos *issue stoppel* ou *colateral stoppel*, impedem o novo julgamento de questões decididas, a título incidental, como etapa de raciocínio lógico do julgador. Em segundo lugar, também não parece haver consenso em relação ao momento do trânsito em julgado.

Por fim, não há consenso a respeito do direito aplicável ao reconhecimento da coisa julgada estrangeira. Alguns autores atribuem à coisa julgada qualificação direito material, por isso pugnam pela aplicabilidade do direito do país de origem, embora os aspectos procedimentais relativos à modalidade e ao momento de apresentar a decisão transitada em julgado sejam governados pelo sistema nacional do foro. Em favor dessa qualificação, argumenta-se que a coisa julgada estrangeira não pode, no foro, ter amplitude maior do que

¹⁵⁹ No original: “*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*”. Para um comentário, ver Baizeau (2008, p. 19).

tem no ordenamento de origem (MAYER, 1996, p. 67). Contra ela, pesa o argumento segundo o qual o ordenamento do foro não está obrigado a reconhecer coisa julgada diferente da que reveste as decisões do próprio juiz; afinal, trata-se de reconhecer ou não os efeitos da decisão estrangeira em relação ao ordenamento do foro (DEBOURG, 2012, p. 410). Na hipótese de uma sentença arbitral, a questão aparenta maior gravidade, pois é discutível a existência do mínimo de hegemonia entre os sistemas nacionais, necessário à formação de norma jurídica transnacional a respeito da amplitude da coisa julgada ou do momento em que esta ocorre.

Não nos interessam, aqui, os efeitos positivos da coisa julgada – permitir a execução da sentença –, mas apenas o efeito negativo, impedimento ao desenvolvimento de uma segunda relação processual idêntica perante o juiz nacional brasileiro, conforme permissão do art. 267, V, e 301, VI, ambos do Código de processo civil. A litispendência é estranha à relação árbitro-juiz nacional brasileiro, porque o efeito negativo da competência-competência impede o juiz brasileiro de conhecer e julgar, com força de coisa julgada material, questionamentos relativos à jurisdição do árbitro, antes do controle da sentença arbitral.

3.2.2 A medida inibitória antiprocesso

Reproduz-se, no Brasil, a proliferação de medidas que os juristas filiados à *common law* se habituaram a chamar *anti-suit injunctions*. Por elas, ordena-se ao destinatário se abster de promover outra instância judicial ou arbitral – ou dela participar, inclusive, perante autoridade pertencente a um sistema nacional estrangeiro ou periférico. Quando destinadas à parte em arbitragens, costuma-se classificar tais medidas como contrárias ou favoráveis.

Para ilustrar, vejam-se dois clássicos da jurisprudência comparada: o caso **Hubco** e o caso **The Angelic Grace**. No primeiro caso, *anti-suit injunction* contrária, o juiz paquistanês ordenou a uma sociedade estrangeira de cujo capital participava o governo britânico (Hubco) que promovesse a suspensão de instância arbitral CCI com sede em Londres, por não considerar válida a convenção inserida em PPA estipulado entre Hubco e

uma sociedade distribuidora de energia controlada pelo Estado paquistanês¹⁶⁰. No segundo, *anti-suit injunction* favorável, a tutela estatal inibitória foi concedida para assegurar o efeito negativo da convenção de arbitragem, impedindo o destinatário de impulsionar instância judicial que promovera na Itália, já que a lide deveria ser resolvida por meio de arbitragem com sede em Londres, conforme convenção contida em contrato de afretamento¹⁶¹.

Em ambos os casos, tais medidas refletiram imperialismo jurisdicional típico de juízes nacionais filiados à *common law*, habituados a se imiscuírem na jurisdição de autoridades estrangeiras, públicas ou privadas. Não o fazem diretamente, porque a nenhuma autoridade estrangeira se pode ditar regras de jurisdição, mas por modos indiretos, para dissuadir os jurisdicionados. Tentam contornar a proibição, afirmando tratar-se de jurisdição *in personam*; dessa forma, suas decisões obrigam apenas as partes presentes no território do Estado da autoridade prolatora ou as partes que nele tenham ativos Arkins (ARKINS, 2001, p. 605). Contrapõem-se à medida contrária à tramitação da arbitragem com a promoção de medida antiprocessos proferida pelo juiz da sede ou pelo próprio árbitro. Reagem à medida favorável à arbitragem por intermédio de nova ordem judicial proferida pelo juiz cuja jurisdição fora incomodada; criam as *anti-anti-suit injunctions*, sintoma da multiplicação contenciosa que as partes pretenderam evitar quando optaram pela arbitragem.

A prática foi abolida do sistema comunitário europeu por decisão da Corte de Justiça das Comunidades Europeias no caso West Tankers. Na espécie, a sociedade seguradora Allianz SpA se sub-rogou nos direitos de segurado a quem havia pago indenização relativa aos prejuízos decorrentes de um abalroamento e promoveu ação para ressarcimento perante o juiz italiano. Todavia, o contrato de afretamento continha convenção de arbitragem com sede em Londres. West Tankers se dirigiu ao juiz inglês e obteve a outorga de *anti-suit injunction* para impedir a sociedade seguradora de prosseguir com a ação que tramitava perante o juiz italiano e obrigá-la à arbitragem no Reino Unido.

¹⁶⁰ PAQUISTÃO. Supreme Court of Pakistan. Partes não indicadas. Relator: Justice Muhammad Bashir Jehangir. Islamabad, 11 de agosto de 1999. **Arbitration International**, London, v. 16, n. 4, p. 439-460, 2000. A respeito desta decisão, ver Ribas (2007, p. 92).

¹⁶¹ REINO UNIDO. Court of Appeal, Civil Division. Autora: Aggeliki Charis Companhia Marítima SA. Ré: Pagnan SpA. Londres, 17 de maio de 1994. **Yearbook Commercial Arbitration 1997**, the Hague, v. XXII, p. 838-848, 1997. Na Austrália, ver AUSTRÁLIA. New South Wales Supreme Court, Commercial Division. CSR c. New Zealand Insurance Co. Ltd. Relator: Rolfe J. Sidney, 2 de novembro de 1994. **NSW Law Report**, v. 36, p. 138. Neste caso, a Corte ordenou à parte que se abstinhasse de promover ação perante tribunais de Nova Jersey, nos Estados Unidos. Mencionado por Arkins (2001, p. 609).

O incidente de questão prejudicial foi suscitado pela House of the Lords e a questão foi remetida à Corte de Justiça das Comunidades Europeias com pedido de decidir se seriam atentatórias ao direito europeu – Regulamento 44/2001 – as medidas inibitórias outorgadas para impedir alguém de promover ou de continuar instância judicial perante tribunais estatais de outro Estado-membro, com fundamento em alegações de que a instauração dessa instância violava a convenção de arbitragem.

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias entendeu que, embora dirigida às partes envolvidas, as medidas inibitórias inibem o exercício da competência-competência pelo juiz nacional. Portanto, a verificação da validade da convenção de arbitragem suscitada por um dos litigantes, pela via incidental, com a finalidade de contestar a jurisdição do juiz cabe no âmbito de aplicabilidade do referido Regulamento 44/2001¹⁶². Os sistemas nacionais dos Estados-membros da União Europeia, mesmo reunidos por norma comunitária de acoplamento, optaram pela não intervenção de um juiz na análise da competência-competência de outro juiz colocado diante de convenção de arbitragem. Com maior razão, essa indiferença deveria nortear as relações entre autoridades jurisdicionais pertencentes a sistemas autônomos.

Não raro, as medidas inibitórias antiprocessos atingem, ainda que por via reflexa, a jurisdição do juiz nacional brasileiro. Empresários brasileiros em litígio com norte-americanos recebem ordens de autoridade jurisdicional dos EUA no sentido de se absterem de reivindicar direitos perante juízes brasileiros, sob pena de terem seus ativos naquele território constrictos para o pagamento de multas ou de serem presos quando comparecerem àquele país. Em outras palavras, veiculam-se chantagens ao jurisdicionado de autoridade estrangeira. Tais ordens não merecem homologação no Brasil em razão do constrangimento gerado e do tolhimento à liberdade de acesso ao Judiciário. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça negou pedido de homologação de sentença arbitral proferida pelo juiz estadunidense que ordenara à parte brasileira a extinção de processo judicial instaurado perante a 10ª Vara Cível de Porto Alegre, no qual se debatia a validade da convenção de arbitragem. O STJ entendeu-se que a *anti-suit injunction* apesar de

¹⁶² União Européia. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso n. C-185/07, da Grande Câmara. Autor: Allianz SpA e outros. Réu: West Tankers Linc. Relator: J. Klucka. Luxemburgo, 10 de fevereiro de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.6, n. 24, p. 165-180, out.dez. 2009, com comentário de Sabrina Ribas Bolfer e **Revue de l'arbitrage**, Paris, v. 2009, n. 2, p. 413-427, 2009, com comentário de Silvain Bollée.

direcionada à parte (e não ao juiz brasileiro), atenta contra o princípio de inafastabilidade de lesão ou ameaça a direito à apreciação do Judiciário¹⁶³.

Em se tratando de medidas inibitórias ordenadas pelo juiz inglês, deve-se ter em conta que as restrições impostas pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias se aplicam apenas às relações entre autoridades vinculadas a sistemas nacionais de Estados-membros. Em suma, não impedem que, porventura, seja provocado o juiz nacional periférico em relação à União Europeia, com a finalidade de oposição à instauração de arbitragem com sede em Londres.

Entre todos, o caso Jirau é a melhor ilustração dessa possibilidade, por envolver partes e juízes nacionais brasileiros e estrangeiros. Na espécie, apólices de seguros contratadas entre segurados e sociedades seguradoras brasileiras continha convenção de arbitragem cujo texto indicava a cidade de Londres como sede de eventual instância arbitral. As sociedades seguradoras iniciaram o processo arbitral em Londres. Já as seguradas optaram por provocar o juiz brasileiro por intermédio de ação autônoma, com o fito de obter declaração de nulidade da convenção de arbitragem, afirmando que a apólice de seguros era um contrato de adesão e a cláusula compromissória não respeitara as condições prescritas pelo art. 4º, §2, da Lei de Arbitragem e pela Circular Susep n. 256/2004. Assim, estas requereram, liminarmente, a outorga de medida inibitória para suspender o trâmite da arbitragem. As sociedades seguradoras, por seu turno, obtiveram do juiz inglês uma medida inibitória – *anti-suit injunction* – que ordenava às seguradas absterem-se de impulsionar as ações promovidas perante o juiz nacional brasileiro¹⁶⁴. Por fim, o juiz inglês decretou medida inibitória, ordenando às sociedades seguradoras absterem-se de impulsionar a arbitragem – *anti-arbitration injunction*.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 854/US, da Corte Especial. Requerente: GE Medical Systems Information Technologies Inc. Requerida: Paramedics Electromedicina Comercial Ltda. e outro. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Brasília, 16 de outubro de 2013. **DJe** 07.11.2013. Para uma descrição do casos, perante o juiz estadunidense, ver a descrição dos casos ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals, Second Circuit. Paramedics Electromedicina Comercial Ltda. c. GE Medical Systems Information Technologies. 25 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.leagle.com/decision/20041014369F3d645_1954.xml/PARAMEDICS%20ELECTRO.%20v.%20GE%20MEDICAL%20SYSTEMS>. Acesso em: 16 out. .2014, 12:47, e Suchodolski Associates, Inc v. Cardell Financial Corp, 2006 WL 10886 (S.D.N.Y) mencionado por Fellas (2006, p.156).

¹⁶⁴ REINO UNIDO. High Court of England and Wales, Queen’s Bench Division. Caso n. 2011 Folio No. 1519. Requerente: Sul América Cia. Nacional de Seguros S.A. e outros. Requerida: Enesa Engenharia S.A. e outros. Relator: Justice Cooke. Londres, 19 de janeiro de 2012. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 37, p. 142-161, 2013.

Se a *anti-suit injunction* liminarmente deferida pelo juízo londrino de primeira instância foi confirmada pela Court of Appeal¹⁶⁵, a *anti-arbitration injunction* proferida pelo juízo paulistano foi reafirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁶⁶. Percebe-se, de logo, a multiplicação contenciosa. As partes se viram condenadas a litigar em três *fronts* – o arbitral, o judicial londrino e o judicial paulista – antes de qualquer consideração sobre o mérito da controvérsia.

A exemplo da *anti-suit injunction*, dos direitos de inspiração anglo-saxã, no sistema nacional brasileiro, a medida inibitória é outorgada com base em juízo superficial¹⁶⁷ e sua eficácia é protegida por sanções semelhantes à do *contempt of court*, como, por exemplo, a imposição de multas e, inclusive, a privação de liberdade¹⁶⁸. Mas, diferente do sistema anglo-saxão, no brasileiro não se concedem liminares apenas com fundamento em juízo de conveniência; são necessários, ainda, dois requisitos: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O primeiro requisito é considerado por alguns tribunais como preenchido pelo fato de a parte interessada notificar a adversa para participar de instância arbitral e pela possibilidade de grande dispêndio durante a instância. Esse argumento é reforçado pela valorização dos efeitos do trânsito em julgado da sentença arbitral já no momento em que é proferida. O segundo, entende-se contemplado pela presença do Estado ou suas emanções em um dos polos, como no caso Hubco. Seguiram essa tendência célebres acórdãos proferidos pelos tribunais do Rio Grande do Sul¹⁶⁹, Paraná¹⁷⁰, Rio de Janeiro¹⁷¹ e

¹⁶⁵ REINO UNIDO. Court of Appeal of England and Wales, Civil Division. Caso n. A3/2012/0249. Requerente: Sulamérica Cia. Nacional de Seguros S.A. e outros. Requerida: Enesa Engenharia S.A. e outros. Relatores: Justice Moore-Bick e Lady Justice Hallet. Londres, 16 de maio de 2002. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 37, p. 162-182, 2013.

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agrado de Instrumento n. 0304979-49.2011.8.26.0000, da 6ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Energia Sustentável do Brasil S.A. e outros. Agravada: Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. e outros. Relator: Paulo Alcides Amaral Salles. São Paulo, 19 de abril de 2012. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 407-424, jul./set. 2012. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0033878-2011.8.26.0068, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Autor: André Azevedo Marques de Campos. Ré: Odontoclinic S/A. Relator: Desembargador Pereira Calças. São Paulo, 11 de dezembro de 2012. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.10, n. 37, p. 95-98, 2013. Sobre o assunto, ver Gomm Santos e Beirão (2014), Peretti (2013, p. 30) e Fontoura Costa (2013, p. 35).

¹⁶⁷ Conforme art: 461, § 3º, do CPC.

¹⁶⁸ Conforme arts. 461, § 4º e 14, V, do CPC. Distingue-se, sobretudo porque a autoridade prolatora da medida inibitória não pode ordenar, ela própria, a custódia do destinatário reticente. Se entender necessário, deve encaminhar a notícia da desobediência ao órgão do Ministério Público a quem cabe a titularidade da ação criminal a ser promovida perante juízo criminal, normalmente o único titular de poderes para impor sanções privativas de liberdade.

¹⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70.003.866.258, da 2ª Câmara Cível. Agravante: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. Agravada: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Relator: Teresinha de Oliveira Silva. Porto Alegre, 13 de novembro de 2002. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2014, 11:29. Esta decisão foi posteriormente revogada

São Paulo¹⁷². Em todos, a administração pública tentou eximir-se à obrigação de arbitrar com base na pretensa incompatibilidade entre a indisponibilidade do interesse público e a exigência de licitude do objeto da convenção de arbitragem¹⁷³.

Também errou o TRF da 2ª Região, ao infirmar posição eruditamente defendida por Antônio Cruz Netto, que opinara pela confirmação da decisão de primeira instância de não vislumbrar *periculum in mora* no fato de a parte haver sido notificada para responder à demanda de arbitragem¹⁷⁴. Com razão, também não configura *periculum in mora* o fato de a arbitragem ter sido instaurada e a decisão arbitral transitar em julgado quando é proferida. A sentença arbitral não existe como norma no sistema jurídico nacional, antes de nele ser inserida, o que não ocorre sem prévio controle judicial, independentemente do local onde

pelo STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439/RS, da 2ª Turma. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Recorrida: Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 25 de outubro de 2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n.11, p. 177-193, out./dez. 2006 e **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 98-106, 2006, com comentário de César A. Guimarães Pereira. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 606.345/RS, da 2ª Turma. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Recorrida: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Brasília, 17 de maio de 2007. **DJ**, p. 240, 08.06.2007: “São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173,§1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios”.

¹⁷⁰ Sobre o caso Copel, ver Marinho Nunes (2005, p. 40) e Ribas Bolfer (2007, p. 97).

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 07839-2003, da 13ª Câmara Cível. Agravante: Eliomar de Souza Coelho. Agravado: César Epitácio Maia e outro. Relator: Desembargador: Ademir Pimentel. Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2003. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 110-161, out. /dez. 2004.

¹⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração n. 197.978/2-01, da 7ª Câmara de Direito Privado. Embargante: TRW Automotive South America S.A. Embargado: Celso Varga. Relator: Desembargador Sousa Lima. São Paulo, 15 de agosto de 2001. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, 1, p. 232-233, jan./abr. 2004.

¹⁷³ A propósito, ver Wald (2006b, p. 38).

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo Interno em Agravo de Instrumento n. 116.300-RJ, da 2ª Turma. Agravante: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE. Agravada: Proteus Power Brasil Ltda. Relator: Desembargador federal Antônio Cruz Netto Rio de Janeiro, 27 de agosto de 2013. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 205-214, jan./abr. 2004, com comentário de Valéria Galíndez: “A agravante alega, para configurar o *periculum in mora*, o fato de que estaria efetuando gastos com a sua consultoria jurídica e com o deslocamento de pessoal para acompanhamento do feito, além da iminente realização de perícia no juizado arbitral, o que implicaria em mais prejuízos para ela. Salienta, ainda, que o indeferimento da antecipação de tutela recursal gera uma situação de insegurança jurídica, por se tratar de direitos indisponíveis. Esses fundamentos, a meu ver, não caracterizam o *periculum in mora* que, em verdade, consiste na possibilidade de o provimento judicial tornar-se inócuo, caso não se conceda liminarmente.” Prevaleceu a divergência liderada por voto sumário, seguido de errônea aplicação do art. 20 da Lei de Arbitragem, dispositivo que rege as questões prejudiciais e que não diz respeito ao caso, onde se discutia o efeito negativo da competência-competência.” Em comentário a esta decisão, Galíndez (2004, p. 214): “Assim, a decisão acerca da competência do tribunal arbitral para julgar litígio submetido pela agravada, Proteus, em face da agravante, CBEE, somente poderia ser impugnada após fínda a arbitragem”. O fenômeno também se manifesta no ordenamento argentino. A respeito, ver Tawil e Lima (2007, p. 116) e Parodi (2006, p. 56).

tenha sido proferida¹⁷⁵. A deliberação judiciária projeta-se sobre a validade da convenção, abrangendo, inclusive, o controle da arbitrabilidade e dos limites subjetivos,¹⁷⁶ portanto não há urgência em obstar a instauração ou prosseguimento de instância arbitral. Ao contrário, o *periculum in mora* existe em favor da parte prejudicada pela suspensão da arbitragem, como, aliás, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos autos de Agravo de Instrumento interposto por **Peyrani do Brasil Ltda.**¹⁷⁷

A análise de decisões mais recentes permite afirmar o declínio da tendência de declarar a presença de *fumus boni iuris* em favor da inarbitrabilidade da lide diante da simples presença da Administração, suas empresas públicas ou sociedades de economia mista. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da Bahia negou-se a dar provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão pela qual, em retratação, o juízo de primeira instância revogara decisão liminar que negara eficácia à convenção de arbitragem. Na espécie, confirmou-se a validade da convenção estipulada entre a Empresa de Saneamento da Bahia (EMBASA) e uma parte privada¹⁷⁸. Antes, do mesmo modo, havia decidido o Tribunal de Justiça de Pernambuco, ao negar provimento a agravo de instrumento interposto pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros dos Estado de Pernambuco (SETRANS PE), contra decisão de primeira instância que reconheceu eficácia à convenção de arbitragem estipulada pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos (EMTU)¹⁷⁹. Anote-se, contudo, que, em ambos os casos, as sociedades de

¹⁷⁵ A inexistência de homologação não isenta de controle judiciário a sentença arbitral proferida no Brasil. A deliberação se realiza cada vez que os efeitos da sentença forem invocados perante o Judiciário. Alguns aspectos, inclusive, podem ser invocados, de ofício, pelo juiz estatal.

¹⁷⁶ Para um exemplo de como não deve proceder ao juiz estatal, ver BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo Interno n. 200302010089063, da 2ª Turma. Agravante: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Agravado: Proteus Power Brasil Ltda. Relator: Antônio Cruz Netto. Rio de Janeiro, 17 de setembro de 2003. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 175-188, out./dez. 2004, com comentário de Joaquim SIMÕES BARBOSA e Ricardo RAMALHO DE ALMEIDA.

¹⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 2063904-41.2006.8.13.0024, da 15ª Câmara Cível. Agravante: Peyrani Brasil S.A. Agravada: SMS Demag Ltda. Relator: Desembargador Maurílio Gabriel. Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2006. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 127-140, out./dez. 2007, com comentário de Thiago Marinho Nunes.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento n. 0317775-23.2012.8.05.0000, da 4ª Câmara Cível. Agravante: Sobrado Construção Ltda. Agravada: Embasa – Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A. Relatora: Gardenia Pereira Duarte. Salvador, 01 de outubro de 2013. Disponível em: <www.esaj.tjba.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2014, 14:59.

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento n. 72.2008.8.17.0000, da 2ª Câmara Cível. Agravante: SETRANS Agravada: EMTU. Relator: Ricardo de Oliveira Paes. Recife, 1 de setembro de 2009. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**, 29.09.2009.

economia mista figuraram como autores¹⁸⁰. Do mesmo modo, em espécie na qual a sociedade de economia mista figurava como parte interessada em se esquivar dos efeitos da convenção e requerer medida cautelar judicial, o TRF da 4ª Região confirmou sentença que extinguiu instância judicial cujo autor era a sociedade de economia mista distribuidora de energia elétrica, com fundamento no art. 267, VII, do CPC¹⁸¹.

Essa mudança de postura das jurisdições brasileiras provém ainda, de pacificação jurisprudencial relativa à validade de convenção de arbitragem em lide que envolva o Estado ou suas emanções por reiteradas decisões do STJ¹⁸². Pacificada a jurisprudência em torno da arbitrabilidade de tais questões, desaparece o *fumus boni iuris* e, conseqüentemente, os requisitos para a prolação liminar de medidas inibitórias antiprocessuais em favor de entes da administração que se utilizavam do artifício para se eximirem à jurisdição arbitral.

Tal declínio, ressalte-se, não resulta da convicção judicial na natureza estrangeira da instância arbitral e decorrente impossibilidade de se imiscuir na jurisdição alheia; procede, sim, da pacificação da jurisprudência estatal em relação às matérias normalmente invocadas a título de fumaça do bom direito. Admite-se, então, que doutrinadores formulem critérios materiais e processuais cuja satisfação deveria orientar a atuação do juiz brasileiro. No entendimento deles, o juiz nacional deve decretar a medida sempre que colocado diante de vício teratológico, em analogia ao critério de admissibilidade de mandado de segurança contra decisão judicial¹⁸³. Outros se conformam com a possibilidade de o vício ser constatado mediante cognição vertical sumária ou, ainda,

¹⁸⁰ Ibrahim Fadlalah (1987, p. 105) demonstra que também em praças de arbitragens as mais tradicionais o juiz acata com maior facilidade a arbitrabilidade de lides envolvendo a administração pública e suas prolongações nos casos que esta figura como Autora.

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 000249-07.2007.404.7000/PR, da 4ª Turma. Apelante: Copel Distribuição S/A. Apelada: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e outro. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 2 de junho de 2010. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 7, n. 27, p. 92-102, jul./set. 2010, com comentário de Luciano Benetti Timm e Luiz Gustavo Moser.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 11308/DF, da Primeira Seção. Impetrante: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Impetrado: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de junho de 2006. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 194-221, out./dez. 2006, com comentário de Arnaldo Wald e Valeria Galíndez. A respeito, ver VALENÇA FILHO, C. TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande Spe S.A. v. Ministro da Ciência e Tecnologia. **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn, v. 24, n. 4, p. 431-438, 2007. CEEE. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 25 de outubro de 2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n.11, p. 177-193, out./dez. 2006 e **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 98-106, 2006, com comentário de César A. Guimarães Pereira.

¹⁸³ Vieira da Rocha (2012b, p. 126).

defendem a possibilidade de o juiz brasileiro ordenar a suspensão da arbitragem até o julgamento de ação declaratória de nulidade da convenção de arbitragem¹⁸⁴, admitindo, implicitamente, a suspensão da instância arbitral durante o tempo necessário à longa tramitação processual do juízo de primeira instância ao STJ.

Nesse sentido, Tribunal de Justiça da Bahia confirmou medida cautelar judicial que ordenara a suspensão de instância arbitral em curso com base na aparente inexistência de convenção de arbitragem, por ausência de assinatura no instrumento de contrato que continha a convenção,¹⁸⁵ e negou efeito negativo da competência-competência em relação a juízo de ação monitória¹⁸⁶. Na mesma linha, o juízo da 38ª Vara do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo conheceu, pela via direta, ação de ataque à jurisdição do árbitro e ordenou a suspensão da instância arbitral. Na espécie, a convenção de arbitragem prescrevia a instauração de instância administrada pela Câmara do Instituto de Engenharia, mas realizada “perante e de acordo com as regras da CCI”. Uma demanda de arbitragem foi apresentada ao Secretariado da CCI, que procedeu à instauração da instância, para que o árbitro decidisse o problema de jurisdição. A parte requerida requereu ao juiz nacional a declaração de nulidade da convenção de arbitragem e, subsidiariamente, o reconhecimento da “competência” da Câmara do Instituto de Engenharia. Resultado: obteve a decretação de medida inibitória anti-arbitragem para suspender a tramitação da instância administrada pela CCI¹⁸⁷. Do mesmo modo, Nancy Andrighi, confirmou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que ordenara a suspensão da arbitragem em razão de suposta incapacidade superveniente de uma das partes¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Inspirado no sistema italiano anterior à reforma de 2006, Carmona (2004, p. 161) afirma que a resolução do impasse entre o juiz da declaratória de nulidade de convenção de arbitragem e o árbitro titular da competência-competência se resolve pela suspensão da instância arbitral.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento n. 0320184-69.2012.8.05.0000. Agravante: Libero Commodities S/A. Agravado: Hilario Schulz. Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano. Salvador, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.esaj.tjba.jus.br>. Acesso em 20.10.2014, 16:34.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível n. 0074290-22.2010.8.05.0001, da 1ª Câmara Cível. Apelante: Pablo Monteiro Cardoso. Apelado: Novo Stillo Calçados Acessórios e Vestuário Ltda. Colci. Relatora: Carmem Lúcia Santos Pinheiro. Salvador, 19 de novembro de 2012. Disponível em: <www.esaj.tjba.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2014, 16:37.

¹⁸⁷ BRASIL. Juízo da 38ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Processo n. 1055837-63.2013.8.26.0100. Requerente: Engevix Engenharia S.A. Requerida: Paranas Engenharia e Comércio S.A. Sentença do Juiz Nilson Wilfred Ivanhoé Pinheiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 39, p. 147-150, jul./set.2013.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.125.185/SP. Recorrente: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Recorrida: Saúde ABC Planos de Saúde Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de agosto de 2011. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 411-413, out./dez. 2011, com nota de Arnaldo Wald.

A outorga de medidas inibitórias com o fito de impedir o jurisdicionado de se socorrer junto à jurisdição periférica não encontra fundamento legal no ordenamento brasileiro, não pela inexistência de medidas inibitórias¹⁸⁹, mas pelo respeito ao princípio segundo o qual ao juiz do centro não é dado se pronunciar sobre a jurisdição do juiz periférico, exceto por ocasião de introdução da decisão jurisdicional – norma – estrangeira no sistema do foro e respectivo controle. A contribuição brasileira para a construção do “mundo ideal”¹⁹⁰ está na impossibilidade de a autoridade de um sistema ordenar medidas inibitórias que repercutam na jurisdição de autoridade de outro. Se, de algum modo, isso ocorrer, por obra de jurisdição estrangeira, não se deve reconhecer a decisão.

STJ, Resp. 1.125.185. Interclínicas Planos de Saúde S.A c. Saúde ABC Palnos de Saúde Ltda. Rel. Nancy Andrighi, j. 12.08.2011. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 31, 2011, p.411, com nota de Arnaldo Wald.

¹⁸⁹ Conforme art. 461, do CPC: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

¹⁹⁰ Fouchard (2005, p. 154).

4 O EFEITO POSITIVO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A criação da arbitragem pressupõe o desinteresse do soberano em relação à resolução de determinada categoria de lides e conseqüente possibilidade de subtração de jurisdição ao Estado-juiz e os critérios desse desinteresse informam o regime jurídico da arbitrabilidade. Também requer a edição de conjunto normativo atribuidor de efeitos jurídicos à manifestação de vontade, para que dela resulte negócio jurídico e, por conseqüência, permita o nascimento da relação jurídica material: da pretensão e da obrigação. Exige, sobretudo, manifestação de vontade como concretização da hipótese incidência da norma jurídica criadora do negócio jurídico da arbitragem. Nesse momento, os jurisdicionados exercitam a pretensão de acesso à justiça arbitral, em parte consubstanciado na faculdade de subtrair ao Estado o exercício da função jurisdicional em relação a determinadas lides e circunstâncias, e de alçar indivíduo particular à condição de autoridade jurisdicional e, desse modo, instaurar a instância arbitral. A proteção que o ordenamento proporciona a tais pretensões constitui direito subjetivo da parte interessada em instaurar a arbitragem, aperfeiçoado pelo direito de ação para requerer do Estado-juiz a garantia de efetiva instauração da instância. Este regime jurídico de proteção à pretensão de arbitrar como oponível à parte recalcitrante constitui o efeito positivo da convenção de arbitragem. Isso aceito, duas implicações reivindicam demonstração: a primeira diz respeito à própria existência de efeito positivo no ordenamento brasileiro (4.1); a segunda, à eficácia que deve ser reconhecida pelo juiz nacional (4.2).

4.1 A existência do efeito positivo da convenção de arbitragem

A proteção que o ordenamento brasileiro atribui à pretensão de arbitrar varia de acordo com o regime jurídico aplicável, conforme indicam as regras de conflito de leis do foro (4.1.1). Enfrenta, ainda, a resistência de alegada incompatibilidade inconstitucional cuja intensidade tende a se esvaír com a popularização e amadurecimento do instituto da arbitragem como praticada no Brasil (4.1.2).

4.1.1 A interferência do conflito de leis

A validade da convenção de arbitragem não está sempre sujeita à *lex fori*. Como ocorre em relação à validade de qualquer contrato, a da convenção de arbitragem também é informada pelo direito internacional privado do foro. Se não for válida, a convenção não produz efeito e o juiz não emprestará auxílio à instauração da instância (4.1.1.1); também não ajudará, em certa medida, se a convenção de arbitragem estiver sujeita ao regime jurídico anterior à edição da Lei de Arbitragem (4.1.1.2)

4.1.1.1 O conflito de leis no espaço

Não sem espanto, ouvimos de empenhados conferencistas o anúncio de que a convenção de arbitragem é fonte suficiente e autônoma dos poderes do árbitro, como se houvesse direito subjetivo desvinculado de ordenamento jurídico objetivo ou eficácia jurisdicional sem estreitas relações com o Estado. Decerto, o árbitro retira poderes da convenção de arbitragem, mas tal possibilidade só existe na medida em que, ao menos, um ordenamento estatal se disponha a reconhecê-los. Como todo negócio jurídico, a convenção de arbitragem e o *receptum arbitrii* têm, aos olhos do juiz, sua validade e eficácia condicionadas ao que permite a norma que incide sobre a manifestação de vontade para criar o negócio jurídico. Afinal, não houvesse o ordenamento reconhecido a licitude da cláusula contratual cujo objeto é subtrair poder jurisdicional ao juiz estatal, não existiria a arbitragem.

Cada Estado tem, no exercício de sua soberania, o direito de criar a arbitragem que bem entender nos termos e condições que julgar convenientes. Não pode, contudo, em franco imperialismo jurídico, querer impor as próprias concepções a juízes estatais estrangeiros. Assim, a legitimidade de intervenção do juiz do Estado cujo território serve de sede à arbitragem não é maior nem menor do que a do juiz do Estado onde serão invocados os efeitos da sentença. Em assim sendo, a declaração de invalidade de convenção ou sentença arbitral pelo juiz do Estado da sede ou a recusa de reconhecimento ou de homologação à sentença arbitral em determinado país são fenômenos de efeitos restritos à ordem jurídica do juiz estatal que assim decidiu. Pode o juiz de outro país considerar válida a mesma convenção e a mesma sentença, desde que tenha passado

incólume pelo teste de atendimento aos moldes de criação normativa postos por seu próprio ordenamento¹⁹¹.

Caso a controvérsia a respeito da validade da norma de habilitação do árbitro seja levada ao conhecimento do juiz estatal brasileiro, cumpre ressaltar que, diferente da habilitação de órgão judicial, sempre submetida à *lex fori*, o direito aplicável à regularidade da norma de habilitação contratual do árbitro submete-se ao jogo das regras de direito internacional privado. Então, deve o juiz estatal averiguar se a convenção de arbitragem ou o *receptum arbitrii* apresentam elementos de estraneidade relevantes e, se for o caso, submetê-los ao regime jurídico próprio aos contratos internacionais – conseqüentemente, ao direito internacional privado –, suas regras de conflito e elementos de conexão.

Colhemos a lição em Henri Batiffol (1993, p. 367) segundo a qual, sob a ótica do juiz estatal, os conflitos de leis se resolvem mediante recurso a algumas grandes regras de conexão capazes de nos indicar qual o ordenamento jurídico competente para reger determinado fenômeno. Assim, v.g, a capacidade das pessoas, no direito brasileiro, é regida pela lei do país onde elas mantêm o seu domicílio; as pessoas jurídicas são regidas pela lei do país no qual foram constituídas – o mesmo vale, tradicionalmente, para as obrigações contratuais.

Com efeito, o artigo 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro obriga todo litígio que envolva matéria contratual ser resolvido de acordo com o direito do país onde se concluir a avença.¹⁹² Temos, então, uma categoria de assuntos (contratos) que, submetidos à apreciação judiciária, devem ser apreciados segundo o direito indicado pelo elemento de conexão (lugar onde foi concluído) contido na regra de conflito brasileira. Essa estrutura da regra de conflito bilateral clássica não se limita a informar o âmbito de aplicabilidade do direito brasileiro; também fornece os critérios de aplicabilidade do direito estrangeiro por nossos juízes.

Ora, pouco importa a natureza jurídica atribuída à convenção de arbitragem, mero compromisso de contratar ou negócio jurídico processual. O fato é que estamos em sede contratual onde mundialmente se aceita que às partes pertence a faculdade de elegerem o direito reitor da relação obrigacional. A validade da convenção de arbitragem não cabe, contudo, na categoria de assuntos mencionada no descritivo do art. 9º, da Lei de

¹⁹¹ Contra: Mann (1967, p. 157), Goode (2001).

¹⁹² Nos contratos concluídos entre ausentes reputa-se constituída a obrigação no país onde resida o proponente, como prescreve o § 3º, do art. 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Introdução às Normas do Direito Brasileiro (L.I.C.N.D.B). O artigo 2º, § 1º, da LBA, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, nova categoria de assuntos cujos conflitos resultantes devem, aos olhos do juiz estatal brasileiro, ser regidos pela lei indicada por um novo elemento de conexão: a autonomia da vontade. Tal categoria foi desmembrada do restante das obrigações contratuais e nela se inserem situações relativas aos aspectos contratuais da arbitragem, notadamente à convenção de arbitragem, seus efeitos e sua execução. Por isso está revogado, quanto aos aspectos contratuais da arbitragem, o antiquado artigo 9º, da L.I.N.D.B.

O âmbito de aplicabilidade da nova regra de direito internacional privado posta pelo art. 2º, da LBA, depende da amplitude da categoria de ligação contida em seu descritor, denominada, por nós, aspectos contratuais da arbitragem. Cabe indagar se nela estão inseridos aspectos contratuais da arbitragem atinentes à validade da convenção e ao processo arbitral ou também as questões atinentes à determinação do direito aplicável ao mérito de lide submetida a arbitragem? É delicado o problema de qualificação.

Em favor de maior amplitude para a nova regra de conflito, doutrinadores, os mais acatados, têm entendido que a sua aplicabilidade se deve estender aos aspectos substanciais do litígio submetido à arbitragem; porém – ressaltam – a regra contida no artigo 9º, da Lei de Introdução, somente estaria derogada quanto às causas submetidas ao juízo arbitral, enquanto o juiz estatal continuaria vinculado à antiga regra (CARMONA, 2004, p. 63). Respeitosamente, divergimos da orientação acima exposta, pois o árbitro internacional não se vincula à ordem jurídica de um único Estado, logo não está, por aí mesmo, submetido às regras de conflito. Isso, simplesmente, porque árbitro não tem foro. Ao escolher o direito aplicável à solução da controvérsia que as partes lhe submetem, o árbitro goza da mais ampla autonomia – não se vincula nem às velhas, nem à nova regra de conflito.

Na escolha do direito aplicável, o árbitro respeitará a vontade das partes manifestada na convenção de arbitragem, pois, do contrário, será nula ou anulável a sentença. Ocorre que os limites da jurisdição arbitral se confundem com os próprios limites da convenção de arbitragem. Extrapolará os limites da convenção e, por conseguinte, da própria jurisdição o árbitro que não observar os limites a ele impostos pelas partes, mediante a manifestação da vontade, a respeito do direito aplicável ao mérito do litígio.

Na ausência da manifestação volitiva, todavia, o árbitro é livre para utilizar as regras de conflito que julgar convenientes: pode retirá-las do direito do país sede da

arbitragem ou de outro país que, com a lide, guarde alguma proximidade. Pode, ainda, dispensar o método das regras de conflito e escolher diretamente o direito material aplicável à lide; ou, por fim, subtrair sua decisão a todo direito estatal.¹⁹³ Como limite, o árbitro encontra apenas a vontade das partes e, por vezes, a necessidade de considerar leis de proteção à ordem pública do Estado no qual a futura sentença arbitral eventualmente será invocada.

Só o juiz estatal está obrigado às regras de conflito existentes em seu ordenamento, daí o âmbito de aplicabilidade da nova regra de conflito contida no art. 2º, da LBA, ser restrito à decisão de litígios submetidos ao Judiciário que tenham por objeto a própria arbitragem. A isenção do árbitro em relação às regras de conflito brasileiras antecede a promulgação da LBA: primeiramente, porque não distribui a justiça em nome do Estado detentor da soberania no território da sede; em segundo lugar, porque o juiz nacional não controla o modo como o árbitro escolhe o direito aplicável ao mérito das lides.¹⁹⁴

Assim, aos olhos do juiz nacional, os aspectos contratuais da arbitragem foi erigido à condição de categoria autônoma, diferente das demais obrigações contratuais submetidas à antiga regra de conflito contida na L.I.N.D.B.¹⁹⁵ Já nas arbitragens submetidas ao regime jurídico da Convenção de Nova Iorque de 1958, a ausência de manifestação de vontade a respeito do direito aplicável à convenção de arbitragem impõe, ao juiz nacional, aferir a validade da convenção de arbitragem de acordo com o direito do Estado em cujo território a sentença será proferida.¹⁹⁶ Atente-se, contudo, para o fato de que a arbitrabilidade foi erigida à condição de categoria de direito internacional autônoma sujeita a *lex fori*. Em outras palavras, embora à validade esteja condicionada aos critérios do direito eleito pelas partes ou, na falta de eleição, ao do Estado da sede, a licitude do objeto da convenção de

¹⁹³ Nesse sentido, ver Mayer (1989, p. 394).

¹⁹⁴ Gaillard (2004, p. 83), Fouchard (2000b, p. 331 e 1997, p. 105) e Oppetit (1998, p. 86).

¹⁹⁵ Nesse sentido, BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 1.111.650-0, da 7ª Câmara. Agravante: Total Energie, S.N.C e Outra. Agravada: Thorey Invest Negócios Ltda. Relator. Waldir de Souza José. São Paulo, 24 de setembro de 2002. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, abr./jun. 2004. p. 135- 143, 2004, com comentário de Martim Della Valle.

¹⁹⁶ Cf. art. V. 1. a) e 2. a) Convenção da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958). UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 25 out. 2014, às 08h54. Em vigor, no Brasil, por força do Decreto n. 4.311/2002. A propósito, ver BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. SEC 3709, Corte Especial, Converse Inc. c. American Telecommunications do Brasil Ltda. Rel. Teori Albino Zavascki. j. 14.06.2012. Lex: DJe, 29.06.2012. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>. Acesso em: 18 dez. 2014.

arbitragem – arbitrabilidade material – será sempre ditada pelo sistema jurídico do juiz nacional.¹⁹⁷

Distintamente qualificados para fins de direito internacional privado, a cláusula compromissória e o contrato principal devem ser inseridos em diferentes categorias, e o direito reitor da validade será indicado por diferentes elementos de conexão. O juiz nacional, porém, não controla o método de escolha do direito aplicável, pelo árbitro. Nesse aspecto, sua intervenção limita-se ao exame da validade e dos limites da habilitação jurisdicional do árbitro, sem, contudo, opinar sobre o método escolhido pelo árbitro para determinar o direito que aplicou, exceto quanto à consideração de leis de proteção à ordem pública ou – em relação à execução compulsória no Brasil –, à necessidade de não aplicar ato normativo declarado inconstitucional em controle abstrato do Supremo Tribunal Federal, sob pena de tornar inexigível a futura sentença.

4.1.1.2 Conflito de leis no tempo

A distribuição jurisdicional pode ser facilitada pelo uso de técnicas de decidibilidade como o recurso aos lugares comuns, categorias informantes dos princípios reitores de cada relação jurídica submetida à cognição jurisdicional (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 1994). Quanto à arbitragem, o recurso aos lugares comuns habituou doutrina e jurisprudência a qualificarem as relações de acordo com a natureza processual ou material das regras que a regulam, isso para atribuir às novas regras aplicabilidade imediata às situações em curso, no caso do primeiro grupo, ou aplicabilidade restrita às novas situações, no do segundo. A inspiração provém de clássicos, como René David: “A qualificação das leis relativas à arbitragem entre pertencentes ao direito dos contratos ou ao direito processual civil é importante para informar se uma lei nova deve ou não ser aplicada de forma retroativa, desde que não trate especificamente a matéria.” (DAVID, 1982, p. 108, tradução nossa)¹⁹⁸. Essa prática, todavia, sujeita-se ao risco da redução da arbitragem ao direito público ou privado, de acordo com as flutuações e interesses dos operadores (4.1.1.2.1). Aplicada à prática, a lição de David costuma sofrer atentados grosseiros: alguns operadores não atinam para as especificidades decorrentes da natureza

¹⁹⁷ Cf. art. V, 2, a) da Convenção de Nova Iorque de 1958.

¹⁹⁸ No original: “*La qualification des lois relatives à l'arbitrage, comme lois ressortissant du droit des contrats ou du droit de la procédure, est importante aussi pour déterminer si une loi nouvelle doit être ou non appliquée de façon rétroactive, lorsque cette loi n'a rien précisé à ce sujet.*”

transversal da arbitragem, instituto material, em sua formação; porém processual quanto aos efeitos, impossível de redução a fim de ser incluído em única categoria ou lugar comum (4.1.1.2.2).

4.1.1.2.1 O processualismo como tecnologia de salvação:

O tempo compõe-se de três momentos: o passado, o presente e o futuro. Associa-se a cada momento uma possibilidade distinta de aplicabilidade da lei no tempo. Tem-se, então, a aplicabilidade retroativa, projeção sobre o passado; a aplicabilidade imediata, que atinge às situações do presente; e, finalmente, a aplicabilidade diferida ou retardada, sobrestada para o futuro, assecuratória de sobrevida à lei antiga.¹⁹⁹ Enquanto a retroatividade ocorre para modificar as condições de **constituição** de situações jurídicas já conformadas, a aplicabilidade imediata submete ao novo regime jurídico os **efeitos** de situações constituídas (FLEURY-LE GROS, 2005, p. 8). Portanto, não se confundem **retroatividade** e **aplicabilidade imediata** da lei. Convém advertir para o erro de juízes e doutrinadores, no Brasil e na França, adeptos de tecnologia jurídica atribuidora de natureza processual à regulamentação da arbitragem, com a finalidade de assegurar aplicabilidade imediata às novas regras (a). Tal redução ao processo civil encontra obstáculo na natureza transversal da arbitragem (b).

a) a tendência de redução da arbitragem a processo civil;

O equívoco de reconhecer natureza « processual » às normas reitoras da arbitragem com a finalidade específica de assegurar aplicabilidade imediata a novas legislações é tecnologia jurídica de respaldo entre juízes brasileiros e franceses. No Brasil, a aplicabilidade imediata das novas regras postas pela Lei de Arbitragem de 1996 permite reconhecer efeito à cláusula compromissória; na França, de outro modo, o interesse está ligado à preservação da validade das convenções de arbitragem em lides envolvendo matéria não comercial, diz respeito à validade do negócio jurídico. Em ambos, reduziu-se a arbitragem a processo com o fito de assegurar a melhor eficácia da convenção.

¹⁹⁹ Roubier (1929, p. 6) : “ *Le temps se décompose en trois moments; qui sont le passé, le présent et l'avenir. Pour cette raison, il y a trois positions possibles pour l'application d'une loi dans le temps: elle peut avoir un effet rétroactif, si son application remonte dans le passé; elle peut avoir un effet immédiat, si elle s'applique aussitôt dans le présent; elle a un effet différé, si son application est reculée dans l'avenir*”.

- **o reducionismo brasileiro**

O interesse na aplicabilidade imediata decorre do fato de que no direito brasileiro anterior à lei arbitragem – apenas às convenções de arbitragem submetidas ao regime jurídico de direito convencional, até então praticamente restrito ao Protocolo de Genebra de 1923 – produzia efeito pré-processual negativo para afastar o juiz nacional²⁰⁰. Qualificada ora como *pactum de contrahendo*, ora de *compromitendo*, na verdade vigorava a ideia de competência concorrente entre a jurisdição pública e a privada. O regime comunista permitia ao autor a livre opção entre o adimplemento ou não da obrigação contida na cláusula compromissória. Caso optasse por ignorá-la, nada o obrigava a manter-se na via arbitral. Impossibilitada de exigir-lhe a execução específica, restava à parte prejudicada o sucedâneo das perdas e danos, remédio jurídico em regra dispensado à pacificação de situações decorrentes de inadimplemento de obrigação infungível.²⁰¹ O efeito positivo era, por seu turno, condicionado à estipulação de compromisso arbitral após o surgimento da lide.

O debate foi inaugurado, na jurisprudência estatal brasileira, diante do TJMG, por ocasião do julgamento de lide formada entre **Mendes Júnior Siderurgia c. Duferco Trading Companies Holding Limited**. O acórdão ao final proferido inicia uma verdadeira doutrina do duplo erro, de qualificação e de método: atribui-se natureza processual civil à totalidade das matérias regulamentadas pela Lei de Arbitragem, leis específicas ou convenções internacionais sobre a matéria para, em seguida, submetê-las, incondicionalmente, ao princípio da aplicabilidade imediata:

Em tema de juízo arbitral, **matéria estritamente processual**, é irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da Lei 9.307/96, visto que, como se depreende do art. 1211 do Código de Processo Civil, a **lei tem incidência imediata** sendo, destarte, inteiramente aplicável à execução apresentada em juízo.²⁰² (grifo nosso)

²⁰⁰ Antes da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, Celso Barbi Filho (1998, p. 104-123) já reconhecia efeito positivo e possibilidade de execução específica à convenção de arbitragem.

²⁰¹ Há quem entenda que a cláusula compromissória inserida em acordo de acionistas aproveita a possibilidade de execução específica permitida pelo direito societário, conforme art. 118, 3º, da Lei n. 6.404/76. Nesse sentido, ver Lee (2006, p. 11).

²⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação n. 254852-9, da 3ª Câmara Cível. Apelante: Mendes Júnior Siderurgia. Apelada: Duferco Trading Company. Relatora: Jurema Brasil Marins. Belo Horizonte, 03 de junho de 1998. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 3, n. 7, p. 364-369, jan./mar. 2000. No mesmo sentido, BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 28808/2001, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Evadim Indústria da Amazônia Ltda. Apelado: Mitsubishi Electronic Corporation. Relator: Gilberto Rêgo, Rio de Janeiro 09 de outubro de 2002:

As razões do duplo erro foram, em seguida, ao menos cinco vezes reafirmadas, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ); e, em duas ocasiões, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), outrora responsável pela homologação de sentenças e julgamentos estrangeiros.²⁰³

No Supremo Tribunal Federal, a tendência ao duplo erro foi inaugurada em acórdão proferido nos processo de homologação de sentença arbitral estrangeira proferida no Reino da Noruega. Nele, embora o STF anuncie a *topoi* da aplicabilidade imediata das normas de natureza processual que regem a arbitragem, não afirma ostentem todas elas tal natureza:

Tendo as normas de natureza processual da Lei 9.307 eficácia imediata, devem ser observados os pressupostos nela previstos para homologação de sentença arbitral estrangeira, independentemente da data de início do respectivo processo perante o juízo arbitral.²⁰⁴

Em outro caso, o Pleno do STF havia declarado de conteúdo processual a Lei de Arbitragem e, assim, justificou-lhe a aplicabilidade imediata: “A lei 9.307/1996, dado o seu conteúdo processual, tem incidência imediata nos casos pendentes de julgamento.”²⁰⁵

O primeiro caso apresentado aos STJ envolveu, de um lado, a sociedade empresária alemã do ramo farmacêutico, **Wilhelm Fette GMBH**, e, de outro lado, seu representante comercial no Brasil, **Espal Representações Conta Própria Ltda**. Na espécie, a cláusula

“Direito Processual Civil. Convenção de arbitragem. Tem nítido caráter processual a disposição constante no art. 267, inc. VII, do Código de Processo Civil, a reclamar a extinção do processo, sem cognição do mérito, quando a parte arguir a existência de convenção de arbitragem. Ainda que antecedente à vigência da Lei 9307, de 23.09.1996, é eficaz a cláusula compromissória que oferece adequado e suficiente suporte para a instituição da arbitragem. A nova lei atinge em cheio convenções arbitrais celebradas anteriormente à sua vigência. Significa dizer que uma cláusula arbitral inserida em contrato firmado há alguns anos, desde logo arrastará seus signatários à arbitragem, mesmo que, à época da assinatura do contrato, a cláusula não produzisse tais efeitos”. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, fls. 813-814, 23 out., 2002.

²⁰³ Aponte-se a existência de acórdão no qual a 5ª Cam. Dir. Priv do TJSP optou por não enfrentar a questão. Na espécie, a cláusula compromissória inserida em contrato social anterior a Lei de Arbitragem, porém ratificado em alterações posteriores foi submetido ao regime atual. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 244.960-4/5-00, da 5ª Camara de Direito Privado. Agravante: Francisco Morato Super Lanches Ltda. Agravado: Andréa Luiz Ambrosano. Relator: Boris Kauffmann. São Paulo, 11 de setembro de 2002. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, a.1, n. 2, p. 287-293, mai./ago. 2004, com comentário de Carlos Alberto Carmona.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada n. 5.828-7 – Reino da Noruega, do Pleno. Recorrente: Elkem Chartering A/S. Recorrido: Companhia de Navegação do Norte. Relator: Ilmar Galvão. Brasília 06 de dezembro de 2000. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, ano 4, n. 12, p. 365- 366, abr./jun. 2001, p. 365.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada n 5378-1 – República Francesa, do Pleno. Requerente: Tardivat International S.A. Requerido: B. Oliveira S.A. Indústria e Comércio e Exportação. Relator: Maurício Corrêa, Brasília, 08 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

compromissória firmada em 1955, cabia no âmbito de aplicabilidade do Protocolo de Genebra de 1923, fato que, em si, seria bastante para reconhecer-lhe plenos efeitos negativos.²⁰⁶ O STJ, contudo, seguiu via distinta, inaugurada pela corte de origem do Recurso Especial, o TJRJ. Ao invés de ater-se a reconhecer o efeito negativo de convenção submetida ao regime jurídico do Protocolo, a Relatora decidiu enfrentar a questão da aplicabilidade dos efeitos da convenção de arbitragem submetida à Lei 9.307/96 e, a partir de *topoi*, qualificou como processuais os efeitos da dita convenção a fim de submetê-la ao regime jurídico da nova lei:

Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito. Impõem-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, **as normas processuais têm aplicação imediata.**²⁰⁷ (grifo nosso).

O raciocínio judiciário fundamentado na dicotomia direito processual-direito material foi retomado pela Corte Especial por ocasião do julgamento de lide instaurada entre a sociedade japonesa **Mitsubishi Electric Corporation** e o fabricante licenciado de seus produtos no Brasil, **Evadim Indústrias Amazônia S.A.** Na espécie, a convenção de arbitragem havia sido firmada em 1971, inserida em contrato de transferência de tecnologia para o fabrico de televisores e, em 1993. Consta que Evadim deixou de pagar valores relativos à importação de peças e componentes eletrônicos além de permanecer usando a marca após o termo final do contrato. Insatisfeita, Mitsubishi requereu a instauração da arbitragem com sede no Japão. Vencedora, Mitsubishi requereu a homologação da sentença perante o STJ, para promover-lhe a futura execução. Evadim, por seu turno, contestou o pedido de homologação, invocando a ausência de efeitos negativos e positivos de cláusula compromissória anterior à Lei 9.307/96.

²⁰⁶ Cf. art. 4º, do Protocolo de Genebra de 1923 (Decreto n. 21.187/32) : “Os tribunais dos Estados contratantes, dos quais esteja pendente litígio relativo a um contrato concluído entre as pessoas previstas no art. 1º e que encerre **um compromisso ou uma cláusula compromissória** válida em virtude do dito artigo é suscetível de ser executada, encaminharão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitro.” (Grifo nosso).

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 712.566-RJ, da 3ª Turma. Recorrente: Espal Representações e Conta Própria Ltda. Recorrida: Wilhelm Fette – GMBH. Relatora: Nancy Andrigui. Brasília, 18 de agosto de 2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, a. 2, n. 7, p. 212-237, out./dez. 2005, com comentário de Emir Calluf Filho.

Por maioria, a corte confirmou a submissão da antiga cláusula ao novo regime jurídico. A formulação é clara: “As disposições da Lei 9.307/96 têm incidência imediata nos contratos que a antecedem, se neles estiver inserida a cláusula arbitral”.²⁰⁸ Embora não conste na ementa, o voto condutor apoia-se em dois fundamentos; primeiro, a sujeição do caso ao regime jurídico do Protocolo de Genebra de 1923, fato que, em si, bastaria à decisão; assim mesmo reafirmou a natureza processual das normas que regulamentam a arbitragem e retornar ao lugar comum.²⁰⁹

Três acórdãos confirmariam essa tendência do STJ – um deles contendo, pela primeira vez, a opinião dissidente, embora correta e bem fundamentada, de Ari Pargendler e de Carlos Alberto Menezes Direito.²¹⁰ É possível declarar a existência de jurisprudência estável em relação à matéria, o que confirma o potencial danoso do recurso a lugar comum ou *topoi*. Se o STJ reduziu a arbitragem a processo com o fito de assegurar a submissão de convenção de arbitragem anterior a regime jurídico posterior mais eficaz, o salvacionista levou o juiz nacional francês a reducionismo semelhante.

- o reducionismo francês

O judiciário francês enfrenta, atualmente, debate semelhante – porém deslocado do plano da eficácia para o da validade da convenção de arbitragem – em decorrência do novo regime jurídico posto pela Lei 2001-420, de 21.05.2001. Antes, a arbitrabilidade interna se limitava a lides comerciais. Era ilícita a cláusula inserida em contratos civis, salvo determinação de legal em contrário. Tão importantes foram as mudanças introduzidas pela lei de 2001, que autores demonstram a substituição de verdadeiro princípio de interdição pelo de validade da cláusula compromissória (FOUCHARD, 2001, p 397; JARROSSON 2001, p. 1317; Degos, 2001, p. 653). Reconheceu-se a arbitrabilidade de questões ligadas

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Sentença Estrangeira Contestada n. 349. Requerente: Mitsubishi Electric Corporation. Requerida: Evadim Indústrias Amazônia S.A. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 21 de março de 2007. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 93-161, com comentário de João Bosco Lee.

²⁰⁹ Da mesma forma, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 831, da Corte Especial. Requerente: Spie Enertrans S.A. Requerido: INEPAR S.A. Indústria e Construções. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 03 de outubro de 2007. Ementa: “[...] 3. *Imediata incidência da Lei de Arbitragem aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição.* Precedente da Corte Especial. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 17, p. 83-89, jan./mar. 2008, com comentário de Ricardo Ramalho de Almeida.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 653.733, da 3ª Turma. Recorrente: Chaval Navegações Ltda. Recorrido: Liebherr Brasil Guindastes e Máquinas Operatrizes Ltda. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 03 de agosto de 2006. **Diário de Justiça**, p. 295, 30 out. 2006.

à contratação de profissionais, como contadores, médicos e advogados, serviços de natureza civil, no país da teoria dos atos de comércio. Instado a se pronunciar sobre a aplicabilidade da nova lei à validade – licitude do objeto – de cláusula compromissória estipulada durante a vigência do antigo regime jurídico, o Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI – Paris)²¹¹ apegou-se ao lugar comum: declarou a natureza processual do objeto da convenção de arbitragem com o fito de submetê-lo à aplicabilidade imediata do novo regime jurídico e, assim, num exagerado “favor” à arbitragem, reconheceu válida cláusula compromissória antes nula, por ilicitude do objeto. Tal raciocínio foi, em seguida, confirmado pela Cour d’appel de Orleans (tradução nossa):

Que, sobretudo, a cláusula compromissória, como, em geral, as convenções de foro, é cláusula contratual de natureza particular, pois assegura a relação entre o contrato e o processo e seu objeto é a operacionalização de regra de procedimento. Assim, em direito transitório, deve-se aplicar imediatamente a nova lei, para reconhecer-lhe a validade no instante em que produz efeitos, isto é, na requisição de instauração da instância e, não, a lei antiga, que a torna nula na data da conclusão do contrato no qual está inserida.²¹²

Tais decisões carregam ao menos duas revelações importantes: inicialmente, ambas ignoram a natureza transversal da arbitragem e recorrem à distinção entre normas de natureza processual e substancial como critério determinante do âmbito de aplicabilidade temporal das normas jurídicas; em seguida, menosprezam a clássica distinção entre aplicabilidade retroativa e imediata; esta projetada em relação aos efeitos futuros da situação jurídica, àquela à validade de sua constituição.

b) a impossibilidade da redução a processo.

A arbitragem é instituto misto, meio público, meio privado, de natureza transversal. Da mesma forma, a convenção de arbitragem, contratual em sua formação e jurisdicional

²¹¹ FRANÇA. Tribunal de Grande Instance de Paris. Autor : SARL Euroconsultaudit. Réu : Thomann et Windenberger jennet. Paris, 08 de outubro de 2002. **Revue de l’arbitrage**. Paris, n.1, p.199-2014, 2003, com comentário de Laurent Jaeger.

²¹² No original: “*que, surtout, la clause compromissoire, comme la clause de compétence en général, est une clause contractuelle de nature particulière, assurant le lien entre le contrat et le procès, qui a pour objet la mise en ouvre d’une règle de procédure, de sorte qu’en droit transitoire il y a lieu d’appliquer immédiatement la loi nouvelle qui la rend valable où elle produit son effet, c’est à dire celui de l’introduction d’une instance, et non la loi ancienne, qui l’annulait au jour de la conclusion du contrat qui la contient*”. FRANÇA. Cour d’appel d’Orléans. Recorrente : SA Consortium de prévoyance et de gestion. Recorrida : La Mutuelle de France. Orleans, 18 de março de 2004. **Revue de l’arbitrage**, Paris, n. 2, p. 393-404, 2004, com comentário de Dominique BUREAU.

em seus efeitos. Eis a natureza híbrida que impede reduzi-los exclusivamente a direito material ou processual; erra quem pretender atrela-la a lugares comuns, com o fito de fazer prevalecer esse ou aquele princípio de direito intertemporal: “[...] trata-se de simplificação abusiva querer privilegiar um só desses aspectos para informar toda a regulamentação da arbitragem [...]”, advertiu René David (1982, p. 108, tradução nossa);²¹³ “ela (a arbitragem) apresenta, hoje, traços de um sistema misto, meio público e meio privado, meio contratual e meio institucional”, como se retira da lição de Bruno Oppetit (1998, p. 119, tradução nossa).²¹⁴

Daí o erro de quem atribua qualificação processual à generalidade das normas que regulamentam a arbitragem. Decerto são processuais as normas que regem os efeitos da convenção de arbitragem. Há, todavia, aspectos materiais inegáveis, como é o caso das condições de formação válida da convenção de arbitragem. A nuance foi percebida por Fátima Nancy Andrigli, em relatório apresentado por ocasião do julgamento do caso Espal Representações e Conta Própria Ltda. c. Wilhelm Fette: “Não obstante seja razoável considerar que algumas regras relativas à arbitragem têm natureza substantiva, é preciso reconhecer que são eminentemente processuais as normas que regem os efeitos da cláusula compromissória.”²¹⁵

A tendência moderada, no sentido de que nem tudo o que está na Lei de Arbitragem tem natureza processual, foi inaugurada, no STF, por ocasião do julgamento da Sentença Estrangeira Contestada n. 5.867-1 Reino Unido da Grã Bretanha. É sutil a redação atribuída à ementa: “as disposições processuais da Lei 9.307 têm aplicabilidade imediata nos casos pendentes de julgamento”,²¹⁶ cuidado reproduzido no julgamento da n. 5.828-7 – Reino da Noruega, no qual também se restringiu o alcance da aplicabilidade

²¹³No original: “*C’est une simplification abusive de vouloir retenir qu’un seul de ces caractères pour lui rattacher toute la réglementation de l’arbitrage*”.

²¹⁴No original: “*Il présente désormais les traits d’un système mixte, à la fois mi-public et mi-privé, mi-contractuel et mi-institutionnel [...]*”. Ademais, acrescenta Jarrosson (1987, p. 5): “A ela se confere correntemente uma natureza mista: contratual por sua origem, jurisdicional por sua função”. No original: “*On lui reconnaît maintenant très généralement une nature mixte: conventionnelle par son origine, juridictionnelle par sa fonction*”.

²¹⁵BRASIL. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 712.566-RJ, da 3ª Turma. Recorrente: Espal Representações e Conta Própria Ltda. Recorrida: Wilhelm Fette – GMBH. Relatora: Nancy Andrigui. Brasília, 18 de agosto de 2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, a. 2, nº. 7, p. 212-237, out./dez. 2005, com comentário de Emir Calluf Filho.

²¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada n. 5847-1 – Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte, Pleno. Requerente: Aiglon Dublin Limited. Requerida: Teka Tecelagem Kuenrich S/A. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, 01 de dezembro de 1999. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 3, n. 7, p. 355-364, jan./mar. 2000.

imediatamente às normas de natureza processual contidas na lei de arbitragem, mas, de resto, ainda vinculada à *topoi* direito material-direito processual:

“[...] tendo as normas de natureza processual da Lei 9.307/96 eficácia imediata, devem ser observados os pressupostos nela previstos para homologação de sentença arbitral estrangeira, independentemente da data de início do respectivo processo perante o juízo arbitral. (grifo nosso)²¹⁷”

A posição mitigada do STF repercutiu em pelo menos um caso julgado pelo STJ. Muito embora a lide submetida a julgamento não tenha trazido o tema do conflito de leis no tempo e nenhuma das partes tenha suscitado a questão, ainda assim a ementa atribuída ao acórdão prega a aplicabilidade imediata, mas nos moldes dos precedentes decididos pelo STF: “II - A sentença arbitral e sua homologação é regida no Brasil pela Lei nº 9.307/96, sendo a referida Lei de aplicação imediata e constitucional, nos moldes como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal”.²¹⁸

A sutileza ressaltada por David não é, contudo, percebida pelo juiz nacional francês. A vontade de favorecer a arbitragem o levou à duvidosa conclusão: reconhecer natureza processual à determinação da licitude do seu objeto da convenção de arbitragem.²¹⁹ Não se discute a natureza processual dos efeitos da convenção de arbitragem, mas não se pode negar natureza material às condições de formação válida da obrigação processual, assim às relativas à licitude do objeto e, por aí mesmo, à arbitrabilidade das lides como, aliás, às relativas à forma e à capacidade das partes. Exorbitam os limites da segurança jurídica as tentativas de ignorar a relação de pertinência entre os pressupostos de formação válida da convenção de arbitragem e o direito das obrigações, fato, aliás, reconhecido pela Cour d’appel de d’Orleans, em acórdão proferido no caso que opunha a companhia responsável pela previdência privada do pessoal de Air France – AGRR Prévoyance – e várias sociedades resseguradoras. Surgida a lide, AGRR Prévoyance (sem objeto comercial, lembre-se que o direito francês permanece fiel à teoria dos atos de comércio) invocou a

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal federal. Sentença Estrangeira Contestada n. 5.828-7 – Reino da Noruega, Tribunal Pleno. Requerente: Elken Chartering S.A. Requerida: Companhia de Navegação do Norte. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, 06 de dezembro de 2000. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4., n. 12, p. 365-366, abr./jun. 2001.

²¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 507, Corte Especial. Requerente: Grain Partner SPA. Requerido: Coopergrão e outro. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 18 de outubro de 2006. **Diário de Justiça**, p. 204, 13 nov. 2006.

²¹⁹ FRANÇA. Cour de Cassation, 1ª Câmara Cível. Recorrente: SPC Ménard-Quimbert. Recorrido: Beachard. Paris, 22 de novembro de 2005. **Revue de l’arbitrage**. Paris, n. 4, p.1011-1014, 2005, com comentário de Dominique BUREAU.

nulidade da cláusula compromissória inserida em seu contrato com a Air France e, a partir daí, das existentes nos contratos de resseguro, todas estipuladas antes da lei de 2001. O tribunal parisiense ressaltou a natureza contratual das regras atinentes à validade da cláusula compromissória e declarou a impossibilidade de aplicabilidade retroativa: “Considerando que este artigo [2.061 do Code Civil] não contém uma regra de procedimento, pois concerne à validade da cláusula compromissória, isto é, a substância da disposição contratual e, não, as regras de sua operacionalização” (inserimos)²²⁰

No direito brasileiro, contudo, a natureza contratual das regras relativas à validade da convenção de arbitragem não constitui óbice a aplicabilidade imediata de regime jurídico novo a convenção anteriormente estipulada, o que, de sobejo, ressalta a inutilidade dos desvios patrocinados por tribunais brasileiros e franceses.

4.1.1.2.2 A inutilidade da redução a processo:

A inutilidade do recurso ao método do lugar comum como forma de assegurar a aplicabilidade imediata de regime jurídico novo – em regra, mais favorável à arbitragem – reside no fato de que o direito brasileiro prescreve, como regra, a aplicabilidade imediata de lei nova, não importa a natureza das regras veiculadas (a). Tal aplicabilidade está, todavia, sujeita a limites constitucionais (b).

a) aplicabilidade imediata como regra;

A aplicabilidade imediata do novo regime jurídico à validade e à eficácia da convenção impõe-se como regra, qualquer que seja a natureza da nova norma posta. No direito material, tal prescrição decorre do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)²²¹, e do art. 2.035, do Código Civil de 2002,²²² dispositivos de aplicabilidade

²²⁰ No original: “*Considérant que cet article ne constitue pas une règle procédurale, car il concerne la validité de la clause compromissoire, c’est à dire, le fond de la disposition contractuelle, et non ses règles de mise en œuvre.*” FRANÇA. Cour d’appel de Paris. 7ª Câmara Cível. Recorrente: AGRR Prévoyance. Recorrido : ACE Insurance S.A. NV e outros. Paris, 09 de dezembro 2003. *Revue de l’arbitrage*, Paris, n. 2, p. 641-646, 2004.

²²¹ Cf. art. 6º, do Decreto n. 4.657, de 04 de setembro de 1943 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro): “*A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*” No sentido de que o reconhecimento de plenos efeitos à convenção de arbitragem anterior à Lei 9.307/96 desrespeita ato jurídico perfeito, ver: BRASIL. Tribunal de Justiça São Paulo. Apelação Cível n. 531.773-4/9-00, da 1ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Espólio de Aloysio

apenas estendida, ao Código de Processo Civil, pelo art. 1.211, do Código de Processo Civil,²²³ inclusive em relação às novas regras introduzidas no CPC pela Lei 9.307/96, especialmente as contidas nos arts. 86²²⁴, 267, VII²²⁵, e 307, IX, §4º,²²⁶ do CPC, todas elas atinentes à atual eficácia da convenção de arbitragem. Assim, ao menos no que tange à eficácia da convenção de arbitragem, matéria regulamentada pelo Código de Processo Civil e, portanto, submetida às regras transitórias contidas em seu art. 1.211, vigora a aplicabilidade imediata da nova redação.

Nesse sentido, aproximou-se a 3ª Turma do STJ nos autos do Resp. 238.174-SP. Na espécie, **Distillerie Stock do Brasil Ltda.**, fabricante dos produtos *Campari* no Brasil, apresentou ao Juízo da Comarca de Barueri pedido de ressarcimento das perdas e danos que julgava devidos ao final de uma relação contratual que perdurara por quase meio século. As rés, uma sociedade brasileira e um grupo italiano – **Campari do Brasil Ltda. e David Campari - Campari Milano S.p.S** – apresentaram exceção de arbitragem fundada na existência de cláusula compromissória. Acertadamente, o Juízo decretou o fim do processo e remeteu as partes à via arbitral. Irresignada, Distillerie Stock do Brasil Ltda. devolveu a questão à análise do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde teve início a série de erros de julgamento, todos infelizmente confirmados pelo Superior Tribunal de Justiça. O TJSP considerou negócio jurídico perfeito a convenção de arbitragem anterior firmada em 1974 e submeteu-lhe a eficácia ao regime jurídico do antigo Código Civil, o que, em suma, implicou subtrair-lhe os efeitos negativos e permitir à parte interessada o retorno à via judicial sem anuência da parte adversa:

A Lei 9.307/96, sejam considerados os dispositivos de direito material, sejam os de direito processual, não pode retroagir para atingir os efeitos do negócio

Affonso Ferreira e outro. Apellido: Instituto Penido Burnier e outros. Relator: Marcos César. São Paulo, 23 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 18 jul. 2011, 12:35m.

²²² Cf. art. 2.035, do Código Civil: “*A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução*”

²²³ Cf. art. 1.211, do Código de Processo Civil: “*Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes*”

²²⁴ Cf. Art. 86, do Código de Processo Civil: “*As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral*”.

²²⁵ Cf. Art. 267, VI, do Código de Processo Civil: “*Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VII-pela convenção de arbitragem.*”

²²⁶ Cf. Art. 307, IX, §4º, do Código de Processo Civil: “*Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...) IX – convenção de arbitragem (...), §4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.*”

jurídico perfeito. Não se aplica, pois, aos contratos celebrados antes do prazo de seu art. 43.²²⁷

Embora tenha acertado ao abandonar o método do recurso ao lugar comum e declarado explicitamente a irrelevância da natureza processual ou material das regras em conflito para o deslinde da questão, não soube a 3ª Turma tirar as consequências: a submissão à norma de aplicabilidade geral vigente no direito brasileiro, a aplicabilidade do direito novo, pois ato perfeito não havia. Tal erro demonstra que não se deram ao trabalho de investigar a natureza da cláusula compromissória.

b) as exceções à regra de aplicabilidade imediata.

As exceções à regra de aplicabilidade imediata da lei nova decorrem, no direito arbitral brasileiro, de normas específicas contidas na lei de arbitragem e no direito de fonte convencional. Em qualquer caso, é necessário respeitar fundamentos constitucionalmente postos.

- conflito envolvendo normas de fonte convencional

Embora a jurisprudência brasileira reconheça a igualdade hierárquica e apresente a regra *lex posteriori derogat priori* como solução de conflitos intertemporais entre regras de origem interna e o direito de fonte convencional²²⁸, a norma específica contida no art. 34, da Lei 9.307/96, cria o desnível hierárquico, a fim de prevalecer o direito de fonte convencional sempre que a matéria disser respeito à execução, à homologação ou à execução, no Brasil, de sentença arbitral proferida no estrangeiro: “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.”²²⁹

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 238.174/SP, da 3ª Turma. Recorrente: Distillerie Stock do Brasil Ltda. Recorrido: Campari do Brasil Ltda. Relator: Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 06 de maio de 2003, confirmando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida na Apelação Cível n. 083.125-4/2, da 3ª Câmara de Direito Privado, com base em Relatório de Enio Santarelli Zulliani. Ambos publicados pela **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-145, jan./mar. 2004, com comentário de Adriana Braghetta. Ver ainda Lee (2006, p. 7).

²²⁸ A respeito da aplicabilidade das convenções internacionais em vigor, ver Lee (2002, p. 277).

²²⁹ Cf. art. 34, da Lei 9.307/96:

Então, as regras postas pela Lei de Arbitragem não se aplicam ao reconhecimento, à homologação nem à execução de sentença que caiba no âmbito de aplicabilidade de qualquer das convenções internacionais em vigor, inclusive as anteriores, como o Protocolo de Genebra de 1923.²³⁰

Outra regra interessante se encontra no art. VII, da Convenção de Nova Iorque de 1958. Seu texto obriga o juiz estatal a adotar critério finalista na hora de optar entre o antigo e o novo regime jurídico, de fonte interna ou convencional. Trata-se de tecnologia jurídica comprometida com a máxima validade e eficácia da sentença arbitral e, por via oblíqua, da convenção de arbitragem. Seu texto afasta a incidência da própria Convenção em situações de conflito com regras mais favoráveis à arbitragem. Na eventualidade de um conflito no tempo, prevalecerá, sempre, o direito mais favorável, pouco importa qual tenha primeiro entrado em vigor, se a Convenção, a regra de origem interna ou outra regra de fonte convencional, anterior ou posterior:

“Art. VII. 1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral de maneira e na medida permitida pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.”²³¹

Quanto à solução de conflitos entre o texto da Convenção de Nova Iorque de 1958 e o do Protocolo de Genebra de 1923, deve-se ter em conta que a Convenção prevalece como consequência de disposição específica contida em seu art. VII, 2 :

O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 (da qual o Brasil não é signatário) deixarão de ter efeitos entre os Estados signatários quando, e na medida em que, eles se tornem obrigados pela presente convenção. (inserimos)

²³⁰Nesse sentido, ver detalhada análise do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 25.140/2007, da 16ª Câmara Cível. Apelante: Companhia Nacional de Cimento Portland e outro. Apelado: Latcem S.A. e outro. Relator: Ronald Valladares. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 2007: “*Com efeito, a cláusula compromissória inserida no Acordo de Acionistas ratificado por CNCP, CP e LATCEM é plenamente válida e eficaz, seja pela aplicação da Lei 9.307/96, pelo Protocolo de Genebra de 1923 ou pela Convenção de Nova Iorque de 1958, (...)*”. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 18 jul. 2011, 17:10.

²³¹ Cf. art. VII, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958), em vigor, no Brasil, por força do Dec. n. 4.311, de 23 de julho de 2002.

Em decorrência, o Protocolo de Genebra de 1923²³² tende a perder importância à medida que os países signatários migram para a Convenção de Nova Iorque de 1958, aspecto por vezes ignorado pelo juiz nacional, como deixa transparecer a leitura dos debates relativos ao julgamento do caso **Mitsubishi c. Evadim**. Nela, embora se perceba certa preocupação com a identificação de elementos de estraneidade que deslocam a questão para o regime de fonte convencional, não conseguiu o STJ identificar o regime convencional vigente, perdendo-se em divagações relativas à confirmação da eficácia do Protocolo. Mera perda de tempo se, na data do julgamento o país da homologação (Brasil) e o país de origem da sentença (Japão) haviam ratificado a Convenção de Nova Iorque de 1958. Evidente o desconforto do STJ no momento de decifrar o mosaico convencional vigente no direito brasileiro.

- exceções encontradas na constituição material brasileira

A aplicabilidade imediata de lei nova a situações em curso encontra limites na Constituição brasileira: o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.²³³

Entende-se perfeito o ato jurídico *consumado*, isto é, cujos efeitos se exauriram. A convenção de arbitragem é ato jurídico em sentido estrito. Necessário, todavia, atentar para o fato de que, no regime jurídico de fonte interna anterior à Lei 9.307/96, a convenção de arbitragem do tipo cláusula compromissória cabia na categoria dos negócios jurídicos complexos, haja vista a necessidade de novo encontro de vontades necessário à formação do compromisso arbitral, até então imprescindível à instauração da instância privada.

Utilizando como critério a formação dos negócios jurídicos, Orlando Gomes (1993, p. 313) distingue os negócios unitários, cuja composição se perfaz com um único encontro de vontades, dos negócios jurídicos complexos, cuja formação depende de declarações de vontade de “vários negócios” ou, como prefere Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 371), “sempre mais de uma” manifestação de vontade, sem existirem interesses antagônicos. Na

²³²Cf. Dec. n. 21.187, de 22 de março de 1932.

²³³Cf. Art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” No ordenamento francês, apenas a retroatividade em matéria penal é constitucionalmente vedada. Em matéria civil, veda-se, em nível legal, por força do art. 2º do Código Civil Francês (tradução livre): “*A lei apenas dispõe sobre o futuro; ela não possui efeito retroativo*”. No original: “*La loi ne dispose que pour l’avenir; elle n’a point d’effet rétroactif.*” Admite-se, portanto, a retroatividade decorrente de disposição legal específica posterior.

mesma linha, José de Oliveira Ascensão adverte para o erro dos que confundem ato formado e ato consumado, momentos distintos na vida do negócio jurídico:

[...] um ato não está consumado enquanto subsistem ainda efeitos que devam ser executados para futuro. Um ato permanece em aberto enquanto subsistem efeitos seus, pelo menos efeitos obrigacionais, que justificam condutas futuras das partes. É só quando esses efeitos se extinguem – pelo cumprimento, pela prescrição, pela renúncia ou por qualquer outro motivo – que o ato jurídico se consuma. (ASCENÇÃO, 2001, p. 597)

Assim, se sob o regime jurídico de fonte interna anterior à Lei de Arbitragem, os efeitos da cláusula compromissória eram os de mera promessa de contratar – *pacto de contrahendo* ou *pactum de compromitendo*,²³⁴ evidentemente, sem o posterior compromisso, não havia negócio jurídico perfeito. Caso uma das partes optasse por resistir à instauração da instância, a cláusula compromissória resolvia-se em perdas e danos, não havia a possibilidade de sua execução específica. Não havia, antes do compromisso, ato jurídico perfeito. A hipótese não se insere sob o manto da proteção constitucional ao ato jurídico perfeito.²³⁵ Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confirmando sentença proferida em ação de instauração de juízo arbitral a partir de cláusula em branco anterior à Lei de Arbitragem. Afirmou-se, com propriedade:

Entendo que a aplicação da Lei de Arbitragem, no presente caso, não implica ofensa ao ato jurídico perfeito. Este se manteve intacto. As partes manifestaram sua vontade inequívoca de submeter os litígios decorrentes do contrato à arbitragem, afastando a jurisdição estatal, e isto deve ser respeitado, em no do princípio da força obrigatória²³⁶.

No regime jurídico atual, embora já não caiba a cláusula compromissória na categoria “promessa de contratar”, não se aperfeiçoa antes de extintos os seus efeitos. A natureza híbrida da convenção de arbitragem, contratual em sua formação e processual em

²³⁴ Nesse sentido, ver: BRASIL. Supremo tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 586960 SP. Recorrente: Bueromaschinem Export G.m.b.H Berlim Ltda. Recorrido: Insubra S/A Intercomercial Sueco-Brasileira. Relator: Luiz Galotti. Brasília, 02 de junho de 1967: “Cláusula compromissória ou pactum de compromitendo ainda não é o compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de uma obrigação de fazer que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrerem.” **Diário de Justiça**, Brasília, p. 223, 30 ago. 1967.

²³⁵ A apresentação da convenção de arbitragem como um negócio jurídico complexo e, portanto, não perfeito até a celebração do compromisso de arbitragem foi primeiramente apresentada pela Professora Vera Helena de Mello Franco (1997, p. 149). No mesmo sentido, Lee (2006, p. 14).

²³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça – RJ. 12ª C. Civ. Ap. Cív. 2005.001.42032. Sertep Engenharia e Montagens S/A. c. ETE Equipamentos de Tração Elétrica Ltda. Rel. Leila Albuquerque, j. 07.11.2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.12, p. 278, 2007.

seus efeitos, faz atingir-se a perfeição só no instante em que transita em julgado a sentença arbitral dela decorrente ou, se for o caso, após a prescrição das demandas que caibam em seu objeto. Confundem-se, portanto, no tempo, duas das proteções constitucionais previstas: a perfeição do ato jurídico e a coisa julgada que dele possa resultar. Eis a dupla proteção de situações passadas contra a incidência de lei nova, no que diz respeito à validade e eficácia de convenções de arbitragem.

Isso posto, torna-se evidente o erro do STJ no **Caso Campari**: inicialmente, ao ignorar que a matéria, pelas razões acima, deveria ter sido analisada sob o prisma do direito convencional e, em seguida, ao submetê-la ao regime jurídico de fonte interna sem atentar para o fato de que, no direito anterior à Lei 9.307/96; a cláusula compromissória era negócio jurídico complexo e, no direito atual, não se aperfeiçoa antes do trânsito em julgado da sentença ou da prescrição do seu objeto. Enquanto não exauridos os efeitos da cláusula compromissória, esta não cabe na definição de ato jurídico perfeito. Não havendo ato jurídico perfeito, não há óbice à aplicação imediata da Lei de Arbitragem.

Finalmente, ressalte-se, a aplicabilidade imediata da lei nova não atenta a direito adquirido, ao menos não na hipótese em que a parte recalcitrante pretenda invocar a nulidade ou a ineficácia de convenção de arbitragem, porque não questiona a situação inicialmente desejada pelas partes. Pode-se argumentar que uma das partes teria justamente o direito de invocar a nulidade ou a ineficácia da convenção no regime jurídico anterior, mas seria esta a manifestação de uma noção desvirtuada de direito adquirido, capaz de permitir que se adquira, em definitivo, o direito de ignorar a palavra dada.²³⁷ Ainda, a instrumentalidade do objeto da convenção de arbitragem exclui a possibilidade de ela regulamentar direito material, o que, por sua vez, torna impossível dela decorrer atentado a direito adquirido, pois situações processuais não se adquirem, como também não se adquire o direito de invocar, hoje, eventual conteúdo restritivo de ordem pública apenas vigente em épocas passadas. Assim, por exemplo, se a evolução da ordem pública tornou lícito objeto de contrato antes ilícito, não adquiriu uma das partes o direito de invocar-lhe a ilicitude. Vale a palavra dada, só que agora em consonância com as regras atuais, vigente no ordenamento jurídico de referência.

²³⁷ Nesse sentido, Jaeger (2003, p. 204).

4.1.2 A sensibilidade da constituição material

Em sede constitucional, dois obstáculos são normalmente apresentados. O primeiro diz respeito à compatibilidade entre a autossuficiência da cláusula compromissória e a renúncia abstrata ao direito de ação (4.1.2.1). O segundo, compatibilidade entre o efeito positivo da cláusula em branco e a integração da vontade das partes pela complementação judiciária do conteúdo convencional (4.1.2.2).

4.1.2.1 A impossibilidade de renúncia a direito abstrato de agir

As rejeições aos efeitos positivos da cláusula compromissória ganharam maior importância – passando da esfera legal à esfera constitucional – quando o Ministro Sepúlveda Pertence, de ofício, decidiu enfrentar a questão da eventual incompatibilidade entre os efeitos positivos da cláusula compromissória e o princípio do monopólio judiciário da prestação jurisdicional, declarando-os incompatíveis²³⁸. Para ele, a garantia da inafastabilidade do controle judiciário está comprometida pela circunstância de que a cláusula compromissória não traz, em si, delimitados os contornos da futura lide. Segundo o Ministro, o direito de agir perante o Poder Judiciário é instrumental, portanto, inexistente em sua forma abstrata. Por conseguinte, o direito de ação não pode ser objeto de renúncia. Antes de renunciá-lo, é preciso esperar o nascimento da lide para se concluir sobre o caráter disponível, ou não, dos direitos controvertidos.

Dessa forma, somente a conclusão de um compromisso arbitral, após o nascimento da lide e a determinação de todos os seus contornos, afastaria da arbitragem a pecha da inconstitucionalidade. De acordo com seu voto, todos os dispositivos que conferem eficácia à cláusula compromissória no direito brasileiro – não só aqueles contidos na Lei 9.307/96, como também os que se abrigam na Convenção do Panamá de 1975 e no Protocolo de Genebra de 1923 – deveriam ser riscados do nosso ordenamento jurídico estatal.

Admitir tal argumentação significa retirar à arbitragem valor prático, relegá-la ao esquecimento que até hoje lhe proporcionou o ordenamento jurídico brasileiro. A conclusão de convenção de arbitragem é muito mais frequente quando se negocia o contrato do que após o nascimento do litígio, momento em que o espírito das partes se

²³⁸ A propósito, ver Garcez (2000), Figueira Jr. (1998) e Wald (2000).

torna, no mais das vezes, beligerante.

Ademais, se o futuro litígio decorrer de negócio jurídico que envolva direito patrimonial disponível, pouco provavelmente envolverá questões de natureza indisponível. Se isso ocorrer, será objeto de controle exercido, num primeiro momento, pelo próprio árbitro²³⁹ e, em seguida, se for o caso, pelo juiz nacional, de acordo com os mecanismos previstos na própria Lei de Arbitragem²⁴⁰. Se o futuro litígio não apresentar, sempre, contornos determinados, estes serão, ao menos, determináveis, já que restritos ao objeto do contrato principal, onde se insere a convenção de arbitragem²⁴¹, como denota o art. 4º, da Lei de Arbitragem:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Nessa linha, veja-se o entendimento do Ministro Maurício Corrêa em voto proferido nos autos do Agravo de Instrumento em Sentença Estrangeira n. 5.847-7, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, em 20.05.1999: “é que a noção genérica de litígio, objeto da renúncia, contém tão-só as espécies decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações contratuais”.²⁴² O caráter determinável dos contornos da controvérsia não constitui óbice à renúncia do direito de agir e, por isso mesmo, não pode ser empecilho à constitucionalidade da autossuficiência da cláusula compromissória.

Nos autos do mesmo processo, o Ministro Nelson Jobim distingue o momento da estipulação da convenção de arbitragem – quando se manifesta a consensualidade – do momento em que se realiza a instauração da instância arbitral – quando se deve averiguar a natureza arbitrável, ou não, do litígio. Afirma o ministro:

Ora, se o objeto do contrato se insere no campo das obrigações, os litígios serão, em princípio, regidos pelo princípio da disponibilidade. Para as situações em que, embora o contrato trate de interesses disponíveis, o litígio dele

²³⁹ O exercício desse controle se fundamenta no princípio da competência-competência, consagrado pelo art. 8º, Parágrafo Único, da Lei 9.307/96 (Larb): “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.”

²⁴⁰ Cf. arts. 20, 32, V, 33, 34, IV, da Lei 9.307/96 (Larb).

²⁴¹ Nesse sentido, Figueira Jr. (1998, p. 451).

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada n. 5847-1 – Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte, Pleno. Requerente: Aiglon Dublin Limited. Requerida: Teka Tecelagem Kuenrich S/A. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, 01 de dezembro de 1999. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 3, n. 7, p. 355-364, jan./mar. 2000.

decorrente seja indisponível, o que se terá é a ineficácia da cláusula compromissória quanto a esse litígio disponível. As condições para execução da cláusula compromissória são aferíveis no momento da instituição da arbitragem, que é posterior ao litígio. Não há renúncia abstrata à jurisdição [...]. Há renúncia relativa à jurisdição [...]. Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta [...]. A instituição da arbitragem, nos termos da Lei, consiste na execução do pactuado na cláusula compromissória.²⁴³

Segue o mesmo sentido Antônio Junqueira de Azevedo (1998, p.152):

O raciocínio desenvolvido, como se percebe, confunde o determinável com o indeterminado (“indefinido”) e supõe que concretizar a vontade das partes seja o mesmo que substituir essa mesma vontade. Em direito, porém, como regra, pouca diferença se faz entre o que é determinado e o que é determinável, eis que, em todo sistema jurídico baseado na lei, há sempre uma margem de indefinição, que deve ser preenchida em cada caso particular; há sempre necessidade de concretização.

Em todos os casos, a intervenção do juiz estatal ou do terceiro indicado, a fim complementar a vontade das partes em uma cláusula compromissória em branco, se limita à escolha e à nomeação dos árbitros, a quem caberá decidir sobre os demais aspectos relativos ao desenvolvimento da instância arbitral instaurada. A vontade do juiz estatal se sobrepõe à da parte recalcitrante para reconduzi-las à situação de eficácia da convenção, cujo verdadeiro objetivo é subtrair as futuras controvérsias ao Judiciário, submetendo-as ao juízo arbitral. Entretanto, os limites do compromisso judicial sentenciado não podem ultrapassar os limites materiais do contrato ao qual se refere ou no qual foi inserida a cláusula compromissória em branco.

4.1.2.2 A integração judicial da convenção de arbitragem

A possibilidade de o juiz proferir ato jurisdicional cujo conteúdo imponha obrigações originalmente não contraídas pelas partes em um contrato, isto é, a extensão do poder jurisdicional para permitir ao julgador ir além da interpretação e, se for o caso, integrar o contrato é problemática de grande sensibilidade constitucional. O ordenamento brasileiro, como, em regra, os de tradição continental – herdeiros da desconfiança nutrida

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.207-7 - Reino da Espanha, Tribunal Pleno. Requerente: M.V.B Commercial and Export Management Establishment. Requerido: Resíl Indústria e Comércio Ltda. Relator: Sepúlveda Pertence. Voto-vista proferido por Nelson Jobim. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 4, n. 11, p. 361-374, jan./mar. 2001, p. 372.

pelo legislador revolucionário francês em relação aos juízes e que lhes reduziu a função à instrumentalidade de “boca da lei” –, proibia ao juiz a criação de direitos. Assim, *v.g.*, às partes em um contrato de compra e venda permite-se não determinar o preço, mas apenas fixar o método de sua determinação. Todavia, se o método se revelar inoperante, considerar-se-á inexistente o contrato nos termos do art. 485, do Código Civil brasileiro,²⁴⁴ dispositivo nitidamente inspirado no art. 1592, do Código Civil francês.²⁴⁵

Raciocínio análogo, transposto à análise da validade da convenção de arbitragem, foi empreendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, antes de declarar inválida a convenção incompleta. Admitir a validade de instância instaurada a partir de cláusula em branco implicaria impor arbitragem compulsória e, portanto, afrontaria o princípio constitucional contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Daí resultaria a incompatibilidade entre o efeito positivo da cláusula em branco e a Constituição brasileira:

[...] sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente – dada a indeterminação do seu objeto – e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional. Não posso fugir, desse modo, à declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º da Lei de arbitragem.²⁴⁶

Tais razões, calcadas em positivismo legalista pós-revolucionário, ainda carregam a rejeição do juiz nacional pelo parlamento. Ressalte-se, contudo, que mesmo os codificadores do século XIX percebiam que a completude do ordenamento dependia de certa margem interpretativa deixada ao julgador, orientado a buscar soluções nos usos e costumes. Nesse sentido, o Código Comercial brasileiro de 1850, de nítida inspiração napoleônica, prescreve: “Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias a sua execução, deve-se presumir que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos, no lugar da execução do contrato”.²⁴⁷ Na França, de outro modo, Pothier isolara os

²⁴⁴ Cf. art. 485, do Código Civil brasileiro: “A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa”

²⁴⁵ Cf. art. 1592, do Código Civil francês: “*Il se peut cependant être laisser à l'arbitrage d'un tier, si le tier ne veut ou ne peut faire l'estimation, in n'y a point de vente*”. A respeito da integração contratual pelo juiz francês, ver Jarrosson (1987, p. 94).

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.207-7 - Reino da Espanha, Tribunal Pleno. Requerente: M.V.B Commercial and Export Management Establishment. Requerido: Resíl Indústria e Comércio Ltda. Relator: Sepúlveda Pertence. Lima (1999, p. 343).

²⁴⁷ Cf. art. 133 do Código Comercial brasileiro.

célebres doze princípios interpretativos aplicáveis às relações contratuais. Um deles enfatiza a necessidade de os contratos serem interpretados de forma a assegurar a eficácia, como se as partes houvessem concluído o negócio jurídico despidas de reserva mental: “Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito e não no que não teria efeito algum” (VENOSA, 2003, p. 454).

Ao se deparar com a incompletude do contrato, dois métodos de hermenêutica se apresentam autoridade jurisdicional: a interpretação integrativa e a integração em sentido estrito. Salvo Venosa explica que, pelo primeiro, o juiz tenta identificar o que fora almejado pelas partes com recurso ao princípio de boa-fé e aos usos sociais; pelo segundo, o juiz preenche lacunas no contrato, a fim de obrigar as partes às obrigações decorrentes de cada espécie contratual. De perto, tal distinção revela-se dispensável. Em ambas as situações será válida a intervenção judicial destinada a assegurar eficácia ao negócio jurídico.²⁴⁸

Frise-se, ademais, que, embora de efeitos jurídicos processuais, a cláusula compromissória não se interpreta de forma distinta de outros negócios jurídicos. Diferente do compromisso arbitral e do contrato de compra e venda, cuja perfeição requer a presença de elementos específicos²⁴⁹, da cláusula compromissória requer-se apenas a presença dos elementos gerais relativos à forma, ao objeto e à capacidade das partes. Fora disso, não se lhe questiona a existência ou a validade. Nesse sentido, Joel Dias Figueira Júnior:

Não há o mínimo ‘fumus’ de afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional esculpido no inc. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, sobretudo porque a manifestação favorável do Estado-juiz em instituir compulsoriamente o juízo arbitral dependerá sempre da comprovação cabal de prévia existência de cláusula arbitral firmada pelas partes contratantes. (FIGUEIRA JR., 1998, p. 450).

Então, se a lide cabe no âmbito de aplicabilidade da cláusula em branco, ela existe e afasta o Judiciário. Somente se as partes não acordarem a forma de escolha e nomeação do árbitro, invoca-se o Judiciário para integrar a convenção e assegurar efeito positivo. Nesse sentido, Nelson Jobim esclarece: “Na inicial da ação, a lei determina que o autor

²⁴⁸ Bruno Oppetit (1999, p. 122) demonstra que as últimas décadas testemunharam a *juridicização* da equidade. Antes uma noção moral e corretiva, a equidade adquiriu força normativa própria e apresenta-se, hoje, como fundamento de integração e de revisão de contratos pelo juiz, como ocorre, *v.g.*, na aplicação da teoria da imprevisão, nos contratos administrativos, ou na hipótese de *hardship*, nos comerciais.

²⁴⁹ Os elementos essenciais à existência do compromisso arbitral são os enumerados pelo art. 10 da Lei Arbitragem.

indique, com precisão, o objeto da arbitragem [...] o juiz nada cria quanto ao conflito [...] está definido na inicial [...] o juiz verificará se o conflito está, ou não, dentro do âmbito do contrato e da cláusula compromissória”²⁵⁰. Da mesma forma, Maurício Correia decidiu em voto proferido nos autos da Sentença Estrangeira Contestada n. 5.847-1, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, cujo texto merece transcrição:

Ademais, estou admitindo que a tese da inexecutabilidade da cláusula compromissória põe-se em confronto com o Código Civil, que prevê situações em que o objeto do contrato não é determinado, mas determinável, sendo necessário concretizar a vontade das partes e não substituí-la.

[...]

Por isso mesmo, volto a insistir em que negar à parte interessada acesso ao Judiciário para pedir proteção a seu direito é que seria ofensivo ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV)” (Parágrafo 15).²⁵¹

Ressalte-se, para purificar o debate, o fato de que a atividade judicial de integração possibilitada pelos arts. 6º e 7º, da Lei de Arbitragem, não se projeta em relação ao efeito negativo da cláusula em branco. A incompletude da convenção de arbitragem não diz respeito aos elementos necessários à desabilitação do juiz estatal. Ora, o efeito pré-processual negativo decorre da simples existência da cláusula e não requer das partes a indicação da modalidade de instauração da arbitragem: boa-fé e equidade são parâmetros para assegurar a eficácia positiva pela escolha e nomeação dos árbitros. Se a incompletude da cláusula em branco não diz respeito ao efeito negativo e sobre este não recai a integração judicial, é logicamente impossível a incompatibilidade entre esta e a constituição brasileira.²⁵²

4.2 A eficácia do efeito positivo da convenção de arbitragem

Viu-se que a norma objetiva incide sobre a manifestação de vontade das partes para criar o negócio jurídico da arbitragem, cuja eficácia o ordenamento protege. Para manter o

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.207-7 - Reino da Espanha, Tribunal Pleno. Requerente: M.V.B Commercial and Export Management Establishment. Requerido: Resíl Indústria e Comércio Ltda. Relator: Sepúlveda Pertence. Voto-vista proferido por Nelson Jobim. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 4, n. 11, p. 361-374, jan./mar. 2001, p. 373. A respeito, ver Lee e Valença Filho (2003, p.529).

²⁵¹ Voto do Min. Maurício Corrêa nos autos da SEC 5.847-1 – Reino Unido da Grã Bretanha. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 7, p. 356, 2000.

²⁵² Cf. art. 7º, da Lei 9.307/96: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

Estado-juiz à distância correta, criou-se o efeito negativo da competência-competência – cuja existência não decorre da convenção de arbitragem, impedindo que o juiz nacional de atropelar a competência-competência do árbitro –, e o efeito negativo da convenção de arbitragem, para subtrair ao Estado-juiz a jurisdição para o mérito da lide. Já o segundo, constitui **direito privado subjetivo**. Não diz respeito à evicção do Estado-juiz, mas à eficácia da relação jurídica privada, das pretensões e das obrigações de parte à parte, como resultam do negócio jurídico da arbitragem. Protege-se a pretensão e a obrigação de arbitrar, inclusive pelo exercício do direito de ação perante o estado-juiz, em face da parte recalcitrante, no momento em que se tornar necessária a instauração da instância arbitral. O efeito positivo da convenção de arbitragem constitui direito privado subjetivo, embora também adquira traços de direito subjetivo em sentido técnico, sempre que o juiz nacional é convidado a intervir²⁵³; ao possibilitar a instauração da instância, o efeito positivo também permite a colação de função jurisdicional no árbitro cujo conteúdo deve ser delimitado, como critério de repartição de tarefas entre árbitro e juiz nacional. Analisaremos, então, a intensidade do efeito positivo da convenção de arbitragem (4.2.1), antes de demonstrarmos o conteúdo do poder jurisdicional que transporta ao árbitro (4.2.2).

4.2.1 A intensidade do efeito positivo da convenção de arbitragem

Convenção de arbitragem é termo genérico, apresentável sob duas espécies: cláusula compromissória, estipulada pelas partes no momento da conclusão do negócio jurídico, com o objetivo de subtrair ao Judiciário jurisdição para eventuais litígios derivados daquela avença; e compromisso arbitral, concluído, com mesmo fim, após o nascimento do litígio. Há duas espécies de cláusulas compromissórias: a cheia e a em branco. A primeira pode ser do tipo *ad hoc* ou institucional: a cláusula *ad hoc* deve mencionar, em seu texto ou por referência²⁵⁴, a modalidade de instauração da instância arbitral, isto é, de escolha e de nomeação dos árbitros; a do tipo institucional remete a modalidade de instauração da arbitragem às regras de instituição encarregada de administrar a instância arbitral. Já a segunda, em branco, é aquela em que não se descreve

²⁵³ A respeito do conceito de direito subjetivo em sentido técnico, ver 2.1.1.1.2.2.

²⁵⁴ UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law. Model Law on International Commercial Arbitration (1985). Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Acesso em: 25 ago. 2014, 9:41.

a modalidade de instauração do tribunal arbitral. As convenções de arbitragem cujo efeito positivo permite a instauração da instância arbitral sem intervenção judicial são consideradas autossuficientes (4.2.1.1). Diante de cláusula autossuficiente, a parte não tem interesse de agir; de provocar o estado-juiz para dele obter a proteção para a pretensão de arbitrar. No sistema brasileiro, só a cláusula compromissória em branco não apresenta essa nota (4.2.1.2).

4.2.1.1 A autossuficiência da cláusula compromissória

Antes de entrar em vigor a Lei de Arbitragem, o Código de processo civil assegurava ao compromisso arbitral a produção de efeitos positivos negados à cláusula compromissória, tida como mera promessa de contratar. O compromisso arbitral era a verdadeira convenção, sem a qual a instância arbitral não podia ser instaurada.²⁵⁵ Se, após o surgimento da lide, uma parte não comparecesse para firmar espontaneamente o compromisso arbitral, só restaria à outra responsabilizá-la pelas perdas e danos advindos daquela quebra de contrato. Embora válida, a cláusula compromissória carecia de eficácia. Esse, ao lado do duplo *exequatur*, foi, durante anos, um dos maiores entraves ao desenvolvimento do instituto arbitral no Brasil. Já em 1977, ao abrir o XI Colóquio dos Institutos de Estudos Judiciários em Dijon, afirmou o professor Pieter Sanders (1980, p. 240, tradução nossa):

[...] não encontramos senão raramente, como na América Latina e em França, a exigência de que um compromisso de arbitragem seja firmado após o nascimento do litígio, em que pese a existência de uma cláusula compromissória inserida no contrato do qual resulta o litígio.²⁵⁶

Não tardou que também o direito francês se alinhasse à tendência internacional, deixando-nos isolados no cenário jurídico e econômico internacional. Assim, o art. 1.455, do Novo Código de Processo Civil Francês²⁵⁷, consagrou não só a produção de efeitos

²⁵⁵ Nesse sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Agravo de Instrumento n. 28.040-GB, da 1ª Turma. Agravante: Imobiliária Piranona Ltda. Agravado: Luiz Antônio Schneider Alves de Almeida e outros. Relator: Pedro Chaves, Brasília, 30 de maio de 1963: “A cláusula compromissória ainda não é o “compromisso” chamado Juízo Arbitral, nem com ele se confunde. É simples promessa de solução de questão ou litígio futuro enquanto que o compromisso é contrato que pressupõe uma questão já existente e só se formaliza observados os requisitos dos arts. 1.036 e 1.039, do Código Civil e só obriga depois de instituído, na forma do art. 1.044.” **Diário Oficial da União**, p. 705, 19 jul. 1963.

²⁵⁶ No original: “*en tout cas on ne trouve que rarement, comme en Amérique Latine et en France l’exigence qu’un acte de compromis soit dressé après qu’un litige soit né malgré la clause compromissoire insérée dans le contrat dont résulte le différend*”.

²⁵⁷ Decreto n.º 80-354, de 14.05.1980.

positivos à cláusula compromissória – garantindo que, uma vez eleita a via arbitral, as partes se obrigam, salvo distrato, a nela permanecer –, como também a realização dos efeitos positivos sem necessidade de intervenção do juiz estatal. Garantiu-se, assim, a autossuficiência da cláusula compromissória. Desde então, a simples existência de cláusula compromissória cheia permite que as partes, surgida a controvérsia, passem diretamente à constituição do tribunal arbitral sem necessidade de se celebrar o compromisso arbitral, mesmo a contragosto de uma delas.

As mudanças no direito francês, em 1980, permitiram a René David (1982, p. 234) declarar, dois anos depois, o reconhecimento deste efeito positivo da convenção de arbitragem em quase todos os países, exceto em alguns focos de resistência latino-americanos, dentre os quais corretamente identificou o Brasil.²⁵⁸ Nosso alinhamento à tendência do direito comparado ocorreu, de início, nas arbitragens sujeitas ao regime jurídico regime jurídico de fonte convencional (4.2.1.1.1) e, em seguida, reconhecido pelo direito de origem interna (4.2.1.1.2).

4.2.1.1.1 A autossuficiência no direito de fonte convencional:

Em princípio, o ordenamento brasileiro não reconhece distinção hierárquica entre lei e convenções internacionais. Se houver conflito, resolver-se-á pela prevalência da norma mais recente ou da mais específica. Nessa linha, os tribunais brasileiros aplicam o Protocolo Relativo às Cláusulas de Arbitragem (Genebra 1923), a fim de assegurar autossuficiência às convenções estipuladas antes do advento da Lei de Arbitragem, inclusive para a solução de lides entre partes oriundas de Estados que já migraram para o sistema da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque 1958) (a). Olvidam, contudo, a vigência e a utilidade da Convenção Interamericana de Sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá 1975), cuja aplicabilidade não exige reciprocidade ou internacionalidade da arbitragem, mas apenas que a lide tenha natureza mercantil; ademais disso, elimina, onde aplicável, a possibilidade de cláusula patológica em branco (b).

²⁵⁸ “*La clause compromissoire ne paraît pas être valable, ou moins sa répudiation n’est sanctionnée que par l’attribution de dommages-intérêts, dans un certain nombre de pays de l’Amérique latine: Brésil, Honduras, République Dominicaine, Venezuela.*”

a) a sobrevida do Protocolo de Genebra de 1923;

A modernização do direito brasileiro em relação à matéria originou-se por inspiração do Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em 20.04.1990, por ocasião do julgamento de controvérsia em torno de um contrato de transporte que envolveu partes brasileiras, argentinas e norueguesas. Proferida a sentença arbitral, a parte norueguesa logo se opôs à sua homologação, porque a instância arbitral fora instaurada com fundamento em mera cláusula compromissória, quando, para isso, seria necessária a conclusão de compromisso arbitral. Em suma, negava a autossuficiência da cláusula compromissória.

Apesar de a princípio acatados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tais argumentos foram, enfim, afastados com fundamento no voto vencedor proferido pelo Ministro Gueiros Leite, ao indicar, corretamente, que a espécie cabia no âmbito de aplicabilidade do Protocolo de Genebra de 1923, por isso cláusula compromissória e compromisso arbitral deveriam produzir os mesmos efeitos positivos legais: “Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral”²⁵⁹. Passados 50 anos desde sua promulgação, pela primeira vez, o mencionado protocolo fundamentou decisão judicial brasileira

Ressalte-se, todavia, que, embora imponha, em linguagem direta, o reconhecimento de efeito negativo à convenção de arbitragem²⁶⁰, o protocolo não regula, de forma direta, o positivo. De seu texto resulta apenas que a instauração da instância arbitral submete-se à autonomia da vontade ou, subsidiariamente, ao direito do país da sede. Assim, no caso de as partes haverem previsto a forma de escolha e nomeação dos árbitros – diretamente no corpo da convenção ou indiretamente por referência a regulamento de arbitragem –, pode-se afirmar que o protocolo assegura o efeito positivo da convenção de arbitragem em sua modalidade autossuficiente. Dispensável, portanto, a participação do juiz de apoio.

Em 2003, isto é, após a introdução da Convenção sobre o Reconhecimento e

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 616, da 3ª Turma. Recorrente: Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro. Recorrido: A.S Ivarans Rederi. Relator: Gueiros Leite. Brasília, 24 de abril de 1990. **Diário de Justiça**, p. 7647, 13 ago. 1990. A respeito, ver Lee (1995, p. 137).

²⁶⁰Cf. art. 4, do Protocolo de Genebra de 1923 (Dec n° 21187/32): “Os tribunais dos Estados contratantes, dos quais esteja pendente litígio relativo a um contrato concluído entre as pessoas previstas no art. 1º e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude do dito artigo e suscetível de ser executada, encaminharão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros”.

Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958) no ordenamento brasileiro, o protocolo foi invocado para fundamentar a dissidência inaugurada por Carlos Alberto Direito no julgamento de lide na qual se discutia a eficácia de cláusula compromissória firmada por brasileiros e italianos antes do advento da Lei de Arbitragem: “A natureza internacional do contrato impõe que a distinção fique superada, valendo o Protocolo de Genebra de 1923 [...]”, na ocasião, minoritária.²⁶¹ Não tardou, contudo, o Protocolo tornar a servir de fundamento a autossuficiência de convenção anterior à Lei de Arbitragem: “Pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou de cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial”.²⁶² Finalmente, invocaram-no para reconhecer a validade da instauração da instância arbitral de acordo com as regras da Associação de Arbitragem Comercial do Japão.²⁶³

Nos demais casos – hipóteses de cláusula compromissória em branco – o texto convencional elege elemento de conexão subsidiário à vontade não manifestada: o país da sede. Carrega, apenas aparentemente, regra de conflito cuja categoria de ligação é a eficácia positiva da convenção de arbitragem e cujo elemento de conexão é o local da sede. Deve-se, todavia, compreender que o redator almejou promover a coincidência entre o

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 238.174/SP, da 3ª Turma. Recorrente: Distillerie Stock do Brasil Ltda. Recorrido: Campari do Brasil Ltda. Relator: Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 06 de maio de 2003, confirmando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida na Apelação Cível n. 083.125-4/2, da 3ª Câmara de Direito Privado, com base em Relatório de Enio Santarelli Zulliani. Ambos publicados pela **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-145, jan./mar. 2004, com comentário de Adriana Braghetta.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 712.566-RJ, da 3ª Turma. Recorrente: Espal Representações e Conta Própria Ltda. Recorrida: Wilhelm Fette – GMBH. Relatora: Nancy Andrigui. Brasília, 18 de agosto de 2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, a. 2, n. 7, p. 212 -237, out./dez. 2005, com comentário de Emir Calluf Filho.

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. SEC 349. Mitsubishi Electric Corporation *c.* Evadim Indústrias Amazônia S.A. Rel. Eliana Calmon, j. 21.05.2007. **Diário de Justiça**, p. 528, 21 maio 2007. Nos tribunais estaduais, o Protocolo fundamenta ao menos duas decisões: BRASIL. Tribunal de Justiça – RJ. 16ª C.Civ. Ap. Cív. 25.140/2007. Companhia Nacional de Cimento Portland e outro *c.* Latcem S.A. e outro Rel. Ronald Valladares, j. 18.09.2007: “Ementa: [...] Impõe-se a resolução do processo sem julgamento de mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, estava em vigor a lei de arbitragem, mesmo que o contrato tenha sido celebrado anteriormente à sua vigência, pois as normas processuais têm aplicação imediata. [...]”. Disponível: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 24 jul., 2008, 00h:37m; BRASIL. Tribunal de Justiça – RJ. 15ª C. Cív. Agr. Ins. 2000.002.14895. José Mota Filho, j. 09.10.200: “Direito Internacional. Convenção Internacional de arbitragem. Genebra, 1923, art. 4º. Os tribunais dos Estados contratantes dos quais esteja pendente um litígio relativo a um contrato concluído entre pessoas previstas no art. 1. e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude de dito artigo e suscetível de ser executada, remeterão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros. Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral.” **Diário Oficial**, p. 232-2342, 1 mar., 2001.

ordenamento reitor da eficácia positiva e o do local da sede da arbitragem, baseando-se na crença, em voga no início do século passado, de que apenas o judiciário do país da sede pode prestar apoio à instauração da arbitragem. Mas, ressalte-se, aos olhos do juiz nacional brasileiro, a possibilidade de intervenção judicial está condicionada ao conteúdo *lex fori*, ao direito processual civil, dos arts. 6º e 7º, da Lei de Arbitragem, de aplicabilidade restrita à cláusula em branco e à instauração de arbitragens com sede no Brasil. Tal limite não provém da escolha do local da sede em território pátrio ou estrangeiro, mas, do princípio de territorialidade que limita a função de todo juiz estatal.

b) a impossibilidade de cláusula em branco no regime jurídico de fonte convencional.

A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975) também reconhece autossuficiência à convenção de arbitragem²⁶⁴. Embora o texto de seu art. 1º se refira à validade da convenção, sem mencionar a eficácia²⁶⁵, aquela só pode ser do tipo material. Como demonstra Hans Kelsen (1998, p. 236), a eficácia mínima de uma norma singular é condição de sua própria existência, na medida em que deve contribuir para a eficácia do ordenamento no qual se insere.²⁶⁶ Não faria sentido a proteção do ordenamento direcionada e restrita à mera validade formal.

Além de equiparar, no plano da eficácia, cláusula e compromisso, a Convenção do Panamá outorga autossuficiência a todas as cláusulas que regulamenta. Nesse sentido, razão assiste a Albert Jan Van Den Berg, para quem a Convenção do Panamá “elimina a necessidade de estabelecer um compromisso arbitral após o nascimento do litígio, a despeito da existência de uma cláusula compromissória entre as partes” (VAN DEN BERG, 1985, p. 215, tradução nossa)²⁶⁷. Para tanto, adota método peculiar: torna impossível a ocorrência de cláusula compromissória em branco. Se as partes nada preveem

²⁶⁴ Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional. Em vigor por força do Decreto do Poder Executivo 1.902/96, publicado no D.O.U., 10.05.1996. Além do Brasil, ratificaram a Convenção do Panamá de 1975 outros dezoito Estados: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>. Acesso em: 14 dez. 2014, 12:32.

²⁶⁵ Cf. Art. 1, da Convenção do Panamá de 1975: “É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil.”

²⁶⁶ Ver também Oppetit (1999, p. 62).

²⁶⁷ No original: “Article 1 therefore eliminates the need to draw up a submission agreement once the dispute has arisen even if an arbitration clause already exists between the parties”..

quanto às regras aplicáveis ao procedimento arbitral, devem ser aplicadas as da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, entidade patrocinada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a qual o legislador brasileiro erroneamente chamou de Comissão **Internacional** de Arbitragem Comercial, como consta no decreto que internalizou o texto da Convenção.²⁶⁸ Sendo impossível a ocorrência de cláusula em branco, todas são autossuficientes e a instauração da arbitragem deve atender às regras contidas no art. 5º, das Regras de Arbitragem da CIAC.²⁶⁹

O método da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1974), foi reproduzido pelos redatores do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Buenos Aires, 1998).²⁷⁰

A escolha da CIAC como instituição residual para a arbitragem que caiba no âmbito da Convenção do Panamá de 1975 cria situações originais no ordenamento brasileiro. De início, a ausência de interesse de agir para o jurisdicionado recorrer à prestação judicial prescrita pelo art. 7º, da Lei de Arbitragem, já que a instauração pode ser realizada na forma do Regulamento da CIAC. Em seguida, o privilégio que se concede a uma instituição de arbitragem em prejuízo das demais; carrega à administração da CIAC, suas regras, tabelas de custas e honorários, instâncias arbitrais nas quais as partes muitas vezes sequer sabiam da existência da entidade, simplesmente por estarem sujeitas ao regime jurídico da Convenção do Panamá de 1975 ou do Acordo de Buenos Aires de 1998.²⁷¹

4.2.1.1.2 O efeito positivo no direito de origem interna

O juiz nacional brasileiro soube pacificar o debate e fazer prevalecer interpretação condizente com a sistemática legal para reconhecer efeitos positivos idênticos à cláusula

²⁶⁸ Cf. art. 3, da Convenção do Panamá de 1975: “Na falta de acordo expresso entre as Partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Internacional de Arbitragem Comercial.”

²⁶⁹ Cf. Art 5º do Regulamento da CIAC

²⁷⁰ Cf. Art 12, do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Buenos Aires, 1998), em vigor, no Brasil, por força do Decreto n. 4.719, de 04 de junho de 2003 : “[...] 2 – Na arbitragem ‘ad hoc’: [...] b) se as partes no presente Acordo nada tiverem previsto, aplicar-se-ão as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial CIAC – conforme o estabelecido no art. 3 da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, de 1975 – vigentes no momento da celebração da convenção arbitral.”

²⁷¹ Também a Convenção de Washington de 1965 criou um sistema de arbitragem imune à possibilidade de cláusula compromissória em branco.

compromissória cheia e ao compromisso arbitral (a). Todavia, foi significativa a turbulência enfrentada ao longo dos primeiros anos seguintes à promulgação da Lei de Arbitragem (b).

a) os art. 5º e 6º da Lei de Arbitragem;

Coube ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em verdadeiro *leading case*, o pioneirismo de retificar a equivocada interpretação, para afirmar, no direito de fonte interna, a autossuficiência da cláusula compromissória cheia. A espécie envolveu o fabricante de veículos automotores Renault e as concessionárias do Grupo CAO, que contestaram, perante o juiz estatal brasileiro, a instauração de instância arbitral administrada pela CCI a partir de mera cláusula compromissória. Os argumentos apresentados pelas sociedades desse grupo foram claramente rechaçados:

Arbitragem. Cláusula Compromissória. Execução. Existência de acordo prévio em que as partes estabelecem a forma de instituir a arbitragem, adotando as regras de órgão arbitral institucional, ou de entidade especializada. Hipótese de cláusula compromissória cheia. Submissão às normas do órgão, ou entidade, livremente escolhido pelas partes. Desnecessidade de intervenção judicial a firmar o conteúdo do compromisso arbitral. Recurso Provido.²⁷²

²⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0 da 5ª Câmara de direito privado. Agravante: Renault do Brasil S/A e outros. Agravado: Carlos Alberto de Oliveira Andrade e outros. Relator: Rodrigues de Carvalho. São Paulo, 16 de setembro de 1999. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 3, n. 7. jan./mar. p. 336-348, 2000. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 700005726070, da 2ª Câmara Cível. Apelante: Paulo César Araújo do Rio. Apelado: J.S. Construções, Reformas e Materiais de Construção Ltda. Relator: Mario Rocha Lopes Filho. Porto Alegre, 29 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 24 jul. 2011, 01h:20m. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 296.036.4/4, da 7ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Celso Varga. Apelado: Câmara de Comércio Brasil Canadá. Relator: Sousa Lima. São Paulo, 13 de novembro de 2003: “Cláusula “cheia”. Nulidade. Inexistência. Contratantes que elegeram o órgão arbitral e se obrigaram a aceitar as normas por ele impostas. Aplicação do art. 5º da Lei 9.307/96. Intervenção judicial desnecessária. Art. 7º da mesma lei que trata de cláusula “vazia”. Arbitragem já instituída. Tentativa de paralisação da solução da controvérsia. Inadmissível descumprimento de cláusulas contratuais. Reserva mental. Caracterização. Cláusula compromissória que fixa o objeto da arbitragem. Cientificação do alegado descumprimento de cláusulas. Ocorrência. Regulamento da Câmara de Comércio. Nulidade da cláusula 5.9. Não verificação. Regulamento que assegura, em qualquer hipótese, o contraditório. Recurso não provido”. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Celso_Varga_versus_TRW_agravo.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2015, 23:12. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 2002.001.28020, da 13ª Câmara Cível. Apelante: South Marketing Ltda. Apelado: Air Canada. Relator: Ademir Pimentel. Rio de Janeiro, 12 março de 2003: “Ementa: Processual civil. Ação indenizatória. Cláusula compromissória através da qual se submeteu o contrato à arbitragem. Extinção do processo sem julgamento do mérito por inadequação da via eleita. Improvimento do recurso. [...] II – Mesmo nos contratos de adesão, a cláusula compromissória terá eficácia, se o aderente concorda, conforme é o caso, expressamente, com a sua instituição. IV – Até o advento da Lei 9.307/96, a eficácia da cláusula compromissória cingia-se às partes. Hodiernamente, tanto a

Tal solução fora preconizada por Eduardo Damiano Gonçalves em dissertação defendida na Universidade de Paris II, em setembro de 1997. Para o autor, a existência dos arts. 6º e 7º, da Lei de Arbitragem – dispositivos que prescrevem a possibilidade de participação do Poder Judiciário na instauração da instância arbitral –, diz respeito apenas às cláusulas compromissórias que não indiquem, direta ou indiretamente, a modalidade de nomeação dos árbitros²⁷³. Essa, aliás, já era a opinião daqueles que compuseram a comissão encarregada de redigir o projeto de lei posteriormente transformado na Lei de Arbitragem. A respeito, Pedro Batista Martins é categórico: “Essa lei, no que tange ao pacto preliminar, eliminou as incertezas anteriores, conferindo-lhe eficácia positiva, com efeitos jurídicos próprios e capazes de, de per si, afastar a jurisdição Estatal”. Continua o mesmo autor:

[...] curial ressaltar que, a utilização do mecanismo processual previsto no art. 7º da Lei Marco Maciel é uma opção dada à parte, que poderá deixar de utilizá-lo caso a arbitragem esteja sujeita ao regulamento de uma instituição arbitral, cujas regras contemplem medidas impositivas à parte resistente, que tornem desnecessária a cooperação do juízo estatal para suprir a declaração da vontade inadimplida. (BATISTA MARTINS, 1999, p. 241)

Segundo Carlos Alberto Carmona, outro redator da mencionada lei, carece de interesse processual a parte que, diante cláusula compromissória cheia, recorre ao mecanismo previsto nos arts. 6º e 7º, da Lei de Arbitragem (CARMONA, 2004, p. 132)²⁷⁴. Por fim, coube ao Ministro Nelson Jobim, nos autos da Sentença Estrangeira n. 5.207-7, fixar, em nossa jurisprudência, verdadeira tipologia das convenções de arbitragem e seus efeitos positivos. Transcrevemos, pela clareza didática, trecho do voto:

A ação do art. 7º nada tem com as demais cláusulas compromissórias, ou seja, aquelas que se remetem às regras de órgão ou entidade ou aquelas que possuem pacto sobre a instituição da arbitragem. Estes tipos de cláusulas compromissórias dispensam a lavratura de um novo pacto, tudo porque já existe “acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem”, como diz a lei (art. 6º) [...] Exatamente por isso

cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral excluem, pela sistemática adotada pela Lei 9.307/96, a jurisdição. Constituem, hoje, espécies do gênero convenção de arbitragem, nos termos do seu artigo terceiro. Reconhece a lei a eficácia de ambos para a instauração da via arbitral, superada a distinção terminológica, destacando-se a evidente obstaculização à arbitragem que o entendimento acarretava [...]”. Disponível: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 24 jul. 2011, 7:21.

²⁷³ Damiano Gonçalves (1997).

²⁷⁴ No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Parecer apresentado nos autos do Agravo de Instrumento n. 124.217/0, da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Verificada, pois, a hipótese de litígios versando sobre questões comerciais internacionais, tem-se que a cláusula compromissória é autossuficiente, tornando dispensável o subsequente compromisso”.

que a ação do art. 7º é exclusiva da “cláusula compromissória em branco”²⁷⁵

Entendemos, com Nelson Jobim, ser essa a melhor interpretação para os arts. 6º e 7º, da Lei de Arbitragem. Garante-se autossuficiência ao compromisso e à cláusula compromissória cheia, como, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. No caso, Odil Pereira Campos Filho se opôs à homologação de sentença arbitral “estrangeira”, proferida sob a égide da Liverpool Cotton Association, sob o argumento de que a arbitragem não poderia ter sido instaurada sem compromisso. O STJ rechaçou tal argumento, ratificou a paridade entre ambas as espécies de convenção de arbitragem e declarou válida a instauração da instância sem participação judicial, nos moldes previstos pelo Regulamento de arbitragem escolhido pelas partes.²⁷⁶

b) a turbulência dos anos de aprendizado.

Durante os primeiros anos que se seguiram à entrada em vigor da Lei de Arbitragem, era comum o argumento segundo o qual um compromisso seria sempre necessário à instauração da instância arbitral; mas, se uma das partes se negasse a concluí-lo após o nascimento da lide, estaria configurado o interesse de agir para a outra parte recorrer ao Poder Judiciário e requerer a substituição do compromisso pela sentença judicial. Nesse sentido, autores de tomo entenderam ser incontornável o mecanismo prescrito pelo art. 7º, da Lei de Arbitragem²⁷⁷:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Entendeu-se que a prescrição do art. 5º deveria ser respeitada pelo juiz nacional

²⁷⁵ Voto proferido nos autos do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.207-7 (Reino da Espanha). **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 4, n. 11, p. 366, 2001.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 1.210, Corte Especial. Requerente: International Cotton Trading Limited Ict. Requerido: Odil Pereira Campos Filho. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, 26 de junho 2007. **Diário de Justiça**, 06.08.2007, fl. 444.

²⁷⁷ Em sentido contrário à autossuficiência da cláusula compromissória no sistema da Lei de Arbitragem, são vários os trabalhos editados durante os primeiros anos de sua vigência. Ver Barbosa Moreira (1997, p. 1); Guerreiro Lopes (1997, p. 1207), Barbi Filho (1998, p. 104), Carreira Alvim (2000, p. 219), Reinaldo Filho (1997, p. 72), Teixeira e Andreatta (1997, p. 94), Cachapuz (2000, p. 83); Corrêa (1998, p. 41); Muniz (1999, p. 87), Rocha (1998, p. 64) e Huck (1997, p. 573).

convocado para auxiliar na instauração da arbitragem, no momento da lavratura do compromisso judicial. Seu texto, contudo, prescreve outra coisa. Ordena que a instauração da instância ocorra de acordo com as regras indicadas pelas partes, seja no próprio texto da cláusula, seja por referência ao regulamento de arbitragem de alguma instituição:

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.

A influência dessa doutrina repercutiu em alguns tribunais.²⁷⁸ Embora tendam a se tornar raros, acórdãos nessa linha ocorrem e causam sustos, como é o caso de erro grosseiro cometido pela 18ª C. Civ. do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por ocasião do julgamento de lide entre **Inepar Indústria e Construções e Itaquira Energética**. Na espécie, uma arbitragem *ad hoc* fora instaurada para tramitar de acordo com o Regulamento de Arbitragem da CCI. O tribunal compunha-se dos professores Hermes Marcelo Huck e Eros Roberto Grau, sob a presidência de Luis Arthur Caselli Guimarães. A sentença, proferida em setembro de 2005, condenou *Inepar* ao pagamento de 140 milhões de reais e foi submetida a controle judiciário para fins de execução compulsória. *Inepar* aproveitou a ocasião para atacá-la e o juiz paranaense decretou a nulidade da sentença arbitral em decorrência de a instância arbitral ter sido instaurada sem a celebração de compromisso:

II - Somente após a celebração do compromisso arbitral é que haverá o deslocamento da jurisdição, pois a simples existência da cláusula compromissória não é suficiente para submeter o litígio à arbitragem. III - Não importa se foi a parte que deu início ao procedimento, firmou a "Ata de Missão" e participou de todos os atos, pois, diante da ausência da realização do compromisso arbitral, não houve o deslocamento da jurisdição e, portanto, o juízo arbitral não foi apto a substituir o Poder Judiciário. IV – “Ata de Missão”:

²⁷⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70005726070, da 2ª Câmara Especial Cível. Apelante: Paulo César Araújo do Rio. Apelado: J. S. Construções, Reformas e Materiais de Construções Ltda. Relator: Rocha Lopes Filho. Porto Alegre, 29 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 24 jul. 2014, 01h:20m; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70005680558, da 2ª Câmara Especial Cível. Agravante: General Electric Company. Agravado: Surgical Produtos de Consumo Hospitalar Ltda. Relatora: Marta Borges Ortiz. Porto Alegre, 30 de junho de 2003: “Validade da convenção arbitral. A nova legislação relativa à arbitragem – Lei 9.307/96 – reclama, para sua efetividade, não somente a previsão contratual da arbitragem, mas, de modo igual, do denominado compromisso arbitral, consistente em um contrato, através do qual as partes estabelecem os termos em que a arbitragem efetuar-se-á. No caso em liça, não fora travado entre os litigantes o denominado compromisso arbitral, com o que se afasta a validade da Convenção Arbitral”. Disponível: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 24 jul. 2014, 1:24.

não pode ser equiparada ao compromisso arbitral, ainda mais quando incompleta, sem a qualificação dos árbitros e sem ser firmada por duas testemunhas. V - É nula a sentença arbitral se o procedimento teve início sem a observância de requisito essencial: assinatura do compromisso arbitral.²⁷⁹

Do mesmo modo, a errônea decisão do TJPR, no caso foi retificada pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em decisão cuja Ementa transcrevemos, em parte:

[...] 3. A convenção de arbitragem, tanto na modalidade do compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, é suficiente e vinculante, afastando definitivamente a jurisdição estatal.

4. A contratação de cláusula compromissória cheia, espécie admitida pelo art. 5º da Lei de Arbitragem, na qual se convencionou a forma de nomeação dos árbitros ou a adoção de regras institucionais, prescinde de complementação por meio de compromisso arbitral [...]²⁸⁰

O debate em torno da autossuficiência da cláusula compromissória em branco parece, finalmente, pacificado. Os arts. 6º e 7º, da Lei de Arbitragem, servem unicamente à garantia de efeito positivo à cláusula compromissória em branco, em arbitragens que não caibam no regime da Convenção do Panamá de 1975 ou do Acordo de Buenos Aires de 1998.

4.2.1.2 O efeito positivo da compromissória em branco

A expressão *clause blanche* foi cunhada pela doutrina francesa e se refere às cláusulas compromissórias que não indicam, em seu texto, as modalidades de instauração da instância arbitral, seja de forma direta – que preveem o modo de escolha e nomeação dos árbitros –, seja de forma indireta – que remete às modalidades previstas no regulamento de instituição de arbitragem (FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN,

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 428.067-1, da 18ª Câmara Cível. Agravante: Inepar Indústria e Construções. Agravada: Itiquira Energética S.A. Relator: Carlos Mansur Arida (com voto divergente de José Carlos Dalaqua). Curitiba, 30 de janeiro de 2008. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 17, p. 112-125, jan./mar. 2008, p. 116.

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.389.763, da 3ª Turma. Recorrente: INEPAR S/A Indústria e Construções. Recorrido: Itiquira Energética S/A. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 12 de novembro de 2013. **DJe** 20/11/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2014, 13:43. No mesmo sentido, BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 28.808/2001, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Evadin Industria Amazônia Ltda. Apelado: Mitsubishi Electric Corporation MELCO. Relator: Gilberto Pereira Rêgo. Rio de Janeiro, 30 de abril de 2002: “Somente quando se tratar de cláusula compromissória em branco a lei abre o caminho da notificação do art. 6º [...]”. In: Batista Martins (2008, p. 118).

1996, p. 286)²⁸¹. Como somente à cláusula compromissória completa o ordenamento brasileiro reconhece a produção de efeitos positivos em sua modalidade dita autossuficiência, resta à parte interessada em promover a instauração da instância arbitral a partir de convenção de arbitragem a possibilidade de recorrer ao juiz estatal para requerer apoio (4.2.1.2.1). A intervenção não é, todavia, minimalista, não se limita ao exercício do papel de autoridade de nomeação, como seria salutar, e ocorre na maior parte dos ordenamentos que também reconhecem efeitos positivos a cláusulas em branco (4.2.1.2.2).

4.2.1.2.1 A instauração da instância

O ordenamento brasileiro nega autossuficiência à cláusula compromissória em branco. Não permite, em tais casos, a instauração da instância arbitral sem a posterior conclusão de compromisso arbitral, que poderá ser amigável, hipótese em que se dispensa a participação estatal (a). Por outro lado, se as partes não chegarem a um consenso quanto à modalidade de escolha e nomeação dos árbitros, restará configurado o interesse de agir para se intentar a ação de instauração de juízo arbitral a que se referem os arts. 6º e 7º, da Lei de Arbitragem (b).

a) sem participação do juiz nacional;

Antes de recorrer ao Poder Judiciário, a parte interessada em promover a instauração da instância arbitral, a partir de cláusula compromissória em branco, deve comunicar à outra parte a intenção de concluir compromisso amigável, indicando, para tanto, dia, hora e local. O contato se faz mediante notificação, que, ressalte-se, dispensa cartório ou oficial público. Basta transmitir-se a mensagem por qualquer meio capaz de

²⁸¹ No original: “*On qualifie de “clause blanche” la clause qui ne précise en rien les modalités de désignation des arbitres, ni directement, ni par référence à un règlement ou à une institution d’arbitrage. C’est le cas, par exemple, de la clause stipulant simplement “Règlement des différends: arbitrage, Paris”*”. No Brasil, o termo “cláusula compromissória em branco” foi primeiramente utilizado por Arnaldo Wald e Patrick Schellenberg (2000, p. 434). Tal expressão foi posteriormente recebida pelo Juiz Rodrigues de Carvalho: BRASIL. Tribunal de. Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.124.217.4/0, da 5ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Renault do Brasil S/A e outras. Agravado: Carlos Alberto de Oliveira Andrade e outros. Relator: Silveira Andrade São Paulo, 16 de setembro de 1999. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 3, n. 7, p. 335-348, jan./mar. 2000, p. 340: “Tem-se, assim, dois tipos de cláusula compromissória. Uma, que não prevê as regras sobre a forma de instituição da arbitragem. Outra, que a prevê. Estas, denominadas **completas**, ou **cheias**; aquelas, **vazias**.” (Grifos originais).

fornecer comprovante de recebimento, como o telegrama, a carta com aviso de recebimento, o fax ou o correio eletrônico. Recomenda-se, já no convite, apresentar proposição relativa aos elementos obrigatórios do compromisso arbitral enumerado no art. 10, da Lei de Arbitragem, o que permite à parte adversa a elaboração de contraproposta.

Iniciam-se, assim, as negociações em torno do conteúdo do compromisso as quais podem estender-se até a data indicada para o encontro, antes da qual não é possível recorrer ao Poder Judiciário. Tal iniciativa incrementa a probabilidade de sucesso na conclusão amigável do compromisso e é condição de admissibilidade da ação de instauração de juízo arbitral. Somente na hipótese de fracassarem as negociações, poderá a parte requerer o apoio do juiz estatal na instauração da instância arbitral. É o que se depreende do art. 6º, da Lei de Arbitragem:

Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

A apresentação das provas de que instou a parte adversa à conclusão de compromisso amigável representa verdadeira condição de admissibilidade da ação aludida no art. 7º; do contrário, configurar-se-ia hipótese de carência de ação por ausência de interesse de agir. Assim, somente se a parte adversa não comparecer ao local indicado ou, comparecendo, não aceite firmar o compromisso, pode a parte interessada requerer ao juiz estatal a citação da outra para que compareça em audiência marcada para a estipulação do compromisso. Nesse sentido, manifestou-se a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 450.881, com base em relatório de Castro Filho:

II – Para a instauração do procedimento judicial de instituição da arbitragem (art. 7º da Lei n. 9.307/96), são indispensáveis a existência de cláusula compromissória e a resistência de uma das partes à sua instituição, requisitos presentes no caso concreto.”²⁸²

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 450.881 - DF, da 3ª Turma. Recorrente: Americel S.A. Recorrido: Robinson Neves Filho e Outros. Relator: Castro Filho. Brasília, 11 de abril de

No mesmo caso, o voto-vista proferido por Nancy Andrighi:

Convém asseverar que a possibilidade de pedido judicial de assinatura de compromisso arbitral por qualquer das partes figurantes em contrato pelo qual se estipulou juízo arbitral para solução de eventuais conflitos que venham a surgir se condiciona somente à existência de cláusula compromissória e à resistência exercida quanto à instituição da arbitragem.

De outro modo, pode ocorrer de a parte reticenciosa não comparecer ou, comparecendo, não ser possível acordo quanto aos termos do compromisso. Nessa hipótese, deve o juiz intervir e assegurar a instauração da instância privada.

b) com a participação do juiz nacional.

O modelo brasileiro de instauração de instância arbitral a partir de convenção de arbitragem em branco não prima pelo minimalismo na intervenção judicial. Ao invés de prescrever ao juízo estatal a possibilidade de intervir na qualidade de simples autoridade de nomeação, como aponta a tendência no direito comparado, o legislador atribuiu-lhe a responsabilidade de proferir sentença cujo conteúdo englobe o de um compromisso de arbitragem. Isso significa que além de designar os árbitros, está o juiz obrigado a delimitar os contornos da lide, indicando, inclusive, local da sede e direito aplicável ao mérito pelos árbitros.

- a tendência minimalista no direito comparado;

A possibilidade de intervenção do juiz nacional para apoiar a instauração da instância arbitral a partir de cláusula compromissória em branco não é especificidade ou esquisitice da legislação brasileira, porquanto há ampla aceitabilidade no direito comparado. Verifica-se, contudo, a tendência a limitar-se a participação do “juiz de apoio” à estrita escolha e nomeação do árbitro; deixa-se a este a competência para delimitar os contornos da lide, determinar o local da arbitragem, o direito aplicável etc. Assim, no

direito francês, os arts. 1.444, 1,²⁸³ e 1.493²⁸⁴, ambos do Novo código de processo civil, permitem às partes recorrer ao Presidente do Tribunal de Grande Instância, na qualidade de autoridade de nomeação. Na arbitragem internacional, ao Presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris, desde que haja relevante conexão entre a lide e o ordenamento francês. Na arbitragem interna, podem as partes designar livremente o presidente de tribunal competente para a nomeação; se não o fizerem, será aquele do local indicado para a sede da arbitragem; se não houver, sucessivamente, será o do domicílio do réu ou o do autor.

Na Suíça, da mesma forma, o § 2º, art. 179, da Lei Federal sobre Direito Internacional Privado de 1987 (LDIP), prevê a possibilidade de indicação, remoção e substituição de árbitros por obra do juiz estatal do tribunal do local onde tem sede a arbitragem²⁸⁵. Também na Itália, o local da sede do tribunal arbitral serve como elemento de conexão unilateral para atribuir competência jurisdicional na indicação de árbitros ao juiz estatal daquele país. Todavia, uma regra de conflito em cascata foi adotada pelo art. 802, segunda parte, do Código Italiano: se as partes ainda não convencionaram o local da arbitragem, será competente o presidente do tribunal do local onde foi estipulado o compromisso ou onde foi concluído o contrato ao qual se refere à cláusula compromissória²⁸⁶. Por fim, o inc. 2, § 4º, do Código de Processo Civil Alemão, confere poderes ao juiz estatal para nomear os árbitros quando não houverem as partes convencionado a respeito.²⁸⁷

A intervenção de terceiros com o objetivo de complementar a vontade das partes manifestada, de forma incompleta, em cláusula compromissória em branco também não é

²⁸³ CF. art. 1.444, 1, do *Code de procédure civile*: “*Si le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l’une des parties ou dans la mise en œuvre de modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres*”. A respeito, ver Boissésou (1990, p. 90).

²⁸⁴ Art. 1.493, do *Code de procédure civile*, segunda parte: “*Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l’égard desquels les parties ont prévu l’application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l’article 1457*”.

²⁸⁵ Cf. art. 179, da *Loi de droit international privé* (LDIP).

²⁸⁶ Cf. art. 802 do *Codice di Procedura Civile*. 80 “*In mancanza, la parte che ha fatto l’invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell’arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato tale sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto al quale si riferisce la clausola compromissoria oppure, se tale luogo è all’estero, al presidente del tribunale di Roma. Il presidente, sentita, quando occorre, l’altra parte, provvede con ordinanza non impugnabile.*” I Figueira Jr. (1999, p. 179).

²⁸⁷ § 1.035, (3) do *Zivilprozessordnung*: “*Não havendo acordo entre as partes sobre a nomeação dos árbitros, um árbitro único será nomeado, por demanda de uma das partes, pelo tribunal, no caso de as partes não chegarem a um acordo [...]*”. Nossa tradução a partir de versão francesa publicada em Poudret e Besson (2002, p. 995).

estranha ao direito comparado de origem convencional. Philippe Fouchard a aponta em, ao menos, dois sistemas convencionais clássicos: o da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961) e o sistema adotado pelas arbitragens submetidas ao Centro Permanente de Arbitragem para a Resolução de Controvérsias Relativas aos Investimentos Internacionais (CIRDI), instituído pela Convenção de Washington de 18.03.1965.

Na Convenção de Genebra de 1961, a criação de um quadro institucional mínimo conferiu-se à parte interessada na instauração da arbitragem fundamentada em cláusula compromissória em branco o direito de recorrer ao presidente da Câmara de Comércio do país da parte contra quem se pretende demandar ou ao Comitê Especial – órgão paritário criado para garantir o equilíbrio político nas arbitragens entre países ocidentais e os antigos países do Leste. Com a liberalização do comércio no Leste e a conseqüente desnacionalização das câmaras de comércio, esse mecanismo está, hoje, obsoleto. Entre países ocidentais ligados pela mencionada convenção, desde a conclusão do Acordo de Paris em 1962, permite-se o recurso ao juiz estatal competente para que este preste seu apoio, possibilitando a instauração da instância arbitral a partir de cláusula compromissória em branco.

Já quanto às arbitragens inseridas no âmbito de aplicabilidade da Convenção de Washington de 1965, quando as partes não têm acordado a forma de escolha e nomeação dos árbitros, cabe à parte interessada requerer a indicação destes ao presidente do Conselho Administrativo do Centro Permanente de Arbitragem para a Resolução de Controvérsias Relativas aos Investimentos Internacionais (CIRDI). O presidente que os escolherá em lista previamente apresentada pelos Estados vinculados. Sendo assim, apresentam-se a Convenção de Washington de 1965 e a do Convenção do Panamá de 1975 como criadoras de sistemas que não permitem a existência de cláusula compromissória em branco.

- a opção brasileira por um modelo judiciarizante

O ordenamento brasileiro não se filia à tendência minimalista internacional no que tange à intervenção judicial para assegurar efeito positivo à cláusula compromissória em branco, por duas razões: uma, de natureza material, e outra, processual.

Do ponto de vista material, cabe ressaltar que o juiz brasileiro está obrigado a ir além da escolha e nomeação do árbitro. Deve inserir, no compromisso judicial, menção aos

limites subjetivos e objetivos da lide e à localidade da sede, onde será proferida a sentença. Quanto ao aspecto processual, interessa frisar o fato de que a ação de instauração de instância arbitral tramita em primeira instância, portanto as decisões poderão ser atacadas mediante recurso de agravo, se interlocutórias, e de apelação, no caso das sentenças. Assim, a guerra judicial em torno da formação de um compromisso de arbitragem judicial pode estender-se durante cinco ou dez anos, cuja batalha final pode, com alguma habilidade dos advogados interessados, ter como palco o STJ ou STF.

O juízo de apelação, portanto, transforma-se em verdadeira instância de ataque ao compromisso judicial, na qual se debate e decide a respeito da validade dos poderes do árbitro, inclusive da cláusula em branco subjacente ao compromisso judicial, matérias cuja análise deveria estar reservada ao juiz de controle da sentença arbitral.

4.2.2 O conteúdo da jurisdição entregue ao árbitro

Jurisdição é atividade de substituição: substitui-se a vontade dos jurisdicionados, e de todos os cidadãos, pela norma de decisão individual e concreta posta pela autoridade jurisdicional. Eis, na essência, a função jurisdicional. Integra o processo de criação normativa o exercício de poderes de duas espécies: os de natureza *intelectiva* – o poder de conhecer as demandas (*notio*) e o de declarar o direito (*judicium*) – os de **natureza coercitiva**, cuja titularidade permite à autoridade jurisdicional prolatar comandos e distribuir a força organizada do Estado (*imperium*). A natureza dos poderes predominantemente exercidos durante o processo de criação do ato jurisdicional informa a da atividade jurisdicional exercida, que pode ser, respectivamente, intelectual ou coercitiva. Ainda na trilha de Chiovenda (2002, p. 9), convém doravante designá-las **substituição jurisdicional intelectual** e **substituição jurisdicional de coerção**.

Do ponto de vista lógico-estático, é possível identificar três etapas no processo de elaboração da norma jurisdicional. Na primeira, na qual se exerce a *notio*, a autoridade habilitada exerce o poder de conhecer os fatos e identificar as regras jurídicas objetivas aplicáveis à espécie. Na segunda, realiza-se o contraste entre o direito objetivo aplicável e os fatos e peculiaridades valorativas encontradas durante o exercício da *notio*. Essa etapa – *judicio* - culmina com a prolação de **norma jurisdicional intelectual**. Na terceira, o eventual inadimplemento da decisão resultante da fase intelectual é combatido pelo exercício do poder de *imperium*, seja para editar comandos, com o fito de retificar a

conduta do jurisdicionado reticente, seja para distribuir a força organizada do Estado e, por seus agentes, assegurar eficácia à norma jurisdicional individual. O exercício do *imperium* é atividade jurisdicional que leva à edição de **norma jurisdicional de coerção**.

Numa perspectiva dinâmica, contudo, o exercício dos poderes característicos da atividade jurisdicional não respeita sucessão lógica; ocorrem de maneira concomitante, por vezes inversa ou, até mesmo, isolada, já que uma espécie de substituição jurisdicional não perde a natureza por não apresentar-se acompanhada pela outra. Tal fenômeno é realçado pela atual tendência processual à sobrevalorização da efetividade jurisdicional em prejuízo da cognição plena.²⁸⁸ Amplia-se, nesse sentido, o âmbito de aplicabilidade da tutela de urgência em detrimento do procedimento ordinário clássico.²⁸⁹ Nela, comum é a norma jurisdicional de coerção preceder ou acompanhar a intelectual em relação à qual costuma ser acessória. Admite-se, ainda, a criação de títulos executivos que não transitam em julgado, mas cuja validade não se limita no tempo, independentemente de posterior exercício de atividade jurisdicional intelectual de cognição exauriente, como no caso do “*référé provision*” dos direitos francês e belga, ou dos alimentos provisionais, no brasileiro.²⁹⁰

Passemos, agora, da descrição ao exercício dos poderes, que ocorre por intermédio do processo, respeitado os imperativos como a isonomia e ampla defesa, sob pena de nulidade da norma de decisão individual resultante. No plano processual, é possível verificar que a bipartição da função jurisdicional em intelectual e coercitiva corresponde ao dualismo de ações: conhecimento e execução (4.2.2.1). Da mesma forma, à bipartição do *imperium* em *merum* e *mixtum* corresponde o dualismo da jurisdição coercitiva, repartida em subcategorias, de acordo com os meios de constrangimento utilizados: atos de coação, também conhecidos como de **execução direta** e atos de sub-rogação ou de **execução direta** (4.2.2.2)

²⁸⁸ Sobre a moderna eficácia da tutela jurisdicional, ver: Silva (1998, v.3).

²⁸⁹ Sobre o assunto, ver Marinoni (2004, p.31), Barbosa Moreira (2003, p. 89), Grinover (2005, p. 214).

²⁹⁰ Edoardo Ricci demonstra a ampliação do âmbito de aplicabilidade do Art. 700 do *Codice di Procedure Civile* da tutela cautelar à tutela satisfativa por força de interpretação doutrinária. Sobre o assunto, ver: Ricci, (2005, p. 253). Nos direitos francês e belga, manifestação dessa tendência é a popularização da chamada “*jurisdiction de référé*” prevista nos arts. 809 e 849 do *Nouveau code de procédure civil français* e no art. 584 do *Code judiciaires*” belga.

4.2.2.1 O processo de conhecimento e o de execução como corolários respectivos da distinção entre *notio* e *imperium*

A classificação das ações, tomado como critério o tipo de poder jurisdicional provocado – intelectual ou coercitivo –, foi recebida, no Brasil, por influência do pensamento de Enrico Tullio Liebman. Para ele, a cada espécie de jurisdição corresponde um tipo de ação.²⁹¹ Assim, os poderes participantes da *juridictio* – conteúdo da jurisdição intelectual – se exercem predominantemente pela ação de conhecimento. Já o *imperium*, predominante na jurisdição coercitiva, se exerce, no mais das vezes, por meio de ação de execução. A sucessão lógica *juridictio* - *imperium* corresponde, no processo civil clássico, existente entre jurisdição de conhecimento e de execução. Na ação de cognição, a autoridade jurisdicional analisa a pretensão das partes a uma declaração de direito, à formação de título executivo, enquanto que, na execução, busca-se a satisfação de direito declarado (CINTRA; GRIONOVER; DINAMARCO, 2005, p. 273).

Atente-se, porém, para a impossibilidade de se processar ação de execução desacompanhada de um mínimo de *notio* e de *judicium* necessários à elaboração das normas individuais de coerção. Assim, a autoridade jurisdicional coercitiva não emprestará o uso da força organizada do Estado que a investiu, sem, antes, verificar a própria existência do título como um dos requisitos à sua exequibilidade. Observa o âmbito de validade subjetiva da norma de decisão jurisdicional, verifica os valores envolvidos e identifica os bens sobre os quais poderão recair as medidas de constrição. Obrigada a proteger a ordem pública, a autoridade jurisdicional estatal certamente não permitirá a execução do título nos casos em que seus efeitos concretos contrariarem à ordem pública.²⁹² Aponte-se, ainda, para a possibilidade de se promover ação de conhecimento verticalmente ilimitada após a instauração e perante a mesma autoridade jurisdicional encarregada da execução, como ocorre nas ações de oposição e de embargos do devedor

²⁹¹ Buzaid (1979, p. 17). Tradução nossa: “Graças ao magnífico trabalho de Liebman o redator do Código de Processo Civil de 1973 ficou livre para adotar a política de unificação do título executivo ou para manter o dualismo da ação”. No original: “*Grazi al magnifico lavoro di Liebman...il legislatore brasiliano che elaborò il Codice de Procedura Civile de 1973 era libero di adottare la politica di unificazione dei titoli esecutivi o di mantenere il dualismo delle azioni*”. Enrico Tullio Liebman se transferiu para São Paulo em 1940, onde permaneceu durante seis anos. Foi professor visitante de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde deixou discípulos, em parte responsáveis pela popularização de sua obra. Sobre o assunto, ver também: Cintra, Grionover e Dinamarco (2005, p. 130-273).

²⁹² Cognição que pode ocorrer de ofício, mas que, na prática, é normalmente provocada por meio de defesa intraprocessual do acusado, mais conhecida como exceção de pré-executividade.

previstas, respectivamente, pelos arts. 457-L e 741, do Código de Processo Civil brasileiro. Como bem assevera José Carlos Barbosa Moreira, não são poucas as hipóteses em que “entremeiam-se cognição e execução, sem que haja a separá-las parede visível”²⁹³ sem que isso modifique a natureza cognitiva ou executiva dos atos.

Não se invoque, em contrário à autonomia entre a ação de conhecimento e a de execução, o fato de a reforma do Código de Processo Civil brasileiro realizada em 2005 ter reunido ação de conhecimento e de execução em processo simultâneo.²⁹⁴ Inicialmente porque a necessidade de formação de nova relação processual após a etapa de conhecimento persiste quanto à execução de sentença arbitral. Embora o art. 475N, do Código de Processo Civil, a classifique como título executivo judicial, a sentença arbitral é ato de autoridade jurisdicional privada, estranha ao Estado, ainda que por ele habilitada. Daí ser correto assimilá-la à sentença judicial estrangeira, cuja inserção no ordenamento jurídico estatal não prescinde de controle judiciário de compatibilidade com a ordem pública do foro, por meio de no processo de homologação ou de execução.²⁹⁵

Por outro lado, também a ação de conhecimento será de impossível administração se não for aperfeiçoada pela edição de comandos auxiliares inerentes à *notio*. Para explicar o fenômeno, Charles Jarrosson propõe a sub-repartição do *imperium* em *merum* e *mixtum*.²⁹⁶ O *merum* corresponde ao poder de editar comandos e de constranger o destinatário sem, contudo, recorrer à força; enquanto *merum* participa o poder de ordenar o uso da força organizada do Estado. Veremos ao exercício de tais poderes corresponde, no plano processual, as ações de execução, respectivamente por meios de coação e de subrogação, como passamos a demonstrar.

²⁹³ Barbosa Moreira (2006, p. 56).

²⁹⁴ A Lei 11.232/2005 estabelece como regra a unicidade processual para conhecimento e execução.

²⁹⁵ Cf. art 475-N, Parágrafo Único, do CPC: “Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.”

²⁹⁶ JARROSSON, Charles. **Réflexions sur l’imperium**. In : Bellet, Pierre (Coord.) Études offertes à Pierre Bellet. Paris: Litec. P. 245-279, 1991, p. 266: “L’imperium est donc une nébuleuse qui est constituée par l’imperium merum – souvent désigné para la seule appellation d’imperium, laquelle est trompeuse – et la juridictio. L’imperium mixtum est une portion d’imperium, au contenu hétéroclite, et qui appartient à la fois à l’imperium merum et à la juridictio. Par nature, il ressortit plutôt à L’imperium merum, mais para as fonction il est rattaché à la juridictio, pour des considérations pratiques d’efficacité.”

4.2.2.2 Os *imperium mixtum* e o *merum* se exercem po intermédio do processo de execução

A jurisdição coercitiva se exerce, normalmente, por meio da ação executiva destinada a assegurar a eficácia do direito declarado e não observado pelo destinatário da norma jurisdicional individual e concreta. Comporta, pelo menos, duas categorias de atos jurisdicionais: os de **jurisdição coercitiva por meios de coação** e os de **jurisdição coercitiva por meios de sub-rogação** (CHIOVENDA, 2002, p. 349). A distinção decorre da natureza do comando: se indireto, atuando sobre a vontade do devedor, a fim de convencê-lo ao adimplemento da norma jurisdicional, há coação; se direto, para restringir a liberdade de locomoção do condenado ou constringer seu patrimônio, há sub-rogação (CHIOVENDA, 2002, p. 349).

O exercício do *imperium mixtum* se materializa por *meios de coação*, de execução indireta dedicados à orientação da conduta do destinatário: convencê-lo, sob ameaça, a executar o comando. Os atinentes ao *imperium merum* se executam com recurso aos meios de sub-rogação, de execução direta, como, por exemplo, a contrição e venda de bens do condenado para satisfação do crédito. Tal critério nos permite melhor identificar a fronteira entre as duas manifestações do *imperium* e, por aí mesmo, revelar um primeiro critério de repartição jurisdicional entre juiz estatal e árbitro: de um lado, só ao juiz estatal se permite o recurso aos meios de execução por sub-rogação, portanto, o exercício do *imperium merum*; de outro, também ao árbitro se permite utilizar meios de *execução indireta* como forma de promover a eficácia de sua jurisdição – por seu intermédio, exerce-se o *imperium arbitral*, normalmente, para impor obrigações acessórias às contidas no comando principal cuja eficácia o árbitro pretenda promover. São meios de coação decorrentes do *imperium arbitral*: a faculdade de declarar a sentença provisoriamente executável;²⁹⁷ a de impor e de liquidar o valor de astreintes;²⁹⁸ a de impor à parte a obrigação de apresentar elementos de prova sob pena de constatar a recusa e tirar as consequências²⁹⁹; exercer a jurisdição de urgência intelectual ou coercitiva por meios de coerção, inclusive para ordenar o provisionamento de “security for costs”, deixando ao juiz estatal a execução daquelas que exijam sub-rogação. Na legislação comparada, é remarcável a técnica do legislador inglês,

²⁹⁷ Cf. arts. 1.460, al. 1, c.c. 11, do Novo Código de Processo Civil.

²⁹⁸ Nesse sentido, ver Batista Martins (1999b, p. 362).

²⁹⁹ Cf. art. 22, §2º; da LBA

ao tentar enumerar, num único dispositivo do English Arbitration Act de 1996, exemplos de poderes cujo exercício, pelo árbitro, manifesta o *imperium mixtum*.³⁰⁰

Pelo exposto, concluímos: (i) a natureza do poder jurisdicional exercido serve como primeiro critério repartidor de função jurisdicional entre juízes e árbitros. Enquanto a jurisdição arbitral limita-se ao exercício da *cognitio* e do *imperium mixtum*; o *imperium merum* permanece poder de exercício reservado aos órgãos estatais Estado; (ii) a jurisdição coercitiva por meios de sub-rogação (execução direta) pertence exclusivamente ao juiz, ao passo que a exercida por meios de coação (execução indireta) também distribui o árbitro; (iii) o exercício dos poderes que integram a função jurisdicional ocorre no plano processual; o processo jurisdicional é, também, processo de produção normativa, fonte do direito voltada à formação de ato jurisdicional substitutivo à vontade do jurisdicionado.

³⁰⁰ Art. 35 do Arbitration Act de 1996: “General powers exercisable by the tribunal. (...) (3) The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration (...). (4) The tribunal may give directions in relation to any property which is the subject of the proceedings or as to which any questions arises in the proceedings, and which is owned by or is in the possession of a party to the proceedings – (a) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property by the tribunal, an expert or a party; or (b) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property. (5) The tribunal may direct that a party or witness shall be examined on oath or affirmation, and may for that purpose administer any necessary oath or take any necessary affirmations. (6) The tribunal may give directions to a party for the preservation for the purpose of the proceedings of any evidence in his custody or control.”

5 A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ DE URGÊNCIAS

No processo civil brasileiro, são espécies da tutela de urgência a cautelar, a cognição sumária satisfativa e a antecipação de tutela. Caracteriza-se a primeira pela ausência de conteúdo satisfativo e pela referibilidade a outra ação, atual ou iminente, em função da qual existe; já a segunda, embora guarde a nota da referibilidade, antecipa pretensões que se confundem com o mérito, o que lhe valeu a imprópria alcunha de “cautelar satisfativa”; enquanto a última, semelhante ao “référé-provision” dos direitos francês e belga, pela antecipação de aspectos substanciais, sem haver referibilidade, já que os debates em torno da antecipação da tutela e da decisão final de mérito se concentram numa só ação perante o mesmo juiz, sem distinção entre cautelar e principal. Em comum, têm a função de possibilitarem ao julgador redistribuir o ônus da passagem do tempo sobre o processo, seja para promover a igualdade real, seja para se permitir o tempo de uma cognição exauriente e melhor distribuição da justiça sem comprometer a efetividade.³⁰¹

Alguns sistemas guardam, em seus ordenamentos, reminiscências da época em que, de um lado, delatava-se o árbitro por não ter *imperium*, e, de outro lado, a tutela de urgência, por ser atividade jurisdicional atrelada ao exercício de tal poder. Piero Bernardini adverte contra o erro de confundir “[...] o poder de decidir e ordenar uma medida provisional ou de instrução e o poder de obter a sua execução caso uma parte se recuse a se conformar espontaneamente.” (BERNARDINI, 1994, p. 493)³⁰². Essa linha de equívocos conceituais refletia-se nas legislações de importantes praças de arbitragem, como a Suíça, a Alemanha, a Espanha, a Itália e a Grécia, cujos ordenamentos eram frequentemente invocados como exemplo entre os que negavam ao árbitro habilitação para o exercício da tutela jurisdicional de urgência, com maior ou menor intensidade. Tais equívocos repercutiram na doutrina brasileira, levando autores a declarar a impossibilidade de o árbitro distribuir a tutela cautelar, posicionamento que não raro de encontrar em

³⁰¹ Os direitos francês e belga distinguem as “mesures provisoires” das “mesures conservatoires”. Em comum, apresentam os traços da urgência, da temporariedade. As “provisoires” permitem promover o equilíbrio real entre as partes enquanto esperam o resultado final do conhecimento, inclusive pela modificação da situação inicial. As “conservatoires” destinam-se à manutenção do status quo. São espécies as “mesures d’instruction”, destinadas à salvaguarda de provas; as “mesures de stabilisation”, destinada à salvaguarda de direitos, sem antecipação do mérito e as “mesures d’anticipation”, semelhantes às nossas cognição sumária satisfativa e antecipação de tutela. A respeito, ver De Leval (1998, p. 424).

³⁰² Ver igualmente, Ancel (1993, p. 117), Reiner (1998, p. 853) e Caivano (2000, p. 235): “Una interpretación (a nuestro juicio desafortunada) de lo que debe entenderse por imperium ha motivado conclusiones erradas: de la falta de imperium de los árbitros se ha inferido que no pueden dictar medidas cautelares.”

trabalhos publicados nos primeiros anos após a promulgação da LBA.³⁰³

Pesquisas recentes infirmam, contudo, os postulados fundamentais daquelas legislações e doutrina.³⁰⁴ A partir dos anos da década de 1980, um movimento de liberalização teve início. Nesse sentido, foi decisiva a edição da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, documento elaborado no seio da ICCA e recomendada aos estados pela Assembleia Geral da O.N.U., em 1985, cujo art. 17 propõe:

Art. 17 – (Poderes do Tribunal Arbitral para Ordenar Medidas Provisórias) Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma delas, ordenar a todas as partes a acatar as medidas provisórias ou conservatórias que julgar necessárias e tenha relação com o objeto da lide. Pode, para tanto, exigir de qualquer parte o depósito de provisões adequadas³⁰⁵. (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 118, tradução nossa).

Entre os referidos, o ordenamento suíço foi o primeiro a alinhar-se, embora apenas em relação à arbitragem internacional. O art. 176 da Lei de Direito Internacional Privado – LDIP, promulgada em 1987 subtraiu a arbitragem internacional ao regime jurídico do antigo “Concordat sur l’arbitrage”³⁰⁶. De acordo com o referido dispositivo da LDIP, considera-se internacional a arbitragem que não tenha sede na Suíça ou ao menos uma das partes tenha outra nacionalidade.³⁰⁷ Em se tratando de arbitragem interna e não tendo a medida por objeto à salvaguarda de provas, não terá natureza jurisdicional a decisão e não será passível de receber o apoio do juiz nacional para a execução compulsória.³⁰⁸

Em 1999, a Grécia soube, do mesmo modo, libertar a arbitragem internacional da impossibilidade de habilitação do árbitro para a tutela de urgência.³⁰⁹ Mais decididas,

³⁰³ Furtado e Bulos (1997, p. 93): “[...] não tem, ainda, o árbitro ou o tribunal competência para processar e julgar a ação cautelar que por ventura se faça necessária no curso do procedimento arbitral”. Alvaro Villaça Azevedo (1998, p. 20) defende a legitimação ativa do árbitro para requerer ao Judiciário a concessão de medida cautelar.

³⁰⁴ É superada a antiga ideia alemã do processo cautelar como mero apêndice do processo de execução. Sobre esse aspecto da história do direito, ver Theodoro Jr. (2005, p. 41). Roque J. Caivano (2000, p. 235) identifica desvio idêntico entre doutrinadores argentinos: “*Una interpretación (a nuestro juicio desarquetada) de lo que debe entenderse por imperium ha motivado conclusiones erradas: de la falta de imperium de los árbitros se ha inferido que no pueden dictar medidas cautelares.*”

³⁰⁵ No original: “*Art.17 (Pouvoir du tribunal arbitral d’ordonner des mesures provisoires) - Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d’une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu’il juge nécessaire en ce qui concerne l’objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d’une provision appropriée.*”

³⁰⁶ Convenção firmada entre os cantões suíços, em 1969.

³⁰⁷ Excetuam-se as medidas necessárias à conservação de prova

³⁰⁸ Neste sentido, Lalive, Poudret e Reymond (1989, p. 147).

³⁰⁹ O art. 17, da Lei n.º 2735, de 1999. O critério de internacionalidade adotado pela Lei Grega é idêntico o da Lei-Modelo. Dimolitsa (2000, p. 231).

Alemanha³¹⁰ e Espanha³¹¹, foram além e habilitaram o árbitro sem distinguir controvérsias internas e internacionais, em 1997 e 2003, respectivamente.

Decerto há, na distribuição da tutela de urgência, maior conteúdo de *imperium* do que de *notio*, sobretudo quando comparada a tutela jurisdicional distribuída por meio de processo de conhecimento. Não se nega, porém, que a distribuição da tutela de urgência também implique a prática de atos de conhecimento, como, aliás, reconhece a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil brasileiro, o processo cautelar “[...] é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução, seu elemento específico é a prevenção.”³¹² Não se nega, nessa linha, que a pretensão à prevenção; à segurança, constitua, em si, *res in iudicium deducta*, fundamento de direito substancial de cautela, passível de outorga pelo árbitro.

No ordenamento italiano, a interdição permanece, todavia, em sua plenitude, como a reminiscência de uma arbitragem controlada, de perto, pelo Estado totalitário dos anos da década de quarenta (DAVID, 1982, p. 130).³¹³ Nesse sentido, o art. 818 do *Codice de procedura civile*, com redação atualizada pelo Dec. Lei 40, de 2006, impede a todo árbitro conceder sequestro ou outro *provvedimenti cautelari*, exceto onde houver disposição expressa de lei em contrário³¹⁴. Claro, a doutrina italiana encontrar alternativas à incomoda interdição. Nesse sentido, interpreta restritivamente o conceito de “provvedimenti cautelari”, para dele excluir a tutela de urgência necessária à conservação da prova, por entendê-las inerentes à atividade jurisdicional de cognição, ou, ainda, para permitir a tutela cautelar material – antecipação de tutela – distribuída, de forma definitiva, por meio de sentenças parciais.

³¹⁰ Ver Reiner (1998, p. 869), Schlosser (1998, p. 291), Costa e Silva (2004, p. 67).

³¹¹ Mantilla-Serrano (2004, p. 129).

³¹² BUZOID, Alfredo. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil**. Item 11, com expressa remissão à obra: CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, p. 365.

³¹³: “[...] pelo espírito totalitário do Regime, que não admitia restrições à competência dos seus juízes. A arbitragem é concebida como uma pura instituição de direito processual [...] Os árbitros devem ser italianos e a arbitragem dever ter a sua sede na Itália, se as cortes italianas forem originariamente competentes para julgar o caso [...] Os árbitros não prolatam sentenças, mas simples laudos.” No original: “*La réglementation établie est influencée, et dominée même par l’esprit totalitaire du régime, qui n’admet pas qu’on restreigne la compétence de ses juges. L’arbitrage est conçu comme une institution du pur droit de la procédure. Les arbitres [...] doivent être italiens et l’arbitrage doit avoir lieu en Italie s’il s’agit d’un affaire dont les tribunaux italiens pourraient connaître [...] les arbitres ne rendent plus un jugement; ils formulent une simple opinion (lodo), laquelle ne deviendra jugement arbitral (sentenza arbitrale) que lorsqu’elle aura acquis ce caractère en étant complétée par l’ordonnance (decreto di esecutorietà) du pretore*”.

³¹⁴ Cf. art. 818 do Codice di procedura civile: “*Gli arbitri non possono concedere sequestri, ne’ altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.*” Sobre o assunto, ver Carlevaris (2001, p. 28); Tommaso (1999, p. 29); Brogini (1992, p. 81); Salvaneschi (1998, p. 450).

Embora isolado enquanto referência de direito comparado, deve-se alertar contra a possibilidade de transposição automática da solução italiana ao direito brasileiro. A significativa influência das lições de Liebman na formação da Escola Paulista, fez do ordenamento italiano a primeira referência comparada entre operadores brasileiros.³¹⁵ Nesse sentido em relação à matéria, inspirou ao menos um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no qual se negou ao árbitro habilitação para a tutela de urgência. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal no caso que opunha a Embratel à Brasil Telecom S.A.: “Ausente do sistema arbitral a figura das providências cautelares e antecipatórias de tutela, pertinente a análise, pelo Poder Judiciário, de pedido fundado em lesão ou ameaça de lesão”³¹⁶.

No outro extremo da paleta, o juiz nacional estadunidense entende que, ao menos em matéria internacional, o efeito negativo da convenção de arbitragem ostenta intensidade absoluta, inclusive para excluir a participação do juiz nacional de urgência. Chega-se a tal resultado a partir de interpretação atribuída ao art. II, § 3º, da Convenção de Nova Iorque de 1958, como se fora proibitiva toda participação estatal.³¹⁷ Essa solução, veremos, implica a admissão de sério risco de denegação de justiça. Para evita-lo, convém não afastar completamente o árbitro ou o juiz nacional. Revela-se, neste aspecto, a complementariedade entre os sistemas autônomos, o nacional e o transnacional da *lex mercatoria*.

O sistema arbitral brasileiro admite essa complementariedade; permite a tutela arbitral de urgência sem, todavia, eliminar a participação do juiz nacional. Não se trata de **competência concorrente**, comum ao árbitro e ao juiz nacional de urgência, como admitia o antigo direito francês. Ao “juge des référés” era permitido intervir sem a necessidade de justificações suplementares, pelo fato de ser a lide objeto de convenção de arbitragem³¹⁸ e à parte interessada a livre opção, sem que isso significasse renúncia tácita à convenção de

³¹⁵ A propósito da Escola Paulista, ver Cintra, Grinover, Dinamarco (2005, p. 140).

³¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça – DF. 1ª T. Civ. Agr. Inst. 2002002007481-2. Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações c. Brasil Telecom S.A. Rel. Valter Xavier, j. 21.10.2002: “Ementa: [...] **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre : IOB – Thomson, n. 7, p. 143, 2005.

³¹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals for the 3rd Circuit. Caso. n. 501. F.2d 1032. Apelante: McCreary Tire and Rubber Co. Apelado: CEAT. Filadélfia, 08 de julho de 1974. **Yearbook Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, v. 7, p. 379, 1982; excetuam-se as arbitragens marítimas, por força de disposição legal expressa contida no art. 8º, do Federal Arbitration Act. Ver Carbonneau (2004, p. 492). De forma semelhante, o art. 26, da Convenção de Washington de 1968, proíbe a participação do juízo estatal, exceto se as partes expressamente dispuseram de outro modo.

³¹⁸ A respeito, ver Fouchard, Gaillard e Goldman (1996, p. 729).

arbitragem. Abandonada pelo direito francês após a reforma de 2011,³¹⁹ esta solução permanece recomendada pelo art. 17J, da Lei Modelo UNCITRAL³²⁰ e, entre nós, foi acatada em pelo menos dos acórdãos. Um, do Tribunal de Justiça de São Paulo, referente ao litígio no qual contendiam os sócios de **DTS Software do Brasil Ltda.** a respeito de medida judicial de sequestro de quotas sociais pertencentes à **Altran do Brasil Ltda.**³²¹. No caso, a análise do *periculum in mora* não considerou a possibilidade de a medida ser proferida pelo árbitro, com a mesma efetividade, da medida outorgada pelo juiz nacional. Outro, vem do antigo Tribunal de Alçada de Minas Geral, no caso **GKW Equipamentos Industriais Ltda c. Daimler Crysler do Brasil Ltda.** Nela, a corte mineira simplesmente exclui a incidência do efeito negativo da convenção de arbitragem em relação ao juiz nacional de urgência:

Como a renúncia, com força definitiva, à via judicial é excepcionada em relação às demandas cautelares, o acesso à jurisdição, em tais casos, é permitido, sendo a hipótese de se acolher os pedidos de sustação de protesto e imposição de obrigação de não encaminhar duplicatas para protesto, ao passo que a controvérsia acerca da exigibilidade ou inexigibilidade das mesmas deve ser objeto de processo de arbitragem³²².

Tal solução tem o mérito de afastar os perigos de denegação de justiça, na medida em que deixa às partes a livre opção entre a jurisdição de urgência privada ou estatal. Contudo, pedimos licença para criticá-la. As incongruências decorrem, inicialmente, de erro batismal: se o hábito legitima o uso do termo **competência concorrente**, para designar, de um lado, a livre opção da parte interessada entre as tutelas de urgência estatal e privada, e, de outro, a possibilidade de o juiz nacional intervir sem qualquer justificativa suplementar em função de a lide ser objeto de convenção de arbitragem; viu-se, contudo,

³¹⁹ Decreto n. 2011-48, de 13 de janeiro de 2011. A propósito, ver Gaillard e De Lapasse (2011, p. 179).

³²⁰ UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law. **Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006**: “Article. 17 J. “A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts.[...]” Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/mi-arb.07-86998_ebook.pdf> Acesso em: 13 dez. 2014, às 16:50.

³²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 285.741-4/6, da 2ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Altran do Brasil S/A. Agravado: José Fernando Parra e outro. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 29 de abril de 2003. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.2, n. 7, p. 130-131, 2005.

³²² BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação n. 393.297-8, da 5ª Câmara Cível. Apelante: GMK Equipamentos Industriais LTDA. Apelado: Daimler Crysler do Brasil Ltda. Relator: Mariné da Cunha. Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.2, n. 7, p. 134-142, jul./ago. 2005.

que a repartição de funções entre árbitro e juiz não ocorre no plano da competência, já que autoridade jurisdicional será o árbitro, onde houver convenção, ou o juiz nacional, se esta não existir. O tema se localiza, portanto, no plano do conflito de jurisdições como, aliás, toda relação entre o juiz nacional e qualquer jurisdição estrangeira, estatal ou privada, na forma demonstrada na seção 2. O efeito negativo da convenção de arbitragem se projeta em relação à jurisdição final de mérito e à de urgência, destinada a balancear o ônus da passagem do tempo e assegurar efetividade à sentença arbitral ao final proferida.

A intervenção do juiz nacional não se explica pela criação de uma competência concorrente, mas pela necessária restituição da jurisdição ao detentor originário, onde houver risco de denegação de justiça, núcleo duro de nossa constituição material, portanto risco de atentado à ordem pública. Portanto, trata-se de **jurisdição restituída (5.1)** cujo exercício, pelo juiz nacional, sujeita-se a constringências que não se aplicam ao exercício de atividade **jurisdicional remanescente**; parcela de poder não subtraída ao Estado-juiz (5.2)

5.1 A jurisdição restituída

Convém descrever os fundamentos que permitem mitigar o efeito negativo da convenção de arbitragem e legitimam a devolução da função jurisdicional ao estado-juiz (5.1.1), antes de se apontar os limites específicos ao exercício da tutela jurisdicional de urgência restituída (5.1.2).

5.1.1 O risco de denegação de justiça como fundamento da restituição jurisdicional

O risco de denegação de acesso à justiça como fundamento da jurisdição de urgência do juiz estatal em lides objeto de convenção de arbitragem encontramos nos escritos de Gerard Pluyette, juiz da Corte de Cassação francesa. Para ele, antes de conhecer a demanda de urgência, o juiz estatal deve levar em conta se, no caso concreto, há ameaça de denegação de justiça decorrente da impossibilidade de o árbitro distribuí-la com celeridade e eficácia semelhante à judicial. Se afirmativa a conclusão, não pode deixar de intervir; se negativa, não tem o direito de se imiscuir na arbitragem:

A condição para intervenção das cortes nacionais – excepcional ante a vontade das partes, em contrário, manifestada na convenção de arbitragem, já não seria apenas a urgência, mas a denegação de justiça fundada na impossibilidade de

intervenção do árbitro e nos riscos dela decorrentes. (PLUYETTE, 1994, p. 75, tradução nossa)³²³

A ideia de Pluyette de uma jurisdição fundada no perigo de denegação de justiça foi confirmada pela Corte de Cassação francesa, tribunal de hierarquia semelhante ao nosso STJ, em acórdão datado de 01.02.2005, proferido no caso **Etat d’Israel c. National Iranian Oil Company (NIOC)**. Na espécie, o risco de denegação de acesso à justiça decorria da impossibilidade de instauração da instância arbitral, já que o Estado de Israel se recusava a indicar arbitro e do fato de o mesmo Estado haver declarado o Iran país inimigo o que, em Israel, implicar interdição de acesso a tribunais estatais por parte de nacionais do país inimigo, no caso, uma estatal iraniana. Assim sendo, a situação impedia, à sociedade iraniana, acesso à justiça privada e à estatal. O juiz nacional francês entendeu que a ameaça de denegação de justiça e, por aí mesmo, de atentado à ordem pública daquele país, justificam a intervenção, no caso, para auxiliar a instauração da instância arbitral. O texto, de estudada redação, prescreve:

Mas considerando que a impossibilidade de acesso ao juiz para uma das partes, seja arbitral, encarregado de decidir sobre a pretensão, excluída toda jurisdição estatal, e de, assim, exercer um direito que participa da ordem pública internacional consagrada pelos princípios da arbitragem internacional e pelo art. 6, 1, da Convenção europeia dos direitos do homem, constitui uma denegação de justiça capaz de fundamentar a competência internacional do Presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris, em sua missão de assistência e cooperação do juiz estatal à instauração da arbitragem, desde que haja uma conexão com a França.³²⁴

No jurisprudência comparada, o risco de denegação de justiça também aparece como fundamento de restituição do poder jurisdicional ao estado-juiz nas hipóteses em que uma parte na convenção de arbitragem se torna insolvente e não detém recursos financeiros

³²³ No original: “*The condition for intervention by the national courts – exceptional in the face of the parties’ contrary intention as expressed in the arbitration agreement – would no longer be that of urgency but would rather be that of the denial of justice deduced from the arbitrator’s inability to intervene and the risk that would ensue thereto*”..

³²⁴ No original: “*Mais attendu que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France*”. FRANÇA. Cour de Cassation. 1^a Câmara Cível. Recorrente: Estado de Israel. Recorrido : National Iranian Oil Company (NIOC). Paris, 01 de fevereiro de 2005. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 3, p. 693-707, 2005, com comentário de Horacia Muir Watt. A respeito, ver: Train (2006, p. 66). Para um comentário das decisões precedentes no mesmo caso, ver: Fouchard (2002, p. 427).

suficientes para financiar a instauração e o trâmite da instância arbitral.³²⁵

No Brasil, não haveria por que ser diferente.

O conteúdo da ordem pública brasileira não permite denegação de acesso à jurisdição, pública ou privada. O acesso à justiça é garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal³²⁶ e respaldado pelo art. 8º, da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (São José, 1969)³²⁷, cuja violação permite ao particular interessado demonstrar a responsabilidade do Estado brasileiro, perante a Corte Interamericana de Direitos do Homem.³²⁸ Nesse sentido, Sidnei Beneti, Eleonora Pitombo e Marcelo Dias Gonçalves Vilela apontam o risco de denegação de justiça como fundamento para a intervenção do juiz nacional em lides objeto de convenção de arbitragem. O primeiro, afirma serem “[...] cabíveis a tutela cautelar preparatória e, em casos excepcionais, a incidental, durante o procedimento arbitral, por fundamento direto no CPC (art. 796 e segs.) e na Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXV) [...]” (BENETI, 2006, p. 103); a segunda, declara que “Muito embora tal hipótese não esteja expressamente prevista na Lei n. 9.307/96, decorre de princípio constitucional de acesso à justiça” (PITOMBO, 2006, p. 109); o terceiro demonstra que “Tal entendimento decorre de interpretação adequada do direito de ação assegurado constitucionalmente, pois se deve garantir ao cidadão o acesso à tutela jurisdicional tempestiva.”(VILELA, 2005, p. 41)³²⁹ Do mesmo modo, autores clássicos da doutrina processual civil, como Edoardo F. Ricci e Donaldo Armelin; aquele, afirma que aplicabilidade direta do art. 5º, XXXV, resguarda o dever de o juiz estatal integrar a lei, restituindo, sempre que limitada, a participação do Poder Judiciário na arbitragem, inclusive para se imiscuir no mérito das decisões e assegurar que não haverá subtração de lesão ou ameaça a direito à sua apreciação (RICCI, 1999, p. 69); e, este, é categórico : “O certo, sem dúvida, é a impossibilidade de se reconhecer uma vedação ao

³²⁵ Ver 6.1.2.2.2

³²⁶ Cf. Art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira.

³²⁷ Cf. Art. 8º, 1, da Convenção Interamericana de Direitos do Homem (San José, 1969): “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”

³²⁸ O Estado brasileiro aceitou submeter-se à jurisdição da Corte Interamericana dos Direitos do Homem (Decreto Presidencial n. 4.463, de 08.11.2002).

³²⁹ No mesmo sentido, ver comentário de Carlos Augusto SILVEIRA LOBO e Rafael de Moura RANGEL NEY BRASIL a respeito do julgado BRASIL. Agravo de Instrumento n. 245.257-4/4, da 6ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Akzo Nobel Ltda. Agravado: Distrivet Ltda. Relator: Reis Kuntz. São Paulo, 31 de outubro de 2002. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, a.1, n.º 1, p. 215-226, com comentário de Carlos Augusto da SILVEIRA LOBO e Rafael de Moura RANGEL NEY.

acesso à jurisdição, assegurado como garantia constitucional em favor de todos, em caso de violação a direito [...]”; do contrário, condena-se o jurisdicionado a permanecer no “limbo de uma situação intermediária caracterizada pela anomalia resultante de carência de jurisdição”.³³⁰

Na jurisprudência ao menos três cortes estatais de 2ª instância acatam o fundamento constitucional de suas jurisdições de urgência: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, manifestou tal entendimento em sede de ação cautelar preparatória,³³¹ da mesma forma, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, para assegurar aos sócios o acesso aos livros contábeis, antes de instaurada a instância arbitral;³³² e, por duas vezes, o Tribunal de Justiça de São Paulo. Numa, ordenou o sequestro de quotas sociais³³³ e, noutra, o adimplemento provisório de contrato de distribuição de medicamentos veterinários, com fundamento no relatório apresentado por Reis Kuntz:

É que, na conformidade do art. 19 da Lei 9.307/96, ‘considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro’. Antes disso, portanto, não se podendo falar da existência de árbitro ou juízo arbitral competente, também não é juridicamente possível recusar ao interessado a via judicial, sob pena de violação do princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV)”³³⁴.

³³⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal. 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 2003.02.01.010784-5, da 1ª Turma. Agravante: Companhia Energética de Petrolina – CEP. Agravada: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE. Relator: Carreira Alvim. Rio de Janeiro, 22 de junho de 2004. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a.2, n. 6, p. 217-227, 2005, com comentário de Donaldo Armelin.

³³¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2ª C. Civ. Agravo de Instrumento n. 70004506424, da 2ª Câmara Cível. Agravante: AES Uruguaiana Empreendimentos. Agravado: Companhia Estadual de Energia Elétrica. Relatora: Teresinha de Oliveira Silva, Porto Alegre, 13 de novembro de 2002. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso: 27 fev. 2011, 15:40.

³³² BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 273.072-3 e Agravo Instrumento n. 262.252-4, da 11ª Câmara Cível. Agravante: Sociedade Hospitalar de Uberlândia LTDA. Agravado: Ademar Margonari de Carvalho e outro. Relator: Edílson Fernandes. Belo Horizonte: 22 de fevereiro de 1999: “Portanto, a incompetência relativa argüida na exceção desprestigia o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura o acesso ao Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça ao direito dos sócios que alegam a recusa de apresentação de livros, correspondência e documentos da sociedade de que participam como cotistas, necessários para verificação de seus haveres, tanto como medida preparatória para o procedimento arbitral judicial ou para assegurar os seus direitos na eventual instauração do procedimento arbitral.” Disponível: <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 27 fev. 2011, 16:25.

³³³BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 285.741-4/6, da 2ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Altran do Brasil S/A. Agravado: José Fernando Parra e outro. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 29 de abril de 2003. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.2, n. 7, p. 130-131, jul./ago. 2005. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, a.2, n.º 5, p.195-196, abr./jun. 2005, p.196: “Cumprido, de pronto, afastar preliminar de carência por falta de interesse processual. A abertura de processo de arbitragem não impede a propositura de ação judicial pela simples e boa razão de que a autora está protegida pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal, princípio segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão o ameaça a direito.”

³³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 245.257-4/4, da 6ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Akzo Nobel Ltda. Agravado: Distrivet Ltda. Relator: Reis Kuntz. São Paulo, 31 de outubro de 2002. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.2, n. 7, p.123-129, jul./ago. 2005, e

Também repercutem, na condição de reflexos da urgência decorrente do risco de denegação de justiça, as justificativas as menção a institutos que variam conforme a ótica em que se apreende este instituto de natureza transversal, meio-contratual e meio-processual, que é a arbitragem. Em sede contratual, a configuração da urgência possibilita a suspensão da aplicabilidade das regras normalmente aplicáveis, inclusive no que tange às condições de contratação e à execução de obrigações contraídas. Em sede processual, é conhecido o adágio *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*, apresentado, por Carlos Alberto Carmona (2004, p. 268), como fundamento da jurisdição judicial excepcional para a tutela de urgência.³³⁵ Em todos os casos, a urgência figura como critério de aplicabilidade de **regime jurídico de exceção**.

A habilitação jurisdicional da autoridade privada apresenta uma fase objetiva, de criação da arbitragem, e outra subjetiva, de criação do árbitro. Esta, por seu turno, normalmente se reparte em duas etapas. Primeiro, ocorre a subtração de poderes ao juiz nacional, por força da convenção de arbitragem do tipo cláusula compromissória. Em seguida, a outorga, ao árbitro, do poder subtraído, pelo contrato de arbitragem – *receptum arbitrii* – ou pela convenção do tipo compromisso arbitral. Entrementes, a situação é de vácuo jurisdicional, pois não existe árbitro ou juiz nacional a postos. Ocorrendo, nesse momento, uma situação urgente, também ocorreria o risco de denegação de acesso à justiça, caso não se permitisse ao interessado o socorro judicial. Impõe-se, então, a restituição da jurisdição de urgência da esfera do árbitro à do juiz nacional.³³⁶

5.1.2 Limites ao exercício da jurisdição restituída

Do confronto entre a liberdade arbitral e a ordem pública do juiz nacional do foro, resulta um sistema de **jurisdição suplementar** para a distribuição da tutela de urgência em

Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, ano1, n. 1, p. 215-226, com comentário de Carlos Augusto da SILVEIRA LOBO e Rafael de Moura RANGEL NEY.

³³⁵ Carmona (2004, p.268): “[...] a questão deve ser dirimida com a invocação de tradicional princípio do direito luso-brasileiro, segundo o qual “quando est periculum in mora incompetentia non attenditur”. Dito de outro modo, a regra de competência pode ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente, o que aconteceria na hipótese de a parte interessada não poder requerer a medida cautelar ao árbitro (como deveria), pelo simples fato de não ter sido ainda instituída a arbitragem (os árbitros ainda não aceitaram o encargo, art. 19 da Lei).”

³³⁶ A hipótese de vácuo jurisdicional é também demonstrada por Roque J. Caivano (2000, p.235): “Una situación diferente suele plantearse cuando, existiendo un acuerdo arbitral, una de las partes quiera solicitar la traba de una medida cautelar antes de iniciar la demanda arbitral. [...] No cabe duda que, en tales supuestos, la parte puede requerir al juez del Estado que la disponga.”)

lide objeto de convenção de arbitragem. Daí o juiz estatal de urgências não ser um “juiz opcional”, mas um “juiz de necessidades”, apenas disponível em situações onde não houver árbitro ou onde, havendo, não tenha poderes suficientes para assegurar efetividade à medida. Por ser excepcional – decorrente de atenuação ao efeito negativo da convenção de arbitragem –, a jurisdição restituída se exerce dentro de rigorosos limites nem todos extensíveis à jurisdição remanescente. Duas características marcam a existência temporal da jurisdição de urgência restituída. Inicialmente, é **subsidiária**, já que somente exercitável na falta de árbitro (5.1.2.1). Em seguida, é **precária**, pois limitada ao tempo de duração do risco de denegação de acesso à justiça (5.1.2.2)

5.1.2.1 Jurisdição subsidiária

A natureza subsidiária da jurisdição do juiz nacional de urgência posta pelo ordenamento brasileiro atende a pressupostos filosóficos semelhantes aos do “*judicial minimalism*”, assumido pelo English Arbitration Act de 1996. Ao anunciá-lo logo no primeiro artigo³³⁷ e, em seguida, reafirmá-la em dispositivo de aplicabilidade específica à distribuição judicial da tutela de urgência, contido no art. 44 (5), o legislador inglês o erigiu à categoria de princípio: “Em qualquer caso, a corte só deve intervir se e na medida em que o tribunal arbitral, ou qualquer outra instituição ou pessoa investida pelas partes em poderes para tanto, não tenham o poder ou estejam impossibilitadas para, no momento, agirem de forma efetiva” (tradução nossa).³³⁸ Aparentemente sem ter a intenção, o legislador inglês traduz, de um lado, o fenômeno de **subtração e restituição** da jurisdição, motivado pela impossibilidade de atuação momentânea do árbitro habilitado; e, de outro lado, a existência de poderes jurisdicionais remanescentes na órbita estatal, necessários à efetividade da tutela, pois o árbitro, embora a postos, não pode assegurar-lhe a eficácia. Em ambos os casos, combate-se a denegação de justiça. Merece transcrição o comentário ao referido artigo (MUSTILL; STEWART; BOYD, 2001, p. 324, tradução nossa):

³³⁷ Cf. art. 1º, do Arbitration Act de 1996 (tradução nossa): “1. Princípios Gerais – As prescrições desta parte repousam sobre os seguintes princípios e segundo eles devem ser construídos: (...) (c) nas matérias governadas por esta parte, a corte não deve intervir exceto onde previsto.” No original: “1. *General principles – The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly [...] (c) in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this part.*” Mustill, Stewart, Boyd (2001, p. 28).

³³⁸ No original: “*In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institutions or persons vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.*”

A corte não tem o poder de usurpar as funções do tribunal contratado. Ao contrário, deveria agir apenas quando as forças do tribunal estivessem ausentes ou fossem ineficazes e sua ordem deveria perdurar apenas enquanto permaneça inalterada a situação³³⁹.

A respeito do mesmo dispositivo da legislação inglesa, Ali Yesilirmak propala a felicidade da opção pela participação mínima: “O Art. 44 (5) prescreve que o apoio das cortes só estará disponível onde os árbitros não tenham poderes para atuar ou estejam impossibilitados de fazê-lo tempestivamente e com efetividade” (YESILIRMAK, 2005, p. 291, tradução nossa)³⁴⁰. Fora dessa situação, somente se admite a intervenção se em acordo com a parte adversa ou permissão do árbitro.³⁴¹

Entre doutrinadores brasileiros, Ovídio Baptista da Silva ressalta a função “supletiva” da tutela cautelar, limitada a suprir a insuficiência da tutela jurisdicional “normada”, enquanto Pedro Batista Martins fala em “interferência diminuta”(BATISTA MARTINS, 1999b, p. 13). Essa subsidiariedade da jurisdição estatal de urgência em relação à jurisdição arbitral foi reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região em acórdão proferido num caso onde contendiam a **Companhia Energética de Petrolina (CEP)** e a **Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE)**. Na espécie, o juízo singular havia-se recusado a decidir sobre a concessão da tutela por considerar tal poder exclusivo ao tribunal arbitral. O Tribunal, por seu turno, considerando que a inexistência de instância arbitral instaurada deixaria a parte sem acesso à autoridade jurisdicional, ordenou a devolução dos autos ao juízo de origem para decidir sobre a concessão da medida. Após a concessão da medida pelo juízo de primeiro grau, a parte prejudicada apresentou recurso de agravo, levando o caso, novamente, à segunda instância. Constatou-se, porém, que, entre a prolação da ordem ao juízo de primeira instância reconhecendo-lhe jurisdição de urgência e seu efetivo exercício, fora instaurada a instância arbitral. Desapareceu o risco de denegação de justiça por falta de acesso à autoridade

³³⁹ No original: “*The court is not empowered to usurp the functions of the agreed tribunal. On the contrary, it should only act where the tribunal’s powers are absent or ineffective, and its order should last only so long as that remains the case.*”

³⁴⁰ No original: “*Section 44 (5) provides that court assistance will only be available where arbitrators have no power to act or are unable to act timely and effectively. A tribunal has no power, nor can act for instance, prior to its formation or where for some reason it is paralysed afterwards, against third parties, or in regard of measures require use of coercitive powers, for example, in the casie of freezing or search orders*”.

³⁴¹ Cf. art. 44 (4), do English Arbitration Act: “*If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party or the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.*”

jurisdicional. Acertadamente, decidiu-se, com o relator, reconhecer que, a partir da instauração da instância, caberia ao árbitro o poder de decidir sobre o futuro da medida judicial, pois havia desaparecido a urgência que fundamentara a anterior restituição da jurisdição de urgência do privado ao público:

Em que pese a literalidade do § 4º do art. 22 da Lei 9.307/96, a competência para a concessão de tutela antecipatória é, sem dúvida, do tribunal arbitral, pois constituindo ela uma antecipação (total ou parcial) dos efeitos da própria tutela pretendida no pedido inicial (art. 273, CPC), e competindo a esse tribunal decidir o mérito da controvérsia (litígio), cabe-lhe, igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos dessa decisão. A doutrina tem admitido o recurso à justiça estatal apenas quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida, e foi exatamente o que aconteceu anteriormente, o que me levou a deferir em parte a tutela antecipada.³⁴²

Evidenciada a natureza subsidiária da jurisdição estatal de urgência, cabe, agora, tirar as consequências para ressaltar a precariedade de sua existência.

5.1.2.2 Jurisdição precária

Decorre da natureza subsidiária da jurisdição estatal de urgência em lides objeto de convenção de arbitragem a precariedade de sua existência temporal. Trata-se de precariedade congênita cujas causas remontam ao princípio de atualidade da ordem pública. Esvaecendo-se o atentado à ordem pública, pelo desaparecimento do risco de denegação de acesso à justiça, desaparece o fundamento para a restituição da jurisdição de urgência do árbitro ao juiz nacional. Portanto, é jurisdição restrita ao tempo da presença do *periculum*

³⁴²BRASIL. Tribunal Regional Federal. 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 2003.02.01.010784-5, da 1ª Turma. Agravante: Companhia Energética de Petrolina – CEP. Agravada: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE. Relator: Carreira Alvim. Rio de Janeiro, 22 de junho de 2004. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a.2, n. 6, p. 217-227, 2005, com comentário de Donaldo Armelin. No mesmo sentido, ver: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 245.257-4/4, da 6ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Akzo Nobel Ltda. Agravado: Distrivet Ltda. Relator: Reis Kuntz. São Paulo, 31 de outubro de 2002: “Ora bem: interpretando-se teleologicamente as disposições do inc. VII, do art. 267 do CPC, conclui-se inarredavelmente que a extinção do processo, sem julgamento do mérito, no caso de ação cautelar preparatória de procedimento arbitral, é medida que se impõe somente após a efetiva instituição desse referido juízo. Pois, como mencionado, até a efetiva instituição da arbitragem, não seria razoável nem mesmo juridicamente admissível obstar ao interessado a formulação de pedido urgente de natureza cautelar, cuja apreciação, na falta de árbitro, incumbe ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa. Essa a interpretação que decorre da análise dos art.s 796 e 800, do CPC, em consonância com o art. 22, §4º, da Lei de Arbitragem”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.2, n. 7, p.123-129, jul./ago. 2005, e **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano1, n. 1, p. 215-226, com comentário de Carlos Augusto da SILVEIRA LOBO e Rafael de Moura RANGEL NEY.

in mora composto:³⁴³ além da urgência da situação em si, o juiz nacional deve constatar a impossibilidade de atuação do árbitro, com efetividade semelhante a da tutela de urgência distribuída pelo juiz nacional.

Durante a ausência de autoridade jurisdicional privada – antes de instaurada a instância arbitral –, muito provavelmente haverá necessidade de intervenção judicial. Já após a nomeação dos árbitros, será menor a possibilidade, pois não sobreviveria a jurisdição estatal restituída à cessação da urgência ou do perigo de denegação de justiça. Nesse sentido, decidiu a 3ª Turma do STJ: “Ementa: [...] 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. [...]”³⁴⁴

Frise-se, todavia, que a instauração da instância arbitral reduz, mas não exclui o risco de denegação de justiça. Decerto, menos provavelmente será necessário intervir se o árbitro estiver a posto. Poderá, entretanto, ocorrer de o árbitro nomeado simplesmente não ter poderes para intervir de forma efetiva. Se houver sido suspensa a instância arbitral, se estiver doente, ausente ou viajando, ou, ainda, se a eficácia da medida atingir terceiros não vinculados pela cláusula ou a urgência da situação não suportar a delonga de uma **tutela de urgência híbrida** distribuída em duas etapas: uma, de *notio*, perante o árbitro, e outra, de *imperium merum*, perante o juiz estatal, como prescreve o art. 22, §4º, da Lei de Arbitragem, dispositivo logicamente aplicável às cautelares incidentais: facultar ao árbitro requerer a efetivação da tutela de urgência implica aceitar que a instância arbitral esteja instaurada e em curso.³⁴⁵ Havendo risco de denegação de justiça, deve, em tais casos, intervir o juízo nacional de urgência.³⁴⁶

A presença do *periculum in mora* composto, porém sem explícita referência ao risco de denegação de justiça, parece ter inspirado o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao decidir em litígio que envolvia **Converse Network System, Inc c. Computel**

³⁴³BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 245.257-4/4, da 6ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Akzo Nobel Ltda. Agravado: Distrivet Ltda. Relator: Reis Kuntz. São Paulo, 31 de outubro de 2002: “Por conseguinte, uma vez instituído o juízo arbitral, não mais será possível a coexistência da jurisdição comum e da arbitral. Bem ao contrário, extinta estará a atuação jurisdicional do Poder Judiciário.” **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.2, n. 7, p.123-129, jul./ago. 2005, e **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano1, n. 1, p. 215-226, com comentário de Carlos Augusto da SILVEIRA LOBO e Rafael de Moura RANGEL NEY.

³⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.297.974 Itarumã Participações S/A c. Participações em Complexos Bioenergéticos S/A – PCBIOS. Rel. Nancy Andrighi. j. 12/06/2012. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102409919&dt_publicacao=19/06/2012>.

Acesso em: 20 dez. 2014, 16:18.

³⁴⁵Nesse sentido, Wald (2005, p. 220).

³⁴⁶Nesse sentido Batista Martins (1999b, p. 88)

Computadores e Telecomunicações S.A. No caso, a instância arbitral fora instaurada no estrangeiro, quando uma das partes solicitou, no Brasil, tutela judicial de urgência sob o argumento de que a eficácia da futura decisão arbitral estaria condicionada a duplo processo homologatório: o primeiro, no país da sede e, em seguida, no Brasil. As delongas que pretensamente resultariam de tais condições – aliás, inexistentes – fundamentaram a decisão em favor da intervenção judicial.³⁴⁷ Noutro acórdão, desembargadores do mesmo tribunal confirmam decisão liminar de exibição de documentos e sequestro de bens societários. Embora não questione a respeito da possibilidade de o árbitro conceder medidas idênticas com a mesma efetividade, o risco de dilapidação patrimonial parecia, no caso, evidente; ao menos é o que denota o relatório³⁴⁸. Por fim, coube ao STJ reconhecer a possibilidade de o árbitro se encontrar momentaneamente impedido foi distribuir a tutela de urgência após a instauração da arbitragem:

Ementa [...] 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. [...]³⁴⁹

Em apenas uma hipótese deixa de ser precária a jurisdição estatal de urgência. Isso ocorre caso o destinatário da medida não conteste a cautelar ou, em sua contestação, não apresente “exceção de arbitragem”. A hipótese é de retorno da jurisdição à órbita estatal de forma plena, por subtração de matéria ao objeto da convenção de arbitragem, tacitamente

³⁴⁷BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 089.5224/8-00, da 7ª Câmara Direito Privado. Agravante: Converse Network Systems. Agravado: Computel Computadores e Telecomunicações S/A e outra. Relator: Rebouças de Carvalho. São Paulo, 02 de setembro de 1998. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 2, n.º 7, p. 157-165, jul./set. 2005.

³⁴⁸BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 240.062-4/8, da 1ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Euroforte Indústria e Comércio Ltda. Agravado: Jefferson Sabino Francisco. Relator: Elliot Akel. São Paulo, 17 de agosto de 2002: “Descumprimento de liminar concedida em ação de exibição de documentos em que se alega a exclusão de sócio de empresa. Existência de fundada suspeita de dilapidação dos bens da sociedade e de intensa litigiosidade entre as partes – Circunstâncias que autorizam a concessão da medida – Cláusula de arbitragem que, por outro lado, não impede que o Estado, por meio de seu órgão jurisdicional, conceda tutela cautelar.” **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 132-133, jul./set. 2005.

³⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.297.974, da 3ª Turma, Itarumã Participações S/A c. Participações em Complexos Bioenergéticos S/A. Rel. Nancy Andrichi. j. 12.06.2012. DJe: 16.06.2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1153184&tipo=0&nreg=201102409919&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120619&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 dez. 2014, 19:02.

renunciada no que tange à específica lide.³⁵⁰

5.2. A jurisdição remanescente

A denegação de justiça também pode ocorrer em função de limites congêntos ao poder jurisdicional do árbitro, caso em que não opera o efeito negativo da convenção de arbitragem e, em decorrência, o poder jurisdicional não chega a deixar a órbita do estado-juiz (5.2.1). Sujeita-se, contudo, aos limites inerentes a toda jurisdição de urgência exercida distribuída por quem não detém poderes para julgar definitivamente (5.2.2).

³⁵⁰No sentido da possibilidade de renúncia tácita à submissão da específica lide à arbitragem, mas sem que tal atitude implica renúncia genérica à convenção, ver interessante decisão: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 406.570-4/5, da 4ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Top Sports Ventures. Agravado: TV Ômega LTDA. Relator: Enio Zuliani. São Paulo, 18 de agosto de 2005. O relatório invoca a doutrina de Enrico Redenti para, com razão, declarar que a “renúncia tácita” à convenção de arbitragem não implica revogação, mas eliminação da matéria da matéria que deveria ou poderia ser submetida ao árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a.3, n. 8, p. 247-270, jan./mar. 2006, p. 250, com comentário de Martin DELLA VALLE. No mesmo sentido, BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 15960/4, da 4ª Câmara Cível. Apelante: El Paso Rio Claro LTDA. Apelado: Inepar S/A Indústria e Construções. Relator: Sidney Hartung. Rio de Janeiro, 05 de outubro de 2004: “Ementa: [...] O fato de não ter havido arbitragem em conflito anterior entre as partes não caracteriza a dispensabilidade deste compromisso.” **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a.2, n. 7, p. 260-264, out./dez. 2005. No sentido de que a prática reiterada de renúncia a várias lides objeto da mesma convenção implica renúncia à própria convenção e não mera redução do seu objeto, ver: 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro. Proc. 2006.001.014953-3. Autor: Latcem S.A. Réu: Companhia Nacional de Cimento Portland CNCP. Juíza Márcia de Andrade Pumar. Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 2006: “Ao utilizar-se reiteradamente da jurisdição estatal, a ré tornou evidente o propósito de renunciar tacitamente à Cláusula 14ª, o que ensejou à autora justa causa para recusar a abertura da arbitragem na Cidade de Zurique, Suíça”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a. 4, n. 14, p. 228-240, jul./set. 2007, p. 232, com comentário de Eduardo GREBLER. Na jurisprudência comparada, ver: SUÍÇA. Tribunal Fédéral. Recorrente: Fomento de Construcciones y Contratas S.A. Recorrido: Colon Container Terminal S.A. Lausana, 14 de maio de 2001. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 4, p. 835-854, 2001, com comentário de Jean-François Poudret e SUECIA. Suprema Corte da Suécia. Recorrente: Bulgarian Foreign Bank Ltd. Recorrido: A.I. Trade Finance Inc. Estocolmo, 27 de dezembro de 2000. A corte sueca não vislumbrou na quebra de confidencialidade resultante da publicação de sentença parcial motivo para que a outra parte invocasse renúncia superveniente à convenção de arbitragem. **Revue de l'arbitrage**. Paris, n. 4, p. 821-833, 2001, com comentário de Sigvard Jarvin e Gregory Reid. De outro modo, o STJ reconhece a possibilidade de formação tácita da convenção de arbitragem, se uma das partes não se opõe à instauração da instância na primeira oportunidade de se pronunciar perante os árbitros. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 856 – EX, Corte Especial. Requerente: L’Aiglon S.A. Requerido: União Têxtil S.A. Relator. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 18 de maio de 2005: “1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória.” **Revista de Arbitragem e de Mediação**. São Paulo: RT, n.º 6, p. 228-245, 2005, com comentário de Arnaldo WALD e Valeria GALÍNDEZ.

5.2.1 Fundamentos da jurisdição remanescente

Constitui-se pelo conjunto de poderes que as partes não subtraídos ao estado-juiz, porque não permite o ordenamento jurídico do foro. A norma que incide sobre a manifestação de vontade das partes para criar o negócio jurídico da arbitragem atribui, ao árbitro, os poderes da *notio* e o *imperium mixtum* necessário à outorga de medidas de execução indireta. Não permite, todavia, a subtração e transferência do *imperium merum* (5.2.1.1). Também não ocorre subtração de poderes ao juiz nacional onde não houver convenção de arbitragem, como ocorre em relação à quem não seja parte na específica lide (5.2.1.2). Neste casos, a jurisdição permanece inteira na órbita do estado-juiz, como se não se houvesse a arbitragem.

5.2.1.1 A distribuição do *imperium merum*

Se de um lado o Estado permite às partes contratarem a subtração de poder jurisdicional ao esta-juiz e, em seguida, outorgá-lo ao árbitro, por outro lado, é comum reservar aos próprios órgãos descentralizados a distribuição da força organizada, o *imperium merum*. Em assim sendo, sempre que a efetividade da medida arbitral de urgência exija meios de execução direta, torna-se necessária a intervenção do juiz estatal. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que a decisão do árbitro necessite de imposição complementar, como a anotação em registro imobiliário, o arresto, a busca e apreensão, etc.³⁵¹ Nesse sentido, o § 4º; do art. 22; da LBA prescreve ao juiz estatal o empréstimo do *imperium* necessário à efetividade da tutela de urgência distribuída pelo árbitro: “[...] havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”, inclusive no que diz respeito a medidas de instrução *ad futurum* e, especialmente, à condução compulsória de testemunhas recalcitrantes. Nesse sentido, decidiu o STJ, no caso Itarumã Participações S/A c. Participações em Complexos Bioenergéticos S/A – PCBIOS, em acórdão cuja ementa mereceu a seguinte redação:

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando

³⁵¹ Batista Martins (1999b, p. 362).

impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação dos árbitros, deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.³⁵²

Autores se dividem todavia a respeito do instrumento pelo qual deve ocorrer a comunicação entre o árbitro e o juiz nacional de quem se pretende o *imperium merum*. Pode a parte beneficiária da decisão cautelar arbitral dirigir-se, ela própria, ao Judiciário. A tendência, contudo, aponta para a comunicação direta entre árbitro e juiz. O árbitro não se apresenta como parte requerente – o que poderia comprometer-lhe a imparcialidade³⁵³ – mas como autoridade “deprecante”, por meio de ofício acompanhado pela convenção de arbitragem, além do *receptum arbitrii* ou documento equivalente e o pedido distribuído ao juízo cível competente.³⁵⁴ Nesse sentido é a regulamentação editada pela Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Paraná, único a se pronunciar a respeito.³⁵⁵ Como em relação a qualquer demanda que lhe envie outra autoridade jurisdicional, cabe ao juízo deprecado analisar os requisitos formais da solicitação, com atenção para não analisar a conveniência ou os fundamentos da tutela de urgência concedida, com as mesmas cautelas prescritas pelo art. 209, do Código de Processo Civil, ao cumprimento de carta precatória ou rogatória.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de intervenção do juiz nacional com fundamento na possibilidade de danos decorrerem da morosidade dessa tutela de urgência distribuída em duas etapas: uma, que pode ser cognitiva ou de execução indireta, distribuída pelo árbitro, e outra, de execução direta, pelo juiz estatal.³⁵⁶ A respeito de tais inconveniências, Roque Caivano chama à atenção a experiência argentina, com a aplicação

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.297.974, da 3ª Turma. Recorrente: Itarumã Participações S/A. Recorrido: Participações em Complexos Bioenergéticos S/A. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, 12 de junho de 2012. **DJe**: 16.06.2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1153184&tipo=0&nreg=201102409919&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120619&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 dez. 2014, 19:02.

³⁵³ Nesse sentido, Câmara (2002, p. 98). Contra: Villaça Azevedo (1998, p. 11).

³⁵⁴ Nesse sentido, Caivano (2000, p.231), em comentário às prescrições contidas no arts. 753 e 791, respectivamente nos códigos da República Argentina e da província de Buenos Aires. Carmona (2004, p. 267), Figueira Jr. (1999, p. 223).

³⁵⁵ Silva (2004, p. 217).

³⁵⁶ Nesse sentido, Caivano (2000, p. 243). O professor argentino também prega a analogia entre o juízo de delibação em relação à requisição arbitral e o normalmente exercido em relação às cartas rogatórias, naquele país: “*Entendemos que una petición de esta naturaleza [...] debería tener un tratamiento equivalente al de un oficio proveniente de un juez ordinario de otra jurisdicción. No advertimos razón alguna para no aplicar, aun analógicamente, las normas contenidas en la Ley 22.172. El presupuesto sobre el cual se basa el pedido es idéntico, ya que el árbitro – al igual que un juez de extraña jurisdicción – [...].*” No mesmo sentido, Almeida Guilherme (2007, p. 145) e Carmona (2004, p. 267).

dos artigos 753, do Código Nacional, e 791, da província de Buenos Aires:

“[...] habida cuenta que la experiencia demuestra que solicitar al tribunal judicial que decrete y ejecute la medida suele ser más eficaz y menos problemático que procurar que ejecute forzosamente la dispuesta por los árbitros” (CAIVANO, 2000, p. 231).

Entendemos que, também nesses casos, reúnem-se entre as mãos do juiz nacional poderes para a cognição cautelar, para a executiva por meios indiretos e, por fim, por meios direto. Se a delonga resultante da necessária intervenção de duas autoridades jurisdicionais compromete a efetividade da eventual tutela de urgência cuja execução requer *imperium merum*, deve o juiz nacional intervir para conceder a segurança. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo em pelo menos três ocasiões nas quais a arbitragem já estava instaurada no momento da concessão da medida. Num caso, reconheceu a jurisdição do juiz nacional para sequestrar quotas sociais;³⁵⁷ noutro, confirmou medida de exibição de documentos contábeis;³⁵⁸ no terceiro, ordenou a manutenção de contrato de distribuição comercial, até final julgamento pelos árbitros.³⁵⁹ Carreta, no aspecto, a abordagem do juiz nacional.

³⁵⁷BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 285.741-4/6, da 2ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Altram do Brasil Ltda. Agravado: José Fernando Correa Parra e outro. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 29 de abril de 2003: “Ementa: Cautelar. Interesse Processual. Constituição Federal. A existência de processo de arbitragem não exclui da apreciação do Poder Judiciário eventual lesão ou ameaça a direito. Preliminar Inconsistente. Sequestro – Quotas sociais alienadas e não pagas pelos compradores a ensejar, em tese, a aplicação da cláusula resolutória expressa – Presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* que justificam a concessão da laminar para impedir a alienação a terceiro e garantir a preservação do bem em caso de sucesso na ação principal, evitando-se, ainda, que políticas estratégicas possam ser usadas por eventuais terceiros adquirentes das quotas em litígio”. **Revista de Arbitragem e Mediação**. a.2, n. 5, p. 195-196. abr./jun. 2005,

³⁵⁸BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 090.709-4/4, da 3ª Câmara Ceivel. Agravante: Campari do Brasil Ltda. Agravado: Distillerie Stock do Brasil LTDA. Relator: Ênio Zulianni. São Paulo, 01 de dezembro de 1998: “Ementa. A medida cautelar de produção de provas pode ser requerida paralelamente ao processo base, especialmente quando o processamento deste sofre percalços com a marcha natural, como a extinção (precipitada e incorreta) sem julgamento do mérito. Pressupostos legais encorajadores da perícia presentes.” Disponível em: <www.tj.sp.com.br.> Acesso em: 24 out. 2011, 17:00.

³⁵⁹BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 089.522/4-0-01, da 7ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Converse Network Systems. Agravado: Computel Computadores e Telecomunicações S.A.R.. Relator: Júlio Vidal. São Paulo: 02 de setembro de 1998: “Juízo arbitral instaurado no exterior por força de cláusula contratual pactuado pelas partes para julgar a lide cujo objeto é o mesmo da cautelar, por si não impede a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário face ao disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, tendo em vista que a decisão proferida por juízo arbitral, sem a devida homologação [...]”.

5.2.1.2 O poder do árbitro não vai além dos limites subjetivos da lide

A habilitação do árbitro na qualidade de autoridade jurisdicional realiza-se mediante a estipulação de dois contratos. Inicia-se com a convenção de arbitragem e se aperfeiçoa com o *receptum arbitrii*, no momento em que o árbitro aceita a missão. Como qualquer contrato, estes também produzem relativos, isto é, restritos às partes envolvida. Pode, contudo, acontecer de a efetividade da medida de urgência invadir a esfera jurídica de terceiros e, em relação a estes, o árbitro não é autoridade jurisdicional, portanto não poder direcionar-lhes comandos. O árbitro não pode decidir para além dos limites subjetivos da lide. Se o fizer, a decisão será juridicamente inexistente.

5.2.2 Limites inerentes a toda jurisdição de urgência

A jurisdição estatal restituída é sempre limitada, pois ao árbitro não pertence apenas o juízo de mérito; ele pode revogar a medida de urgência outorgada pelo juiz nacional. Daí a natureza **sumária** da jurisdição do juiz nacional de urgência (5.2.2.1) e a **instabilidade** das decisões que emanar (5.2.2.2).

5.2.2.1 Jurisdição sumária

Sumariedade não é característica específica à tutela judicial de urgência proferida em lide objeto de convenção de arbitragem, mas critério de repartição da função cognitiva entre o juízo do mérito e o da urgência, utilizado entre juízes ou árbitros e juízes. Não diz respeito a existência temporal da medida eventualmente outorgada, mas à **profundidade da cognição** empreendida pelo juiz nacional. Esta, limita-se à aferição da existência do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, condições para a outorga de tutela de urgência normalmente exigidas em países filiados à tradição romano-germânica; ou ao “balance of convenience”, caro a juízes nacionais de tradição anglo-saxãs.

Não se confundem mérito de ação cautelar e o da lide com a qual mantém referibilidade. A distinção conduz à bipartição da tutela de urgência em cautelar propriamente dita, com respeito à reserva de mérito, e sumária satisfativa, pela qual o juiz nacional de urgência antecipa à parte interessada pretensões de mérito. Embora se

considere ultrapassada a distinção, o debate readquire importância na relação árbitro-juiz nacional.

A distância entre o juízo nacional do mérito e o da urgência é menor do que entre este e o árbitro. Enquanto regras de competência separam as atividades dos juízos estatais, o conflito entre juízes e árbitros se trava no plano pré-processual do conflito de jurisdição. Como consequência, inexistente a decisão judicial que invada a jurisdição do árbitro, quando, entre juízes estatais, seria nula ou anulável, a depender da natureza relativa ou absoluta da incompetência que atinja um deles. Em assim sendo, permite-se indagar se árbitro, como único juiz para o mérito da lide, poderia ter a jurisdição invadida por juiz nacional mediante outorga de tutela satisfativa de urgência. Sabe-se, ainda, que a rigor, o juiz nacional brasileiro não concede medida de urgência sem examinar a plausibilidade das alegações do autor quanto ao mérito – o *fumus boni iuri*. Haveria, já neste exame sumário, imissão na jurisdição do árbitro? A permissão para o exame do *fumus boni iuri* resulta da natureza sumária da cognição judicial: impedido de declarar o direito, limita-se a afirmar a probabilidade de sua existência.

Já a possibilidade de o juiz nacional de urgência antecipar pretensões de mérito da lide, esta depende, primeiro, da escolha do meio processual adequado pela parte interessada. O juiz nacional não pode antecipar as pretensões de mérito por meio dos instrumentos contidos nos arts. 273, I, 461, do Código de Processo Civil, e 86, do Código do Consumidor; pela **antecipação de tutela**. Diferente da tutela cautelar e da cognição sumária satisfativa, a antecipação de tutela não guarda a nota da referibilidade a outro processo dito “principal”, onde se decidirá, definitivamente, o mérito. Existe, ao contrário, uma unidade processual a obrigar um único juiz ao exercício da jurisdição de urgência e da jurisdição cognitiva. Impossível, então, antecipar a tutela e, em seguida, deferir ao árbitro, em outro processo, o exercício da cognição. Ressalte-se, enfim, que, não tendo o juiz estatal jurisdição sobre o mérito, não poderá, da mesma forma, antecipá-lo em processo que não poderá ser levado até o fim. Logo o requerimento de antecipação judicial de tutela que caiba na jurisdição do árbitro deve ser rejeitado por carência de ação fundada na impossibilidade jurídica do pedido. Assim estará extinta a demanda judicial, sem julgamento de mérito, por inepta a inicial³⁶⁰.

Diferente é a imissão no mérito por meio de tutela do tipo sumária satisfativa,

³⁶⁰ Cf. art. 267, VI, do CPC.

fundada no poder geral de cautela prescrito pelo art. 798, do CPC. Há, aqui, a nota da referibilidade. Possível, então, a repartição de poderes entre juízo de mérito e juízo de urgência. Reaviva o debate em torno da distinção entre os dois institutos. Uma condição, no entanto, se impõe: assegurar o fácil retorno à situação anterior, caso caduque a decisão judicial liminar ou seja revogada pelo árbitro ou pelo próprio juízo de urgência. Isso conduz, naturalmente, à análise da instabilidade da jurisdição de urgência.

5.2.2.2 Jurisdição instável

A rigor, instabilidade é característica que não diz respeito à jurisdição de urgência, mas ao ato jurisdicional dela resultante. Revela-se em duas ocasiões: o transcurso *in albis* do prazo de 30 dias contados da datada da efetivação da medida, normalmente fixado para que a parte interessada instaure a instância de mérito, hipótese em que opera a caducidade da decisão e do direito à tutela de urgência (5.2.2.2.1), ou a revogação do ato jurisdicional de urgência pelo próprio juízo de urgência ou pelo de mérito (5.2.2.2.2)

5.2.2.2.1 Caducidade da medida judicial de urgência

O art. 806 do Código de Processo Civil brasileiro impõe à parte autora de processo cautelar de tipo preparatório o prazo de 30 dias, contados da efetivação da medida cautelar concedida, para a parte interessada ingressar com a ação principal, sob pena de caducidade da tutela³⁶¹. Embora o TJRS tenha entendido que apenas a decisão liminar é extinta pelo decurso do prazo³⁶², permitindo ao interessado o manejo de nova demanda de urgência, o STJ retificou tal entendimento ao afirmar que o desrespeito ao prazo implica a caducidade

³⁶¹Cf. art. 806, do CPC: “Cabe à parte propor ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

³⁶²BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70004506424. Agravante: ES Uruguaiana. Agravada: Companhia Estadual de Energia Elétrica. Relatora: Teresinha de Oliveira Silva. Porto Alegre, 13 de novembro de 2002: “A existência de compromisso arbitral não tem o condão de afastar a apreciação de qualquer questão pelo Poder Judiciário, assegurada constitucionalmente no inc. XXXV, do art. 5º, razão pela qual a instauração de juízo arbitral convencionado não implica falta de interesse processual. Cautelar preparatória. Extinção da ação por inobservância do prazo legal para a interposição do processo principal. Apenas a liminar concedida em ação cautelar perde a eficácia diante da inobservância do prazo legal para a interposição da ação principal da qual depende a ação cautelar, a qual não merece ser extinta já que não atinge ou ofende a esfera jurídica do requerido no caso concreto”. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 23 jul. 2011, 17:13.

da decisão cautelar e a decadência do direito à cautela ³⁶³. Se for o caso, deve o juiz estatal declarar a caducidade de ofício.

Sendo a lide objeto de convenção de arbitragem, logo surge a questão de saber se o momento em que se “propõe” a ação principal é determinado pela apresentação da demanda de arbitragem, quando ainda não há autoridade jurisdicional, ou se correto seria considerar o momento da instauração da arbitragem, com a nomeação dos árbitros, na forma prescrita pelo art. 19 da Lei de Arbitragem. Muito embora alguns autores entendam que o juízo arbitral deverá ser instaurado, ³⁶⁴ consideramos a exigência inadequada. Afinal, a lei não exige a formação da relação processual no trintídio legal, mas a proposição da ação principal. Propor ação arbitral é apresentar a demanda à instituição de arbitragem ou à parte adversa, se for a arbitragem *ad hoc*.

O debate foi insuflado, perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, por voto dissidente do Desembargador Sebastião Carlos Garcia, proferido no caso **Akzo Nobel Ltda c. Distrivet S/A**. Na espécie, confirmou-se decisão judicial liminar que obrigava laboratório a manter o fornecimento de medicamentos ao distribuidor, até o julgamento final da lide, pelo árbitro. Para o Desembargador, enquanto não houvesse a instauração da instância, com efetiva nomeação dos árbitros, não haveria ação principal. A maioria, porém, acompanhou parecer de Selma Lemes e considerou atendida a exigência de acionamento da jurisdição principal com a simples apresentação da demanda de arbitragem. ³⁶⁵

O entendimento, correto, considera o fato de a instauração da arbitragem ser condição que pode escapar à vontade da parte interessada na tutela de urgência, o que não pode ser dito em relação à apresentação da demanda de instauração. Nesse sentido, a opinião de Pedro A. Batista Martins cuja clareza merece transcrição e encerra o parágrafo:

³⁶³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439, da 2ª Turma. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 25 de outubro de 2005: “Processo civil. Juízo arbitral. Cláusula compromissória. Extinção do processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis. Extinção da ação cautelar preparatória por inobservância do prazo legal para a proposição da principal”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 11, p.177-193, 2006, com comentário de Arnoldo Wald.

³⁶⁴ Figueira Jr. (1999, p.224): “O juízo arbitral deverá ser instaurado no prazo de 30 dias contados da data da efetivação da medida (art. 806). Negando-se a parte ex adversa em instituir a arbitragem, o interessado deverá ajuizar perante o Estado-juiz, no trintídio legal, a demanda estatuída nos art. 6º e 7º da Lei. 9.307-96”.

³⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 245.257-4/4, da 6ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Akzo Nobel Ltda. Agravado: Distrivet Ltda. Relator: Reis Kuntz. São Paulo, 31 de outubro de 2002. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.2, n. 7, p.123-129, jul./ago. 2005, e **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, a.1, n.º 1, p. 215-226, com comentário de Carlos Augusto da SILVEIRA LOBO e Rafael de Moura RANGEL NEY.

Não se exige que a arbitragem esteja instituída, mas, unicamente, que seja apresentado o pedido de instituição da arbitragem. Caso contrário estar-se-ia impondo à parte interessada o cumprimento de uma obrigação que foge ao seu controle e, quiçá, impossível de ser obtida. Afinal, sabe-se que os trâmites prévios à instituição da arbitragem demandam certo tempo e que, usualmente, o prazo extrapola os 30 dias regulamentares para a manutenção da eficácia da medida liminar. Basta, portanto, a simples solicitação de instituição da arbitragem. Com isso, e somente com isso, a liminar manterá sua eficácia em toda a sua plenitude, até o momento em que a jurisdição passas às mãos dos árbitros. Aí, poderá o provimento ser revisto ou revogado. Afinal, não nos esqueçamos, a jurisdição é dos árbitros, e não da justiça ordinária, por manifestação de vontade das partes. (BATISTA MARTINS, 2006, p. 88-89)

5.2.2.2.2 A revogação da medida judicial de urgência

A natureza precária da jurisdição estatal restituída implica sua extinção no momento mesmo em que possa o árbitro agir, seja positivamente, para conceder medida antes negada pelo juiz estatal, seja negativamente, para reconsiderar, suspender ou revogar a tutela judicial de urgência. Sendo o árbitro o único juiz para o mérito da questão debatida no processo de referência ao qual serve a medida instrumental de urgência, poderá, a todo o momento, extingui-la, seja pela prolação de sentença final de mérito, seja pela prolação de sentença de mérito parcial, seja, ainda, por simples decisão interlocutória, com fundamento em sua própria avaliação sobre conveniência do ato.³⁶⁶ Nem se diga, em contrário, que transitaria em julgado a decisão cautelar judicial proferida em contexto arbitral. Não é assim, por dois motivos: primeiramente, a cognição sumária em sede de cautela não se reveste da força de coisa julgada material; segundo, não havendo iniciativa para a instauração da instância arbitral no prazo de trinta dias conforme o art. 808, do CPC, extingue-se os efeitos da liminar. A lógica, aqui, é disjuntiva: ou se instaura instância arbitral, ou caduca a liminar proferida em sede judicial. Não há a possibilidade do trânsito em julgado.

O árbitro pode atuar negativamente, para revogar, a qualquer tempo, a tutela provisional judiciária. É sempre possível, ao menos juridicamente, o retorno à situação anterior. Aliás, a jurisprudência pacífica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é no sentido de que o juiz estatal deve, de ofício, remeter ao juízo arbitral os autos do processo

³⁶⁶ Nesse sentido, Silveira Lobo e Rangel (2003, p. 253), Carmona (2003, p. 111); Almeida (2002, p.118). Em sentido contrário: para quem o árbitro não pode suspender efeito de cautelar judicial, ver: (2002, p. 158) e Figueira Jr. (1999, p. 224). Este último autor considera que a soberania do juízo estatal seria ferida pelo ato arbitral revocatório.

cautelar, para que este decida a respeito da conveniência da manutenção da medida:

Sendo a medida cautelar aviada antes de instaurada a arbitragem é cabível ao juízo estatal a concessão da medida perseguida, devendo, contudo, serem os autos remetidos ao juízo arbitral para que o mesmo aprecie a manutenção ou não da tutela concedida assim que iniciado o procedimento arbitral. De ofício, determinaram a remessa dos autos ao juízo arbitral para manutenção ou não da tutela concedida.³⁶⁷

Na prática, contudo, pode ocorrer a transmutação da tutela provisória em decisão definitiva, da **tutela satisfativa provisional** em **tutela satisfativa autônoma**³⁶⁸. Assim, v.g., se a medida provisional distribuída ordenar o pagamento antecipado de numerário e a posterior insolvência ou ardil do devedor impedir o retorno do dinheiro à propriedade do credor, no momento em que for revogada, impede-se, de fato, o retorno à situação anterior. Ora, se a autonomia da tutela de urgência em relação aos processos de conhecimento e de execução fundamenta-se em sua função conservatória do *status quo*, enquanto se espera a declaração pelo juízo de mérito e a realização pelo juízo da execução (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 43).³⁶⁹ tornar empiricamente definitiva a tutela de urgência implica a transmutação do processo cautelar em processo de cognição, com conseqüente usurpação de poderes do árbitro pelo juiz nacional. Necessário, então, que a medida cautelar e, sobretudo, a cognição sumária satisfativa, se façam acompanhar de garantias de fácil reversibilidade no plano dos fatos.

³⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0480.06.083392-2/001, da 12ª Câmara Cível. Agravante: Viação Pássaro Branco Ltda. Agravado: Espólio de Antônio José Duarte Monteiro. Relator: Domingos Coelho. Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2007. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, 3 mar. 2007. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 2.0000.00.410533-5/000(1), da 4ª Câmara Cível. Agravante: Inepar Equipamentos e Montagens S.A. Agravado: SMS Demag Ltda. Relator: Avilmar de Ávila. Belo Horizonte, 27 de agosto de 2003: “Não obstante a eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos, a ação cautelar de sustação de protesto, se ainda não instaurado o juízo arbitral, poderá ser ajuizada perante o juiz estatal, que, comunicado da instauração do juízo arbitral, providenciará a remessa dos autos para a devida apreciação da manutenção ou não da tutela concedida”. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, 13 set. 2003; BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação n. 393.297-8, da 5ª Câmara Cível. Apelante: GMK Equipamentos Industriais LTDA. Apelado: Daimler Cryler do Brasil Ltda. Relator: Mariné da Cunha. Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.2, n. 7, p. 134-142, jul./ago. 2005, p. 134: “Como a renúncia, com força definitiva, à via judicial é excepcionada em relação às demandas cautelares, o acesso à jurisdição, em tais casos, é permitido, sendo a hipótese de se acolher os pedidos de sustação de protesto e imposição de obrigação de não encaminhar duplicatas para protesto, ao passo que a controvérsia acerca da exigibilidade ou inexistência das mesmas deve ser objeto de processo de arbitragem”.

³⁶⁸ A terminologia é emprestada a Baptista da Silva (1998, v. 2, p.71). São formas de tutela sumária autônoma as definitivas em seus efeitos; assim, os alimentos provisionais. Os alimentos são definitivos, pois não se repetem os pagos se, ao final, for verificada a improcedência das alegações do autor. Provisória é a sentença, não a tutela.

³⁶⁹

No direito comparado, um remédio contra tal inconveniente costuma ser prescrito pelos juízes nacionais: condicionar a concessão da medida à apresentação de garantias bastantes que assegurem o fácil retorno ao *status quo* anterior. Nesse sentido, as garantias bancárias aparecem como o instrumento mais utilizado. Inicialmente facultativo na Suíça³⁷⁰, dito remédio é, hoje, de adoção obrigatória entre juízes submetidos à Convenção de Bruxelas de 1958 – atualmente substituída pelo Regulamento n. 44/2001, da União Europeia – tal como interpretada pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias no célebre caso **Van Uden**, em que se debateu a legalidade de ordem judicial para pagamento antecipado de determinadas quantias, mas o mérito do litígio deveria ser submetido a juízo arbitral³⁷¹. A Corte Europeia entendeu que o instituto do pagamento provisional antecipado do direito holandês – **kort geding** – antecipa pretensões e, portanto, invade a jurisdição de mérito, sobretudo quando se tornam definitivas, no plano fático, medidas que, na origem, eram provisórias.

Para manter a natureza provisória da medida provisional, decidiu a corte pela necessária apresentação de garantias suficientes ao fácil reembolso dos valores antecipados, caso o juiz do mérito – árbitro – resolva revogar a decisão³⁷². A referida exigência se incorporou à prática judiciária, em relação aos “interim payments”, dos direitos inglês e americano, como ao “référé provision”, do direito francês. Depreende-se da experiência internacional a necessidade de o juiz nacional, para não invadir a jurisdição de mérito, sempre exigir contracautela realmente idônea e de fácil execução.

No ordenamento brasileiro, não há motivos para solução diversa. Melhor, tais garantias devem ser exigidas como condição de outorga das medidas provisionais e antecipações de tutela em geral. Especificamente em sede arbitral, a questão é mais grave já que o mérito das lides foge à jurisdição estatal. Onde a ordem judicial provisória tornar-se, de fato, definitiva, o juiz nacional extrapola os limites do processo cautelar, invade a esfera cognitiva do árbitro. Aconselha-se, então, que faça acompanhar a medida provisional por medida de cautela auxiliar, *v.g.*, a ordem de apresentação de garantias de

³⁷⁰Cf. art. 183 (3) de la LDIP de 18.12.1987: “O tribunal arbitral ou o juiz podem condicionar as medidas provisionais ou as medidas conservatórias que foram requeridas à apresentação de garantias apropriadas”. No original : “*Le tribunal arbitral ou le juge peuvent subordonner les mesures provisionnelles ou les mesures conservatoires qu’ils ont été requis d’ordonner à la fourniture des sûretés appropriées*”

³⁷¹ Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. C-391/95. *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-line*. Luxemburgo, 17 de novembro de 1998. **Revue de l’arbitrage**. Paris: Litec, p. 152-168, 1999, com comentário de H. Gaudemet-Tallon.

³⁷² No mesmo sentido: CJCE. C-99/96. Recorrente: *Intership Yachting Sneek BV*. Recorrido: *Hans-Hermann Mietz*. Luxemburgo, 27 de abril de 1999. A propósito, ver Wilderspin (1999, p. 669).

reembolso fácil. Evitar-se-á a transmutação, de fato, do juízo de urgência em juízo de mérito e o conseqüente esvaziamento da jurisdição arbitral.

6 A INAUGURAÇÃO DO CONCURSO DE CREDORES

Recuperação de empresas, liquidação extrajudicial, falência e insolvência civil são institutos reconhecidos pelo sistema jurídico brasileiro e destinados ao tratamento da crise patrimonial. A **recuperação judicial** e a **liquidação extrajudicial** destinam-se à reorganização da atividade econômica. A liquidação, porém, é de utilização restrita a setores que o legislador considera estratégicos ou economicamente sensíveis, como o securitário, o bancário e o aéreo. Já a falência e a insolvência civil constituem instrumentos de pura execução patrimonial coletiva, a qual normalmente implica dismantelo do fundo de comércio e encerramento da atividade empresarial.

Embora distintos em suas finalidades – respectivamente, de recuperação e de execução –, tais institutos ostentam programa finalístico comum: assegurar tratamento paritário aos credores. Na recuperação judicial e na liquidação extrajudicial, procura-se garantir paridade de participação de credores no processo decisório e nos resultados da empresa em recuperação, enquanto, nas execuções coletivas, a paridade é de acesso ao patrimônio do falido ou insolvente³⁷³. Em suma, a efetividade dos referidos institutos se afere a com base na real proteção à *par conditio creditorum*, princípio considerado como parte do conteúdo da ordem pública brasileira. Justifica-se, por razões coletivistas, a forte presença de normas de aplicabilidade imperativa ou imediata a permear-lhes o regime jurídico.

Ao contrário do que à primeira vista pode parecer, o interesse coletivista de proteção à *par conditio creditorum* não colide com a natureza estrangeira, exclusiva e privada da jurisdição do árbitro. São evidentes as repercussões dos mecanismos de proteção à paridade entre credores, em relação à liberdade do devedor falido, doravante obrigado a dividir a cena com a massa; e, em relação às autoridades jurisdicionais, sujeitas à força centrípeta que favorece a concentração de instâncias perante o juízo estatal do concurso de credores a normal. A arbitragem não é, todavia, incompatível com a preservação da paridade. É o que se pretende demonstrar neste capítulo dedicado à análise das consequências da inauguração do concurso de credores **em relação às partes em uma convenção de arbitragem – portanto em relação à jurisdição do estado-juiz do foro – (6.1)**, antes de abordar as questões relativas à intensidade do efeito negativo da convenção

³⁷³ Neste trabalho, decidimos designá-los, em conjunto, simplesmente concurso de credores.

de arbitragem **em relação ao juiz do concurso de credores (6.2)**. Escolhemos, como fio condutor, o regime jurídico falimentar, de longe o mais radical em relação às limitações que impõem ao devedor em dificuldade e à distribuição da prestação jurisdicional por autoridades distintas do juízo universal. Referência às demais modalidades de concurso de credores ocorrerá, de modo pontual, apenas quando necessário à ilustração de aspectos relevantes da repartição de tarefas entre estado-juiz e árbitro.

6.1 Efeitos em relação às partes

A abertura do concurso de credores afeta a convenção de arbitragem no plano da eficácia, mas não no da validade. Ao contrário do que pode aparentar, tal afetação não resulta de limitações impostas pela inauguração do concurso de credores ao direito do devedor de dispor dos próprios bens³⁷⁴ (6.1.1); decorre, antes, do processo de legitimação da massa para participar de instância arbitral, na qual se discutem direitos cujo titular é o devedor falido. Por sua vez, a legitimidade da massa não se dá em razão de substituição processual – legitimação extraordinária. Onde houver, a legitimidade da massa, para a arbitragem, só pode ser ordinária, fruto de sub-rogação material da massa nos direitos e obrigações do falido, portanto na condição de parte em convenção de arbitragem (6.1.2).

6.1.1 Em relação ao devedor

A decisão judicial que instaura concurso de credores normalmente impõe limites ao poder do devedor para praticar atos de disposição dos seus próprios bens. Trata-se de prática consagrada no direito comparado³⁷⁵ e recebida pelo ordenamento brasileiro. Entre

³⁷⁴ Entre os autores que afirmam a impossibilidade de arbitrar em decorrência de incapacidade do falido, portanto de invalidade da convenção de arbitragem, encontramos **(i)** Batista Martins (2008, p. 3): “Todas as pessoas (capazes), independentemente de sua natureza, podem contratar cláusula de arbitragem”; **(ii)** Carmona (2004, p. 55): “Condição sine qua non para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada convenção de arbitragem”; e **(iii)** Cahali (2012, p. 93): “A capacidade das partes ao firmarem a convenção é conditio sine qua non para a utilização da arbitragem – arbitrabilidade subjetiva.

³⁷⁵ No direito francês, dispositivo com esse teor encontra-se no art. L 641-9, I, do *Code de Commerce*: “*Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur*”. Da mesma forma, na Itália encontramos o art. 42 do Régio Decreto n. 267, de 16 de março de

nós, encontramos tais limitações no regime jurídico aplicável à insolvência civil³⁷⁶, às várias espécies de recuperações extrajudiciais³⁷⁷ e à falência, como prescreve o art. 99, VI, da Lei de Falências (LF)³⁷⁸:

“A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...) VI –proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração dos bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das operações normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo (...)”.

Mesmo na recuperação de empresas – espécie concursal menos rígida quanto a esse aspecto –, fica o empresário impedido de contrair dívidas antes de aprovado o plano de recuperação³⁷⁹. Uma vez aprovado, o empresário permanece privado do direito de dispor de bens e direitos que integrem o ativo permanente³⁸⁰. Também não pode transigir ou adimplir obrigações contraídas antes da recuperação, exceto na forma prevista pelo plano aprovado, tudo isso sob pena de ter a falência decretada³⁸¹.

Tais limitações à disposição de bens pelo devedor induzem alguns autores a declarar a inarbitrabilidade pós-concursal da lide³⁸². Em outras palavras, seria nula, por ilicitude do objeto, a convenção de arbitragem aplicável à lide relativa a bens ou direitos

1942: “*Beni del fallito. La sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento*”.

³⁷⁶ Conforme art. 752 do CPC: “Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa”.

³⁷⁷ A Lei n. 6.024/74 estabelece em seu artigo 36 que os administradores das instituições financeiras em intervenção, liquidação extrajudicial ou em falência estão sujeitos à indisponibilidade de bens até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades. De forma semelhante, O art. 2º da Lei n. 5.627/70 determina a indisponibilidade dos bens dos administradores e conselheiros fiscais das sociedades de seguros ou de capitalização em regime de liquidação extrajudicial compulsória, e o art. 24-A da Lei n. 9.656/98, dos administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial.

³⁷⁸ Lei n. 11.105, de 09 de fevereiro de 2005.

³⁷⁹ Conforme art. 27, II, “c”, da LF: “O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nessa Lei: [...] I – Na recuperação judicial e na falência: [...] (c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação”.

³⁸⁰ Conforme art. 66 da LF: “Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz [...]”.

³⁸¹ Conforme art. 61 da LF.

³⁸² Argumento apresentado pelos advogados da parte falida ou em recuperação judicial, em todos os casos apresentados ao Poder Judiciário brasileiro.

do devedor falido³⁸³. Consideramos representativo o seguinte trecho da lavra de Vasconcelos (2010, p. 40):

“(...) em se tratando de processo falimentar pendente, com a conseqüente perda pelo falido da disponibilidade da administração de seus bens, não há como celebrar convenção de arbitragem válida, uma vez que esta inequivocamente exige que os seus objetos sejam direitos patrimoniais disponíveis”.³⁸⁴

Percebe-se logo a má apreensão de institutos distintos e elementares de direito civil. Primeiro, confunde-se **capacidade contratual** e **poder de disposição**, para tentar fazer crer na invalidade do negócio jurídico estipulado por quem não pode dispor de bens objeto do negócio jurídico. Segundo, atropelam-se os conceitos para confundir **poder de disposição** e **natureza disponível de bens e direitos**, de forma a se insinuar que a transferência daquele de um titular a outro incidiria sobre a natureza do bem ou direito em questão. Não é difícil demonstrar o atropelo à lógica: assim como a ausência de poderes para dispor de determinados bens e direitos não atinge a capacidade contratual do devedor – a arbitrabilidade subjetiva – (6.1.1.1), tampouco altera a natureza de bens disponíveis ou indisponíveis, portanto não interfere na arbitrabilidade material do litígio (6.1.1.2).

6.1.1.1 A capacidade contratual indene

Erro grosseiro é a confusão entre a capacidade contratual e o poder de disposição do devedor falido. Se, por um lado, a abertura do concurso de credores lhe subtrai poder para dispor dos próprios bens, não o afeta, por outro, a capacidade contratual. Esta é pressuposto de validade dos negócios jurídicos em geral; aquele, condição de sua eficácia. Portanto, não são inválidos os atos de disposição praticados pelo devedor falido, mas apenas ineficazes em relação à massa³⁸⁵, tanto que do eventual levantamento da falência decorre a *pós-eficacização* do ato³⁸⁶. Por esse motivo, Pontes de Miranda (1973, p. 270-

³⁸³ Conforme art. 1º da LAB: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos direitos disponíveis”.

³⁸⁴ Em favor de regime jurídico distinto de acordo com o momento da estipulação da convenção de arbitragem, ver Balbino (2012, p. 210). Por uma distinção de regime jurídico a partir do momento da instauração da arbitragem, em relação ao da abertura do concurso, ver Rechsteiner (2007, p. 358).

³⁸⁵ Conforme artigo 103 da LF: “Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”. Neste sentido, ver Fernandes (2006, p. 175).

³⁸⁶ Ver Penalva Santos (2009, p. 159).

271) criticou a impropriedade da expressão “nulidade”, adotada pelo art. 48 da antiga Lei n. 2.024/1908, reproduzida pelo revogado Decreto-lei n. 7.661/1945. A propósito, escreveu:

Mais uma vez devemos frisar que é gravíssimo o erro encontrado em alguns escritores e em acórdãos, entre capacidade de ato jurídico *stricto sensu* ou negocial e falta de limitação ao poder de dispor. (...) O poder de disposição, à diferença da capacidade de ato jurídico ‘*stricto sensu*’ ou negocial, concerne o plano da eficácia.

No mesmo sentido, Armelin (2007, p. 16) frisa que a “capacidade para contratar” é categoria jurídica distinta da legitimidade para dispor: “enquanto a primeira é um pressuposto de validade do ato jurídico, a segunda é um pressuposto subjetivo-objetivo de eficácia”³⁸⁷. Tais razões levaram à supressão da expressão “nulidade” do vigente art. 103 da LF.

Uma vez esclarecida a confusão entre a capacidade e o poder de disposição, cumpre-- nos ressaltar que a “capacidade compromissória” – capacidade contratual específica para a estipulação de negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem – não está condicionada ao preenchimento de outras condições além das postas pelo Código Civil para os negócios jurídicos em geral³⁸⁸. A LF, por sua vez, não acresce novas.

Se o direito positivo brasileiro não impõe limites à capacidade compromissória da parte falida (impõe apenas ao poder de dispor de bens que integrem a massa), não é nulo nem anulável o ato de disposição praticado pelo devedor, mas ineficaz, assim mesmo de modo relativo, pois só a massa escapa à sua oponibilidade³⁸⁹. Atente-se, todavia, para o erro de nosso juiz nacional, levado, por doutrina de autoridade, à transposição automática de soluções encontradas do direito comparado, mas sem respaldo em nosso sistema. Nesse sentido, convém alertar para o erro qualificação, no sentido do Direito Internacional

³⁸⁷ Ver Armelin (2007, p. 16).

³⁸⁸ Nos termos dos arts. 3º e 4º do Código Civil, os absolutamente incapazes são (i) os menores de 16 anos, (ii) os que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e (iii) os que não puderem exprimir a própria vontade. Relativamente incapazes são (i) os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, (ii) os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido; (iii) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e (iv) os pródigos

³⁸⁹ Soluções idênticas são encontradas nos ordenamentos italiano e inglês. Assim o art. 44 do *Régio Decreto* n. 267, de 16 de março de 1942: “*Atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento. Tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori. Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento. Fermo quanto previsto dall'articolo 42, secondo comma, sono acquisite al fallimento tutte le utilità che il fallito consegue nel corso della procedura per effetto degli atti di cui al primo e secondo comma.*” Na doutrina inglesa, Tweedale e Tweedale (2007, p. 553) afirmam: “*A contract that has been entered into by a bankrupt is binding as against the bankrupt but not against the bankrupt’s estate*”.

Privado, cometido pelo juiz nacional suíço (6.1.1.1.1). Trata-se, todavia, de alerta tardio: o Superior Tribunal de Justiça já afirmou a validade da convenção de arbitragem estipulada **antes** da inauguração do concurso de credores (6.1.1.1.2).

6.1.1.1.1 O problema da qualificação

Identificar o direito aplicável a determinada relação jurídica internacional impõe ao juiz nacional a obrigação de previamente classifica-la de acordo com as categorias de direito internacional privado aceitas no sistema do foro, com a finalidade de verificar se cabem na hipótese de incidência de alguma regra de conflito. Ao proceder desse modo, o juiz nacional “qualifica” no sentido que o direito internacional privado atribui ao termo: aferir se a situação de fato normada se insere no antecedente normativo da regra de conflito ou, como preferem os tributaristas, em sua hipótese de incidência.

Eventual erro de qualificação certamente conduziria o juiz nacional a errar na escolha regra de conflito; em decorrência, errar na escolha do elemento de conexão e, ao final do raciocínio conflitualista, aplicar direito material errado. No que diz respeito à problemática em análise, o erro de quem qualifique as limitações ao poder de dispor do falido como uma questão pertinente à categoria jurídica “capacidade das partes” conduz à aplicabilidade da regra de conflito contida no art. 7º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na hipótese de o falido ser empresário individual³⁹⁰, ou no art. 11 do mesmo diploma, se pessoa jurídica³⁹¹. Logo, o juiz deveria, de ofício, aplicar ao caso as soluções prescritas pelo direito material do país do domicílio, para a pessoa física, ou da incorporação, para a pessoa jurídica. Em assim sendo, na hipótese de a situação *sub judice* envolver empresários nacionais da França, dos Países Baixos, da Suíça ou da Argentina, o juiz nacional brasileiro estará obrigado a reconhecer as limitações à capacidade dos devedores, portanto, eventual invalidade da convenção de arbitragem decorrente da inauguração do concurso de credores³⁹².

³⁹⁰ Conforme art. 7º do Decreto-Lei n. 4.657/42: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

³⁹¹ Conforme art. 11 do Decreto-Lei n. 4.657/42: “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”.

³⁹² Inexistente no sistema brasileiro, a nulidade da convenção de arbitragem em decorrência da falência existe no direito comparado. A propósito, Born (2009, p. 754) menciona a legislação falimentar dos Países Baixos e da Látvia. No direito argentino, encontramos restrições à capacidade do falido no art. 738, do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Também o direito francês parece ter evoluído do sistema de

Semelhante erro de qualificação foi cometido pelo experiente Tribunal Federal Suíço, caso *Vivendi c. Elektrim*³⁹³. Na espécie, os árbitros em uma instância administrada pela CCI, com sede em Genebra, haviam-se declarado carentes de jurisdição em relação a *Elektrim*, em decorrência de sua falência superveniente, decretada pelo juiz nacional do local da incorporação, o polonês. Inconformada, *Vivendi* atacou a sentença arbitral perante o judiciário da sede da arbitragem, a Suíça. Este, por sua vez, endossou o duplo erro dos árbitros: primeiro, qualificou a situação normada como questão relativa à capacidade do falido, para aplicar o direito material do local de sua incorporação; em seguida, declarou a incapacidade da parte e consequente invalidade da convenção e da sentença, fundamentando-se em legislação falimentar, cujo texto, a exemplo do brasileiro, apenas permite a ineficácia. Em suma, o erro de qualificação levou ao direito material errado cuja aplicação também foi errada.

O juiz polonês teve a oportunidade de retificar o erro de interpretação do direito material cometido por seu colega suíço por ocasião do *exequatur* de sentença arbitral proferida numa segunda arbitragem instaurada entre *Elektrim* e *Vivendi*. Na espécie, reafirmou-se a possibilidade de a instância arbitral tramitar normalmente e de o árbitro proferir sentença válida, a despeito da inauguração de concurso de credores³⁹⁴. Isso porque, no direito polonês, a inauguração da falência atinge a eficácia da convenção de arbitragem, não a validade.

O contencioso pós-arbitral instaurado para atacar sentença proferida num caso administrado pela CCI, entre uma sociedade empresária chinesa e uma massa falida portuguesa, ofereceria ao Tribunal Federal Suíço a ocasião de reapreciar o problema da qualificação e retificar o erro cometido em *Vivendi c. Elektrim*. Na espécie, o juiz nacional suíço não chegou a qualificar a questão como problema relativo à eficácia dos negócios jurídicos, mas evoluiu da categoria “capacidade da parte” para a inserção em categoria mais específica intitulada “validade da convenção de arbitragem”. No sistema

ineficácia para o de nulidade. Ver: Ripert e Roblot (2000, p. 932): “*Les inopposabilités, dont l’exercice était réservé au représentant de la masse, sont remplacées para des nullités plus largement ouvertes, dans l’intérêts de tous les participants*”.

³⁹³ SUÍÇA. Bundesgericht. Caso n. 4A_428/2008. *Vivendi S.A. c. Vivendi Telecom International S.A., Elektrim Telekomunikacja Sp. z o.o. et al.* Lausanne, 31 de março de 2009. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 34, p. 286-292, 2009.

³⁹⁴ POLÔNIA. Tribunal de Apelação de Varsóvia. Caso n. I Acz 1883/09. Apelante: *Vivendi S/A et al.* Apelado: *Elektrim S/A et al.* Varsóvia, 26 de novembro de 2009. Não publicado. A propósito, ver Sadowski (2011). Disponível em:

<www.globalarbitrationreview.com/reviews/30/sections/108/chapters/1175/Poland/#_4>. Acesso: 5 jan. 2011, 16:09.

suíço, a validade da convenção de arbitragem está atrelada ao regime jurídico indicado por regra de conflito com forte coloração material: aplica-se o direito mais favorável à validade da convenção de arbitragem. Este deve ser escolhido entre o direito indicado pelas partes – autonomia da vontade como elemento de conexão –; o direito material aplicável ao mérito da lide ou ao contrato no qual se insere a convenção de arbitragem e, finalmente, o direito suíço³⁹⁵. Se, no direito suíço, a inauguração da falência não invalida a convenção de arbitragem, torna-se impossível o juiz suíço decidir de modo desfavorável à validade da convenção de arbitragem³⁹⁶.

As possibilidades, contudo, não se esgotam na opção entre o direito aplicável à capacidade da parte e a eficácia da convenção de arbitragem. O juiz nacional do Reino Unido entendeu, corretamente, que os efeitos do concurso de credores em relação à arbitragem é questão pertinente à plano da eficácia da convenção de arbitragem em lides que envolvam bens e direitos em relação aos quais o devedor não disponha de poder de dispor. Na espécie, a incapacidade superveniente do falido fora invocada, por ele próprio, perante o juiz nacional inglês, com o fito de anular sentença arbitral proferida na Inglaterra. Este assimilou o árbitro ao juiz do sistema nacional inglês e, por analogia, aplicou a regra de conflito contida no art. 15 do Regulamento Europeu n. 1.346/2000: “Os efeitos do processo de insolvência numa acção pendente relativa a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido regem-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que a referida acção tramita”³⁹⁷. Tais razões foram confirmadas pela High Court of Justice³⁹⁸ e pela Court of Appeals³⁹⁹, ao julgarem os ataques promovidos pela Elektrim. A decisão é boa; primeiro, por qualificar corretamente: a abertura do

³⁹⁵ Conforme art. 178 da LDIP suíça: “*III. Convention d'arbitrage. [...] 2 Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.*”

³⁹⁶ SUÍÇA. Bundesgericht. Caso n. 4A_50/2012. Autor: Sociedade portuguesa X. Réu: Sociedade chinesa Y., Lausanne, 16 de outubro de 2012. A propósito, ver VOSER, Nathalie; GEORGE, Anya. “Insolvency and arbitration: Swiss Supreme Court revisits its Vivendi Vs Elektrim decision”. Publicado em 05 de dezembro de 2012. Disponível em: <kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/05/insolvency-and-arbitration-swiss-supreme-court-revisits-its-vevendi-vs-elektrim-decision>. Acesso em: 1 dez. 2014, 12:11.

³⁹⁷ Art. 15 do Regulamento Europeu n. 1.346/2000.

³⁹⁸ REINO UNIDO. High Court of Justice. Queen’s Bench Division (Commercial Court). Caso n. 2008 Folio No. 367. Józef Syska, como administrador da Elektrim S.A., em falência c. Elektrim S.A., em falência, et al. Relator: Justice Christopher Clarke. Londres, 2 de outubro de 2008. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 34, 2009. p. 293-318.

³⁹⁹ REINO UNIDO. Court of Appeal (Civil Division). Caso n. A2/2008/2435. Apelante: Józef Syska, como administrador da Elektrim S.A. Réu: Elektrim S.A., em falência, et al. Relator: Lord Justice Longmore. Londres, 9 de julho de 2009. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 34, p. 293-318, 2009. A propósito, ver Naegeli (2010, p. 193).

concurso afeta a titularidade do poder de dispor, não a capacidade da parte ou a natureza do bem; em seguida, por deixar a cada Estado-juiz a decisão a respeito dos efeitos processuais da inauguração do concurso em relação à jurisdição dos próprios juízes. A solução foi, todavia, de aplicabilidade restrita às ações “pendentes” no momento da quebra. Para a hipótese de ações instauradas após a inauguração da falência, a regra de conflito é outra. Remete ao ordenamento do Estado do juiz da falência⁴⁰⁰.

No Brasil, o direito internacional privado não evoluiu a ponto de erigir a validade da convenção de arbitragem à condição de categoria autônoma de Direito Internacional Privado, como ocorre no ordenamento suíço, ou de aplicar regras materiais internacionais do foro, como prefere o juiz francês⁴⁰¹. Por sua vez, a qualificação como questão vinculada à eficácia da obrigação de arbitrar não conduz o juiz nacional brasileiro a aplicar o direito do Estado em que esta foi constituída.⁴⁰² Viu-se, a convenção de arbitragem opera efeitos negativos pré-processuais: vale como declaração de desinteresse do soberano em relação à lide, portanto subtrai jurisdição ao Estado-juiz. Se apenas o ordenamento do próprio Estado-juiz pode ditar limites à função jurisdicional e a convenção de arbitragem incide sobre esses limites, então os seus efeitos, aos olhos do juiz nacional, serão sempre os atribuídos pela “lex fori”. Somente o sistema jurídico do foro dita a intensidade dos efeitos negativos da convenção de arbitragem e da competência-competência em relação ao respectivo juiz. Revela-se, pelos efeitos processuais da convenção e do contrato de arbitragem, a natureza transversal deste instituto. sobretudo se o que se discute é a intensidade do efeito negativo. Se o juiz nacional em questão é o da falência, aplica-se a “lex fori”; o direito do Estado que o investiu.

⁴⁰⁰ Art. 15 do Regulamento Europeu n. 1.436/2000: “Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável ao processo de insolvência e aos seus efeitos é a lei do Estado-Membro em cujo território é aberto o processo [...]”. De acordo com o Art. 2, e) e f), do mesmo Regulamento, os efeitos da inauguração da falência em relação às demais ações individuais e aos contratos nos quais o devedor é parte são regidos pelo direito do foro da falência.

⁴⁰¹ Essa foi a posição adotada pela Cour de Cassation francesa, ao confirmar decisão anterior da Cour d’appel de Paris. Ver, respectivamente, as seguintes decisões: (i) FRANÇA. Cour de Cassation. Pourvoi N° 9116828. Autor: Municipalité de Khoms El Mergeb. Réu: Dalico Contractors. Paris, 20 de dezembro de 1993. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano 8, n. 30, p. 165-167, abr./jun. 2011.

⁴⁰² Conforme art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

6.1.1.1.2 A convenção de arbitragem estipulada após a abertura do concurso

Embora faça prova de grande favor em benefício da arbitragem – não temos notícia de julgamento de segunda instância ordenando a extinção ou a suspensão de instância arbitral em decorrência de instauração de concurso de credores –, o juiz nacional brasileiro não distingue capacidade e poder de disposição, ao menos no que diz respeito à solução de questões decorrentes dos efeitos da abertura da falência em relação ao processo arbitral. Em dois casos, preferiu apegar-se ao fato de a convenção ter sido estipulada antes da abertura do concurso, para afirmar que, no instante da estipulação, o devedor detinha plena capacidade.

Nesse sentido, Nancy Andrighi, em decisão monocrática proferida nos autos de Medida Cautelar requerida pela Interclínicas Planos de Saúde S/A contra a Saúde ABC S/A⁴⁰³ reafirmou o posicionamento de tribunal arbitral composto por Selma Maria Ferreira Lemes, Carlos Nhering Netto e Pedro Batista Martins⁴⁰⁴. Na espécie, não se debatiam limitações ao poder de dispor do devedor, mas do liquidante extrajudicial nomeado. Segundo a Interclínicas, seria impossível instituir-se juízo arbitral, posto que o liquidante não gozava de plena capacidade. A Ministra e o Tribunal Arbitral entenderam que a liquidação superveniente não afetaria, como de fato não afeta, a validade de ato jurídico perfeito. Deixa implícito o entendimento de que a liquidação impediria a formação de convenção de arbitragem válida.

A anterioridade da convenção em relação à inauguração do concurso também fundamentou julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), nos autos do Agravo de Instrumento interposto pela Jackson Empreendimentos Ltda., com o objetivo de revogar decisão do juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. Essa jurisdição, embora especializada, se recusar a habilitar crédito representado em sentença arbitral, sob o argumento de que “ao

⁴⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 14295/SP, da 3ª Turma. Autora: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Ré: ABC Planos de Saúde Ltda. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2008. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano VI, n. 25, p. 167-174, 2010; e **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 167-190, set./dez. 2008, com comentário de Arnaldo Wald.

⁴⁰⁴ BRASIL. CCBC. Procedimento arbitral n. 07/2006. Decisão Incidental. Árbitros: Pedro Antônio Batista Martins, Selma Maria Ferreira Lemes e Carlos Nhering Netto. 14 de outubro de 2006. Documento não publicado, tendo-se tornado público em decorrência de contestação judicial da decisão.

ser decretada a falência a parte [devedor] perde a disponibilidade de seus direitos”⁴⁰⁵. O juiz de segunda instância acertadamente ordenou a habilitação dos créditos representados pela sentença arbitral⁴⁰⁶; insistiu, contudo, na anterioridade da convenção em relação à abertura da falência como indicativo de plena capacidade da parte.

Consideramos equivocada a importância atribuída pelo STJ e pelo TJSP à anterioridade da convenção relacionada à inauguração do concurso. Se esta deixa indene a capacidade do devedor, pouco importa o fato de a convenção – ou a instauração da instância arbitral – ser anterior ou posterior à data da inauguração de concurso⁴⁰⁷.

6.1.1.2 A disponibilidade de bens e direitos

A crença de que a limitação ao poder de dispor, legalmente imposta ao devedor falido, torna indisponível o próprio direito controvertido e, assim, invalida a convenção de arbitragem por ilicitude superveniente de seu objeto é fundamentada em falsa premissa: a de que tal limitação se projeta em relação à natureza dos bens, para torná-los indisponíveis⁴⁰⁸. Demonstraremos que a inauguração de concurso de credores não produz esse efeito (6.1.1.2.1) e que a estipulação de convenção de arbitragem não implica o exercício de ato de disposição de bens e direitos (6.1.1.2.2).

⁴⁰⁵ BRASIL. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. Processo n. 2005.031627-3. Autor: Jackson Empreendimentos Ltda. Réu: Diagrama Construtora Ltda. Juiz Alexandre Alves Lazzarini. São Paulo, 31 de agosto de 2007. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, n. 19, p. 173-174, out./dez. 2008.

⁴⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 531.020.4/3-00. Agravante: Jackson Empreendimentos Ltda. Agravada: Diagrama Construtora Ltda. Relator: Manoel Pereira Calças. São Paulo, 25 de junho de 2011. **Revista de Arbitragem e de Mediação**, São Paulo. Ano 5, n. 19, p. 167-190, set./dez. 2008.

⁴⁰⁸ A confusão é aparentemente reproduzida por Penalva Santos (2009, p. 157): “Por outro lado, a recuperação judicial cuida de direitos indisponíveis; conforme já demonstramos anteriormente, o devedor perde a capacidade de dispor de seus bens [...]”. Do mesmo modo, Balbino (2012, p. 210): “No caso em que a arbitragem tenha sido firmada e instaurada após a abertura da falência, essa não poderá ser aplicada, pois os bens do falido, por força do artigo 103 da Lei de Falência, são considerados, nesse momento, como indisponíveis”.

6.1.1.2.1 A mudança de titularidade do poder de dispor não afeta a natureza dos bens e direitos

No sistema brasileiro, a supressão do *jus disponendi* do proprietário de bens e direitos não resulta, com exclusividade, da inauguração do concurso de credores; também ocorre, por exemplo, nas doações sob condição ou nos negócios estipulados com cláusula de reserva de propriedade. Nessas hipóteses, quase sempre o proprietário não detém o poder de disposição sobre bens cuja natureza é disponível⁴⁰⁹. Enquanto o poder de dispor concerne à pessoa do titular, a disponibilidade é característica inerente ao próprio bem ou direito⁴¹⁰. Entre nós, são válidos os atos de disposição realizados por quem não detém poderes para tanto, embora sejam inoponíveis ao proprietário dos bens em questão. Elementares, tais categorias não se prestam à confusão.

Do mesmo modo, a inauguração do concurso de credores provoca a transmissão da titularidade do poder de disposição do devedor à massa ou ao administrador judicial, sem, todavia, afetar a natureza disponível dos bens e direitos envolvidos. A convenção de arbitragem permanece válida, porém relativamente ineficaz, já que não oponível à massa, se verificadas as condições que a permitem optar entre adimplir ou não as obrigações contraídas pelo falido⁴¹¹.

Podemos, de qualquer modo, questionar se a parte em uma arbitragem tem interesse em prosseguir com a instância, mesmo sabendo que a futura sentença não será oponível à coletividade de credores (PENALVA SANTOS, 2009, p. 159). Pode ocorrer, por exemplo, de a parte ter interesse na formação de coisa julgada contra o devedor falido ou pretender apresentar a sentença à seguradora ou, na hipótese de reabilitação do devedor falido, executar a sentença (MANTILLA-SERRANO, 1998, p. 243). Mais provável, contudo, é a possibilidade de o devedor falido ter interesse no processamento da instância até a prolação da sentença.

⁴⁰⁹ A propósito, ver Gomes (1997, p. 128).

⁴¹⁰ Ver Armelin (2007, p. 20).

⁴¹¹ Conforme art. 117 da LF. Ver *infra*, 6.1.2.2.

6.1.1.2.2 A estipulação de convenção de arbitragem não implica ato de disposição

Só quem nega ao árbitro função jurisdicional pode, com coerência, vislumbrar a existência de ato de disposição implícito no ato de estipular convenção de arbitragem. É superado o debate entre partidários da natureza contratual da arbitragem e defensores de sua natureza jurisdicional⁴¹². Não conhecemos, na doutrina e na jurisprudência brasileira, quem, seriamente, negue a natureza jurisdicional da atividade do árbitro.

Ora, a arbitragem não é método amigável de resolução de controvérsias; destina-se a distribuir jurisdição e dela resulta uma parte vencedora e outra vencida⁴¹³. Assim ocorre, por exemplo, com os signatários de cláusula de eleição de foro: pretensão de desvincular o juízo originariamente competente ou, no caso específico das cláusulas que remetem o julgamento das lides a juiz nacional estrangeiro, ao Estado-juiz do foro. Em vez de dispor de bens ou direitos, as partes, em tais cláusulas, os reivindicam e defendem perante o juiz nacional que consideram adequado.

Do mesmo modo, quem estipula convenção de arbitragem se obriga a submeter à autoridade jurisdicional privada determinadas reivindicações. As partes em arbitragem veiculam reivindicações e promovem a defesa intransigente de interesses, contratam advogados, produzem provas, impugnam documentos, árbitros e testemunhas etc. Comprometer significa transferir o local do conclave jurisdicional do foro público à instância privada; não implica resolução amigável ou disposição de bens⁴¹⁴. Nesse sentido, aliás, Nancy Andrichi, em decisão monocrática proferida no caso ABC Saúde c. Interclínicas, afirmou: “O fato da arbitragem envolver direitos disponíveis não significa que haverá, necessariamente, no curso do procedimento arbitral, atos do liquidante que impliquem na disponibilização de bens”⁴¹⁵. A correta fundamentação da referida decisão resgatou clássica doutrina de Francisco Mendes Pimentel em parecer de 1916:

⁴¹² A propósito, ver Motulsky (1974, p. 11).

⁴¹³ Distintos da arbitragem, têm natureza contratual os métodos alternativos de resolução de controvérsias, como a mediação e a conciliação.

⁴¹⁴ No direito francês, o devedor em recuperação pode comprometer, mas necessita de autorização especial do juiz-comissário. Na liquidação, o compromisso deve ser homologado pelo tribunal ao qual estiver vinculado o juiz-comissário. A convenção de arbitragem irregular pode ser anulada no prazo de três anos. A respeito, ver Ancel (1987, p. 130).

⁴¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 14295/SP, da 3ª Turma. Autora: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Ré: ABC Planos de Saúde Ltda. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, 13 de junho de 2008. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano 6, n. 25, p. 167-174, 2010; e **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 167-190, set./dez. 2008, com comentário de Arnaldo Wald.

Naquela [transação] dá-se renúncia de direito, cada parte entende alienar uma porção do objeto da transação para conservar intacto o restante. Neste [convenção de arbitragem] só se pactua a derrogação da ordem legal das jurisdições para submeter à decisão arbitral todo o objeto do litígio. (MENDES PIMENTEL, 1926, p. 297)

Ressaltamos, aliás, que o recurso à equidade como elemento fundamentador da sentença arbitral tampouco caracteriza a incidência de ato de disposição durante a instância arbitral. Bruno Oppetit (1999) demonstra que, se, na origem, o termo “equidade” se opunha ao termo “direito” como noção corretiva ou moderadora da rigidez de hipóteses legais inadequadas, nas últimas décadas, tem-se testemunhado sua *juridicização*. A equidade passou a integrar o direito positivo como regra autônoma, dotada de valor normativo próprio: “deixou de ser uma noção moral para se tornar uma noção jurídica” (OPPETIT, 1999, p. 121, tradução nossa)⁴¹⁶ e, como tal, foi reconhecida pela Corte Internacional de Justiça (OPPETIT, 1999, p. 123) e por doutrinadores e tribunais brasileiros⁴¹⁷.

De outro modo, a abertura do concurso de credores impõe limites à função do árbitro. Primeiro, porque ele não pode permitir ao devedor transigir em relação a bens e direitos objeto de lide e arrecadados pela falência⁴¹⁸. Se, todavia, a transação interessar à massa ou ao liquidante, eles deverão respeitar as condições em que o direito concursal permite a estes entes a alienação de patrimônio do devedor a fim de o acordo resultante ser homologado por sentença. Segundo, o árbitro não pode recorrer ao instituto da “*amicable composition*”, por implicar certa renúncia e, assim, instrumentalizar a instância arbitral e, por seu intermédio, dispor de modo irregular. Com tais cautelas, evita-se a má utilização

⁴¹⁶ Tradução livre. No original, em francês: “*De notion morale, l'équité est devenue une notion juridique*”.

⁴¹⁷ Nesse sentido estão as lições de Sampaio Ferraz Júnior. (2008, p. 407), para quem a equidade “responde pela estrutura de concretização do direito”, ou seja, é um conjunto de regras estruturais que confere coesão a todas as demais normas do sistema jurídico. Também Venosa entende ser a equidade pertencente ao Direito: “O conceito de equidade interliga-se ao conceito do próprio Direito, uma vez que enquanto o Direito regula a sociedade com normas gerais do justo e do equitativo, a equidade procura adaptar essas normas a um caso concreto”. A jurisprudência brasileira apresenta também exemplos de aplicação da equidade em nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 225322/DF, da 4ª Turma. Recorrente: Volkswagen do Brasil Ltda. Recorrido: Sebastião Fagundes de Deus. Relator: Cesar Asfor Rocha. Brasília, 2 de abril de 2002. **Lex:** DJ, p. 222, 10 mar. 2003.

⁴¹⁸ Nesse sentido, BRASIL. CCBC. Procedimento arbitral n. 07/2006. Decisão Incidental. Árbitros: Pedro Antônio Batista Martins, Selma Maria Ferreira Lemes e Carlos Nehring Netto. 14 de outubro de 2006. Documento não publicado, tendo-se tornado público em decorrência de contestação judicial da decisão. A propósito da distinção entre arbitragem por equidade e transação, ver Della Valle (2009, p. 91).

da convenção de arbitragem para se realizar negócio jurídico indireto⁴¹⁹ e decorrente ruptura da *par conditio creditorum*.

6.1.2 Efeitos da abertura do concurso em relação à massa

O direito falimentar proporciona à massa o melhor de dois mundos: ela pode participar de instância arbitral instaurada com base em convenção de arbitragem estipulada pelo devedor (6.1.2.1) e, ao mesmo tempo, se negar a participar (6.1.2.2).

6.1.2.1 O direito de participar da instância arbitral

Conquanto o art. 76 da LF imponha a substituição processual da massa falida ao devedor em todas as instâncias jurisdicionais, a transversalidade do instituto arbitral reclama maior elaboração antes de se reconhecer à massa legitimidade para figurar em relação processual de instância arbitral. Esta não decorre, com exclusividade, das regras processuais civis; resulta, antes, da condição de o interessado ser parte em negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem. Sendo a amplitude subjetiva da jurisdição do árbitro idêntica à da convenção de arbitragem, não há como reconhecer a legitimidade processual para a relação de instância arbitral a quem não seja igualmente parte na exata convenção que serve de fundamento à instauração. A possibilidade de a massa sub-rogar-se na capacidade processual do devedor e, por esse meio, participar da instância arbitral, requer sub-rogação de tipo contratual da massa nos direitos e obrigações do falido (6.1.2.1.1.). A legitimação da massa, contudo, não exclui a do devedor (6.1.2.1.2).

⁴¹⁹ A respeito do conceito de negócio jurídico indireto, ver Gomes (2007, p. 321): “Uma vez que não vise a fraudar a lei, pode-se realizar determinado negócio para a obtenção de fim distinto daquelas que sua causa típica define [...]. Quando as partes usam conscientemente de instrumento apropriado ao fim que visam, diz-se, com efeito, que realizaram negócio indireto. A discrepância entre a intenção concreta dos contratantes e a causa típica do contrato caracteriza tais negócios. Configuram-se sempre que, para a consecução de um fim, se faz uso de via oblíqua, transversal, ou seja, todas as vezes que não se toma o caminho normal”. Ver também Abreu Filho (1997, p. 160): “Dessa conceituação se vislumbra a mecânica da negociação indireta, que se consuma toda a vez que as partes escolhem um negócio de forma consciente, pretendido por ambas, embora desejando a consumação de um fim diversificado daquele que a causa típica do negócio escolhido evidencia [...]. A negociação indireta, portanto, se projetará toda a vez que as partes escolham um negócio visivelmente inadequado para a consecução de objetivos estranhos aos evidenciados pela causa típica do negócio acolhido”.

6.1.2.1.1 A sub-rogação em favor da massa decorre do direito material

Sabe-se que a inauguração do concurso de credores não extingue a personalidade jurídica do devedor: por ela, liquida-se o seu patrimônio, não a sua pessoa. No direito brasileiro, mesmo após a inauguração do concurso, o devedor permanece proprietário dos bens e interesses que compõem a massa objetiva, até o momento da liquidação do patrimônio⁴²⁰; permanece sujeito de direito, portanto titular natural da legitimidade para reivindicá-los ou defendê-los perante autoridade jurisdicional, árbitro ou juiz.

Existem, contudo, exceções à regra de que a **legitimidade para atuar** em instância jurisdicional pertence apenas ao titular do bem jurídico controvertido – ou a quem reivindique tal qualidade⁴²¹. A tais exceções, a doutrina processual civil brasileira habituou-se a chamar de **sub-rogação**⁴²² ou **substituição processual** – em homenagem à grande influência de Giuseppe Chiovenda⁴²³. A substituição processual não se confunde com o instituto da **representação processual**: nesta, o representante atua, em juízo, em nome do representado; naquela, o substituto processual age em seu próprio nome, embora sabidamente não seja titular do bem objeto da controvérsia. Ambos os institutos – representação e substituição – foram recebidos pelo parágrafo único do art. 76 da LF, cujo comando outorga à massa, representada pelo administrador, a prerrogativa para substituir o devedor nas ações que envolvam pretensão de direito material relativa a bens e direitos que pertencem ao devedor falido: “todas as ações, inclusive as excetuadas no ‘caput’ deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo”⁴²⁴.

⁴²⁰ Pontes de Miranda (1954, p. 435): “A falência só determina a liquidação concursal da sociedade ou da associação, bem assim o concurso de credores. Não há dissolução “ipso iure” dela; nem “a fortiori”, extinção da personalidade. O art. 335, 2, do Código Comercial está derogado; e, ainda que não estivesse, só se referiria ao suporte fático (art. 335, alínea final).” No mesmo sentido, Requião (1992, p. 266).

⁴²¹ Conforme art. 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

⁴²² Terminologia adotada por Pontes de Miranda (1973, p. 241).

⁴²³ O fenômeno é o mesmo designado “*sostituzione processuale*”, por Chiovenda (1965, p. 596), terminologia posteriormente popularizada entre doutrinadores brasileiros: “*1. Sostituzione processuale. - Il soggetto privato del rapporto processuale non è sempre il soggetto del rapporto sostanziale in lite. Come in diritto privato vi sono casi in cui alcuno è ammesso ad esercitare in nome proprio diritti altrui, così altri può stare in giudizio ‘in nome proprio per in diritto de altrui. Molti dei casi che riconduciamo in questa categoria, sono comunemente spiegati come casi de rappresentanza: ma quantunque si producano qui alcuni effetti analoghi alla rappresentanza, di rappresentanza non si tratta, perché il rappresentante processuale agisce in nome de altrui, così che parte in causa è veramente il ripresentato; mentre il sostituto processuale agisce in nome proprio ed ‘è parte in causa.’*”

⁴²⁴ Conforme art. 76 e 22, III, “c”, ambos da LF. Neste sentido também o art. 16 da Lei n. 6.024/74, aplicável à liquidação extrajudicial de instituições financeiras e, subsidiariamente, de planos de saúde: “A liquidação

Em suma, o administrador **representa** a massa⁴²⁵, que **substitui** processualmente o devedor em dificuldade. A massa torna-se titular da pretensão de fazer atuar a autoridade jurisdicional, inclusive, em lides que não digam respeito ao concurso ou não estejam sujeitas ao juízo universal da falência.

Tal razão, restrita ao processo judicial, conduz observadores, de forma equivocada, a vislumbrar no instituto da substituição processual fundamento para a legitimação da massa nas posições processuais do devedor falido em instâncias arbitrais.

A sub-rogação para a instância arbitral requer, antes, sub-rogação da condição de parte em negócio jurídico do tipo convenção ou contrato de arbitragem. Trata-se de sub-rogação contratual, semelhante à que se outorga à sociedade seguradora para substituir o segurado nos direitos e ações contra o terceiro responsável pelo sinistro⁴²⁶ e ao credor que paga a dívida do devedor comum⁴²⁷. No direito falimentar, a sub-rogação da massa nos direitos e obrigações do devedor decorre do art. 117 da LF, cujo texto contribui para a formação de regime jurídico que limita, mas não anula, a eficácia pós-falimentar da convenção de arbitragem:

Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

Desse modo, a massa falida passa a gerir os contratos bilaterais nos quais o devedor é parte e, com eles, as convenções de arbitragem que contiverem. Um aspecto, contudo, torna a sub-rogação contratual da massa específica em relação à que beneficia a seguradora ou o credor que paga a totalidade de dívida comum. Nesses casos, os direitos e obrigações dos segurados e os dos demais credores passam à esfera patrimonial dos beneficiários sub-rogados que, em decorrência, passam a deter legitimidade ordinária. A massa, por seu turno, não se torna proprietária dos bens do falido. Sua legitimidade, embora contratual,

extrajudicial será executada por liquidante nomeado pelo Banco Central do Brasil, com amplos poderes de administração e liquidação, especialmente os de verificação e classificação dos créditos, podendo nomear e demitir funcionários, fixando-lhes os vencimentos, outorgar e cassar mandatos, propor ações e representar a massa em Juízo ou fora dele". Ver também o art. 75 do Decreto n. 60.459/67, aplicável à liquidação das sociedades seguradoras: "O liquidante designado pela SUSEP será o responsável pela administração da Sociedade liquidanda e terá amplos poderes para representá-la, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele [...]".

⁴²⁵ Conforme art. 12, III, do CPC.

⁴²⁶ Conforme art. 786, do CC.

⁴²⁷ Conforme art. 346, I, do CC.

será sempre extraordinária, portanto não poderá excluir a do falido, como demonstraremos na próxima seção.

6.1.2.1.2 A impossibilidade jurídica da sub-rogação exclusiva: a participação da massa não exclui a do devedor

No ordenamento brasileiro, há supremacia da Constituição Federal (CF) em relação ao Parlamento. Se aquela não permite que este aprecie proposição de lei tendente a subtrair lesão ou ameaça a direito à apreciação do Poder Judiciário, logo, existe vedação constitucional à legitimação extraordinária exclusiva – com exclusão do titular do direito debatido –, como bem ressalta Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 130):

[...] a proibição que se faça ao titular do interesse de ir a juízo pleitear sua tutela é inconstitucional, o que faz concluir que não se pode admitir a existência de legitimidade extraordinária exclusiva nos casos em que exista um legitimado ordinário, por ferir a garantia constitucional da inafastabilidade do acesso ao Judiciário.⁴²⁸

Por meio do instituto da substituição processual, o ordenamento brasileiro atribui à massa falida capacidade para ser parte nas instâncias judiciais das quais participa o devedor; mas não retira deste a legitimidade para a defesa dos próprios bens e interesses. Isso porque, após a abertura do concurso de credores, o devedor falido permanece proprietário dos bens e direitos que compõem a massa objetiva.

Em sendo o devedor uma sociedade empresária, a decretação da falência enseja o início do processo de sua dissolução e, em decorrência, da extinção da sua personalidade jurídica, como prescreve o art. 1.044 do Código Civil (CC)⁴²⁹. A dissolução, contudo, não estará perfeita antes de liquidado o patrimônio social, apurados os eventuais haveres dos sócios e extintas as obrigações do devedor empresário. A personalidade jurídica do devedor falido sobrevive não apenas à decretação de falência como também ao encerramento desta.

Nesse sentido, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, o encerramento da falência e posterior comunicação ao Registro de Comércio não afetam a existência de obrigações da sociedade falida, portanto, de sua personalidade jurídica; antes, é necessária

⁴²⁸ No mesmo sentido, Alvim (1996, p. 92). Contra esta posição, ver Pontes de Miranda (1973, p. 269).

⁴²⁹ Art. 1.044, do Código Civil.

a conclusão da competente ação de declaração de extinção de obrigações, cujo processamento não se confunde com o trâmite falimentar⁴³⁰. Se permanece e é titular de direitos e obrigações, não pode à sociedade empresária falida se negar o direito de reivindicá-los perante autoridade jurisdicional, árbitro ou juiz. Seria flagrante inconstitucionalidade a existência de dispositivo legal tendente a privar o devedor de acesso à justiça necessário à defesa dos próprios bens e direitos⁴³¹.

Evidencia-se, então, a incompatibilidade entre a possibilidade de sub-rogação processual do tipo exclusiva – com exclusão do substituído – e o conteúdo da ordem pública brasileira, como constitucionalmente protegida. Não por outro o motivo o legislador infraconstitucional optou por assegurar expressamente a participação do devedor falido em instâncias jurisdicionais. Logo, não há modo de proibir a participação do devedor. Vejamos o que diz o parágrafo único do artigo 103 da LF:

O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

O legislador falimentar certamente não considerou, durante o processo legislativo, a possibilidade de os “processos em que a massa falida seja parte ou interessada” serem instaurados perante autoridade jurisdicional privada; não pensou em inserir a instância arbitral no âmbito de aplicabilidade do dispositivo. Contudo, a preservação de sua validade formal não permite outro entendimento. É inválida a interpretação que leve a resultado contrário à norma contida na cláusula pétrea do art. 5, XXXV, da CF. Assegurar o acesso do devedor à proteção jurisdicional de seus direitos e interesses implica, também, não afastá-lo da instância arbitral. Como a sub-rogação processual judiciária, a de direito material, em relação ao devedor falido, não pode ser exclusiva.

⁴³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883802/DF, da Terceira Turma. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrida: Supermercado Panelão Hortifrutigranjeiro Ltda. – massa falida et al. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 27 de abril de 2010. **Lex:** DJe 12.05.2010.

⁴³¹ Cf. art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

6.1.2.2 O direito de não participar da instância arbitral

Duas situações permitem à massa o direito de não participar da arbitragem: a primeira decorre da natureza contratual da legitimidade extraordinária que a permite assumir direitos e obrigações do devedor cujo regime jurídico atenua o efeito negativo da convenção de arbitragem (1.2.2.1); a segunda, da dificuldade financeira inerente à situação de falido ou em recuperação judicial com sensível repercussão em relação à intensidade do efeito negativo da competência-competência (1.2.2.2).

6.1.2.2.1 A atenuação do efeito negativo da convenção de arbitragem em decorrência do regime jurídico aplicável à sub-rogação da massa nos direitos e obrigações do devedor

Pela sub-rogação contratual da massa nos direitos e obrigações do falido, transfere-se àquela o gerenciamento dos contratos deste e o poder para decidir, discricionariamente, ouvido o Comitê de Credores, se os adimple ou não⁴³².

Sendo a convenção de arbitragem espécie de contrato bilateral, sua especificidade e eficácia processual não se sobrepõem ao direito de opção outorgado à massa falida. Assim, a despeito da existência de convenção, a massa poderá optar pela via de processamento de suas demandas: a estatal ou a arbitral. Titular do direito de não participar da arbitragem⁴³³; ela, quando demandada, tem o direito de lá não comparecer e pode exercê-lo por meio de defesa fundamentada na **ineficácia pós-concursal** da convenção de arbitragem⁴³⁴. A oponibilidade de tal **exceção** atende, em primeiro lugar, a critério de tempestividade: somente é válida se realizada antes de iniciado o **cumprimento**, isto é, a fase de execução do referido contrato. O art. 117 da LF não oferece à massa o direito de inadimplemento de obrigação cuja execução já foi iniciada. Nesse sentido, segundo Coelho (2005, p. 313), o privilégio somente atinge os contratos que **podem ser cumpridos**, não os que estão sendo

⁴³² Conforme art. 117 da LF: “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”.

⁴³³ Nesse sentido, Vasconcelos (2010, p. 76).

⁴³⁴ No sentido de que a convenção de arbitragem não cabe âmbito de aplicabilidade do referido art. 117, ver BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração n. 644204-4/4-01, da 4ª Câmara de Direito Privado. Embargante: Kwikasair Cargas Expresso S.A. Embargada: AIG Venture Holding Ltda. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 10 de dezembro de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 25, p. 175-178, abr./jun. 2010.

cumpridos: “Excluem-se do âmbito do preceito, (...) os contratos que, embora definidos como bilaterais pelo direito obrigacional comum, já tiveram sua execução iniciada por qualquer das partes”⁴³⁵.

Tais esclarecimentos aplicados à convenção de arbitragem impedem a massa falida de exercer a prerrogativa do art. 117 da LF nas hipóteses em que a declaração de falência ocorra após o requerimento de instauração de instância arbitral. Inicia-se, neste momento, a execução da convenção de arbitragem em relação à específica lide submetida a julgamento e as matérias que caibam em seu objeto não estarão expostas à ineficácia pós-concursal.

Se a iniciativa de instaurar a instância arbitral couber à parte interessada em requerer contra a massa, aquele pode notificá-la, nos termos do parágrafo 1º do art. 117 da LF, dentro de noventa dias contados da nomeação do administrador judicial, para que este, em dez dias, declare se pretende adimplir ou não a convenção de arbitragem⁴³⁶. Transcorridos os prazos sem resposta da massa, não será oponível a defesa por via de exceção fundamentada na ineficácia.

Tal solução convém a fim de não perder o tempo de requerer e instaurar a instância arbitral apenas para, em seguida, assistir-se passivamente ao decreto de sua extinção em relação à massa ou, na hipótese de o interessado ir, primeiro, ao Judiciário, obrigá-lo ao pagamento de custas e honorários sucumbenciais resultante de acolhimento de exceção de existência de convenção de arbitragem (CPC, art. 267, VII). Todavia, na hipótese de a eventual lide surgir depois de transcorrido o prazo de noventa dias a partir da nomeação do administrador judicial, a parte interessada em demandar contra a massa estará exposta à insegurança da situação.

Outro critério de oponibilidade da defesa fundamentada em ineficácia pós-concursal da convenção de arbitragem é de natureza temporal. A prerrogativa de a massa não adimplir a convenção de arbitragem encontra limite no art. 20 da LAB. A ineficácia da convenção deve ser invocada na primeira oportunidade, perante árbitro ou instituição arbitral. Se a massa falida não o invoca tempestivamente, ocorre renúncia tácita ao benefício.

⁴³⁵ Ver também Batalha e Rodrigues Netto (1999, p. 408). Na jurisprudência, ver BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 531.020.4/3-00. Agravante: Jackson Empreendimentos Ltda. Agravada: Diagrama Construtora Ltda. Relator: Manoel Pereira Calças. São Paulo, 25 de junho de 2011. **Revista de Arbitragem e de Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 167-190, set.-dez.2008, com comentário de Arnaldo Wald.

⁴³⁶ Conforme art. 117, § 1º, da LF. Nesse sentido, ver Rechsteiner (2007, p. 362).

Por fim, deve-se ressaltar, o privilégio da ineficácia pós-concursal é monopólio da massa e meio de defesa que não aproveita ao devedor, sujeito não mencionado pelo art. 117 da LF. Caso constate a procedência da exceção, o árbitro deve excluir a massa da instância e prosseguir apenas em relação ao devedor falido⁴³⁷. O juiz, por sua vez, não pode extinguir a ação judicial promovida pela massa, caso estejam atendidas as condições de ineficácia pós-concursal da convenção de arbitragem.

6.1.2.2.2 A atenuação do efeito negativo da competência-competência em decorrência da insuficiência financeira:

A arbitragem, justiça privada, não se instaura ou tramita sem o provisionamento dos valores necessários ao pagamento de taxas, custas e honorários de árbitro⁴³⁸. Já a instauração do concurso de credores resulta do estado de insolvência – crise patrimonial –, ou da cessação de pagamentos pelo devedor – crise financeira. Portanto, não surpreende a possibilidade de o falido ou a massa não dispor dos valores necessários à instauração e trâmite da instância arbitral. A falta de dinheiro pode, a um tempo, causar a abertura do concurso e a impossibilidade de arbitragem, hipótese em que se abre a via judicial ou haverá denegação de justiça. Em assim sendo, o juiz nacional deve mitigar o efeito negativo da convenção e admitir o retorno da jurisdição à órbita do detentor originário, o Estado. A possibilidade de denegação de justiça, portanto, de atentado à ordem pública do sistema do foro, derroga a declaração de desinteresse do soberano em relação à resolução da lide.

Sem dinheiro para iniciar a arbitragem, a situação do devedor falido ou em dificuldades se assemelha à do interessado na outorga de medida de urgência que não encontra árbitro a postos: sem acesso à justiça privada, deve ter assegurado o acesso à

⁴³⁷ Para Mantilla-Serrano (1995, p. 243), só à parte cabe dizer do próprio interesse na prolação de uma sentença não oponível à massa. A possibilidade de levantamento da falência, a necessidade de apresentar a sentença ao segurador para reclamar reembolso, a possibilidade de invocar a coisa julgada perante cortes estatais ou outro tribunal arbitral e a oportunidade de retificar o balanço contábil são exemplos de interesses que podem levar a parte a optar por manter a tramitação normal da instância arbitral a despeito de abertura de concurso de credores.

⁴³⁸ Neste sentido, ver as seguintes disposições, contidas nos regulamentos de importantes instituições arbitrais: **(i)** no Regulamento de Arbitragem da CCI, os artigos 4(4)(b) e 36(6); **(ii)** no Regulamento de Arbitragem da ICDR, o artigo 33(3); **(iii)** no Regulamento de Arbitragem CAMARB, os artigos 3.2, 11.8, 11.10 e 11.12; **(iv)** no Regulamento do CMA/CCBC, os artigos 4.2, 12.10 e 12.11; **(v)** no Regulamento da ARBITAC, os artigos 12.2 e 12.5; e **(vi)** no Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, o artigo 36, § 1º, bem como os artigos 14 e 15 de seu Anexo – Custas, Despesas e Honorários da Arbitragem.

pública⁴³⁹. Assim, vale-se do princípio de acesso universal à justiça, cuja proteção encontra fundamento constitucional direto⁴⁴⁰. No plano infraconstitucional, a impossibilidade de execução da convenção de arbitragem, no caso, configura hipótese de incidência da norma contida no art. II, 3, da Convenção de Nova Iorque de 1958⁴⁴¹, reproduzida e popularizada no direito comparado, por recomendação contida no art. 8º da Lei-Modelo UNCITRAL⁴⁴². Afinal, conforme J. Whitford, em acórdão proferido pela High Court de Londres: “[...] tem-se um demandante que não consegue instaurar a arbitragem e um demandado que não o fará. O senso comum indica que se trata de convenção de arbitragem inexecutável”⁴⁴³. Se o devedor não tem dinheiro para instaurar a instância e, nela, reivindicar direitos, o credor, réu na arbitragem, certamente não adiantará os valores necessários ao processamento das demandas do autor. Há vedação de acesso à justiça.

Discute-se, todavia, qual a autoridade com poderes para constatar a situação de crise e liberar a parte dos efeitos da convenção de arbitragem: o árbitro ou o juiz nacional? Não conhecemos, no Brasil, manifestação jurisprudencial específica a respeito. Na jurisprudência comparada, distinguem-se as situações em que ao devedor em crise interessa acionar a parte adversa (a) daquelas em que é demandado e alega não ter os meios de pagar as provisões relativas aos pedidos reconventionais que apresentar (b).

⁴³⁹ Sobre a necessária intervenção do juiz de urgências para evitar denegação de justiça, v. 5.1.1

⁴⁴⁰ Conforme art. 5º, XXXV, da CF.

⁴⁴¹ A Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais estrangeiras está em vigor no Brasil, por força do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. O artigo II(3) possui a seguinte redação: “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”. Contra, ver Van Den Berg (1981, p. 155).

⁴⁴² Cf. Art. 8º da Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional dispõe: “*O juízo perante o qual é proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem remeterá as partes para arbitragem se uma das partes assim o solicitar, até ao momento de apresentar as suas primeiras alegações relativas ao mérito da disputa, a menos que constate que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz*” (nossa tradução). UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law. Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/mi-arb.07-86998_ebook.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2014, às 16h50.

⁴⁴³ REINO UNIDO. High Court. Haendler & Natermann GmbH c. Janos Paczy. 4 de julho de 1980 e REINO UNIDO. Court of Appeal. UK No. 12. Haendler & Natermann GmbH c. Janos Paczy. 3 de dezembro de 1980. **Yearbook Commercial Arbitration 1984**, v. 9, p. 445-447, 1984. A propósito, ver crítica de De Fontmichel (2013, p. 179).

a) a iniciativa do devedor em crise;

Pode o devedor em crise invocar a própria incapacidade financeira, ignorar a convenção de arbitragem e demandar ao Judiciário? Na jurisprudência comparada, há nítida tendência no sentido de permitir o acesso ao juiz nacional nas hipóteses em que a crise financeira de uma das partes impeça o acesso ao árbitro. Provocada a respeito, a Cour de Cassation francesa realçou a intensidade do efeito negativo da competência-competência, atribuindo ao árbitro jurisdição para se pronunciar primeiro⁴⁴⁴. Na espécie, entendeu-se que a inauguração de liquidação judicial na Espanha, local de incorporação de uma das partes, não seria prova suficiente para, liminarmente, constatar a insuficiência financeira capaz e decorrente “manifesta” impossibilidade de execução da convenção de arbitragem – condição para se atenuar o efeito negativo da competência-competência no direito francês. Em decorrência, entendeu-se que deveria o árbitro se pronunciar, primeiro, a respeito da configuração do estado de insolvência suficiente para impedir o acesso à arbitragem.

Ao tentar estruturar uma solução “arbitral” para o problema resultante da crise financeira, o referido magistrado não se apercebeu da inexistência de arbitragem gratuita. Exceto na improvável hipótese de o árbitro ou a instituição de arbitragem optar por assumir o risco financeiro da prestação jurisdicional privada, a ausência de depósito de taxas, custas e honorários impede a constituição e tramite da instância arbitral. A orientação francesa provocou um impasse: ou o árbitro exerceria a competência-competência, trabalharia de graça, processaria e julgaria o contencioso de cognição da insuficiência financeira, ou a parte não teria acesso ao juiz nacional.

Esta linha foi aparentemente seguida pelo STJ nos autos do Recurso Especial interposto pela massa falida de Kwikasair Cargas Expressas S/A. Em seu relatório, Sidnei Beneti reafirmou a intensidade absoluta do princípio da competência-competência e, a exemplo do juiz francês, relegou a participação do Judiciário ao contencioso de controle da decisão do árbitro⁴⁴⁵. Na espécie, contudo, o fundamento utilizado pela parte interessada no afastamento da via arbitral não era a própria insuficiência financeira, mas a pretensa

⁴⁴⁴ FRANÇA. Cour d’appel de Paris. SARL Lola Fleur c. Société Morceau Fleur et al. Paris, 26 de fevereiro de 2013. **In:** Revue de l’arbitrage, v. 2013, issue 3, p. 749-751, 2013. Sobre a intensidade do efeito negativo da competência-competência, v. 3.1.

⁴⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1355831, da Terceira Turma. Recorrente: Kwikasair Cargas Expressas S/A – massa falida e outros. Recorrida: AIG Venture Holdings Ltda. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 19 de março de 2013. **Lex:** DJe 22.04.2013.

nulidade da convenção de arbitragem em decorrência da quebra e superveniente “indisponibilidade” dos bens e direito do falido⁴⁴⁶.

Como se vê, a solução francesa adequa-se mal ao sistema nacional brasileiro, avesso ao trabalho forçado e à denegação de justiça. Portanto, deve-se atenuar a intensidade do efeito negativo da competência-competência, para que o contencioso relativo à constatação da insuficiência financeira de uma das partes seja processado por intermédio de ação autônoma ou sob a forma de exceção dilatória apresentada diretamente ao juiz, que a decidirá no exercício da própria competência-competência. Essa foi a solução acolhida pelo juiz alemão, no intuito de permitir ao dono de uma obra demonstrar a impossibilidade de instaurar instância arbitral em face de empreiteiro. Embora em primeira e segunda instâncias os juízes tenham considerado que a insuficiência financeira não era fundamento para escapar aos efeitos da convenção e remetido as partes à arbitragem, o *Bundersgerichtshoft*, corretamente, reconheceu a inexecutabilidade da convenção em decorrência de incapacidade financeira e conseqüente risco de denegação de justiça⁴⁴⁷. Na mesma linha, com fundamento direto no art. 20 da Constituição portuguesa, cujo texto abriga o princípio de acesso universal à justiça, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

O direito de acesso aos tribunais impõe que se permita o recurso aos tribunais estaduais, não obstante a existência de uma convenção arbitral, sempre que - mas só quando -, a parte, sem culpa, se vê superveniente colocada numa situação de insuficiência económica que a impossibilita de custear as despesas da arbitragem, sem que lhe seja possível opor-lhe a competente exceção dilatória.⁴⁴⁸

Cabe indagar se, nas situações em que da crise financeira resulte decreto de inauguração de falência ou de liquidação extrajudicial, é razoável que se permita ao juiz declarar a inexecutabilidade da convenção de arbitragem, de modo liminar; sem a necessidade de um contencioso aprofundado. A propósito, a inauguração da falência ou de liquidação extrajudicial pressupõe análise judicial relativa à insolvência ou cessação de pagamentos, pelo juiz ou, no caso da liquidação extrajudicial, pela autoridade

⁴⁴⁶ A propósito desse erro comum na doutrina e jurisprudência brasileira, ver 6.1.1.2.1.

⁴⁴⁷ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*. CLOUT Case 404. Not indicated c. Not indicated. Berlin, 14 de setembro de 2000. *yearbook Commercial Arbitration 2002*, v. 27, p. 265-266, 2002. Ver De Fontmichel (2013, p. 179).

⁴⁴⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 99 A 1015. Relator: Aragão Seia. Lisboa, 18 de janeiro de 2010. BMJ n. 493, 2000 p. G327. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/civel/sumarios-civel-2000.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2014, 11:03.

administrativa responsável pela regulação do respectivo setor estratégico ao qual pertence o devedor. Assim, os documentos relativos à abertura do processo de falência ou à investigação que antecede a liquidação servem de prova emprestada ao juiz da exceção de arbitragem, a fim de analisar a insuficiência financeira do falido ou da massa. Todavia, nem sempre a quebra implica na ausência de recursos para financiamento da arbitragem. Portanto, o juiz nacional deve aprofundar o exame da crise que acomete o devedor antes de decidir se, no caso concreto, a alegada incapacidade financeira impede a parte de participar da arbitragem e, em decorrência, se há risco de denegação de justiça. Atenua-se o efeito negativo da competência-competência⁴⁴⁹.

b) a reconvenção do devedor em crise.

Distinta é a hipótese em que o interesse na instauração da instância arbitral parte do credor. Este tem a faculdade de depositar a quantia relativa à totalidade dos valores estipulados – a título de provisão para custos e honorários, inclusive a parte que caberia ao devedor em crise – pela instituição ou pelos árbitros⁴⁵⁰. Discute-se, todavia, se podem ser desconsiderados os pedidos reconventionais na hipótese de o devedor em crise não depositar as provisões correspondentes às próprias demandas.

Em *Pirelli c. Licensing Projects*, a Corte de Arbitragem da CCI aplicou o art. 30(4) do Regulamento de Arbitragem (versão 1998) e decidiu pela exclusão de demandas reconventionais apresentadas pelo devedor em liquidação judicial porque este não efetuara o correspondente depósito. Após a prolação da sentença, a questão foi levada à Cour d'appel de Paris, por intermédio de “recour en annulation” interposto por credor legitimado para agir em nome da massa da sociedade espanhola em liquidação. A corte entendeu que, no caso, a exclusão das demandas reconventionais apresentadas pela sociedade empresária em liquidação, por inadimplemento da obrigação de pagar custas e provisões, configura denegação de justiça⁴⁵¹. Posteriormente, a Cour de Cassation – equivalente ao nosso STJ –, delimitou o alcance da regra restringi-lo aos casos em que as pretensões reconventionais

⁴⁴⁹ A propósito do efeito negativo da competência-competência, ver Capítulo 1.

⁴⁵⁰ Neste sentido, ver (i) art. 36(3) no Regulamento de Arbitragem da CCI; (ii) art. 33(3) no Regulamento de Arbitragem da ICDR; (iii) art. 11.8 do Regulamento de Arbitragem CAMARB; (iv) art. 12.10 do Regulamento do CMA/CCBC; e (v) art. 6.3 da Tabela de Custas e Honorários dos Árbitros da CIESP.

⁴⁵¹ FRANÇA. Cour d'appel de Paris. *Société Licensing Projects et al c. Société Pirelli & C. SPA et al*. Presidente: M. Périé. Paris, 17 de novembro de 2011. *Revue de l'arbitrage*, n. 2, p. 387-392, 2012.

desconsideradas sejam “indissociáveis” daquelas apresentadas pelo demandante na arbitragem⁴⁵².

A restrição torna a solução adequada à possibilidade de transposição ao sistema jurídico brasileiro. Entre nós, o acesso à justiça integra o conteúdo da ordem pública e é protegido por cláusula pétrea, núcleo duro da constituição material. Em nosso processo civil, torna-se indissociável a pretensão reconvenicional que configure antecedente lógico preliminar ou prejudicial de mérito, cuja análise também tenha sido requerida, a título principal, para que também adquira a estabilidade permitida pela coisa julgada.

A identificação da pretensão reconvenicional indissociável depende do regime jurídico aplicável à coisa julgada. No contencioso internacional, deve-se atentar para a menor amplitude da coisa julgada brasileira, por exemplo, em relação à reconhecida aos institutos da *issue preclusion* e do *colateral estoppel*, respectivamente no sistema estadunidense e do Reino Unido. Enquanto a coisa julgada brasileira estabiliza apenas comandos contidos no dispositivo da sentença, o institutos similares vigentes nos países filiados à tradição do *common law* alcançam os motivos da decisão. Assim, no direito brasileiro apenas o que se pede a título principal pode configurar pretensão indissociável, enquanto outros ordenamentos não aplicam este rigor. Por fim, as compensações (*set offs*) são reconhecidas como meio autônomo de defesa, distinto da pretensão reconvenicional. Caso o demandante, convidado, opte por não depositar a parcela de provisões relativa às pretensões do devedor falido ou em liquidação, ocorrerá renúncia tácita à convenção de arbitragem e abertura da via judicial.

6.2 Efeitos em relação ao juízo da falência

São reconhecidamente liberais os motivos que levam os operadores do direito e do comércio a optarem pela arbitragem, ao passo que são nitidamente coletivistas os interesses fundamentais protegidos pela regulamentação das diversas espécies de concurso de credores. De um lado, a convenção de arbitragem – fonte e limite do poder jurisdicional privado – constitui negócio jurídico, portanto, produz efeito de tipo relativo, restrito às partes e matérias atinentes ao contrato ao qual se refere. Além disso, o efeito negativo da convenção torna o árbitro autoridade jurisdicional exclusiva, por conseguinte se afasta a

⁴⁵² FRANÇA. Cour de Cassation. *Société Pirelli & Cie Spa c. Société Licensing Projets et al.* 28 de março de 2013. *Revue de l'arbitrage*, n. 3, p. 746-749, 2013, com comentário de François Xavier Train.

possibilidade de repartição de competências entre o árbitro e qualquer outra autoridade, pública ou privada. De outro lado, as necessidades de assegurar aos credores de mesma categoria acesso idêntico ao patrimônio do devedor, fundamentam a existência de regras de proteção à *par conditio creditorum*, interesse que permeia toda a legislação relativa à matéria e que participa do conteúdo da ordem pública brasileira⁴⁵³.

Para compreender os mecanismos de conciliação entre tais interesses antagônicos e melhor isolar a problemática, convém retornar a conceitos fundamentais do direito: a distinção entre **efetividade** e **eficácia** normativa. Segundo Neves (1994, p. 46), enquanto a eficácia diz respeito à “realização do **programa condicional**”, à concreção do vínculo “se-então” contido no descritor normativo, a efetividade se refere “à implementação do **programa finalístico**” que orientou a atividade legislativa, à concretização do vínculo “meio-fim”. Para ilustrar o postulado, o referido autor recorre às leis de combate à inflação que assolou o país durante os anos da década de 1980. Assim, as leis que impuseram congelamento de preços, embora **eficazes**, porquanto efetivamente aplicadas as sanções aos eventuais transgressores, não tinham **efetividade**, já que não lograram proteger os subjacentes interesses de política legislativa.

Aplicado ao tema em análise, o raciocínio de Marcelo Neves permite-nos afirmar que a centralização do contencioso perante o juízo da falência e a suspensão das demais ações em curso perante outras jurisdições bastariam à constatação da **eficácia** normativa das regras relativas à concentração de instâncias. A **efetividade**, contudo, só seria alcançada nas hipóteses de respeito à *par conditio creditorum*. Enquanto a eficácia contenta-se com a aplicabilidade do dispositivo legal, a efetividade requer mais: o atendimento às razões de política legislativa que determinam a existência de regra.

Não é outro o conceito – fundamental à compreensão da ciência do direito e de seu objeto – que permite à doutrina internacionalista isolar fenômeno jurídico semelhante, de aparência igualmente contraditória: a inaplicabilidade de regras de aplicabilidade

⁴⁵³ Os tribunais brasileiros também vêm entendendo o princípio da *par conditio creditorum* como parte integrante da ordem pública brasileira. Nesse sentido, ver BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70031427586, da Quinta Câmara Cível. Apelante: Bertol S/A Indústria, Comércio e Exportação. Apelada: Massa Falida de Granja Três Pinheiros Ltda. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. São Paulo, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 5 set. 2014, 12:48: “[...] decretada a falência, a fase que se inaugura é de ordem pública, não se admitindo a retenção de patrimônio da falida sob a condição de satisfação de eventuais despesas devidas por aquela, visto que o interesse prevalente é o do tratamento igualitário dos credores em sua ordem legal”. Ver também BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 64732-1, da 3ª Câmara Cível. Relator: Ronald Schulman. Curitiba, 24 de agosto de 1999. **Lex**: DJ, p. 5525, 06.dez.1999

imperativa, afastadas pela incidência de elementos de conexão que remetem a solução da lide a direito estrangeiro. O regime jurídico de proteção à paridade entre credores compõe-se de normas de aplicabilidade imperativas, materiais e processuais. Entre as processuais, interessam-nos as voltadas à centralização do contencioso, pela atribuição de **competência absoluta** ao juízo do concurso e pela **suspensão de outras instâncias** em curso no momento da inauguração do concurso, respectivamente prescritas pelos arts. 6º e 76 da LF. Já assinalamos a impossibilidade de o árbitro substituir o juiz do falência⁴⁵⁴. Nosso trabalho ater-se-á à demonstração de que a instauração e o trâmite de instância arbitral após a inauguração do concurso de tipo falimentar não ignoram a aplicabilidade, não atingem a eficácia do referido art. 6º, relativo à suspensão das instâncias em curso (6.2.1) nem ultrajam princípios protegidos, portanto, preservam a efetividade do art. 76 da LF, criador do juízo universal da falência (6.2.2).

6.2.1 A suspensão das instâncias em curso

As legislações sobre concurso de credores costumam respaldar a necessidade de suspensão das instâncias jurisdicionais em trâmite, em face do devedor, a partir do momento da inauguração do concurso⁴⁵⁵. Trata-se, aliás, de verdadeiro princípio, recebido e fomentado pelo art. 20 da Lei-Modelo UNCITRAL sobre Insolvência Transfronteiriça, cuja aplicabilidade os redatores pretenderam estender à instância arbitral, conforme expressa seu manual de edição:

⁴⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1277725/AM, da Terceira Turma. Recorrente: Jutai 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda. Recorrida: P S I Comércio e Prestação de Serviços em Telefones Celulares Ltda. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 12 de março de 2013. **Lex**: DJe 18.03.2013.

⁴⁵⁵ Ver, por exemplo, (i) o art. L622-21 do *Code de Commerce* francês: “I. - *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant: 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. II. - Il arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles. III. - Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence suspendus*”; (ii) o art. 51 do *Regio Decreto* italiano n. 267, de 17 de março de 1942: “*Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali. Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento.*” A jurisprudência do 2nd Circuit norte-americano tende a ignorar a suspensão, exceto se a continuidade da instância arbitral comprometer seriamente os interesses protegidos pela legislação concursal. Nesse sentido, ver ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York United States Court of Appeals for the Second Circuit. Autora: Copal Co. Ltd. Ré: Fotochrome Inc. Nova Iorque, 29 de maio de 1975. **Yearbook Commercial Arbitration 1976**, v. 1, p. 202, 1976: “*We have recently indicated that the “public policy” limitation on the [New York] Convention is to be construed narrowly to be applied only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice*”. Ver Rosell e Prager (2001, p. 421).

Assim, o Artigo 20 estabelece uma limitação obrigatória à efetividade de uma convenção de arbitragem. Tal limitação soma-se a outras eventualmente existentes no direito nacional no sentido de restringir a liberdade compromissória das partes (e.g. limites à arbitrabilidade e à capacidade compromissória)” (nossa tradução)⁴⁵⁶.

Sabe-se, porém, que regras de competência existentes em um sistema nacional não alcançam a jurisdição transnacional do árbitro, independentemente de sua natureza, se relativas ou absolutas. Isso porque, de início, o conflito entre árbitro e juiz nacional não acontece no plano da competência, mas em plano anterior, pré-processual, do conflito de jurisdição, pois a renúncia do soberano subtrai poder ao Estado-juiz;⁴⁵⁷ depois, a inauguração de concurso de credores no Estado do foro não repercute em relação a jurisdições vinculadas a sistemas distintos daquele do juiz nacional do foro⁴⁵⁸, em princípio, avessas a tal comunicação⁴⁵⁹. Ora, sendo estrangeira a jurisdição transnacional do árbitro em relação ao sistema nacional do foro (como ao de qualquer Estado considerado individualmente), parece razoável aguardar-se o final da instância e, em seguida, reivindicarem-se os efeitos do ato jurisdicional estrangeiro por intermédio de sua inserção no sistema do foro⁴⁶⁰. Esse trâmite se justifica no fato de que o poder jurisdicional do árbitro remonta ao Estado, mas sem exclusividade⁴⁶¹. Diferente da habilitação da autoridade jurisdicional estatal, a do árbitro tem respaldo no conjunto de sistemas

⁴⁵⁶ UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law. Model Law on Cross-Border Insolvency (1997). No original, retirado do Guide to Enactment and Interpretation : “Thus, article 20 establishes a mandatory limitation to the effectiveness of an arbitration agreement. This limitation is added to other possible limitations restricting the freedom of the parties to agree to arbitration that may exist under national law (e.g. limits as to arbitrability or as to the capacity to conclude an arbitration agreement)”. Disponível em: <www.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html>. Acesso em: 13 dez. 2014, às 17 :12.

⁴⁵⁷ A respeito, ver 2.1

⁴⁵⁸ Assim no direito francês, segundo Ripert e Roblot (2000, t. 2, p. 877): “Il en résulte que les créanciers d'un commerçant, déclaré en faillite para un tribunal étranger, conservent l'exercice de leurs actions individuelles sur les biens situés en France, tant qu'un tribunal français n'a pas ouvert une procédure collective en France où prononcé l'exequatur de la décision étrangère”.

⁴⁵⁹ Exceções são postas pelo direito convencional e pelo direito material europeu, v.g., Regulamento (CE) nº 1346/2000 Relativo a Processos de Insolvência, de 29 de maio de 2000. De forma semelhante à recomendada pela Lei-Modelo UNCITRAL, privilegia-se a reunião de credores perante o juízo concursal do país onde o devedor tenha o seu centro de interesses. Sem embargo, uma instância de efeitos territorialmente limitados também pode ser requerida perante o judiciário do Estado onde o devedor possua um estabelecimento, se não estiverem atendidos os requisitos materiais postos pelo direito do Estado do principal centro de interesses ou, ainda, se requerida por um credor local. UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law. Model Law on Cross-Border Insolvency (1997). Disponível em: <www.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html>. Acesso em: 13 dez. 2014, 17:20.

⁴⁶⁰ A respeito da sentença arbitral como ato jurisdicional de origem estrangeira, ver seção 2.2

⁴⁶¹ A respeito, ver seção 2.

nacionais dispostos a permitir-lhe o exercício e a reconhecer valor de sentença – ato jurisdicional – à decisão dela resultante. Assim, o árbitro é juiz transnacional, mas de nenhum Estado especificamente, nem mesmo do da sede da arbitragem ou do concurso de credores, quase sempre atrelados ao território no qual o devedor centraliza seus interesses. A relação entre árbitro e juízo nacional do foro é, na essência, idêntica àquela entre juiz nacional do foro e juiz nacional estrangeiro. A relação entre a instância concursal e a instância arbitral não infirma tal postulado⁴⁶².

Não existissem as razões pelas quais regras de competência não se aplicam ao juízo transnacional⁴⁶³ e ainda que se assimilasse a jurisdição arbitral a de uma autoridade jurisdicional brasileira, mesmo assim, não estaria a instância arbitral sujeita a ordens de suspensão fundamentadas no art. 6º da LF.⁴⁶⁴ Tal dispositivo tem alcance restrito ao juiz da execução direta – único competente para o exercício do *imperium merum* (6.2.1.2) – ; portanto aplicabilidade restrita às instâncias que não ultrapassaram a fase de conhecimento (6.2.1.1).

6.2.1.1 O alcance restrito ao processo de conhecimento

Ao conservar, perante o juízo originário, o trâmite das “ações que demandam quantia ilíquida”⁴⁶⁵, o §1º do art. 6º da LF reduz o alcance do *caput* às ações por meio das quais se pleiteia a distribuição da tutela jurisdicional executiva. Isso porque a “quantia

⁴⁶² A respeito, ver seção 2.

⁴⁶³ Esse entendimento é corroborado pelos redatores do “Guide to Enactment and Interpretation” da Lei-Modelo UNCITRAL sobre Insolvência Transfronteiriça, na página 70: “*However, bearing in mind the particularities of international arbitration, in particular its relative independence from the legal system of the State where the arbitral proceedings take place, it might not always be possible, in practical terms, to implement the automatic stay. (...) Apart from that, the interests of the parties may be a reason for allowing an arbitral proceeding to continue*”. United States Commission on International Trade Law. Model Law on Cross-Border Insolvency (1997). Disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html>. Acesso em: 13 dez. 2014, às 17:12.

⁴⁶⁴ Conforme art. 6º da LF, aplicável à falência. Ver também (i) art. 76 da Lei n. 5.764/71, para a liquidação extrajudicial de cooperativas: “A publicação no Diário Oficial, da ata da Assembleia Geral da sociedade, que deliberou sua liquidação, ou da decisão do órgão executivo federal quando a medida for de sua iniciativa, implicará a sustação de qualquer ação judicial contra a cooperativa, pelo prazo de 1 (um) ano, sem prejuízo, entretanto da fluência dos juros legais ou pactuados e seus acessórios”; e (ii) art. 18, “a”, da Lei n. 6.024/74, para a liquidação extrajudicial de instituições financeiras: “A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos: a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação [...]”.

⁴⁶⁵ Cf. §1º, do art. 6º, da LF: “Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”.

ilíquida”, à que se refere o texto legal, não diz respeito à iliquidez do pedido, mas à do título executivo cujo inadimplemento é causa de pedir a intervenção judiciária necessária à execução do crédito. Logo, exorbitam do âmbito de aplicabilidade da regra suspensiva as ações por meio das quais se reivindica a distribuição de tutela jurisdicional do tipo intelectual por intermédio de processo de conhecimento. Em suma, a suspensão só atinge o processo na fase de execução. Nesse sentido, Armelin (2007, p. 20):

Deveras, a falência é, sob o prisma processual, uma execução que, por ser concursal, deve albergar todas as execuções dos credores do falido. Mas inexistente fundamento jurídico para a suspensão das ações de conhecimento, cujo escopo é tão-somente aparelhar títulos executivos que habilitem os credores do falido a participar da execução dessa natureza.

Para Ulhôa Coelho (2005, p. 39):

As ações de conhecimento contra o devedor falido ou em recuperação judicial não se suspendem pela sobrevinda da falência ou do processo visando o benefício. Não são execuções e, ademais, o legislador reservou a elas um dispositivo específico preceituando o prosseguimento (§1º)⁴⁶⁶.

Essa, aliás, é a posição pacífica dos principais tribunais brasileiros. Assim decidiu, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) em, pelo menos, três ocasiões. Em duas delas, tratou-se da suspensão de instâncias que tramitavam no momento da abertura da liquidação de cooperativas habitacionais⁴⁶⁷; na terceira, da liquidação de

⁴⁶⁶ Nesse sentido, ver BRASIL. CCBC. Procedimento arbitral n. 07/2006. Decisão Incidental. Árbitros: Pedro Antônio Batista Martins, Selma Maria Ferreira Lemes e Carlos Nehring Netto. 14 de outubro de 2006. Documento não publicado, tendo-se tornado público em decorrência de contestação judicial da decisão. Ver também Balbino (2012, p. 211). Melhor andaria o legislador falimentar se tivesse adotado o texto, mais claro e conciso, do art. 762 do CPC, aplicável a insolvência civil. Ver Dinamarco (2005, v. 1, p. 118).

⁴⁶⁷ Ver as seguintes decisões: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento n. 272113, da Quarta Turma Cível. Agravante: COHANOVACAP – Cooperativa Habitacional dos Empregados da Companhia Urbanizadora da Nova Capital. Agravado: Luís Samuel Mendes Carneiro. Relator: Antoninho Lopes. Brasília, 11 de abril de 2007. Lex: SJU, Seção 3, p. 160, 29 maio 2007: “O pedido de rescisão do contrato e também o de devolução das prestações pagas configuram tão-só reconhecimento de direito. O eventual decreto de procedência do pedido só terá repercussão na fase posterior. Isso deixa sem justificativa o pedido de nova suspensão do curso do processo tão-somente porque a empresa-*r*é está em fase de liquidação [...]”; (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 248240, da Primeira Turma Cível. Apelante: COHANOVACAP- Cooperativa Habitacional Comunitária NOVACAP Ltda. Apelada: Lúcia Aparecida Santana. Relator: Hermenegildo Gonçalves. Brasília, 24 de maio de 2006. Lex: DJU, Seção 3, p. 77, 20.jul.2006: “Não há que se falar em suspensão do processo de conhecimento pelo eventual prejuízo que possa ocorrer à autora que está na busca de um título executivo judicial”; (iii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento n. 125893, da Segunda Turma Cível. Agravante: Wilma Maria José Ungarelli de Mello Franco. Agravada: Cooperativa Habitacional Regional Ltda. Relator: Waldir Leôncio Júnior. Brasília, 6 de abril de 2000. Lex: DJU, Seção 3, p. 15, 24. Maio 2000.

cooperativa de médicos prestadora de serviços de saúde suplementar⁴⁶⁸. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) ordenou a suspensão de processo de execução em trâmite perante juiz de primeira instância, mas assegurou o prosseguimento de processo cujo objeto era a liquidação de sentença judicial proferida contra sociedade empresária falida⁴⁶⁹. Por fim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do Recurso Especial 717.166-PE (2005/0006048-2), em acórdão proferido com base em relatório apresentado por Eliana Calmon, resume a sedimentada jurisprudência da corte, firmada ainda sob o regime da revogada Lei de Falências, no sentido de que

A literalidade da norma (art. 18, a, da Lei 6.024) tem sido abrandada pela jurisprudência desta Corte havendo decisões no sentido de que a suspensão do processo deve ser obstada nas seguintes hipóteses: a) quando se tratar de demanda por quantia ilíquida; b) em execução fiscal; c) quando estiver ainda em curso o processo de conhecimento⁴⁷⁰.

Na mesma linha, decidiu, por unanimidade, um tribunal arbitral composto por Selma Lemes, Carlos Nhering Netto e Pedro A. Batista Martins em sentença parcial proferida no caso que opunha Saúde ABC Planos de Saúde Ltda. a Interclínicas Planos de Saúde Ltda. Os árbitros optaram por não suspender o desenvolvimento da instância arbitral

⁴⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento n. 280659 (Processo n. 2006.00.2.007941-3), da Terceira Turma Cível. Agravante: Unimed do Centro Paulista – Federação Regional das Cooperativas Médicas Agravada: Aliança Cooperativista Nacional – Confederação Nacional das Cooperativas Médicas. Relator: Souza e Ávila. Brasília, 27 de junho de 2007. **Lex:** DJU, Seção 3, p. 68, 25. set. 2007: “É de se entender que a moratória estabelecida pelo dispositivo legal acima referido não se aplica a todas as ações, mas apenas àquelas em que há execução de obrigação patrimonial, seja em sede tutela antecipada, seja em processo de execução de sentença. Não alcança, por outro lado, as ações que se encontram no processo de conhecimento, onde ainda não há constituição de crédito contra a cooperativa em liquidação, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, com possível prejuízo irreparável para a agravante, se não obtiver a constituição do crédito que será satisfeito através de execução concursal”.

⁴⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2006.002.18354, da 18ª Câmara Cível. Agravante: Navegação Mansur S/A. Agravada: Indústrias Reunidas Caneco S/A. Relatora: Ana Maria Pereira de Oliveira. Rio de Janeiro, 5 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003630C9F3B4B7DD183584BD2F46B2C3FDE1FC402021D41>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

⁴⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 717.166/PE, da Segunda Turma. Recorrente: Banco Nacional do Norte S/A – BANORTE – Em liquidação extrajudicial. Recorrido: José Alberto Gomes Pereira da Silva e cônjuge. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 8 de novembro de 2005. **Lex:** Diário de Justiça, p. 199, 21 nov. 2005. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 256.707/PE, da Terceira Turma. Recorrente: Banco Norte S/A. Recorrido: José Wiron Dias Alves de Melo e outros. Relator: Waldemar Zveiter. Brasília, 15 de fevereiro de 2001. **Lex:** Diário de Justiça, p. 290, 02.abr.2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 38.749/RS, da Terceira Turma. Recorrente: Planalto Administradora de Consórcios Ltda. – em liquidação extrajudicial. Recorrido: Sérgio Luís Knobloch. Relator: Cláudio Santos. Brasília, 18 de outubro de 1994. **Lex:** Diário de Justiça, p. 31763, 21.nov.1994; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 601.766/PE, da Primeira Turma. Recorrente: Banco Norte S/A – em liquidação extrajudicial. Recorrida: Gildenia Bezerra Coutinho e cônjuge. Relator: José Delgado. Brasília, 1 de abril de 2004. **Lex:** Diário de Justiça, p. 224, 31 maio 2004.

instaurada, pois a disputa restringia-se à “fase de conhecimento”⁴⁷¹. Durante o curso da arbitragem, Interclínicas requereu e obteve, em primeira instância, tutela judicial de urgência no sentido de suspender a tramitação da instância arbitral. Na espécie, os árbitros agiram em consonância com o Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁷² e com Nancy Andrighi, uníssonos no sentido de que o princípio de suspensão deve ser temperado para não alcançar a ação de conhecimento⁴⁷³. Essa posição foi confirmada pela Câmara Especial de Falências e Recuperação Judicial do TJSP em decisão que envolveu a Jackson Empreendimentos Ltda e a Diagrama Construtora Ltda.:

Aplicabilidade do artigo do art. 6º, 1º, da Lei 11.101/2005, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a *vis attractiva* do art. 76, caput, devendo o processo prosseguir com o administrador⁴⁷⁴.

A mesma fórmula, adotou-a a 4ª Câmara em caso que envolveu Kwikasair Cargas Expressas Ltda. e AIG Venture Holding Ltda⁴⁷⁵. Isso foi seguido, pelo STJ, fundamentando-se em relatório de Sidnei Beneti:

Tendo em vista que a arbitragem encontra-se atualmente no mesmo plano do processo judicial de conhecimento, uma vez que sua sentença constitui título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC), deve-se aplicar ao processo arbitral

⁴⁷¹ BRASIL. CCBC. Procedimento arbitral n. 07/2006. Decisão Incidental. Árbitros: Pedro Antônio Batista Martins, Selma Maria Ferreira Lemes e Carlos Nehring Netto. 14 de outubro de 2006. Documento não publicado, tendo-se tornado público em decorrência de contestação judicial da decisão.: “3. Pelo que se extrai até o momento do contexto da controvérsia submetida à arbitragem pela Saúde ABC, a solução de mérito visa assegurar certeza e liquidez à pretensão da excepta. Quer isso dizer que a disputa transita pela fase de conhecimento, dada a iliquidez do direito sustentado pela Saúde ABC. 4. Assim sendo, é vasta a jurisprudência judicial a autorizar o curso dos processos da espécie, de forma a possibilitar ao potencial credor pleitear crédito definitivo – líquido e certo – junto ao liquidante e, assim, permitir a correta avaliação do passivo do ente liquidando possibilitando-o, justamente, ultimar o processo de liquidação”.

⁴⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 460.034-4/5-00, da 2ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, 21 de novembro de 2006. Agravante: Saúde ABC Planos de Saúde Ltda. Agravada: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Relator: José Roberto Bredan. Recife, 21 de novembro de 2006. In: Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 15, p. 206-216, 2007, com comentário de Marina MENDES COSTA.

⁴⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 14295/SP, da 3ª Turma. Autora: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Ré: ABC Planos de Saúde Ltda. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2008. In: Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, ano 6, n. 25, p. 167-174, 2010; e **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 167-190, set./dez. 2008.

⁴⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 531.020.4/3-00. Agravante: Jackson Empreendimentos Ltda. Agravada: Diagrama Construtora Ltda. Relator: Manoel Pereira Calças. São Paulo, 25 de junho de 2011. **Revista de Arbitragem e de Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 167-190, set./dez. 2008.

⁴⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração n. 644204-4/4-01, da 4ª Câmara de Direito Privado. Embargante: Kwikasair Cargas Expresso S.A. Embargada: AIG Venture Holding Ltda. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 10 de dezembro de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 25, p. 175-178, abr./jun. 2010.

as mesmas e efeitos previstos para os demais processos judiciais de conhecimento.⁴⁷⁶

Em suma, por ter alcance restrito às ações que ultrapassem a fase de liquidação de sentença, a abertura do concurso de credores não atinge a jurisdição do árbitro, em cujos poderes não estão contidos os que permitem prolongar a sua função jurisdicional para além da prolação de sentença líquida, como passamos a demonstrar.

6.2.1.2 O exercício do *imperium merum*

O exercício da jurisdição de execução direta – coercitiva por meio de sub-rogação – requer *imperium merum*, poder jurisdicional cuja titularidade pertence, com exclusividade, aos órgãos estatais. Se ao árbitro faltam tais poderes, torna-se impossível sujeitar-se à regra suspensiva do art. 6º da LF bem como às contidas no art. 762 do CPC aplicável à insolvência civil e no art. 76 da Lei nº 5.764/71 relativo à suspensão de instâncias em decorrência da inauguração de liquidação extrajudicial de cooperativas ou de qualquer dispositivo semelhante existente na legislação concursal⁴⁷⁷. Por ter natureza de execução coletiva, o concurso de credores deve suspender a tramitação de execuções individuais, o que não prejudica a tramitação do processo arbitral, cuja jurisdição é cognitiva. Evidencia-se, então, a impossibilidade lógica de haver prejudicialidade entre a arbitragem e a execução concursal e vice-versa⁴⁷⁸.

Como ocorre em relação a ações judiciais não suspensas pela inauguração da falência⁴⁷⁹, seguem paralelas a instância arbitral e a falimentar até o momento em que se

⁴⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1355831, da Terceira Turma. Recorrente: Kwikasair Cargas Expressas S/A – massa falida e outros. Recorrida: AIG Venture Holdings Ltda. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 19 de março de 2013. **Lex:** DJe 22.04.2013.

⁴⁷⁷ O mesmo, aliás, pode ser dito a respeito do âmbito de aplicabilidade do art. 51 do *Regio Decreto* italiano, cujo texto impõe a regra suspensiva apenas às ações executivas e cautelares, se naquele ordenamento o árbitro não tem poderes executivos ou cautelares. De todo modo, Mantilla-Serrano (1995, p. 57) informa que, em ao menos duas instâncias administradas pela CCI, o tribunal arbitral recebeu ordem para suspender o curso de arbitragem, em decorrência da abertura de concurso de credores na Itália. A respeito, ver FRANÇA. Cour de Cassation (Civ. 1^{re}). Autora: Société Saret. Ré : SBBM. 4 de fevereiro de 1992. **Revue de l'arbitrage**, v. 1992, issue 4. p. 625-684, 1992 e FRANÇA. Court d'appel de Paris (1^{re} Ch. C). Société des Ets Marcel Sebin et autres v. Société Irridelco International Corp. et autres. Paris, 23 de fevereiro de 1993. In: **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 3, p. 541-544, 1998.

⁴⁷⁸ Ver Damião Gonçalves (2008, p. 207).

⁴⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 140388, da Quarta Turma Cível. Apelante: ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Apelada: Massa Falida de Horsa Hotéis Reunidos Ltda. Relator: Mário-Zam Belmiro. Brasília, 19 de fevereiro de 2001. **Lex:** DJU, p. 67, 15.08.2001. Na espécie, a Corte reconheceu a competência do juízo cível para processar a o de cobrança

encontram na execução compulsória da sentença⁴⁸⁰. O árbitro deve preservar a tramitação da instância arbitral em curso, após convidar a massa para, querendo, intervir, a título de litisconsorte sub-rogada nas obrigações contratuais do devedor. Ao final, profere sentença cujo dispositivo declare a existência do crédito nela consubstanciado para subsequente habilitação na execução concursal.⁴⁸¹

6.2.2 A concentração de instâncias

Outra técnica de proteção à *par conditio creditorum* é a colagem de *vis attractiva* ao juízo falimentar, perante o qual se devem concentrar as demandas dos credores do falido apresentadas após a abertura do concurso⁴⁸². Para tanto, edita-se norma processual de aplicabilidade imperativa em que veicule critério de competência material e absoluta em favor do juízo falimentar. Cria-se o **juízo universal** da falência.

A técnica é de uso corrente no direito comparado. No sistema nacional francês, o art. 662-3 do Code de Commerce atribui ao juízo concursal competência para “[...] conhecer tudo que diga respeito à recuperação ou à liquidação judicial [...]”⁴⁸³. Também o art. 157, Título 28, do United States Code impõe a reunião de ações perante as Bankruptcy Courts⁴⁸⁴ e o art. 24 do Decreto Régio italiano n. 267 atribui ao juízo falimentar competência para “todas as ações dela decorrentes, independentemente do valor envolvido”⁴⁸⁵. No sistema nacional brasileiro, vejamos o que diz o art. 76 da LF:

de direitos autorais promovida em face de massa falida. Decidiu que os créditos deveriam ser primeiramente declarados pelo juízo normalmente competente e, em seguida, habilitados no concurso.

⁴⁸⁰ Em sentido contrário, ver Nunes Pinto (2005, p. 93). Rechsteiner (2007, P. 357).

⁴⁸¹ Na jurisprudência estatal francesa, deve o árbitro, na sentença, limitar-se a declarar a existência do crédito, sem, contudo, ordenar pagamento. A respeito, ver FRANÇA. Cour de Cassation, 1^a Câmara Cível. Autora: Société Saret. Ré : SBBM. 4 de fevereiro de 1992. **Revue de l'arbitrage**, n. 4, p. 625-684, 1992; FRANÇA. Court d'appel de Paris, 1^a Câmara Cível. Recorrente: société des Ets Marcel Sebin et autres. Recorrido : Société Irridelco International Corp. et autres. Paris, 23 de fevereiro de 1993. **Revue de l'arbitrage**, n. 3, Paris, p. 541-544, 1998.

⁴⁸² A respeito, ver Almeida (2002, p. 143).

⁴⁸³ No original: “*Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8 (...)*”.

⁴⁸⁴ Conforme 28 U.S. Code § 157, item (a): “*Each district court may provide that any or all cases under title 11 and any or all proceedings arising under title 11 or arising in or related to a case under title 11 shall be referred to the bankruptcy judges for the district*”.

⁴⁸⁵ Art. 24 do Decreto Régio italiano n. 267, com redação modificada pelo Decreto n. 169, de 27 de setembro de 2007: “*Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore*”..

O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no ‘caput’ deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

O evidente propósito centralizador dos textos contrasta com a individualidade dos interesses normalmente reivindicados perante o árbitro, autoridade infungível de jurisdição restrita às partes em convenção de arbitragem e às matérias que caibam em seu objeto. Logo, a instauração de instância arbitral posterior à inauguração da falência atenta contra a eficácia do art. 76 da LF, sem, contudo, prejudicar-lhe a efetividade normativa, cujo programa finalístico pretende proteger a paridade entre credores.

Por dizer respeito à relação entre autoridades vinculadas a sistemas distintos, a relação árbitro-juiz da falência só se resolve por intermédio de regras atinentes a conflito internacional de jurisdições. Nesse sentido, é coerente a sistemática posta pelo CPC brasileiro: investiga-se se o estatal-juiz brasileiro tem jurisdição para julgar a causa; caso positivo, investiga-se quem é o órgão descentralizado competente⁴⁸⁶. Se o estado-juiz, brasileiro não possui jurisdição, não incidem na hipótese regras de competência, nem mesmo as de competência material, absolutas, portanto de aplicabilidade imperativa. Isso, aliás, depreende-se do art. 86 do CPC, cujo texto exclui a aplicabilidade das regras de competência às causas cíveis submetidas à jurisdição arbitral: “As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de suas competências, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral”⁴⁸⁷.

Não é de outra natureza o conflito entre a regra de aplicabilidade imperativa que atribui competência absoluta ao juízo da falência, contida no art. 76 da LF e a regra de jurisdição internacional indireta contida na convenção de arbitragem, corroborada pela do art. 86 do CPC.⁴⁸⁸ Portanto, resolve-se em favor da jurisdição do árbitro, em decorrência

⁴⁸⁶ Nesse sentido, vide interessante “*fórmula para encontrar-se o juízo competente*”, proposta por Nery Júnior e Andrade Nery (2007, p. 286).

⁴⁸⁷ Conforme art. 86 do CPC. A respeito, Câmara (2005a, p. 98): “Na análise dos critérios de fixação de competência uma primeira questão a ser resolvida é a da chamada ‘competência internacional’. Não se trata, em verdade, de questão pertencente à problemática da competência, mas a ela anterior. Antes de se verificar qual o juízo competente para determinado processo, há que se examinar se a hipótese pode ser submetida ao Estado brasileiro, para que este exerça, diante do caso concreto, a função jurisdicional”.

⁴⁸⁸ A propósito da regulamentação da arbitragem como um conjunto de regras de jurisdição internacional indireta, ver 2.2.

da anterioridade lógica do conflito internacional de jurisdição, em relação à aplicabilidade de qualquer regra de competência material absoluta.

Tal prevalência encontra, todavia, limites no respeito aos programas finalísticos protegidos pela norma. Assim, o juiz nacional não pode reconhecer eficácia à sentença arbitral cujos efeitos concretos transgridam a paridade entre credores. Condiciona-se a eficácia da sentença arbitral ao respeito à efetividade da norma contida no art. 76 da LF⁴⁸⁹. Essencial é negar o ingresso no sistema nacional à sentença arbitral que subverta a paridade. É possível afastar a incidência da regra do art. 76 da LF sem atentar ao seu programa finalístico. Nesse sentido, a experiência judiciária brasileira demonstra que nem todo fracionamento imposto à universalidade do juízo concursal agride a igualdade entre credores de mesma categoria. São múltiplas as subtrações ao princípio universal, em favor de outras jurisdições estatais (6.2.2.1), o que permite afirmar a possibilidade do seu afastamento em favor do juízo transnacional do árbitro, sem atentado à ordem pública brasileira (6.2.2.2).

6.2.1 A desconcentração em favor de outras jurisdições estatais

No ordenamento brasileiro, concilia-se a inaplicabilidade da norma contida no art. 76 da LF e a proteção à *par conditio creditorum* do seguinte modo: em regra, permite-se à instância de conhecimento escapar à centralização, ao passo que a de execução permanece sob a batuta do juízo do concurso. Há múltiplos exemplos: alguns decorrem de imunidade constitucional outorgada a jurisdições especiais, como é o caso da Justiça do Trabalho

⁴⁸⁹ Não se trata, portanto, de uma questão relativa à validade do objeto da convenção de arbitragem ou à arbitrabilidade das lides, conforme entende parte da doutrina. Nesse sentido, duas correntes existem: a que integra a *par conditio creditorum* ao conteúdo da ordem pública em sentido estrito, e a dos que entendem que a inarbitrabilidade resulta da ausência de habilitação objetiva em decorrência de o Estado ter reservado para si a jurisdição em relação a determinadas lides. A primeira corrente está de acordo com o raciocínio da jurisprudência francesa sedimentada, a saber: FRANÇA. Cour de Cassation, 1ª Câmara Cível. Autor: Société Thinet. Réu: Labrely ès-qualités. Relator : C. Bernard. 8 de março de 1988. **Revue de l'Arbitrage**, Paris, v. 1989, issue 3, p. 473-480, com comentário de Pascal Ancel; FRANÇA. Cour de Cassation, 1ª Câmara Cível. Autor: Société Almira Films. Réu: Pierrel, ès qualités. Relator: Gaunet. 5 de fevereiro de 1991. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1991, issue 4, p. 625-632, com comentário de L. IDOT; FRANÇA. Cour de Cassation. Câmara Comercial. Autor: Société Saret. Réu: SBBM. 4 de fevereiro de 1992. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1992, issue 4, p. 625-684, Paris. A respeito, ver também Hanotiau (2002) e Fouchard (1998, p. 474).

(6.2.2.1.1.), outros resultam de isenções postas pela legislação infraconstitucional ou de criação jurisprudencial (6.2.2.1.2)⁴⁹⁰.

6.2.2.1.1 Em favor da Justiça do Trabalho

O fracionamento da universalidade do juízo concursal em favor da Justiça do Trabalho provém, a princípio, do texto constitucional, que reserva a esta a jurisdição para conhecer causas trabalhistas ou relativas a acidentes do trabalho. Daí ser supérflua a menção às causas trabalhistas contidas no próprio *caput* do art. 76 da LF, cujo texto apenas reafirma a competência absoluta constitucionalmente atribuída à Justiça do Trabalho para julgar “as ações oriundas da relação de trabalho”⁴⁹¹. O texto constitucional não prescreve exceções e não cabe à autoridade normativa infraconstitucional criá-las. Predomina, contudo, o entendimento de que os créditos trabalhistas declarados devem ser habilitados na falência. Uma vez declarado e liquidado o crédito, cabe ao interessado habilitá-lo perante o juiz do concurso.⁴⁹² Trata-se de criação jurisprudencial justificada pelo fato de que a efetividade do privilégio reconhecido ao crédito trabalhista “somente pode ser concebida no próprio âmbito do concurso de credores”, conforme decidiu, em outra ocasião, por unanimidade, o Pleno, com fundamento em relatório elaborado por Ellen Gracie,⁴⁹³ cujas razões foram retomadas por Eros Grau, em acórdão de 08.08.2006 : “O STF firmou entendimento no sentido de que, decretada a falência, a execução do crédito trabalhista deve ser processada perante juízo falimentar, sendo necessária a sua habilitação no juízo universal”⁴⁹⁴. Por fim, Ricardo Lewandowski liderou a decisão do Pleno nos autos de recurso extraordinário interposto em face de Varig Linhas Aéreas S/A, sociedade em recuperação judicial: “A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime

⁴⁹⁰ Em função do art. 90 do CPC e ao contrário do que sugere a Lei Modelo UNCITRAL em matéria de falência internacional, o sistema brasileiro não reconhece instâncias em curso perante autoridade judicial estrangeira.

⁴⁹¹ Conforme art. 114, I, da CF.

⁴⁹² Nesse sentido, Moraes (2014, p. 21).

⁴⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência n. 7116/SP, do Tribunal Pleno. Têxtil Sucitante: Machado Marques Ltda. Sucitado: Dalton Signorelli. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, 7 de agosto de 2002. **Lex:** DJ, p. 00070, 23.08.2002.

⁴⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 584049/RJ, da 2ª Turma. Agravante: Sindicato dos Empregados de Empresas de Segurança e Vigilância do Estado do Espírito Santo. Agravada: Proforte S/A Transporte de Valores. Relator: Eros Grau. Brasília, 8 de agosto de 2006. **Lex:** DJ, p. 00036, 01.09.2006.

anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento⁴⁹⁵.

Portanto, mesmo que se acate a posição jurisprudencial predominante e mais favorável à amplitude do juízo universal, permite-se afirmar que a jurisdição de conhecimento para as lides provenientes de relação de trabalho exclui a do concurso⁴⁹⁶, sem, contudo, comprometer a *par conditio creditorum*. Afasta-se a eficácia do art. 76 da LF, sem comprometer a **efetividade**, a proteção à ordem pública.

6.2.2.1.2 Em favor da justiça comum

Outras exceções à universalidade do juízo concursal decorrem de texto de lei ou de limites judicialmente construídos. De início, exclui-se à universalidade o processo de conhecimento promovido antes da decretação da falência⁴⁹⁷; também se excluem as

⁴⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 583955/RJ, do Tribunal Pleno. Recorrente: Maria Tereza Richa Felga. Recorrida: VRG Linhas Aéreas S.A. e Varig Logística S/A e outra. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de maio de 2009. **Lex:** DJe-162, v. 02371-09, p. 01716, 28.08.2009. No mesmo sentido, a jurisprudência do STJ e do TST, sintetizada por Marques Gontijo (2007, p. 136).

⁴⁹⁶ Ver Martins (2003, p. 622-623) e Nascimento (2002, p. 551).

⁴⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 467516, da 3ª Turma. Recorrente: Banco de Crédito Nacional S.A. – BCN. Recorrido: Edgar Xavier e outros. Relatora: Nancy Andriahi. Brasília, 21 de fevereiro de 2006. **Lex:** DJ, p. 264, 20.03.2006: “Ementa: Direito processual civil e falimentar. Recurso especial. Competência. Juízo Universal. Ajuizamento de ação anteriormente à decretação da falência. Hipótese de exceção.- O princípio da unicidade e universalidade do juízo falimentar, previsto no art. 7º, §2º da antiga Lei de Falências, não é absoluto, comportando exceções, entre elas a estabelecida na própria legislação falimentar revogada (Decreto-Lei nº 7.661/45), em seu art. 24, §2º, inciso II, o qual dispunha que teriam prosseguimento com o síndico as ações que antes da falência já tivessem sido ajuizadas”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 243385, da 4ª Turma. Recorrente: BCN Leasing Arrendamento Mercantil S.A. Recorrida: L. Figueiredo S.A. Massa Falida. Relator: Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 4 de junho de 2002. **Lex:** Diário de Justiça, p. 225, 26.08.2002: “Ementa: (...) I. O simples ajuizamento de ação possessória antes do decreto da falência da ré livra-a da atração do juízo universal, ainda que a citação não se tenha efetuado”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 263874, da 3ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrida: Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – EMBRATEL. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 12 de junho de 2001. **Lex:** DJ, p. 328, 27.08.2001: “Ementa: (...) ‘1. Afasta o princípio da universalidade do juízo falimentar o ajuizamento da ação antes da decretação da quebra, não se exigindo para tanto que tenha sido efetivada a citação’”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 20000110586799. Apelante: Massa falida do Consórcio Nacional de Motos, Veículos, Eletrodomésticos S/C Ltda. Apelada: Elizabeth Vieira das Virgens. Relator: Antoninho Lopes. Brasília, 26 de setembro de 2005. **Lex:** DJ, p. 98, 26.12.2006: “Não se sujeitam ao juízo universal da falência as ações anteriores à falência, pois a disposição *supra* tem em vista apenas as ações propostas pela massa falida ou contra ela”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 1998011018 6497, da 1ª Turma Cível. Apelante: Banco Bradesco S.A. Apelado: Jorge de Frias Barbosa e outros. Relator: Valter Xavier. Brasília, 3 de setembro de 2001. **Lex:** DJ, p. 19, 13.03.2002: “Ementa: [...] O princípio da indivisibilidade do juízo universal da falência não se aplica às ações em curso antes da decretação da quebra”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2003.001.13590, da 11ª Câmara Cível. Apelante: Banco Comercial BANCESA S.A. – em liquidação extrajudicial Apelada: Sociedade de Previdência Complementar

instâncias judiciais cujo objeto seja a declaração ou a cobrança de créditos excluídos ao concurso, *v.g.*, as relativas à dívida contraída durante o período de recuperação judicial, desde que antecedentes à decretação de falência⁴⁹⁸, e os créditos fiscais⁴⁹⁹. No caso dos créditos fiscais, a doutrina majoritária entende que devem ser executados perante a justiça especializada, mas o produto transferido ao juízo da falência, para ser distribuído entre os credores⁵⁰⁰. Também estão legalmente isentas as ações não regulamentadas pela LF, à condição de a massa figurar no polo ativo.

A jurisprudência tende a ampliar o rol de isenções. De início, existe nítida tendência a desconsiderar a exigência legal de a massa figurar no polo ativo das ações não regulamentadas pela LF⁵⁰¹: as ações resultantes de mero inadimplemento contratual⁵⁰², a de usucapião de imóveis⁵⁰³, a de despejo⁵⁰⁴, a ordinária de indenização⁵⁰⁵ etc. Enfim, a

da DATAPREV – PREVDATA. Relator: Mauro Pereira Martins. Rio de Janeiro, 18 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 22 jul. 2008, 15:08. “Ementa:[...] A decretação da falência da parte ré no curso do processo não tem o condão de alterar a competência do juízo, tendo em vista que a atração para o juízo universal somente se aplica às ações posteriores, não alcançando os feitos em curso”.

⁴⁹⁸ Conforme art. 67 da LF.

⁴⁹⁹ Conforme art. 29 do Código Tributário Nacional (CTN). A esse respeito, ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.803633, da 1ª Turma. Recorrente: Cooperativa Agrícola de Cotia Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Luiz Fux. Brasília, 11 de setembro de 2007. **Lex:** DJ, p. 231, 15.10.2007: “Ementa: [...] 5 - Deveras, o crédito da Fazenda Estadual não se sujeita a eventual concurso de credores ou habilitação em falência, concordata ou liquidação, posto consubstanciar crédito privilegiado, nos termos do art. 29 da Lei 6.830/80. (Precedentes: REsp 622406/BA, 2ª Turma, DJ de 14/11/2005; REsp 738455 / BA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 22/08/2005; REsp 757576 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25/05/2006)”.

⁵⁰⁰ Moraes (2014, p. 23).

⁵⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2007.001.18013, da Oitava Câmara Cível. Apelante: Marília Queiroz Santos. Apelada: Banco Itaú S/A. Relator: Roberto Luis Felinto de Oliveira. Rio de Janeiro, 22 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031581A94327BD7674A737BFB9E8AC65FB43C402012E1B>>. Acesso em: 5 set. 2014, 12:48.: “O juízo da Insolvência Civil, por analogia ao que se dá com o Juízo da Falência, exerce vis attractiva em relação aos feitos em que a insolvente seja ré, não ocorrendo o mesmo naquelas ações em que for a mesma autora. Assim, considerando-se que na presente hipótese a pretensa insolvente é autora, não se verifica a atração do feito ao Juízo da Ação Declaratória de Insolvência, cujo curso deve seguir normalmente. Confirmação da Sentença”.

⁵⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Conflito de Competência n. 121732, da Primeira Câmara Cível. Suscitante: Juízo de Direito da Vara de Falência e Concordatas do DF. Suscitado: Juízo de Direito da 10ª Vara Cível de Brasília. Referente: S/A Correio Brasiliense e outros. Relator: Ribeiro de Sousa. Brasília, 29 de setembro de 1999. **Lex:** DJU, Seção 3, p. 3, 09.fev.2000: “Ementa: [...] O juízo universal da falência não atrai para si aquelas ações que não são reguladas pela lei da quebra. A interpretação do disposto no artigo 7º, § 2º, da lei de Falências deve ser restrita, porque do contrário toda e qualquer ação de interesse da massa falida iria se aportar no juízo falimentar”. A mesma formulação de texto fora usada por: BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento n. 449194, da 3ª Turma Cível. Agravante: Cat Shoes Comércio de Calçados Ltda. Agravada: Organização Labora Ind. e Comércio Ltda. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, 14 de março de 1994. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 24 jul. 2008, 11:21.

⁵⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 5724640, da 2ª Turma. João Batista Franco de Moraes c. Caixa Econômica Federal – CEF e BBPLAN Construtora e Incorporadora Ltda. - Massa

jurisprudência subtrai ao princípio da universalidade todas as ações de conhecimento não regulamentadas pela própria LF, não importa o polo ocupado pelo devedor falido ou pela massa. Por fim, completa-se o esvaziamento da competência universal do juízo da falência pela subtração das ações de natureza consumerista. Os tribunais brasileiros reconhecem a prevalência do foro privilegiado de consumidores em relação ao do concurso, em decorrência de interpretação atribuída ao art. 101, §4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Daí resultam, ao menos, cinco situações em que o ordenamento brasileiro admite o fracionamento do contencioso pós-falimentar, sem considerá-lo atentatório à efetividade da legislação de proteção à igualdade entre credores ou incompatível com a ordem pública: **(i)** as ações anteriores à abertura do concurso; **(ii)** as ações de conhecimento não regulamentadas pela LF, independentemente do polo ocupado pela massa ou pelo devedor; **(iii)** as ações de conhecimento consumeristas; **(iv)** as ações de conhecimento trabalhistas; **(v)** as ações de conhecimento e as execuções fiscais. Logo, podemos afirmar, na moderna sociedade de massa, o contencioso subtraído à universalidade corresponde à maior parte do passivo jurídico das sociedades empresárias. Em vez de universal, o juízo da falência revela amplitude paroquial, sem que essa situação seja considerada atentatória ao princípio de igualdade entre credores de mesma categoria. Há nítida tendência a restringir a competência do juízo falimentar às ações regulamentadas pela própria LF e execuções contra o falido.

Cabe, então, indagar: a isenção da instância arbitral – naturalmente limitada à distribuição de jurisdição de tipo cognitivo – é compatível com a *par conditio creditorum*?

Falida. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, 26 de setembro de 2007. **Lex:** DJ, p. 283, 11.10.2007: “Ementa: 1. Se a ação não é de falência propriamente dita, mas de usucapião de imóvel que fora objeto de financiamento hipotecário pela Caixa Econômica Federal – CEF, há interesse da União, por uma de suas empresas públicas, aplicando-se a regra geral do art. 109 da Constituição Federal. 2. No caso, a CEF, juntamente com a massa falida de uma determinada empresa, figura como ré, em ação de usucapião de um imóvel arrecadado na falência. A questão central, pois, não é a própria falência, mas o domínio do imóvel”.

⁵⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 380.851-1, da 1ª Câmara Cível. Agravante: Massa Falida de Açobrás Produtos Siderúrgicos Ltda. agravada: Cobraço Comércio Brasileiro de Aço Ltda. Relator: Juiz Gouvêa Rios. Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/>>. Acesso: 10 nov. 2007, 02:35: “A ação de despejo não visa a cobrança de um crédito, não é regulada pelo diploma falimentar e, em consequência, não está sujeita ao juízo universal formado.”

⁵⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 12378/03 (Processo n. 200.3002.12378), da Décima Segunda Câmara Cível. Agravante: Voith Paper Máquinas e Equipamentos Ltda. Agravada: Massa Falida de Sano S.A. Indústria e Comércio. Relator: Antonio Ricardo Binato de Castro. Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00033F9AC598B965097624A5F8957B205AC9AD72C31B2E06>>. Acesso em: 5 set. 2014, 12:40.

6.2.2.2 A desconcentração em favor da jurisdição arbitral

A multiplicidade de hipóteses em que o ordenamento brasileiro admite o fracionamento da jurisdição universal da falência em favor de outras autoridades judiciais brasileiras permite acreditar na possibilidade de instauração de juízo arbitral após a abertura do concurso em condições semelhantes, isto é, limitada ao exercício da *notio*, por meio da instância processual de conhecimento. Isso não configura desconformidade à ordem pública do juiz nacional do concurso. Ressalvam-se, contudo, as ações que dizem respeito à administração da própria falência, apropriadamente denominadas *core actions*, estas de jurisdição exclusiva do juiz concursal, solução predominante na jurisprudência estatal comparada (6.2.2.2.1), tendência na qual se inscrevem as decisões proferidas pelo juiz nacional brasileiro (6.2.2.2.2.).

6.2.2.2.1 A jurisprudência comparada

Na jurisprudência estatal comparada, predomina a solução veiculada pelo clássico acórdão proferido, em 29 de maio de 1975, pela U.S. Court of Appeals para o 2º Circuito por ocasião do julgamento do caso Fotochrome Inc. c. Copal. Na espécie, Fotochrome, sociedade empresária norte-americana, contratara a fabricação de máquinas fotográficas com a japonesa Copal. Surgida a lide, instaurou-se, a pedido da Copal, instância arbitral no Japão, como prescrevia a cláusula compromissória. Entrementes, Fotochrome requereu autofalência perante o judiciário norte-americano. À decretação da falência seguiu-se ordem de suspensão da instância arbitral – *anti-suit injunction* –, deliberadamente desconsiderada pelo árbitro. Apesar da ordem de suspensão, a sentença arbitral foi acatada e inserida no sistema nacional estadunidense, com fundamento na possibilidade de afastamento da legislação de aplicabilidade imperativa de proteção à igualdade entre credores, sem atentar à ordem pública internacional⁵⁰⁶.

Após haver determinado que o afastamento do juiz do concurso de credores não constituía, em si, atentado à ordem pública do foro, os juízes do 2º Circuito estadunidense, em um segundo caso, avançaram no sentido de estabelecer critérios de repartição de

⁵⁰⁶ EUA. New York United States Court of Appeals for the Second Circuit. Autora: Copal Co. Ltd. Ré: Fotochrome Inc. Nova Iorque, 29 de maio de 1975. **Yearbook Commercial Arbitration 1976**, v. 1, p. 202, 1976. A respeito, ver Rosell e Prager (2001, p. 417).

funções entre juiz e árbitro, aplicáveis na hipótese de falência. No caso U.S. Lines⁵⁰⁷, essa sociedade e suas subsidiárias haviam segurado a própria atividade empresária mediante apólices contratadas com diversas seguradoras. Aberto o concurso de credores, o *trust* tornou-se beneficiário das apólices subscritas pela devedora em dificuldades e, a despeito da existência de convenção de arbitragem nas apólices, provocou o juiz nacional estadunidense, solicitando a declaração dos valores devidos a cada segurado credor, em decorrência do pagamento das indenizações devidas por diversas seguradoras.

O Bankruptcy Code estadunidense divide as ações em *core actions* e *non-core actions*, como critério para determinar se cabem na competência do juízo comum ou se pertencem ao juízo universal. No caso U.S. Lines, o juiz declarou que a ação promovida pelo *trust* merecia a qualificação de *core action*, porquanto a matéria debatida dizia respeito à “administração da massa” e aos efeitos “dos ajustes na relação entre credor e devedor”. Semelhantes às “ações regulamentadas pela LF”, do direito brasileiro, a categoria jurídica das *core actions* determina a medida da competência material do juiz do concurso de credores, com exclusão de qualquer outro juiz, estatal ou privado. Na espécie, a necessidade de que, primeiro, o devedor pagasse a indenização para, em seguida, ser reembolsado pela seguradora foi considerada em desconformidade com a proteção da igualdade entre credores de mesma categoria. O devedor em dificuldades não dispunha de recursos suficientes para indenizar a totalidade dos autores e só depois receber indenização das seguradoras. A questão caberia, em nosso entender, no conceito de “core action”, como também entendeu o juízo do concurso. Tal decisão, contudo, foi afastada pela District Court⁵⁰⁸ e, mais tarde, restabelecida pela Court of Appeals⁵⁰⁹.

Estabeleceu-se, desde então, no direito estadunidense, a distinção entre as matérias litigiosas que participam da proteção à paridade entre credores – as que interferem na

⁵⁰⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court, Southern District of New York (95 Civ. 3175 - SHS). Caso n. 266. United States Lines, Inc. e outros v. United States Lines S/A Inc. Reorganization Trust, American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc. e outros. New York, 26 de novembro de 1997. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. XXIII. Kluwer Law International, p. 1091-1095, 1998. O 2º Circuito tem jurisdição no Estado de Nova Iorque e, o 5º, no Texas, no Mississipi e na Louisiana. A respeito, ver Rosell e Prager (2001, p 417).

⁵⁰⁸ Ver comentário de Van den Berg em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court, Southern District of New York (95 Civ. 3175 - SHS). Caso n. 266. United States Lines, Inc. e outros v. United States Lines S/A Inc. Reorganization Trust, American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc. e outros. New York, 26 de novembro de 1997.. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 23. Kluwer Law International, p. 1091-1095, 1998.

⁵⁰⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court, United States Court of Appeals (2nd Circuit). Caso n. 266. United States Lines, Inc. e outros v. United States Lines S/A Inc. Reorganization Trust e outros. New York, 1 de novembro de 1999. In: VAN DEN BERG, A. (Ed.). **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 25. Kluwer Law International, p. 641-1164, 2000, com comentário de Van Den Berg.

estrutura das relações entre credores e devedor ou dizem respeito à verificação de créditos e realização de pagamentos – e a simples adjudicação de direitos privados contra a massa, v.g., o direito de reaver prejuízos decorrentes de relação contratual. Evoluiu-se, ainda, no sentido de que, após qualificar uma ação na categoria de “core action”, o juiz estadunidense deve, antes de decidir em favor da própria competência, “verificar se algum propósito subjacente à legislação falimentar resultaria afetado caso o juízo decida reconhecer efeitos à convenção de arbitragem”⁵¹⁰, ou seja, se, a seu próprio critério, preservou-se a efetividade da norma de proteção à paridade entre credores.

O juiz nacional francês inspirou-se na recomendável solução estadunidense – declarar a arbitrabilidade das lides envolvendo o devedor falido – em um conflito entre dois célebres grupos de mídia europeus levado à Cour d’appel de Paris: Matra Hachette e Reteitalia⁵¹¹. A sociedade Matra Hachette se comprometera a adquirir a participação de sua sócia italiana Reteitalia Spa. na rede de televisão francesa La Cinq, se esta viesse a ter o capital reduzido ou a liquidação judicial decretada. Ocorrida a redução do capital social, Reteitalia Spa. requereu à Matra Hachette o adimplemento da obrigação. Matra Hachette recusou-se.

A pedido de *Reteitalia Spa.*, instaurou-se instância arbitral, mas, em seguida, o Tribunal de Comércio de Paris decretou a liquidação judicial do canal La Cinq. Matra Hachette, aproveitando-se da situação para tentar transferir o debate da jurisdição do árbitro ao juízo do concurso, apresentou dois argumentos: **(i)** a legislação falimentar francesa considera nula a cessão de participação societária de sociedade falida sem autorização do juízo da falência⁵¹²; **(ii)** a decretação da falência torna inarbitrável a lide cuja resolução dependa diretamente da aplicação de leis de aplicabilidade imperativa – “de ordem pública” (*sic*) – contidas no estatuto falimentar.

⁵¹⁰ Tradução livre do original, em inglês: “*In exercising its discretion over whether, in core, proceedings, arbitration provisions ought to be denied effect, bankruptcy court must still ‘carefully determine whether any underlying purpose of the Bankruptcy Code would be adversely affected by enforcing an arbitration clause’.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court, United States Court of Appeals (2nd Circuit). Caso n. 266. United States Lines, Inc. e outros v. United States Lines S/A Inc. Reorganization Trust e outros. New York, 1 de novembro de 1999. In: VAN DEN BERG, A. (Ed.). Yearbook Commercial Arbitration, v. XXV. Kluwer Law International, p. 641-1164, 2000.

⁵¹¹ FRANÇA. Cour d’Appel de Paris (1 Ch. D). Société Matra Hachette c. Reteitalia Spa. Paris, 20 de setembro de 1995. *Revue de l’arbitrage*, v. 1996, n. 1, p. 87-91, 1996, com comentário de D. Cohen.

⁵¹² Conforme art. L 621-19 do *Code de Commerce* francês: “*A compter du jugement d’ouverture, les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent, à peine de nullité, céder les parts sociales, actions ou certificats d’investissement ou de droit de vote représentant leurs droits sociaux dans la société qui a fait l’objet du jugement d’ouverture que dans les conditions fixées par le tribunal*”.

Ao decidirem, o juízo de primeira instância e a Cour d'appel concordaram que, entre os poderes do árbitro, protegidos pelo princípio da competência-competência, está a possibilidade decidir a respeito da arbitrabilidade da lide, não importa se a matéria seja regulamentada por regras que denominam de “ordem pública”:

Conclui-se, do exposto, que o tribunal arbitral já instaurado é o único competente para decidir a respeito da própria competência, da eventual aplicabilidade à lide de dispositivos da lei francesa de recuperação e de liquidação judicial e, ainda, especialmente em relação ao art. 28, como para apreciar o destino dos contratos assinados pelas partes e tomar todas as medidas que julgar úteis, de acordo com a solução adotada para o problema da competência⁵¹³.

A posição da Cour d'appel de Paris nesse caso seguiu a direção apontada, 20 anos antes, pela Court of Appeals para o 2º Circuito estadunidense, mantida até hoje: são arbitráveis as lides envolvendo o devedor falido. Contudo, não se prestou ao trabalho de traçar o limite entre a jurisdição do árbitro e a do devedor falido.

Em 06 de maio de 2009, a Cour de Cassation decidiu a respeito do eventual conflito entre as jurisdições concursal e arbitral⁵¹⁴. Na espécie, a sociedade empresária francesa Jean-Lion havia estipulado três contratos de venda com a sociedade egípcia Income. Em todos eles, optaram por arbitragem administrada pela Refined Sugar Association (RSA). Após o início da controvérsia e da arbitragem, Jean-Lion entrou em processo de liquidação judicial. O tribunal arbitral proferiu sentença e o *exequatur* foi concedido. Inconformado, o liquidante apelou com fundamento no fato de que a sentença arbitral não se limitava à declaração do crédito para posterior habilitação no concurso, pois o seu texto efetivamente ordenava o pagamento.

No direito francês, subsiste a antiga prática da chamada “fórmula executória”, formalidade por intermédio da qual o juiz ordena a execução. Todavia, o liquidante entendeu que, ao ordenar o pagamento dos valores da condenação, o árbitro se excedera e

⁵¹³ No original, em francês: “*Il se déduit de l'ensemble de ces considérations que le tribunal arbitral, déjà saisi, a seul compétence pour apprécier sa propre compétence pour statuer sur l'éventuelle applicabilité à un litige des dispositions de la loi française relative au redressement et à la liquidation judiciaire et plus particulièrement sur celle de son article 28, ainsi qu'à en apprécier, le cas échéant, les effets quant au sort des engagements souscrits par les parties et pour prendre toutes décisions qu'il estimerait utiles, selon la solution apportée à cette question de compétence*”. FRANÇA. Cour d'Appel de Paris, 1ª Câmara Comercial. Autor : Société Matra Hachette. Réu : Reteitalia Spa. Paris, 20 de setembro de 1995. **Revue de l'arbitrage**, n. 1, p. 87-91, 1996, com comentário de D. COHEN.

⁵¹⁴ FRANÇA. Cour de Cassation, 1ª Câmara Cível. Autor: Société MJA. Réu: International Company for Commercial Exchange. Paris, 6 de maio de 2009. **Revue de l'arbitrage**, n. 2, p. 299-302, 2010, com comentário de Daniel Cohen.

adentrara a esfera do juiz da execução coletiva. Tal argumento foi rejeitado pela Cour d'appel de Paris⁵¹⁵, haja vista que a ordem para pagar contida na sentença não violava a ordem pública de modo concreto. A **igualdade entre credores** estava protegida pela necessidade de habilitação do crédito na execução coletiva.

Entendemos correta a posição da Cour d'appel de Paris: sua intenção aparentemente era preservar a sentença arbitral, desde que sua inserção no ordenamento francês não configurasse atentado à igualdade de credores, o que não ocorreria, já que à parte beneficiária só restaria apresentar a sentença à execução coletiva. Entretanto, a Cour de Cassation entendeu de modo diverso, acertou ao afirmar que a jurisdição do árbitro se limita à declaração de existência e do montante do crédito: ele não tem poderes para ordenar pagamentos na hipótese de inauguração de concurso de credores; deve haver habilitação dos créditos declarados na sentença. Equivocou-se, contudo, ao vislumbrar, na ordem de pagamento, desconformidade à ordem pública.

O erro, crasso, é, antes de tudo, metodológico: a desconformidade à ordem pública deve ser apreciada *in concreto*. No caso, seria necessário a ordem de pagamento não se conformar à efetividade da legislação concursal, isto é, à proteção à *par conditio creditorum*. Decerto, isso só aconteceria com o eventual início de execução individual fora do juízo do concurso. Se a única via disponível ao interessado era a habilitação do crédito na falência, não havia a possibilidade de atentado.

Aos olhos do operador brasileiro – habituado ao fato de que o juiz do processo de conhecimento também pode ordenar o pagamento a se realizar somente perante o juiz da execução individual ou coletiva⁵¹⁶ –, a posição da Cour de Cassation nega à complementariedade entre as duas tradicionais modalidades de prestação jurisdicional, a de “conhecimento” e de “execução”. Na prática judicial brasileira, diferente da francesa, a ordem para pagar é mera cláusula de estilo, de transição, destinada a marcar o fim da ação de conhecimento e o eventual início da execução judicial mediante habilitação do título no concurso, quando for o caso. Respeita-se, desse modo, a efetividade da universalidade, portanto, a *par conditio creditorum*.

⁵¹⁵ FRANÇA. Cour d'appel de Paris, 1ª Câmara Cível. Autor: Selafa MJA. Réu: Société International Company for Commercial Exchanges Income. Paris, 8 de novembro de 2007. *Revue de l'Arbitrage*, n. 2, p. 308-313, 2010.

⁵¹⁶ Ver *supra*, item 2.2.2.1.

No direito argentino, a decisão proferida pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, em 05 de abril de 2005⁵¹⁷, fundamenta em dispositivo legal exposto a decisão de preservar a instância arbitral, mas apenas nos casos em que sua instauração anteceda a abertura do concurso⁵¹⁸. Na espécie, o contrato de importação e distribuição de bebidas estipulado entre uma parte argentina e outra mexicana continha convenção de arbitragem com sede fixada no México. Instaurada a instância arbitral, sobreveio a quebra na Argentina. Embora a anterioridade da instância arbitral tenha sido o único argumento invocado pela Corte Suprema, o art. 134 da Ley de Concursos y Quiebras argentina permite ao juiz do concurso autorizar o administrador a aceitar a instauração de instância arbitral, desde que fundamentada em convenção anterior à inauguração do concurso. Assim, podemos dizer, em princípio, o direito argentino admite a continuidade e a instauração de novas instâncias arbitrais após a decretação da falência. O exercício desse direito permanece, contudo, complicado, pois há a necessidade de autorização do juiz do concurso.

Deve-se ao caso Vivendi a oportunidade de enfrentamento da matéria por juízes nacionais de outros três Estados, unânimes no sentido de assegurar a normal tramitação da arbitragem, a despeito da inauguração do concurso de credores. Nessa linha, inscrevem-se as decisões proferidas pela High Court de Singapura⁵¹⁹, pela Court of Appeal, Queen's Bench Division, da Inglaterra⁵²⁰, e pelo Tribunal de Apelação de Varsóvia, da Polônia⁵²¹ -

⁵¹⁷ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. B. 3729. XXXVIII. Bear Service S/A c. Cervecería Modelo S/A de C.V. Buenos Aires, 5 de abril de 2005. Disponível em: < <http://ar.vlex.com/vid/-40246451>>. Acesso em: 10 set. 2014, 12:31: “*El art. 134 se refiere expresamente al arbitraje en la quiebra, que es el concurso con las mayores interferencias jurisdiccionales, pues aquí el deudor es desahogado y sus bienes están destinados a la liquidación judicial. Pero aun en esa hipótesis, el art. 134 respeta el juicio arbitral si se hubiese constituido el tribunal de árbitros o arbitradores antes de la declaración de quiebra [...].*” Para um comentário desse decisão, ver Grigera Naon (2011, p. 315).

⁵¹⁸ Conforme art. 134 da *Ley de Concursos y Quiebras*, de 20 de julho de 2005.

⁵¹⁹ SINGAPURA. High Court. Caso n. 866/2009 (Summons n. 6203/2009). Autor: Petroprod Ltd (in official liquidation in the Cayman Islands and in compulsory liquidation in Singapore). Réu: Larsen Oil and Gas Pte. Relator: Juiz Lee Meng Tan. 30 de junho de 2010. In: HWANG, M.; SU, Z. **A contribution by the ITA Board of Reporters**. Na espécie, a corte fundamentou-se na autoridade de Blackaby e Partasides (2009, p. 124): “*In this regard, a distinction can be made between ‘core’ or ‘pure’ insolvency issues which are inherently non-arbitrable [...] and the remaining circumstances of the cases involving the insolvency of one of the parties to a commercial arbitration agreement*”.

⁵²⁰ REINO UNIDO. High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court). Josef Syska e Elektrim S.A c. Vivendi Universal S.A. et al. Relator: Lord Justice Longmore. 9 de julho de 2009 FLETCHER, N. **A contribution by the ITA Board of Reporters**.

⁵²¹ POLÔNIA. Tribunal de Apelação de Varsóvia. Caso n. I Acz 1883/09. Vivendi S/A et al. c. Elektrim S/A et al. 26 de novembro de 2009. Não publicado. O caso é mencionado por Sadowski (2011).

este, aliás, atuou retificação de grave erro cometido pelo experiente Tribunal Federal Suíço⁵²².

O caso contrapôs o grupo francês Vivendi à sociedade polonesa Elektrim S.A., declarada insolvente no país de origem. Elektrim requereu ao árbitro a prolação de sentença terminativa de instância. Argumentou que, de acordo com o art. 142 do estatuto falimentar polonês, seria nula a sentença arbitral proferida após a inauguração do concurso, em decorrência de alegada superveniência de incapacidade do devedor. Embora o texto invocado, ao menos na tradução para o inglês, prescreva a ineficácia e não a nulidade da sentença arbitral, o tribunal arbitral optou por terminar a instância.

Nos sistemas nacionais acima aludidos, o juiz deve respeitar a normal tramitação da instância arbitral; em seguida, a parte interessada apresenta o crédito contido na sentença arbitral ao juízo do concurso de credores. A jurisdição do árbitro, contudo, não se perpetua nos casos cujo objeto da lide diz respeito à estrutura das relações entre credores e devedores, à verificação ou à efetuação de pagamentos, assim como às ações regulamentadas pela própria lei de falências – *core actions*. Nessas hipóteses, mais provavelmente, o juiz estará diante de caso concreto do qual resultará prejuízos à efetividade normativa, à proteção à *par conditio creditorum*.

6.2.2.2.2 A jurisprudência brasileira

No Brasil, ao menos três tentativas de suspensão ou extinção de instância arbitral em decorrência da inauguração de concurso de credores foram levadas à apreciação do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵²³, das quais uma chegou ao Superior Tribunal de Justiça

⁵²² Ver 6.1.1.1.1.

⁵²³ Ver os seguintes casos: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração n. 644204-4/4-01, da 4ª Câmara de Direito Privado. Embargante: Kwikasair Cargas Expresso S.A. Embargada: AIG Venture Holding Ltda. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 10 de dezembro de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 25, p. 175-178, abr./jun.2010; (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 531.020.4/3-00. Agravante: Jackson Empreendimentos Ltda. Agravada: Diagrama Construtora Ltda. Relator: Manoel Pereira Calças. São Paulo, 25 de junho de 2011. **Revista de Arbitragem e de Mediação**, São Paulo. Ano 5, n. 19, p. 167-190, set.-dez.2008; d (iii) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 460.034-4/5-00, da 2ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, 21 de novembro de 2006. Agravante: Saúde ABC Planos de Saúde Ltda. Agravada: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Relator: José Roberto Bredan. Recife, 21 de novembro de 2006. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 15, p. 206-216, 2007, com comentário de Marina Mendes Costa.

(STJ)⁵²⁴. Em todos, o juiz preservou a tramitação da instância arbitral a despeito da inauguração de concurso de credores.

Em Jackson Empreendimentos Ltda c. Diagrama Construtora, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) corrigiu decisão do juízo falimentar que havia recusado habilitação a crédito declarado em sentença arbitral. Já em Saúde ABC c. Interclínicas – a exemplo da Cour d’appel de Paris, no caso Matra Hachette c. Reteitalia –, o TJSP confirmou a competência-competência do árbitro para decidir, primeiro, a respeito da eventual ineficácia da convenção de arbitragem em decorrência de abertura de concurso e da oportunidade de ser mantido o curso normal da instância arbitral⁵²⁵. Insatisfeita, Interclínicas propôs medida cautelar com o fito de obter efeito suspensivo para recurso especial. Nancy Andrighi, então, proferiu correta decisão monocrática, no sentido de que a suspensão não atinge as ações que não tenham ultrapassado a fase de conhecimento. Por fim, o trâmite normal da instância arbitral foi assegurado pela 4ª câmara cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso que envolveu a Sociedade de Cargas Expressas S.A.⁵²⁶

Embora nesses casos não se tenha debatido o problema da concentração de instâncias do art. 76 da LF, e sim a continuidade de instâncias instauradas no momento da abertura do concurso, o programa finalístico subjacente é comum a ambas as normas. Se a tramitação das arbitragens em curso e a prolação de futura sentença arbitral representativa de crédito a ser habilitado na falência não atentam à paridade, também não atentarão à instauração de novas, como, demonstrou-se, é corriqueiro na esfera judicial.

⁵²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 14295/SP, da 3ª Turma. Autora: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Ré: ABC Planos de Saúde Ltda. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2008. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano 6, n. 25, p. 167-174, 2010; e **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a. 5, n. 19, p. 167-190, set./dez. 2008.

⁵²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 460.034-4/5-00, da 2ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, 21 de novembro de 2006. Agravante: Saúde ABC Planos de Saúde Ltda. Agravada: Interclínicas Planos de Saúde S.A. Relator: José Roberto Bredan. Recife, 21 de novembro de 2006. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a.4, n. 15, p. 206-216, out./dez. 2007, com comentário de Marina Mendes Costa.

⁵²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração n. 644204-4/4-01, da 4ª Câmara de Direito Privado. Embargante: Kwikasair Cargas Expresso S.A. Embargada: AIG Venture Holding Ltda. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 10 de dezembro de 2009. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 175-178, jan./mar. 2010.

7 CONCLUSÃO

Autoridade jurisdicional situada no centro do sistema jurídico da *lex mercatoria*, o árbitro não tem foro, tem setor: o do comércio. Trata-se de autoridade jurisdicional estrangeira em relação ao juiz nacional do foro.

Não é possível demonstrar a juridicidade do sistema jurídico da *lex mercatoria* com o apoio em instrumental teórico jusnaturalista. Também não é suficiente recorrer ao positivismo institucionalista, conforme fazem autores franceses adeptos da nova *lex mercatoria*, sem todavia perceberem que a autoridade normativa atribuída às instituições que participam da *societas mercatorum* esbarra no paradoxo do contrato autovinculante. Logo, a demonstração da juridicidade requer a externalização da fonte do jurídico para além do círculo de autorreferência à vontade das partes. Avessa ao puro consensualismo, a tradição brasileira não atribui à manifestação de vontade a qualidade de fonte do direito; o papel dela é o de servir como suporte fático sobre o qual incide a norma estatal criadora do negócio jurídico. Como a convenção de arbitragem é um negócio jurídico, supera-se o referido paradoxo, explica-se a fonte contratual do poder do árbitro. Mas a juridicidade do poder do árbitro não provém, com exclusividade, do sistema nacional do foro.

Para ser estrangeira em relação ao juiz nacional, a autoridade jurisdicional deve pertencer a sistema distinto. A afirmação do árbitro na condição de autoridade estrangeira vinculada ao sistema transnacional da *lex mercatoria* requer o apoio de instrumental teórico emprestado à teoria dos sistemas diferenciados, em especial no sentido de demonstrar que tal sistema preenche cinco condições: i) estabiliza expectativas normativas; ii) sujeita-se ao código binário lícito-ilícito; iii) possui os programas necessários à atribuição de conteúdo ao código binário; iv) contém, no centro do sistema, uma autoridade jurisdicional; v) autonomia em relação ao sistema jurídico nacional do foro.

Há consenso transnacional suficiente para afirmar a juridicidade da *lex mercatoria* como sistema cuja função é o restabelecimento de expectativa normativa frustrada em decorrência de ato ilícito aferido com base em programas (normas) que o árbitro identifica mediante recurso ao método comparado funcional. Sujeito à proibição de *non liquet* e obrigado a administrar o paradoxo fundante do direito, o árbitro aplica o método comparado funcional para identificar o programa que atribuirá conteúdo ao código

lícito/ilícito em cada caso concreto. Onde constatar ilicitude, ele promoverá o restabelecimento da expectativa frustrada.

A autonomia do sistema jurídico transnacional da *lex mercatoria* em relação aos nacionais não decorre de diferenciação pelo vínculo territorial, e sim da sensibilidade com a qual aquele responde aos ruídos provenientes do comércio, esta marcada pela pouca sensibilidade constitucional. Por estar situado no centro de sistema transnacional desprovido de vínculos territoriais, o árbitro não tem foro, não importa o território que sirva de sede à arbitragem. Nesse sentido, o árbitro é autoridade deslocalizada, sem foro, estrangeira em relação a cada Estado-juiz, embora deste provenha a parcela de contribuição necessária à formação do consenso mínimo transnacional sem o qual a *lex mercatoria* não teria programas e não seria direito.

2. O árbitro é a autoridade jurisdicional do sistema jurídico transnacional da *lex mercatoria* e o juiz a do sistema nacional do foro; logo ambos estão no centro de sistemas distintos, por consequência são estrangeiros um em relação ao outro.

Na perspectiva do juiz nacional, o regime de repartição de tarefas entre o juiz nacional do foro e o árbitro é, antes, estabelecido por regras de “competência internacional” em função das quais se delimita o âmbito da função jurisdicional do Estado-juiz; e, regras de “competência internacional indireta” destinadas à determinação das condições em que o sistema nacional do foro reconhece a jurisdição do árbitro e do juiz nacional estrangeiro. Para o juiz nacional, delimitar o âmbito das próprias funções em relação às do árbitro e do juiz estrangeiro significa determinar quem o sistema do foro reconhece como autoridade para a específica lide. Nesse sentido, de aferir: i) se houve manifestação de vontade; ii) se a lide atende aos critérios de desinteresse postos pelo soberano. Se for o caso, deve declarar a inexistência da própria jurisdição e a não reconhecer a de juiz estrangeiro que eventualmente atropela a proteção que o sistema do foro dispensa à arbitragem enquanto instituto existente em seu ordenamento jurídico – efeito negativo da competência-competência –, e ao efeitos da convenção de arbitragem.

Não detém poder jurisdicional para a causa o órgão descentralizado que extrapola os limites do Estado-juiz para decidir lides desinteressantes transferidas à jurisdição do árbitro. Também não é árbitro o particular que decide lide não subtraída ao Estado-juiz ou não lhe tenha sido transferida. Se não há convenção de arbitragem ou esta é inválida, não existe árbitro e a função jurisdicional pertence ao Estado-juiz; se há, inexistente Estado-juiz.

A bem da precisão, a repartição de tarefas não ocorre entre árbitro e juiz nacional; mas entre aquele e o Estado-juiz.

A lógica disjuntiva desse postulado, segundo o qual a autoridade jurisdicional para a lide é o árbitro **ou** o órgão descentralizado do Estado-juiz, agrava o dano resultante de erro na determinação da autoridade jurisdicional para lide: a ausência de autoridade, de relação processual e de decisão jurisdicional. O erro determina a inexistência jurídica da decisão final eventualmente proferida pelo árbitro ou pelo órgão descentralizado do Estado-juiz.

Essa a razão por que o juiz nacional do foro deve, em cada caso, examinar, de modo direto, os limites da própria jurisdição e, indiretamente, os da jurisdição do árbitro e dos juízes estrangeiros que eventualmente se pronunciem sobre aspecto da lide, recorrendo a critérios postos pelo ordenamento do foro. Assim, antes de instaurada a arbitragem, a convenção de arbitragem constitui **regra de “competência internacional”** limitadora da extensão jurisdicional do Estado-juiz do foro e **regra de “competência internacional indireta”** limitadora de jurisdição do Estado-juiz estrangeiro em relação ao sistema do foro. Depois de instaurada a instância – quando existe árbitro –, a convenção, o contrato de arbitragem e o regime jurídico de respectivas validade e eficácia também informam os limites da **“competência internacional indireta”** dos árbitros nomeados.

3. O ordenamento estatal cria o negócio jurídico da arbitragem. Para tanto, edita a norma cujo suporte fático é a livre manifestação de vontade e, o conseqüente, a sujeição dos indivíduos ao regime jurídico da arbitragem. No instante em que a norma incide, surgem duas relações jurídicas como manifestação da eficácia do negócio criado: uma, de direito material privado, entre as partes, cujos elementos principais são a pretensão e a obrigação de arbitrar; outra, de direito público, processual, entre as partes e o soberano. A proteção às pretensões originárias da primeira relação configura o **direito privado subjetivo** à arbitragem, oponível às partes. Nessa categoria, insere-se o **efeito positivo da convenção de arbitragem** em sua modalidade de autossuficiência ou a pretensão de mérito veiculada perante o juiz provocado para assegurar a instauração da arbitragem a partir de cláusula em branco.

Já a proteção às pretensões originárias da segunda relação configura **direito público subjetivo**. À pretensão material de arbitrar também corresponde o dever reflexo do Estado: respeitar os efeitos que o ordenamento atribui ao negócio jurídico que ele mesmo criou. Cabe, nessa categoria, a proteção ao efeito negativo da convenção de

arbitragem, cuja natureza é de **direito público subjetivo pré-processual**: público, porque oponível ao Estado; pré-processual, porque subtrai função ao Estado-juiz e, por conseguinte, os órgãos descentralizados perdem a condição de autoridade jurisdicional, pressuposto de existência da relação processual de instância.

Uma segunda categoria de proteção à efetividade da arbitragem decorre de normas cujo suporte fático é a mera aparência de manifestação de vontade. Por conseguinte, a inexistência de convenção de arbitragem não impede a incidência da norma de proteção à arbitragem enquanto instituto existente no ordenamento objetivo. Inserem-se na categoria em tela o princípio de **competência-competência e seu efeito negativo**. O primeiro, dirigido ao árbitro, constitui princípio de direito transnacional estabelecido por regras existentes no sistema da *lex mercatoria* e confirma o princípio de acordo com o qual cada sistema dita a jurisdição da própria autoridade jurisdicional. Já o segundo, por dizer respeito aos limites da função jurisdicional do Estado-juiz, rege-se, com exclusividade, pela *lex fori* e tem natureza de direito público subjetivo pré-processual.

Os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem e o negativo da competência-competência também ostentam natureza de **direito subjetivo em sentido técnico**: sua expectativa, quando violada, permite ao interessado requerer o restabelecimento ao Estado-juiz. Nas hipóteses em que se reclama restabelecimento de efeitos negativos, acentua-se o paradoxo do liberalismo pela atribuição ao Estado-juiz da obrigação de assegurar o afastamento do Estado-juiz.

Submetem-se ao regime jurídico da Lei de Arbitragem – mais favorável à eficácia da futura sentença – as arbitragens sujeitas à Convenção de Nova Iorque de 1958. Assim, eventuais questionamentos devem ser apresentados como causa de pedir no bojo da ação de ataque à sentença; pela via incidental da preliminar em contestação a fim de extinguir a ação judicial promovida ao arrepio da convenção de arbitragem; como defesa em ação de instauração de instância arbitral; por fim, como obstáculo à homologação de sentença estrangeira.

4. No mundo formal e abstrato em que a autoridade jurisdicional do árbitro exclui a do Estado-juiz e vice-versa, não existem processos paralelos. Assim, pode-se afirmar que a ocorrência de instâncias idênticas instauradas perante árbitro e juiz nacional do foro aparece, ao órgão descentralizado competente para dirimir o conflito, como o resultado de erro judicial na apreciação do efeito negativo da competência-competência ou, de arbitral,

no exercício da competência-competência. Nesse caso – erro arbitral – a sentença proferida pelo falso árbitro não será inserida no sistema do foro, portanto não existirá, não há o risco de decisões contraditórias no interior do mesmo sistema.

O juiz nacional deve permitir a tramitação das instâncias paralelas e, ao final, acatar, como estável, apenas a primeira decisão que adquirir existência no sistema nacional do foro. Deve assegurar a incidência do efeito negativo da competência-competência, como recebido pelo ordenamento do foro. Contudo, não é essa a atitude de membros do STJ relutantes em reconhecer a natureza pré-processual do efeito negativo da competência-competência e admitem o conhecimento de incidente constitucional de conflito de competência entre árbitro e juiz nacional. Temos que a admissão do árbitro como juiz de fato e de direito não implica transpô-lo do centro do sistema transnacional da *lex mercatoria* para o centro do sistema nacional brasileiro a fim de torna-lo juiz do foro. Por pertencer a sistema jurídico distinto do nacional, ele não se assemelha ao juiz nacional, sequer para efeitos de preenchimento das condições de admissibilidade do incidente de conflito constitucional de competência.

Entre instâncias instauradas perante árbitro e juiz estrangeiro, o paralelismo não resulta necessariamente do erro judicial ou arbitral. Aqui, o fenômeno se revela como consequência natural da desarmonia entre sistemas. Identificam-se ao menos 11 onze critérios cujas incidências se combinam e se sobrepõem a fim de formar os mais diferentes regimes jurídicos relativos à existência e à intensidade do efeito negativo da competência-competência. Não há o mínimo consenso transnacional, situação agravada pela lacônica redação do art. II (3) da Convenção de Nova Iorque de 1958.

Os operadores, por seu turno, se perdem na construção de soluções quase sempre destinadas ao tratamento de sintomas – o paralelismo em si –, mas sem cuidados com a causa – a desarmonia entre sistemas. Nesse sentido, é comum o recurso a remédios originalmente prescritos para o tratamento do conflito entre autoridades vinculadas ao mesmo sistema jurídico (conflito de competências) e mal adaptados à delimitação da jurisdição do Estado-juiz do foro. Entre tantos, o instituto da litispendência se apresenta como o remédio mais popular, embora sem resultados significativos. Se a convenção de arbitragem exclui função jurisdicional ao Estado-juiz, não há a possibilidade de existirem duas autoridades igualmente competentes para a lide; a rigor, não se configura a situação de litispendência. Se fosse possível a configuração do instituto, ainda assim seria impossível transpor os efeitos à relação entre autoridades vinculadas a sistemas diversos.

Não pode a autoridade de um sistema ordenar a suspensão ou a extinção da segunda ação promovida perante autoridade vinculada a outro. Pela tentativa de estabelecimento unilateral de litispendência internacional criar-se-ia instituto amputado, sem reciprocidade, para operar sempre em desfavor do juiz nacional do foro, sem jamais obrigar a autoridade estrangeira. Não há, no direito de fonte convencional, dispositivo voltado ao acoplamento dos sistemas respectivos do árbitro e do juiz nacional e, assim, permitir efeitos semelhantes aos da litispendência entre autoridades estrangeiras.

Também as medidas inibitórias do tipo *anti-suit injunctions* se adaptam mal à relação árbitro-juiz nacional, como à relação entre juízes nacionais vinculados a diferentes sistemas. Também não se concilia com a impossibilidade de a autoridade de um sistema ditar regras de jurisdição à autoridade de outro. Não é remédio o subterfúgio de não direcionar a medida à autoridade estrangeira, mas à parte interessada na tramitação da instância paralela, considera ilegítima pelo juiz nacional. Por tal motivo, em 2009, a CJCE declarou a ilicitude de medidas inibitórias destinadas à paralisação de instâncias instauradas perante juízes dos sistemas acoplados pela Convenção de Bruxelas de 1968 (Regulamento Europeu n. 44/2001). Em vez de outorgar medidas inibitórias dirigidas à autoridade jurisdicional estrangeira, novamente recomenda-se ao juiz nacional ater-se à aplicação das regras relativas ao efeito negativo da competência-competência na exata intensidade permitida pelo ordenamento do foro.

Quando fruto da desarmonia entre sistemas, o juiz nacional deve acatar, com passividade, o paralelismo entre instância judicial e arbitro, como, aliás, ocorre em relação às instância idêntica instaurada perante juiz vinculado a sistema nacional estrangeiro. Utiliza-se a coisa julgada para impedir a coexistência de sentenças contraditórias no mesmo sistema. Na prática, prevalece a instância que primeiro produziu sentença com trânsito em julgado. Isso, contudo, também não assegura a harmonia. O instituto da coisa julgada não é idêntico em todos os sistemas e, no interior do brasileiro, não há consenso quanto ao direito aplicável pelo juiz do foro no momento de determinar o alcance da coisa julgada, sobretudo a arbitral.

Paralelismo é disfunção proveniente da desarmonia internacional em relação à existência e à intensidade do efeito negativo da competência-competência. Não se evita tal disfunção sem, antes, harmonizar. Isso requer convenção internacional para servir de estrutura de acoplamento; requer, ainda, ambiente de segurança jurídica proporcionado pela sedimentação de jurisprudência estatal relativa à aplicação de tal convenção. A curto

prazo, não se vislumbra movimento tendente à harmonização. Ao contrário, indaga-se se a atual diversidade seria o reflexo jurídico de uma atitude pós-moderna.

5 A existência do efeito positivo da convenção de arbitragem está sujeita à incidência do conflito de leis no tempo e no espaço. O conflito intertemporal pode levar à sujeição de todo negócio jurídico a regime jurídico estabelecido por legislação revogada, a qual, em geral, é menos favorável à eficácia da convenção de arbitragem. No Brasil, até 1996, não se admitia a execução específica da convenção de arbitragem, exceto se sujeita à proteção de regime jurídico do Protocolo de Genebra, 1923; na França, até 2001, restringia-se a utilização da arbitragem às lides comerciais. Aqui e lá, operadores e tribunais utilizam lugares comuns como critério de decisão: reduzem a arbitragem a processo civil com a finalidade de aplicar a lei atual.

Tal redução é impossível, pois as condições de existência e de validade do negócio jurídico da arbitragem são, sempre, de direito material. Também é inútil, pois vigora, entre nós, a regra de aplicabilidade imediata da lei nova, não importa a natureza processual ou material das prescrições que veicula, desde que não viole ato jurídico perfeito ou direito adquirido. Se no regime jurídico anterior à Lei de Arbitragem, a convenção ostentava traços de negócio jurídico complexo cujos efeitos eram os de mera promessa de contratar, evidentemente, sem o posterior compromisso, não haverá negócio jurídico perfeito. Não há empecilhos à aplicabilidade do novo direito, processual e material.

Considerando que o efeito positivo da convenção de arbitragem deriva da relação obrigacional entre as partes no negócio jurídico e não se dirige a juiz nacional, pode ser regido por direito distinto da *lex fori*. O artigo 2º, § 1º, da LBA introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, nova categoria de direito internacional privado – aspectos contratuais da arbitragem – cujos conflitos resultantes devem, aos olhos do juiz estatal brasileiro, ser regidos pela lei indicada por um novo elemento de conexão: a manifestação da vontade. Já nas arbitragens submetidas à Convenção de Nova Iorque de 1958, o juiz nacional poderá escolher o direito mais favorável à eficácia da sentença, entre a *lex fori*, o do local da sede e o escolhido pela partes. Pelo mecanismo do art. VII, da Convenção, cria-se regra de conflito de “coloração” material destinada a assegurar a validade da convenção.

Também não constituem óbice à existência do efeito positivo da convenção de arbitragem as alegações de renúncia a direito abstrato de ação ou impossibilidade de integração judicial da convenção de arbitragem em branco. Tal efeito decorre da relação jurídica material formada pela convenção de arbitragem. Diante de cláusula

autossuficiente, a parte não tem interesse de agir, de provocar o Estado-juiz para dele obter proteção à pretensão de arbitrar. No sistema brasileiro, só a cláusula compromissória em branco não apresenta essa nota.

No Brasil, a intensidade da intervenção do juiz de apoio não se insere na tendência minimalista do direito comparado, segundo a qual o papel do juiz é o de mera autoridade de nomeação. Além de designar os árbitros, a Lei de Arbitragem lhe impõe a obrigação de delimitar os contornos da lide, o local da sede e o direito aplicável ao mérito, tudo isso mediante sentença, em primeira instância, portanto, sujeita a recurso ao tribunal de justiça e deste ao STJ. Com isso, abre-se porta à proliferação contenciosa, antes mesmo de se iniciar a arbitragem. Está clara a opção por um modelo judiciarizante.

6. Jurisdição é atividade de substituição: substitui-se a vontade dos jurisdicionados, e de todos os cidadãos, pela norma de decisão individual e concreta posta pela autoridade jurisdicional. Pelo efeito positivo da convenção de arbitragem, as partes transmitem ao árbitro a função jurisdicional subtraída ao Estado-juiz. Dessa forma, transmitem o poder de conhecer as demandas (*notio*), o de declarar o direito (*judicium*) e o poder de ditar comandos coercitivos auxiliares ao exercício da *notio*, como, v.g., a imposição de astreintes (*imperium merum*). Entretanto, não lhe é transmitido o *imperium merum*. Assim, ele detém poderes para jurisdição coercitiva por meios de coação, mas não os tem para a jurisdição coercitiva por meios de sub-rogação; pode promover a execução indireta, mas não a direta.

7. A determinação do conteúdo da jurisdição transmissível ao árbitros auxilia a determinar o que parte da órbita do Estado-juiz e o que nela permanece, como se revela no estudo da projeção do efeito negativo da convenção de arbitragem em relação ao juiz de urgências. A ausência de poderes para a execução direta e a restrição dos efeitos da convenção de arbitragem à esfera jurídica das partes permitem identificar dois regimes jurídicos relativos à intervenção do juiz nacional de urgências.

O primeiro diz respeito ao exercício da jurisdição que nunca deixou a órbita do Estado-juiz, seu detentor originário. Cabem nessa categoria a implementação de medidas urgentes que exijam meios de sub-rogação e as que interfiram na esfera de direitos de terceiros. Sobre o poder do juiz nacional para outorga de tais medidas incidem apenas as limitações inerentes a toda jurisdição de urgência. Esta é **sumária**, isto é, verticalmente

limitada à aferição do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, sem imissões no mérito da controvérsia; e, ainda, **instável**, porquanto revogável pelo árbitro ou pelo decurso do prazo para a instauração da arbitragem, esta o processo principal.

O segundo regime jurídico aplicável à tutela judicial de urgência em lide cuja jurisdição tenha sido subtraída ao Estado-juiz se aplica ao conteúdo jurisdicional subtraído ao Estado-juiz. Nesse caso, a legitimidade da participação do juiz nacional requer a constatação de risco de denegação de justiça como fundamento para a restituição da jurisdição de urgência do árbitro ao Estado-juiz. Além dos limites inerentes a toda jurisdição de urgência, a restituída também é **subsidiária**, somente exercitável na falta de árbitro, antes de instaurada a instância ou, depois, se o árbitro não estiver em condições de agir com a celeridade e a efetividade semelhantes às do juiz nacional de urgências; também é **precária**, pois se limita à duração do risco de denegação de acesso à justiça.

A participação do Estado-juiz na distribuição da tutela de urgência em lide objeto de convenção de arbitragem reaviva o debate relativo à distinção entre os institutos da antecipação de tutela e o da tutela sumária satisfativa. Se a antecipação de tutela não respeita à referibilidade a ação principal promovida perante autoridade distinta detentora de jurisdição para o mérito, dela não pode servir-se o juiz nacional, sob pena de invadir a jurisdição do árbitro. Admite-se, todavia, a tutela judicial do tipo **sumária satisfativa** – *provisional measures* – acompanhada pela garantia de fácil retorno às condições materiais anteriores. De outro modo, embora formalmente reversível, a tutela de urgência se torna materialmente definitiva, esvazia a jurisdição do árbitro e atenta contra as regras limitadoras da função jurisdicional do Estado-juiz.

7. A decretação de falência transmite à massa a titularidade do poder de dispor dos bens e obrigações do falido; não afeta a capacidade contratual do devedor nem modifica a natureza de bens e direitos de modo a tornar indisponível o que não é. São válidos os contratos estipulados por quem não tem poder de dispor sobre o bem objeto da prestação – o negócio jurídico da arbitragem não foge à regra. Se permanece indene a capacidade do devedor e imutável a natureza dos bens e direitos, erram STJ e TJSP ao atribuir importância à anterioridade da convenção de arbitragem ou da instauração da instância em relação à abertura do concurso. Por fim, ao estipular convenção de arbitragem, o devedor não dispõe de bens e direitos; obriga-se a reivindicá-los perante os árbitros, em processo jurisdicional ao fim do qual uma das partes sairá vencida.

Em situações internacionais, o juiz brasileiro, sujeito às regras de conflito do foro, também não deve qualificar as questões resultantes da abertura do concurso nas categorias de direito internacional privado relativas à validade da convenção de arbitragem: a capacidade das partes (arbitrabilidade subjetiva) ou a licitude do objeto (arbitrabilidade material). Isso porque a qualificação errônea produz equívocos na identificação do direito aplicável e, por conseguinte, *erro in iudicando*. Se os reflexos da abertura do concurso atingem a eficácia, eventual impacto em relação aos efeitos negativos da convenção de arbitragem e da competência-competência interferem nos limites da função jurisdicional do Estado-juiz, portanto, sujeitos à *lex fori*.

A abertura de concurso de credores afeta a legitimidade das partes para participar da instância arbitral. No caso de falência, admite-se que a massa participe de instância arbitral instaurada com base em convenção de arbitragem em que o devedor é parte. Tal possibilidade não resulta da **substituição processual** prevista pelo art. 76 da LF – legitimação extraordinária –, mas da **sub-rogação contratual**, posta pelo art. 117 do mesmo diploma. Essa não é, todavia, exclusiva: permanece íntegra a capacidade do devedor para ser parte na instância arbitral, inclusive formar litisconsórcio ou demandar contra a massa.

A sub-rogação contratual põe limites à eficácia da convenção estipulada pelo devedor. Decretada a falência, pode a massa optar pelo inadimplemento, sem que à parte prejudicada seja assegurado o direito à instauração da instância arbitral. Três condições impõem-se ao exercício de tal privilégio: (i) a decretação da falência deve preceder à solicitação de instauração da instância arbitral; (ii) a massa deve manifestar-se na primeira oportunidade; (iii) o administrador deve comunicar, no prazo legal, a opção pelo inadimplemento.

Outra limitação à eficácia da convenção de arbitragem resulta da insuficiência financeira de uma das partes. Sem dinheiro, é impossível instaurar a instância arbitral e improvável o árbitro apreciar demandas reconventionais que não constituam precedente lógico necessário ao julgamento das demandas do autor na arbitragem. Nessas hipóteses, o risco de denegação de justiça fundamenta o retorno da jurisdição do árbitro ao juiz nacional. Surge, então, o problema da determinação da autoridade com jurisdição para constatar a insuficiência financeira. A questão diz respeito à intensidade do efeito negativo da competência-competência e, como tal, deve ser abordada pelo juiz nacional de acordo com a regras contidas no ordenamento do foro. No Brasil, embora o STJ se incline a

obrigar o jurisdicionado a instaurar a instância arbitral a fim de que o árbitro declare o risco de denegação de justiça e remeta a parte ao judiciário, tal solução não se concilia com o legítimo direito de não trabalhar de graça, o árbitro ou a instituição de arbitragem.

Outra série de questões decorre da proteção à *par conditio creditorum* pelo recurso à técnica de centralização do contencioso perante o juízo concursal, a quem se atribui competência absoluta para determinadas causas, medida acompanhada pela ordem de suspensão das demais ações em curso. A ordem suspensiva não atinge o juízo arbitral, principalmente porque seu alcance se restringe à distribuição da jurisdição coercitiva por meio de execução direta, jurisdição que não tem o árbitro. Trata-se de falso problema.

Do mesmo modo, não atingem a jurisdição do árbitro as regras de competência absoluta que estabelecem a universalidade do juízo do concurso. Se o conflito árbitro-Estado juiz antecede o conflito de competências; ele ocorre no plano pré-processual. Na condição de autoridade estrangeira, o árbitro não está sujeito às regras de aplicabilidade imperativa do foro, às materiais e às processuais.

A dita “universalidade” do juízo falimentar, convém observar, tem, no Brasil, amplitude paroquial, porquanto há numerosas e significativas exceções postas pela *Constituição*, pela lei e pela jurisprudência, das quais resulta uma universalidade restrita à jurisdição para a execução direta, assim mesmo em determinadas matérias. A jurisprudência nacional e comparada revela nítida tendência no sentido de permitir a tramitação normal da instância arbitral, para posterior habilitação do crédito perante o juízo do concurso de credores, exceto onde haja atentado à efetividade – não à eficácia – das centralizadoras regras de proteção à paridade entre credores.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, J. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ALMEIDA GUILHERME, L. F. V. O Uso da Medida Cautelar no Procedimento Arbitral. In: LEMES, S. M. F.; CARMONA, C. A.; BATISTA MARTINS, P. A. (Coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares (*in memoriam*). São Paulo: Atlas, 2007. p. 136-147.

ALMEIDA, A. P. **Curso de falência e concordata**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, J. A. **Processo arbitral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALVANESCHI, L. Mesures provisoires et arbitrage en droit italien. In: COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G. (Coord.). **Les mesures provisoires en droit belge, français et italien – Étude de droit comparé**. Bruxelles: Bruylant, 1998. p.447-460.

ALVES, R. F. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVIM, T. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ANCEL, B.; LEQUETTE, Y. **Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé**. Paris : Dalloz, 2006.

ANCEL, J. P. Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international. **Publication ICC n° 519**. Paris : ICC Publishing, p. 110 -115. 1993.

ANCEL, P. Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 2, p. 127-132, 1987.

ARKINS, J.R.C. Borderline legal: anti-Suit injunctions in common law jurisdictions. **Journal of International Arbitration**, London, v. 18, n. 6, p. 603-616, 2001.

ARMELIN, D. Medida Cautelar Incidental. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 11-20, set./dez. 2004.

_____. Arbitragem: antecipação dos efeitos da tutela. Ação de instituição de arbitragem procedente. Eficácia Imediata, embora pendente apelação sem efeito suspensivo. Competência do Tribunal Arbitral para a concessão dos efeitos da tutela. Comentário a TRF 2a Região, em 22/06/2004, no cso Companhia Energética de Petrolina – CEP c. Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 217-227, jun./set. 2005.

_____. A Arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 16-29, abr./jun. 2007.

ARRUDA ALVIM, J. M. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

ARRUE-MONTENEGRO, C. A. **L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions**. Paris : L.G.D.J, 2011.

ASCENÇÃO, J. O. **O Direito – introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Renovar, 2001.

AUDIT, B.; D'AVOUT, L. **Droit international privé**. Paris : Economica, 2010.

AYMONE, P. K. **A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional**. 2011. 227f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

_____. Reunião de procedimentos arbitrais (*consolidation*). Comentário à Ap. Civ. 0301553-55.2010.8.19.0001 do TJRJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 249-266, out-dez. 2013.

BAIZEAU, D. Modification de l'art. 186 de la LDIP suisse: procédures parallèles et litispentence, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento. **Les cahiers de l'arbitrage**, Paris, v. 4, p. 226-234, 2008.

BALBINO, I. A arbitrabilidade do direito falimentar. In: FERREIRA LEMES, S.; BALBINO, I. (Coord.). **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 199-219.

BAPTISTA DA SILVA, O. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 2.

BARBI FILHO, C. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 749, 1998, p. 104-123.

BARBOSA MOREIRA, J. C. Sobre pressupostos processuais. In: _____. **Temas de Direito processual: Quarta Série**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 89 – 105

BARBOSA MOREIRA, J. C. La Nuova Legge Brasiliana Sull'arbitrato. **Rivista del L'arbitrato**, Milano, v. 1, p.1.-13, 1997.

_____. Tutela de urgência e efetividade do Direito. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, São Paulo, v. 5, n. 25, p. 5-18, 2003.

_____. Sentença Executiva? In: DIDIER JÚNIOR., F. (Org.). **Leituras complementares de Processo Civil**. Salvador: Jus Podium, 2006. p. 51-64.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

BARROS, O. F. M. Concorrência de julgadores na arbitragem internacional: o Brasil e a “litispendência arbitral”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 15, p. 7-26, jul./set. 2007.

BASÍLIO, A. T. P.; MUNIZ, J. P. Pedido de suspensão de procedimento arbitral. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Interposição de agravo de instrumento e de recurso de apelação. Respeito à Lei de Arbitragem. Atividade jurisdicional do tribunal arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 274-278, maio/ago. 2004.

BATALHA, W. S. C.; RODRIGUES NETTO, S. M. L. B. **Falências e concordatas: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999.

BATIFFOL, H. ; LAGARDE, P. **Traité de droit international privé**. 8. ed. Paris : L.G.D.J., 1993.

BATIFFOL, H. **Aspects philosophiques du droit international privé**. Paris : Dalloz, 2002.

BATISTA MARTINS, P. Cláusula Compromissória. In: BATISTA MARTINS, P. A.; LEMES, S. M. F.; CARMONA, C. A. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999a. p. 213-220.

_____. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: BATISTA MARTINS, P. A.; LEMES, S. M. F.; CARMONA, C. A. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. São Paulo: Forense, 1999b. p. 357-382.

_____. As três fases da arbitragem. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 87, p.87-93, set. 2006.

_____. A. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**: comentários à lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BEDAQUE, J. R. S. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENETI, S. Arbitragem e tutelas de urgência. **Revista do Advogado**, São Paulo, n° 87, p. 103-107. set. 2006.

BERMANN, G. A. Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitral. **Revista de Arbitragem e de Mediação**, Porto Alegre, ano 8, n. 31, p. 155-170, 2011.

BERNARDINI, P. L'arbitrage en Italie après la récente réforme. **Revue de l'arbitrage**, Paris, p. 479-498, 1994.

BESSION, S. Le sort et les effets au sein de l'espace judiciaire Européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond. **Études de procédures et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret**. Lausanne: Faculté de droit de l'université de Lausanne, 1999, p. 329-343.

BLACKABY, N., *et al.* **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BOCKSTIEGEL, K. H. *et al.* **Arbitration in Germany: The Model law in practice**. The Hague: Kluwer, 2007.

BOISSÉSON, M. **Le droit français de l'arbitrage interne et international**. Paris: Joly, 1990.

BOISSÉSON, M.; NUNES PINTO, J. E. Synthèse sur le nouveau droit de l'arbitrage. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 32, p. 7-16, out./dez. 2011.

BOLLÉE, S. **Les méthodes du droit privé à l'épreuve des sentences arbitrales**. Paris: Economica, 2004.

_____. Note – 10 février 2009, Cour de justice des Communautés européennes. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 2, p. 413-427, 2009.

BORN, G. B. **International Commercial Arbitration**. 2nd ed. Austin, Boston, Chicago, New York: Kluwer Law International, 2014.

_____. **International Commercial Arbitration**. Austin: Kluwer Law International, 2009.

BOTELHO DE MESQUITA, J. I. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4^a T, **Resp. 115966/SP, Espólio de Oswaldo Magalhães c. Antônio de Toro. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.02.2000**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199600775265&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 3 jan. 2015.

BROGGINI, G. I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera. In: ROVERSI MONACO F; CARPI F. (Coord.). **L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e in Italia: atti delle Giornate**. Milão: Giuffrè (Univ. Bologna). 1992. p. 79-97.

BROGLIA MENDES, R. O. **Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BUREAU, D.; WATT, H. M. **Droit international privé**. 3a. ed. Paris: Puf, 2014. t.1.

BUZUID, A. NOVÍSSIMO código de processo civil: exposição de motivos do Min. Alfredo Buzaid. Apresentação do Prof. José Luiz de Vasconcellos. São Paulo: J. Bushatsky, 1973.

_____. L'influenza di Liebman sul diritto processuale civile brasiliano. In: **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman**. Milano: A. Giuffrè, 1979. v.1, p. 5-29.

CACHAPUZ, R. R. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei 9.307/96. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAIVANO, R. J. **El Arbitraje**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

CÂMARA, A. F. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002.

_____. **Escritos de direito processual**: segunda série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

_____. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 28, p. 30-40, out./dez. 2010.

CARBONNEAU, T. E. **The Law and Practice of Arbitration**. Huntington: Juris Publishing, 2004.

CARLEVARIS, A. Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien. **Gazette du Palais**, Paris, p. 14-15, nov. 2001.

CARMONA, C. Medidas cautelares em processo arbitral: a solução da Lei Brasileira e as experiências estrangeiras. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO ARBITRAL, 1, 2003, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.p.115-126.

_____. **A. Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, P. C. P. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: BORBA CASELLA, P. (Coord.). **Arbitragem: a lei brasileira e a praxe internacional.** São Paulo: LTr, 1999. p. 121-137.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Tratado geral da arbitragem – Interno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CASTRO JÚNIOR, T. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente.** São Paulo: Noeses, 2009.

CHIOVENDA, G.. **Principii di Diritto Processuale Civile.** Napoli: Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1965.

_____. **Instituições de direito processual civil,** 3. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. E. **Teoria Geral do Processo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLAY, T. **L'arbitre.** Paris: Dalloz, 2001.

_____. A sede da arbitragem internacional: entre “ordem” e “progresso”. **Revista Brasileira de Arbitragem,** n. 17, p. 37-56, jan./fev./mar 2008.

_____. **Le nouveau droit français de l'arbitrage.** Paris: Lextenso Éditions, 2011.

COELHO, L. F. Aulas de Introdução ao Direito. Barueri : Manole, 2004.

COELHO PITOMBO, E. Arbitragem e o Poder Judiciário: Aspectos Relevantes. In: ALMEIDA GUILHERME, L. F. V. (Coord.). **Aspectos Práticos da Arbitragem.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 105-124.

_____. Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio da kompetenz-kompetenz no Brasil. In: LEMES, S. F.; CARMONA, C. A.; BATISTA MARTINS, P. A.

(Coord.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 326-338.

COHEN, D. Comentario ao acórdão da Cour d'appel de Paris (1re Ch. D) 20 septembre 1995 - Societé Matra Hachette v. societé Reteitalia. **Revue de l'Arbitrage**, Paris, p. 92-99, 1996.

CONSOLO, C. Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti). **Rivista dell'arbitrato**, Milano, v. 8, fasc. 4, p. 659-679, 1998.

CORRÊA, Antônio. **Arbitragem no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

COSTA E SILVA, P. A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares nos Direitos Português e Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 4, p. 65-84, out./dez. 2004.

COSTA, N. C. A. **Efeitos processuais da convenção de arbitragem**. Campinas: Servanda: 2006.

CUNHA, L. C. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DASSULLE, M. Le contrôle de la compétence-compétence arbitrale par le juge anglais avant la sentence. **Revue de l'arbitrage**, Paris, v. 2003, issue 1, p. 65-89, 2003.

DAVID, R. **L'arbitrage dans le commerce international**. Paris : Economica, 1982.

DE FONTMICHEL, M. **Le faible et l'arbitrage**. Paris: Economica, 2013.

DE LEVAL, G. Le Juge et L'arbitre. Les mesures provisoires. In: COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G. (Coord.). **Les mesures provisoires en droit belge, français et italien: Étude de droit comparé**. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 423-445.

DEBOURG, C. **Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international**. Paris: L.G.D.J, 2012.

DEGOS, L. Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire. **Revue de Droit des Affaires International**, Paris, p. 653-660, 2001.

DELLA-VALLE, M. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 2009. 453f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2008. v. 1.

DIMOLITSA, A. Les points de divergence entre la nouvelle loi grecque sur l'arbitrage et la loi-type CNUDCI, **Revue de l'arbitrage**, Paris, issue 2, p. 227-246, 2000.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

_____. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOLINGER, J. A evolução da ordem pública no direito internacional privado. 1979, 277f. Tese (Concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado) – Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1979.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Buckeye Check Cashing c. Cardegnia. Relator: Justice Scalia. 21 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/04-1264.pdf>>. Acesso em 29.07.2014a, às 02h38

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin Mfg. Relator: Justice Fortis. 12 de junho de 1967. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=388&invol=395>>. Acesso em: 12 set. 2014b, 13:52.

FADLALLAH, I. Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés. **Travaux du Comité Français de Droit International Privé** : 1984-85. Paris : Pedone, 1987. p. 105 -132.

FERNANDES, J. C. Reflexões sobre a nova lei falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 45, n. 141, p. 169-184, jan./mar. 2006.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FICHTNER, J. A.; MONTEIRO, A. L. **Temas de arbitragem.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, J. Da constitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem, 9.307/96. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 94, v. 341, p. 449-451, 1998.

_____. FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional.** São Paulo: LTr, 1999.

FLEURY-LE GROS, P. **Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne.** Paris: Dalloz, 2005.

FONSECA, R. G. A Arbitragem na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 16-30, out./dez. 2008.

FONTOURA COSTA, J. A. A vontade e a forma: a percepção da arbitragem no caso do contrato de seguro do Projeto Jirau. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 35-60, jul./set. 2013.

FOUCHARD Ph.; POUDRET, J.-F. Qu'elle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ? – Réponse à Phillippe Fouchard. **Revue de l'arbitrage**, Paris, v. 1998, issue 1, p. 7-24, 1998.

FOUCHARD, Ph.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. **Traité de l'arbitrage commercial international.** Paris: Litec, 1996.

FOUCHARD, Ph. Note - Cour de cassation (1re Ch. civile) 20 mars 1989 - République islamique d'Iran et autres v. société Framatome et autres, O.E.A.I. et autres c/ Eurodif et autres; cour de cassation (1re Ch. Civile) 28 juin 1989 - Eurodif v. République islamique d'Iran. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 4, p. 653, 1989.

_____. Où va l'arbitrage international ? **McGill Law Journal**, v. 34, p. 435-453, 1989. Disponível em: < <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/4171009-Fouchard.pdf>>. Acesso em 1 nov. 2014, 00:36.

FOUCHARD, Ph. Arbitrage et faillite. **Revue de l'arbitrage**, Paris, v. 1998, issue 3, p. 471-494, 1998.

_____. L'arbitrage et la mondialisation de l'économie. In: **Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?**: mélanges en l'honneur de Gérard Farjat. Paris : Frison-Roche, 1999. p. 381-384.

_____. La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. **Revue de l'arbitrage**, Paris, v. 1997, n. 3, p. 329-352, 1997.

_____. Note - Cour de cassation (1re Ch. civile) 5 janvier 1999 - M. Zanzi v. J.de Coninck et autres. **Revue de l'Arbitrage**, Paris, n. 2, pp. 262 – 271, 1999.

_____. La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n.3, p. 397-422, 2001.

_____. Le juge français est compétent pour désigner un arbitre international en présence d'un déni de justice, note sous Trib. gr. inst. Paris (ord. réf.), 10 janvier 1996 et 9 février 2000 et Paris, 1re Ch. C, 29 mars 2001. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 2, p.413-426, 2002.

_____. Note - Cour de cassation (1re Ch. civile) 1er décembre 1999, Cour de cassation (1re Ch. civile) 1er décembre 1999. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 1, p. 96-105, 2000a.

_____. Sugestões para aumentar a eficácia das sentenças arbitrais. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 8, p. 331-345, abr./jun, 2000b.

_____. Anti-suit injunctions in international arbitration: what remedies? In: GAILLARD, E. (Coord). **Anti-Suit injunctions in international arbitration**. New York: Juris Publishing, 2005.

FURTADO, P.; BULOS, U. L. **Lei da arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GABARDO, R. A. Arguição de incompetência face da constatação de cláusula compromissória – Interpretação do art. 301, § 4º do Código de Processo Civil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 12 de dezembro de 2007. Euroinsta Brasil Ltda. v. Nokia do Brasil Ltda. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 17, p. 100-106, jan./mar. 2008.

GAILLARD, E. Note - Cour de cassation (2e Ch. civ.) 10 mai 1995 - Société Coprodag et autre v. dame Bohin. **Revue de l'arbitrage**, Paris, v. 1995, issue 4, p. 618-621, 1995.

GAILLARD, E. L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage. In: Bredin, J-D; Lalive, P; Poudret, J-F; Terré, F. (Coord.). **Liber Amicorum Claude Raymond**: autour de l'arbitrage. Paris: Litec, 2004. p. 83-96.

_____. Switzerland says *lis pendens* not applicable to arbitration. **New York Law Journal**, Nova Iorque, p. 3, 7 Aug. 2006. Disponível em: <<http://www.newyorklawjournal.com/id=900005459585?keywords=gaillard&publication=New+York+Law+Journal>> . Acesso em: 3 jan. 2015.

_____. La jurisprudence de la Cour de Cassation em Matière d'arbitrage international. **Revue de l'Arbitrage**, Paris, v. 2007, n. 4, p. 697-720, 2007.

GAILLARD, E. **Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

_____. O Efeito Negativo da Competência-Competência. Tradução Cláudio de Melo Valença Filho e Gisela Mation. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v, 6, n. 24, p. 219-234, out./dez. 2009.

_____. Société American Bureau of Shipping (Abs) v. Copropriété maritime Jules Verne, Jet Flint SA and others, Cour de cassation, 1e Ch. civ., 99-17.120, 26 June 2001. **Revue de l'arbitrage**, Paris, issue 3, p. 529-530, 2001.

GAILLARD, E.; LAPASSE, P. de. Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international. **Recueil Dalloz**, n. 3, Paris, 2011, p. 175-192.

GALINDEZ, V. Procedimento arbitral. Pedido liminar de suspensão. Indeferimento. Agravo de instrumento. Agravo interno provido por maioria. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 205-214, jan./abr. 2004.

GARCEZ, J. M. R. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 348-359, 2000.

GIANNICO, M. Arbitragem internacional e demandas que tramitam perante a justiça estatal brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 67-80, out./dez. 2006.

GIVERDON, C. “Référé”. **Júris-Classeur de procédure civile**. Paris: Éditions du Júris-Classeur, v. 4, n. 232, p. 233 e 234.

GOLDMAN, B. Nouvelles Réflexions sur la *Lex Mercatoria*. In: DOMINICÉ, C.; RAYMOND, C. (Coord.) **Festschrift Lalive (Pierre)**: études de droit international. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1993. p. 241-155.

GOMES, F. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.3.

GOMES, O. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Direitos reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMM SANTOS, M.; BEIRÃO, F. G. O caso Jirau. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 233-252, jan./mar. 2014.

GONÇALVES, E. D. **La libéralisation du droit de l'arbitrage au Brésil: mythe ou réalité?** Dissertação de D.E.A. Paris: Universidade de Paris II (Panthéon-Assas), 1997.

_____. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. 230 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GOODE, R. The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration. **Arbitration International**, London, v. 17, n. 1, p. 19-40, 2001.

_____. **Principles of Corporate Insolvency Law**. 3rd. ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.

GOULENE, A.; RACINE, J. B. As flutuações processuais na arbitragem. In: BORBA CASELLA, P. B. (Coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1997. p. 117-129.

GRIGERA NAON, H.. International arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (an update). *University of Miami Inter-american Law Review*, Miami, v. 22, issue 2, p. 203- 257, 1991.

_____. A. Arbitration and insolvency: a salient issue. In: LEVY, L.; DERAINS, Y. (Eds.). **Liber amicorum en l'honneur de Serge Lazareff**. Paris: Pedone, 2011. p. 315-321.

GRINOVER, A. P. Contrato de representação comercial. Cláusula compromissória. Validade e eficácia. Incompetência do Poder Judiciário, para julgar o litígio. **Revista de Arbitragem e de Mediação**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 237-253, mai./ago. 2004.

_____. Tutela Jurisdicional Diferenciada: A antecipação e sua estabilização. In: MARINONI, L. G. (Coord). **Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 214-232.

GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. A; DINAMARCO, C. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERREIRO, L. F. Árbitros, juízes e conflitos de competência. In: PINTO, A. L. B. M; SKITNEVSKY, K. H. (Coord.). **Arbitragem Nacional e Internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 77-88, 2012.

GUIBENTIF, P. **Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu : une génération repense le droit**. Paris: L.G.D.J. 2010.

HANOTIAU, B. L'arbitralité. **Recueil des cours l'Academie de Droit International de la Haye**, the Hague, v. 296, p. 25-253, 2002.

HASCHER, D. Note - Cour de cassation (1re Ch. civile) 18 février 1992 - Mamadou Ba v. société SIDECI; Cour de cassation (1re Ch. Civile) 10 mars 1993 - Société Polish Ocean Line v. société Jolasry; Cour d'appel de Paris (1re Ch. suppl.) 12 février 1993 - Société Unichips Finanziaria v. Gesnouin. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 2, p. 276 – 287, 1993.

HOLLEAUX, D. **Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements**. Paris: Dalloz, 1970.

HOMAYOON, A. **Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation**. Zurique: Schulthess, 2005.

HUCK, H. M. *Lex Mercatoria – Horizonte e Fronteira do Comércio Internacional*. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 87, p.213-235, 1992. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67175/69785>>. Acesso em: 15 de nov. 2014.

_____. La nouvelle loi de l'arbitrage au Brésil. **ASA Bulletin**, Genève, v. 15, n. 4, 1997, p. 570-575.

JAEGER, L. L'application dans le temps du nouveau régime de la clause compromissoire" **Revue de l'Arbitrage**, Paris, n. 1, p. 199 - 2016, 2003.

JARROSSON, Ch. **La notion d'arbitrage**. Paris: LGDJ, 1987

_____. Réflexions sur l'imperium. In : **Études offertes à Pierre Bellet**. Paris: Litec, 1991. p. 245-279.

_____. Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001. **Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique)**, Paris, n. 36, p. 1371-1375, 6 sept. 2011.

JARVIN, S. The sources and limits of the arbitrator's power. **Arbitration International**, v. 2, issue 2, p. 140-163, 1986.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. arbitragem e o direito do consumidor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 91, p. 265-275, 1996. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5424>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

_____. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007.

KHAN, Ph. Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques. In: FOUCHARD, Ph. ; KHAN, Ph. ;

Lyon-Caen, A. (Coord.). **Le droit des relations internationales**: études offertés à Berthold Goldman. Paris : Litec, 1982. p. 97-107.

KAUFMANN-KOHLER, G.; LEVY, L. Insolvency and international arbitration. In: PETER, H.; JEANDIN, N.; KILBORN, J. J. (Ed.). **The challenges of insolvency law reform in the 21st Century**. Zurique: Schulthess, 2006.

KELSEN, H. **Théorie Générale des normes**. Tradução de Olivier Beaud e Fabrice Malkani. Paris: P.U.F., 1996.

_____. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEINHEISTERKAMP, J. **International commercial arbitration in Latin America: Regulation and practice in the Mercosur and the associated countries**. New York: Oceana Publications, 2005.

KREINDLER, R. H. **OLG München – 34 SchH 10/13, Higher Regional Court of Munich, 34 SchH 10/13 Case Date 10 September 2013**. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-145010> >. Acesso em 2 : out. 2014, 18:56.

LAGARDE, P. Approche critique de la *lex mercatoria*. In: FOUCHARD, Ph ; Khan, Ph ; Lyon-Caen, A. (Coord.). **Le droit des relations internationales: études offertés à Berthold Goldman**. Paris : Litec, 1992. p. 125-150

LALIVE, P.; POUDRET, J. F.; REYMOND, C. **Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse**. Lausanne: Éditions Payot, 1989.

LAMPERT, C.; RENNÓ JR., J. A eficácia da arbitragem e da cláusula de confidencialidade nos contratos da administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 110-161, out./dez. 2004.

LEE, J. B. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit injunction. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 11, p. 7-36, jul./set. 2006.

LEE, J. B.; VALENÇA FILHO, C. La constitutionnalité et l'efficacité de la compromissaire en droit brésilien, observations sous Supremo Tribunal Federal, 12 décembre 2001. MBV Commercial and Export Management Establishment c. Resil Indústria e Comercio Ltda. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 2, p. 529-536, 2003,

LEMES, S. M. F. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem. In: BATISTA MARTINS, P. A.; LEMES, S. M. F.; CARMONA, C. A. (Coord.). **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 73-111.

LEPORACE, G; FERREIRA DOS SANTOS, R. Comentários ao acórdão proferido pelo TJSP, em 18.12.2012, nos autos da Ap. Civ. 0183377-82.2011.8.26.0100. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 377-400, jul./set. 2013.

LONGO, S. M. Ação judicial extinta de ofício em razão da existência de cláusula compromissória: art. 301, § 4º, do CPC – Comentários ao Ag. Inominado na ApCiv 0422107-87.2008.8.19.0001 do TJRJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 32, p. 329-342, jan./mar. 2012a.

_____. Comentário ao acórdão proferido em 02.02.2012, pela 14ª C. Civ. do TJMG, nos autos da Ap. Civ. 1052109082961-0/00. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 385-394, jul./set. 2012b.

LOPES, M. G. La nouvelle loi brésilienne sur l'arbitrage. **Dalloz Affaires**, Paris, n. 37, p. 1205-1209, 1997.

LOUSSOARN, Y.; BOUREL, P. **Droit international privé**. 5a ed. Paris : Dalloz, 1996.

LUHMANN, N. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MANGE, F. F. **Processo arbitral transnacional: reflexões sobre as normas que regem aspectos procedimentais da arbitragem**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MANN, F. A. *Lex facit arbitrum*. In: SANDERS, P. (Coord.). *International Arbitration : Liber Amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhof, 1967. p. 157-183

MANTILLA-SERRANO, F. International arbitration and insolvency proceedings. **Arbitration International**, Londres, v. 11, n. 1, p. 51-74, 1995.

_____. A Nova Lei de Arbitragem de Espanha. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 2, p. 109, abr./jun. 2004.

MARINHO NUNES, T. A prática das *anti-suit injunctions* no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 15-51, jan./mar. 2005.

_____. Arbitragem institucional, *anti-suit injunctions* e princípio da autonomia. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1º de dezembro de 2006. Peyrani Brasil S/A v. SMS Demag Ltda. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 127-140, out./dez. 2007.

MARINONI, L. G. **A Antecipação de Tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARQUES GONTIJO, V. J. Efeitos da falência do empregador na ação de execução de crédito trabalhista **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 33, n. 128, p. 229-252, out./dez. 2007.

MARQUES, R. D. O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na Lei 9.307/1996 – Comentários às decisões da MC 17.868/BA. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 32, p. 275-308, jan./mar. 2012.

MARTINS, S. G. **Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARTINS, S. P. **Direito Processual do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAYER, P. L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Boston, v. 217, n. 4, p. 319-454, 1989.

_____. In: Le droit des relations économiques internationales. **Études offertes à Berthold Goldman**. Paris: Litec, 1982.

_____. **Droit international privé**. Paris : Montchrestien, 1996.

MAYER, P. Litispendence, connexité et chose jugée. In: BREDIN, J.D. ; LALIVE, P ; POUDRET, J.F. ; Terré, F. (Coord.), **Liber Amicorum Claude Raymond – Autour de l'arbitrage**. Paris: Litec, 2004. p. 185-203.

_____. Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung). In: FOUCHARD, Ph ; KHAN, Ph ; LYON-CAEN, A. (Coord.). **Le droit des relations internationales: études offertes à Berthold Goldman**. Paris : Litec, 1982. p. 199-2011.

MCLACHLAN, C. **Lis pendens in international litigation**. Leiden, Boston: Hague Academy International Law; Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

MELLO FRANCO, V. H. Convenção de Arbitragem: cláusula compromissória estabelecida antes do advento da lei nova. Direito Aplicável. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano 36, n. 106, p. 149-153, abr./jun. 1997.

MENDES PIMENTEL, F. Pareceres. **Revista Forense**, Belo Horizonte, v. 26, jul./dez. p. 293- 305, 1926.

MORAES, F. F. M. **A utilização da arbitragem por empresas em falência**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

MOTULSKY, H. **Écrits: études et notes sur l'arbitrage**. Paris: Dalloz, 1974.

MUNIZ, T. L. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999.

MUSTILL, L.; STEWART, C.; BOYD, Q. C. **Commercial Arbitration: Comparison**. 2. ed. London: Butterworths, 2001.

NAÇÕES UNIDAS. **Assembleia Geral. Resolução 31/98 de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/31/99>. Acesso em: 9 set. 2014, 11:15.

NAEGELI, G. Chapter III: The award and the courts – Bankruptcy and arbitration – What should prevail? The impact of bankruptcy on pending arbitral proceedings. In: KLAUSEGGER, C. *et al.* (Ed.). **Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration 2010**. Viena: Beck, Stampfli & Mans, 2010. p. 193-207.

NANNI, G. E. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 502-556.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JÚNIOR, N.; ANDRADE NERY, R. M. Código de Processo Civil comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, M. C. P. **Transconstitucionalismo**. 313 f. Tese (Concurso Prof. Titular na área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NINO, C. S. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.

NUNES PINTO, J. E. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 79-100, 2005.

OETIKER, C. **Théorie de l'arbitrage**. Paris: PUF, 1998.

_____. **Philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 1999.

_____. The Principle of *lis pendens* in International Arbitration: The swiss decision in *Fomento v. Colon*. **Arbitration International**, London, v. 18, n. 2, p. 137, 2002.

PARENTE, E. A. **Processo arbitral e sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

PARK, W W. Judicial Control in the Arbitral Process. **Arbitration International**. Londres, v.5, n 3, p. 230-279, 1989.

PARODI, V. G. El caso “YACYCRETÁ” (o cómo retroceder ochenta años) análisis y comentarios. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 56-90, jul./set. 2006.

PENALVA SANTOS, J. A. O instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial. In: FERRAZ, R.; PAIVA MUNIZ, J. (Coord.). **Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 155-170.

PERETTI, L. A. S. Caso Jirau: Decisões na Inglaterra e no Brasil ressaltam métodos e reações distintas na determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 37, p. 29-49, jan./mar. 2013.

PERTENCE, S. Voto apresentado nos autos do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7 - Reino de Espanha. In: LIMA, Cláudio Vianna. **Curso de Introdução à Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999, p. 335-336.

PLUYETTE, G. **Tratado de direito privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

PLUYETTE, G. **A French Perspective**. Bull. CCI. Paris: ICC Publishing, 1994. Special Supplement n, 519.

_____. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t.3

POUDRET, J.F. Fomento de Construcciones y Contrats S.A. c. Colon Container Terminal S.A. , Tribunal fédéral Suisse, 14 May 2001. **Revue de l'arbitrage**, Paris, v. 2001, n. 4, p. 835-842, 2001.

POUDRET, J. F.; BESSON, S. **Droit comparé de l'arbitrage international**. Zurique: Schulthess, 2002.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

RECHSTEINER, B. W. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. In: FERREIRA LEMES, S.; CARMONA, C. A.; BATISTA MARTINS, P. A. **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007.

REINALDO FILHO, D. R. Aspectos do instituto da arbitragem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 743, p. 64-73, 1997.

REINER, A. Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI. **Journal du Droit International**, Paris, ano 125, n. 4, p. 853-904, out./dez. 1998.

REQUIÃO, R. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1992. v.2

RIBAS BOLFER, S. **Arbitragem Comercial Internacional & Anti-Suit Injunctions**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Convenção de arbitragem – Lei n. 9.307/96 – Cláusula compromissória – Validade – Contrato de transporte marítimo – Chater Party – Inaplicabilidade das norms protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelações Cíveis n. 121444-4 e 121447-5. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 99-123, jul./set. 2006.

_____. *As anti-suit injunctions a favor da arbitragem e a Convenção de Bruxelas*. European Court of Justice. J. 10.02.2009. *Allianz SpA and Others v. West Tankers Linc*. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 165-180, out./dez., 2009.

RIBAS, M. A. Regra de prioridade. Efeitos negativo e positivo do princípio da competência-competência. Validade da cláusula compromissória. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2009.002.27205. j. 25.08.2009. *Global Maritime Investimento v. Companhia Siderúrgica Nacional*. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano 6, n. 26, p. 167-181, abr./jun. 2010.

RICCI, E. Un raggio di luce nel bio (una svolta in tema di incompetenza degli arbitri rituali per connessioni di cause?). **Rivista dell'arbitrato**, Milano, p. 179-187, 1993.

_____. A Impugnação da Sentença Arbitral com Garantia Constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 24, n. ° 96, p. 17-36, out./dez. 1999.

RICCI, E.F. Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro direito processual civil italiano. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). **Estudos de Direito**

Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 253.

RIPERT, G.; ROBLOT, R. **Traité de droit commercial.** 16. ed. Paris: L.G.D.J., 2000. t. 2.

ROCHA, J. A. **A Lei de Arbitragem:** uma avaliação crítica. São Paulo: Malheiros, 1998.

ROMANO, S. **O ordenamento jurídico.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROSELL, J.; PRAGER, H. International arbitration and bankruptcy: United States, France and the ICC. **Journal of International Arbitration**, the Hague, v. 18, issue 4, p. 417-434, 2001.

ROUBIER, P. **Les conflits des lois dans le temps.** Paris : Sirey, 1929. t.1.

RUBINO-SAMMARTANO, M. **International arbitration:** law and practice. 2nd ed. Wolters Kluwer, 2001.

SADOWSKI, W. P. In: **The European and Middle Eastern arbitration review 2011.** Disponível em: <www.globalarbitrationreview.com/reviews/30/sections/108/chapters/1175/Poland/#_4>. Acesso em: 5 jan. 2011, 16:09.

SALVANESCHI, L. Mesures provisoires et arbitrage en droit italien. In: COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G. (Coord.). **Les mesures provisoires en droit belge, français et italien – Étude de droit comparé.** Bruxelles: Bruylant, 1998. p.447-460.

SAMUEL, A. Fomento: a tale of litispence, arbitration and private international law. In: BREDIN, J. D. *et al.* (Coord.). **Liber Amicorum Claude Raymond – Autour de l'arbitrage.** Paris: Litec, 2004. p. 255-271.

SANDERS, Pieter. L'intervention du juge dans la procédure arbitrale. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 2, p. 240, 1980.

SANTOS, F. C. A. Conflito de competência entre câmaras de arbitragem. Comentários ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n. 113.260/SP. J. 08.09.2010. Fazendas Reunidas Curuá Ltda. e outros v. Pecuária Unit Santa Clara Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator p/o Acórdão: Ministro João Otávio de

Noronha. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 29, p. 133-152, jan./mar. 2011.

SANTOS, L. M. F. O local da arbitragem. Admissibilidade de uma ação declaratória relativa à jurisdição dos árbitros. Suprema Corte Sueca. 12 de novembro de 2010. RosInvestCo UK Ltd v. The Russian Federation. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 29, p. 108-209, jan./mar. 2011.

SCHERER, M. When should an arbitral tribunal sitting in switzerland confronted with parallel litigation abroad stay the arbitration? **ASA Bulletin**, Genève, v. 19, n. 3, p. 451-457, 2001.

SCHLOSSER, P. Conflits entre jugements judiciaires et arbitrage. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 3, p. 371-393, 1981.

SERAGLINI, C. **Lois de police et justice arbitrale internationale**. Paris: Dalloz, 2001.

SILVA, J. P. A Regulamentação Paranaense Acerca da Atuação do Juiz de Direito no Processo Arbitral, no que diz Respeito à Condução de Testemunhas e à Execução de Medidas Coercitivas e Cautelares. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 3, p. 217-219, jul./set. 2004.

SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil: processo cautelar**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 3.

SILVEIRA LOBO, C. A.; RANGEL, R. M. Revogação de Medida Liminar Judicial pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, R. R. (Coord.). **Arbitragem Interna e Internacional: Questões Práticas**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 253-265.

SMILGIN, A. Ação judicial para instituição de arbitragem com base no art. 7º da Lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo Poder Judiciário. Competência-Competência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 370-376, jul./set. 2008.

TALAMINI, E. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAWIL, G. S.; LIMA, I. J. M. El Estado y el arbitraje: primera aproximación. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 99-150, jul./set. 2007.

TEIXEIRA, P. C. M.; ANDREATTA, R. M. F. C. **A nova arbitragem**: comentários à Lei 9.307 de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TEPEDINO, G. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pelo Judiciário. In: JOBIM, E.; BICCA MACHADO, R. (Coord.). **Arbitragem no Brasil**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 153-173.

TEUBNER, G. Breaking frames: economic globalization and the emerging of *lex mercatoria*. **European Journal of Social Theory**, v. 5, n. 2, p. 199-217, 2002. Disponível em:
<<http://www.uk.sagepub.com/dicken6/Additional%20Resources%20for%20Sociology/Online%20readings/teubner.pdf>>. Acesso em : 24 dez. 2014, 19:37.

THEODORO Jr., H. **Curso de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.

_____. **Processo cautelar**. 22. ed. São Paulo: Leud, 2005.

TIBÚRCIO, C. O princípio da kompetenz-kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão. In: LEMES, S. F.; CARMONA, C; A.; BATISTA MARTINS, P. **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 425-435.

TIMM, L. B.; MOSER, L. G. M. Arbitragem e contratos administrativos. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Apelação Cível n. 0000249-07.2007.404.7000/PR. J. 02.06.2010. Copel S/A v. ANEEL, Energética Rio Pedrinho S/A, Consórcio Salto Natal Energética e Outro. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 7, n. 27, p. 92-102, jul./set. 2010.

TOMMASEO, F. *Lex fori* e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale, **Rivista dell'arbitrato**, Milano, ano 9, p. 9- 27, 1999.

TRAIN, F. X. Déni de justice et arbitrage international. In: MOURRE, Alexis. (Dir.) **Les Cahiers de l'arbitrage**. Paris: Gazette du Palais, 2006. v. 3, p. 66-68.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratados Consolidados e Carta de Direitos Humanos**. Disponível em:
<http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/conso>

lidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2015, 04:15.

TWEEDALE, A.; TWEEDALE, K. **Arbitration of commercial disputes**: International and English law and practice. Oxford: Oxford University Press, 2007.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958). Disponível em:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em 25/08/2014a, 08:54.

_____. Model Law on International Commercial Arbitration (1985). Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html. Acesso em: 25 ago. 2014b, 09:41.

ULHÔA COELHO, F. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Note - Municipality of Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors, Cour de Cassation (1er Chambre Civile), Pourvoi N° 9116828, 20 December 1993. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano VIII, n. 30, p. 164-165, 2011.

VALENÇA FILHO, C. TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande Spe S.A. v. Ministro da Ciência e Tecnologia. **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn, v. 24, n. 4, p. 431-438, 2007.

VAN DEN BERG, A. J. **The New York arbitration convention of 1958**: Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1981.

VAN HOUTTE, H. May court judgements that disregard arbitration clauses and awards be enforced under the Brussels and Lugano Conventions? **Arbitration International**, Londres, v.13, n.1, p. 85-92. 1997.

VASCONCELOS, R. O Instituto da Arbitragem na Dinâmica do Processo de Recuperação de Empresas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, ano 6, n. 25, p. 29-59, jan./mar. 2010.

VENOSA, S. S. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

VIEIRA DA ROCHA, C. C. Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 263-288, jul./set. 2012a.

_____. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. 2012. 316 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012b.

VILELA, M. G. D. Reflexões sobre a Tutela Cautelar na Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 7, p. 30-44, jul./set. 2005.

VILLAÇA AZEVEDO, A. Arbitragem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 753, p. 11-23, 1998.

VISCONTE, D. **A jurisdição do árbitro e seus efeitos**. 2009. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. Competência arbitral. Princípio *kompetenz-kompetenz*. Alegação de contrato de adesão. Superior Tribunal de Justiça. Medid Cautelar n. 17868/BA. Ferro Atlântica SL v. Zeus Mineração Ltda. J. 29.06.2011. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 9, n. 35, p. 93-109, jul./set. 2012.

WALD, A. Da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 7, , p. 323-334, 2000.

_____. A Recente evolução da arbitragem no Direito Brasileiro (1996-2001). In: GARCEZ, J. M. R.; BATISTA MARTINS, P. (Coord.). **Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 143-163.

_____. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v.6, n. 22, p. 353-370, out./dez. 2003.

_____. *Affectio Societatis* na Sociedade de Pessoas e no Acordo de Acionistas. Rompimento. Resolução do Acordo de Acionistas. Aprovação do Quotista. Direito de

Bloqueio. Ofensa à Lei 8.884/94. Direito de Preferência. Cabimento de Medida Cautelar Preparatória Perante o Poder Judiciário Antes de Instaurado Juízo Arbitral. Competência do Juízo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Porto Alegre, ano 2, n. 4, jan./mar. 2005, p. 207-230.

_____. Arbitragem envolvendo sociedade de economia mista. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF/88, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Resp 612.439/RS – STJ – rel. Min. JOÃO OTÁVIO NORONHA. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 177-193, out./dez. 2006a.

_____. As anti-suit injunctions no direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 29-43, abr./jun. 2006b.

_____. Do descabimento da ação para impedir o funcionamento da arbitragem internacional e o princípio da competência prioritária dos árbitros. In: BONFIM, A. P. R.; MENEZES, H. M. F. (Coord.). **Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto**. Rio de Janeiro: *Lumem Juris*, 2007. p. 45-55.

_____. Recurso especial – Prioritária e legítima atribuição, do Juízo arbitral, para apreciação de suposta ineficácia superveniente de convenção de arbitragem – Fundamento essencial, do acórdão recorrido, não impugnado pelo recorrente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 411-413, out-dez. 2011.

_____. Cláusula compromissória inválida por ser unilateral e não ter sido aceita pela outra parte. Prevalência da decisão do Poder Judiciário competente - Comentários ao AgIn 0304979-49.2011.8.26.0000 do TJSP. BRASIL. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 407-424, jul./set. 2012.

_____. Conflito de competência entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. Cabimento. Competência constitucional (art. 105, I, d, do CPC) e legal (art. 115, I, do CPC) do STJ para resolvê-lo. Decisão majoritária que consolida a jurisprudência na matéria. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 351-384, jan./mar. 2014.

WALD, A.; GALINDEZ, V. BRASIL. Administrativo. Mandado de segurança. Permissão de área portuária. Celebração de cláusula compromissória. Juízo arbitral. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Atentado. AgRg no MS 11.308/DF – STJ- rel. Min. LUIZ FUX. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 194-221, out./dez. 2006.

WALD, A.; SCHELLENBERG, P. L'efficacité de la clause compromissoire au Brésil. *Revue de l'arbitrage*, Paris, n 3, p. 429-446, 2000.

WAMBIER, L. R.; TALAMINIE, E. *Curso avançado de processo civil*. 14. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. v.1.

YESILIMARK, A. *Provisional measures in international Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

ANEXOS

ANEXO A – Lei de Arbitragem

LEI DE ARBITRAGEM

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

Capítulo I Disposições Gerais

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Capítulo II Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

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.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

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.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

- II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
- III - a matéria que será objeto da arbitragem; e
- IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

- I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
- II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
- III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;
- IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
- VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

- I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;
- II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e
- III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

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.

Capítulo IV Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

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.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

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.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - 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.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII
Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.9.1996

ANEXO B – Convenção de Nova Iorque**CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE**

DECRETO Nº 4.311, DE 23 DE JULHO DE 2002

Promulga a Convenção sobre o
Reconhecimento e a Execução de Sentenças
Arbitrais Estrangeiras.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, por meio do Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002;

Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional em 7 de junho de 1959, nos termos de seu artigo 12;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de julho de 2002; 181º da Independência e 114º da República.
FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Celso Lafer

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.7.2002

CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE
SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS FEITA EM NOVA
YORK, EM 10 DE JUNHO DE 1958.

Artigo I

1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

2. Entender-se-á por "sentenças arbitrais" não só as sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam.

3. Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.

Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. 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.

Artigo 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.

Artigo IV

1. A fim de obter o reconhecimento e a execução mencionados no artigo precedente, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução fornecerá, quando da solicitação:

a) a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma devidamente certificada;

b) o acordo original a que se refere o Artigo II ou uma cópia do mesmo devidamente autenticada.

2. Caso tal sentença ou tal acordo não for feito em um idioma oficial do país no qual a sentença é invocada, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução da sentença produzirá uma tradução desses documentos para tal idioma. A tradução será certificada por um tradutor oficial ou juramentado ou por um agente diplomático ou consular.

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) 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; ou

e) a sentença ainda 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 proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Artigo VI

Caso a anulação ou a suspensão da sentença 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 a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.

Artigo VII

1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

2. O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando, e na medida em que, eles se tornem obrigados pela presente Convenção.

Artigo VIII

1. A presente Convenção estará aberta, até 31 de dezembro de 1958, à assinatura de qualquer Membro das Nações Unidas e também de qualquer outro Estado que seja ou que doravante se torne membro de qualquer órgão especializado das Nações Unidas, ou que seja ou que doravante se torne parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou qualquer outro Estado convidado pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

2. A presente Convenção deverá ser ratificada e o instrumento de ratificação será depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo IX

1. A presente Convenção estará aberta para adesão a todos os Estados mencionados no Artigo VIII.

2. A adesão será efetuada mediante o depósito de instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo X

1. Qualquer Estado poderá, quando da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que a presente Convenção se estenderá a todos ou a qualquer dos territórios por cujas relações internacionais ele é responsável. Tal declaração passará a ter efeito quando a Convenção entrar em vigor para tal Estado.

2. A qualquer tempo a partir dessa data, qualquer extensão será feita mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas e terá efeito a partir do nonagésimo dia a contar do recebimento pelo Secretário-Geral das Nações Unidas de tal notificação, ou a partir da data de entrada em vigor da Convenção para tal Estado, considerada sempre a última data.

3. Com respeito àqueles territórios aos quais a presente Convenção não for estendida quando da assinatura, ratificação ou adesão, cada Estado interessado examinará a possibilidade de tomar as medidas necessárias a fim de estender a aplicação da presente Convenção a tais territórios, respeitando-se a necessidade, quando assim exigido por razões constitucionais, do consentimento dos Governos de tais territórios.

Artigo XI

No caso de um Estado federativo ou não-unitário, aplicar-se-ão as seguintes disposições:

a) com relação aos artigos da presente Convenção que se enquadrem na jurisdição legislativa da autoridade federal, as obrigações do Governo federal serão as mesmas que aquelas dos Estados signatários que não são Estados federativos;

b) com relação àqueles artigos da presente Convenção que se enquadrem na jurisdição legislativa dos estados e das províncias constituintes que, em virtude do sistema constitucional da confederação, não são obrigados a adotar medidas legislativas, o Governo federal, o mais cedo possível, levará tais artigos, com recomendação favorável, ao conhecimento das autoridades competentes dos estados e das províncias constituintes;

c) um Estado federativo Parte da presente Convenção fornecerá, atendendo a pedido de qualquer outro Estado signatário que lhe tenha sido transmitido por meio do Secretário-Geral das Nações Unidas, uma declaração da lei e da prática na confederação e em suas unidades constituintes com relação a qualquer disposição em particular da presente Convenção, indicando até que ponto se tornou efetiva aquela disposição mediante ação legislativa ou outra.

Artigo XII

1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após a data de depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão.

2. Para cada Estado que ratificar ou aderir à presente Convenção após o depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão, a presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após o depósito por tal Estado de seu instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo XIII

1. Qualquer Estado signatário poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação por escrito dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia terá efeito um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

2. Qualquer Estado que tenha feito uma declaração ou notificação nos termos do Artigo X poderá, a qualquer tempo a partir dessa data, mediante notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas, declarar que a presente Convenção deixará de aplicar-se ao território em questão um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

3. A presente Convenção continuará sendo aplicável a sentenças arbitrais com relação às quais tenham sido instituídos processos de reconhecimento ou de execução antes de a denúncia surtir efeito.

Artigo XIV

Um Estado signatário não poderá valer-se da presente Convenção contra outros Estados signatários, salvo na medida em que ele mesmo esteja obrigado a aplicar a Convenção.

Artigo XV

O Secretário-Geral das Nações Unidas notificará os Estados previstos no Artigo VIII acerca de:

- a) assinaturas e ratificações em conformidade com o Artigo VIII;
- b) adesões em conformidade com o Artigo IX;
- c) declarações e notificações nos termos dos Artigos I, X e XI;
- d) data em que a presente Convenção entrar em vigor em conformidade com o Artigo XII;
- e) denúncias e notificações em conformidade com o Artigo XIII.

Artigo XVI

1. A presente Convenção, da qual os textos em chinês, inglês, francês, russo e espanhol são igualmente autênticos, será depositada nos arquivos das Nações Unidas.

2. O Secretário-Geral das Nações Unidas transmitirá uma cópia autenticada da presente Convenção aos Estados contemplados no Artigo VIII.

ANEXO C – Convenção do Paraná**CONVENÇÃO DO PANAMÁ**

DECRETO Nº 1.902, DE 9 DE MAIO DE 1996.

Promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30 de janeiro de 1975.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e

Considerando que a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional foi assinada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975;

Considerando que a Convenção ora promulgada foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 90, de 06 de junho de 1995;

Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 16 de junho de 1976;

Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe, em 27 de novembro de 1975, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 27 de dezembro de 1995, na forma de seu artigo 10,

DECRETA:

Art. 1º A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de maio de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO
Sebastião do Rego Barros Neto

HENRIQUE

CARDOSO

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 10.5.1996

**ANEXO AO DECRETO QUE PROMULGA A CONVENÇÃO
INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL,
CONCLUÍDA NO PANAMÁ, EM 30 DE JANEIRO DE 1975/MRE.**

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Os Governos dos estados Membros da Organização dos Estados Americanos, desejosos de concluir uma Convenção sobre arbitragens Comercial Internacional, convieram no seguinte:

ARTIGO 1

É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

ARTIGO 2

A nomeação dos árbitros será feita na forma em que convierem as partes. Sua designação poderá se delegada a um terceiro, seja esta pessoa física ou jurídica.

Os árbitros poderão ser nacionais ou estrangeiros.

ARTIGO 3

Na falta de acordo expreso entre as Partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Internacional de arbitragem Comercial.

ARTIGO 4

As sentenças ou laudos arbitrais não impugnáveis segundo a lei ou as normas processuais aplicáveis terão força de sentença judicial definitiva. Sua execução ou reconhecimento poderá ser exigido da mesma maneira que a das sentenças proferidas por tribunais ordinários nacionais ou estrangeiros, segundo as leis processuais do país onde forem executadas e o que for estabelecido a tal respeito por tratados internacionais.

ARTIGO 5

1. Somente poderão ser denegados o reconhecimento e a execução da sentença por solicitação da parte contra a qual for invocada, se esta provar perante a autoridade competente do Estado em que forem pedidos o reconhecimento e a execução:

a) que as partes no acordo estavam sujeitas a alguma incapacidade em virtude da lei que lhes é aplicável, ou que tal acordo não é válido perante a lei a que as partes o tenham submetido, ou se nada tiver sido indicado a esse respeito, em virtude da lei do país em que tenha sido proferida a sentença; ou

b) que a parte contra a qual se invocar a sentença arbitral não foi devidamente notificada a designação do árbitro ou do processo de arbitragem ou não pôde, por qualquer outra razão, fazer valer seus meios de defesa; ou

c) que a sentença se refere divergência não prevista no acordo das partes de submissão ao processo arbitral; não obstante, se as disposições da sentença que se referem às questões submetidas à arbitragem puderem ser isoladas das que não foram submetidas à arbitragem, poder-se-á dar reconhecimento e execução às primeiras; ou

d) que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não se ajustaram ao acordo celebrado entre as partes ou, na falta de tal a acordo, que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não se ajustaram à lei do Estado onde se efetuou a arbitragem; ou

e) que a sentença não é ainda obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do estado em que, ou de conformidade com cuja lei, foi proferida essa sentença.

1. Poder-se-á também denegar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral, se a autoridade competente do Estado em que se pedir o reconhecimento e a execução comprovar:

a) que, segundo a lei desse Estado, o objeto da divergência não é suscetível de solução por meio de arbitragem; ou

b) que o reconhecimento ou a execução da sentença seriam contrárias à ordem pública do mesmo Estado.

ARTIGO 6

Se se houver pedido à autoridade competente mencionada no Artigo V, parágrafo 1, "e", a anulação ou a suspensão da sentença, a autoridade perante a qual se invocar a referida sentença poderá, se o considera procedente, adiar a decisão sobre a execução da sentença e, a instância da parte que pedir a execução, poderá também ordenar à outra parte que dê garantias apropriadas.

ARTIGO 7

Esta Convenção ficará aberta à assinatura dos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos.

ARTIGO 8

Esta Convenção está sujeita à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

ARTIGO 9

Esta Convenção ficará aberta à adesão de qualquer outro Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

ARTIGO 10

1. Esta convenção entrará em vigor no 30º (trigésimo) dia a partir da data em que haja sido depositado o segundo instrumento de ratificação.

2. Para cada Estado que ratificar a Convenção ou a ela aderir depois de haver sido depositado o segundo instrumento de ratificação, a Convenção entrará em vigor no 30º (trigésimo) dia a partir da data em que tal Estado haja depositado seu instrumento de ratificação ou de adesão.

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes que tenham duas ou mais unidades territoriais em que vigorem sistemas jurídicos diferentes com relação a questões de que trata esta Convenção poderão declarar, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, que a Convenção se aplicará a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas.

2. Tais declarações poderão ser modificadas mediante declarações ulteriores, que especificarão expressamente a ou as unidades territoriais a que se aplicará esta Convenção.

Tais declarações ulteriores serão transmitidas à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos e surtirão efeito 30 (trinta) dias depois de recebidas.

ARTIGO 12

Esta Convenção vigorará por prazo indefinido, mas qualquer dos Estados Partes poderá denunciá-la. O instrumento de denúncia será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Transcorrido um ano, contado a partir da data do depósito do instrumento de denúncia, cessarão os efeitos da Convenção para o Estado denunciante, continuando ela subsistente para os demais Estados Partes.

ARTIGO 13

O instrumento original desta Convenção, cujos textos em português, espanhol, francês e inglês são igualmente autênticos, será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. A referida Secretaria notificará aos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos, e aos estados que houverem aderido à Convenção, as assinaturas e os depósitos de instrumentos de ratificação, de adesão e de denúncia, bem como as reservas que houver. Outrossim, transmitirá aos mesmos as declarações previstas no Artigos 11 desta Convenção.

EM FÉ DO QUE, os plenipotenciários infra-assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, firmam esta Convenção.

FEITA NA CIDADE DO PANAMÁ, República do Panamá, no dia trinta de janeiro de mil novecentos e setenta e cinco.

ANEXO D – Protocolo de Genebra de 1923

PROTOCOLO DE GENEBRA DE 1923

Decreto nº 21.187, de 22 de Março de 1932

Promulga o Protocolo relativo a cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923.

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil.

Tendo aprovado o Protocolo relativo a cláusula de arbitragem, assinado em Genebra a 24 de setembro de 1923, na Quarta Assembléia da Liga das Nações; e havendo-se efetuado o depósito do instrumento brasileiro de ratificação do dito Protocolo nos arquivos do Secretariado da Liga das Nações, a 5 de fevereiro último.

Decreta que o referido Protocolo, apenso por cópia ao presente decreto, seja executado e cumprido tão inteiramente como nele se contem.

Rio de Janeiro, 22 de março de 1932, 110º da Independência e 44º da República.

GETULIO VARGAS

A. de Mello Franco.

Getulio Dornelles Vargas, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil:

Faço saber aos que a presente Carta de ratificação virem que entre os Estados Unidos do Brasil e vários outros países representados na Quarta Assembléia da Liga das Nações, foi concluído e assinado, pelos seus respectivos plenipotenciários, aos 24 de setembro de 1923, em Genebra. o Protocolo relativo a cláusulas de arbitragem, do teor seguinte:

(Tradução oficial)

Protocolo relativo a clausulas de arbitragem

Os abaixo assinados, devidamente autorizados, declaram aceitar, em nome dos países que representam, as disposições seguintes:

1 - Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromissos ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências, que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato.

Cada Estado contratante se reserva a liberdade de limitar a obrigação acima mencionada aos contratos considerados como comerciais pela sua legislação nacional. O

Estado contratante, que usar desta faculdade, avisará o Secretário Geral da Sociedade das Nações, afim de que os outros Estados contratantes sejam disso informados.

2 - O processo da arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar.

Os Estados contratantes comprometem-se a facilitar os atos processuais, que seja necessário realizar nos seus territórios, de acordo com as disposições que regem, nas suas legislações respectivas, o processo de arbitragem por compromisso.

3 - Cada Estado contratante se compromete a garantir a execução, pelas suas autoridades e de conformidade com as disposições da sua legislação nacional, das sentenças arbitrais proferidas no seu território, em virtude dos artigos precedentes.

4 - Os tribunais dos Estados contratantes, dos quais esteja pendente um litígio relativo a um contrato concluído entre pessoas previstas no artigo 1º e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude do dito artigo e suscetível de ser executada, remeterão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros.

Essa transferência não prejudicará, a competência dos tribunais, no caso de, por qualquer motivo, o compromisso, a cláusula compromissória ou a arbitragem haverem caducado ou deixado de produzir efeito.

5 - O presente Protocolo, que ficará aberto à, assinatura de todos os Estados, será ratificado. As ratificações serão depositadas logo que for possível, em mãos do Secretário Geral da Liga das Nações, que notificará esse depósito a todos os Estados signatários.

6 - O presente Protocolo entrará em vigor logo que forem depositadas duas ratificações. Posteriormente, este Protocolo entrará em vigor, para cada Estado contratante, um mês depois da notificação, pelo Secretário Geral da Liga, do depósito da sua ratificação.

7 - O presente Protocolo poderá ser denunciado por qualquer Estado contratante mediante aviso prévio de um ano. A denúncia efetuar-se-á por notificação dirigida ao Secretário Geral da Liga das Nações, que transmitirá imediatamente a todos os outros Estados signatários cópias dessa notificação, indicando a data do recebimento. A denúncia surtirá efeito um ano depois da data da notificação ao Secretário Geral e será apenas válida para o Estado contratante que a tiver notificado.

8 - Os Estados contratantes poderão declarar que a aceitação do presente Protocolo não é extensiva a todos ou a alguns dos territórios a seguir mencionados: colônias, possessões ou territórios ultramarinos, protetorados ou territórios sobre os, quais exercem um mandato.

Esses Estados poderão, posteriormente, aderir em separado ao Protocolo, por, qualquer dos territórios assim excluídos. As adesões serão comunicados, logo que for possível, ao Secretário Geral da Sociedade Geral da Liga das Nações, que as notificará, a

todos os Estados signatários. Elas produzirão efeito um mês após a notificação pelo Secretário Geral a todos os Estados signatários.

Os Estados contratantes poderão igualmente denunciar o Protocolo, em Separado, por qualquer dos territórios acima mencionados. A esta denúncia é aplicável o artigo 7º.

Será transmitida, pelo Secretário Geral, a todos os Estados contratantes, uma cópia autenticada do presente Protocolo.

Feito em Genebra, aos vinte e quatro dias de setembro de mil novecentos e vinte e três, num só exemplar, cujos textos inglês e francês farão igualmente fé, e que ficará depositado nos arquivos da Liga das Nações.

De acordo com o segundo parágrafo do artigo 1º, a Bélgica reserva-se a liberdade de limitar, aos contratos considerados como comerciais pela, sua legislação nacional, a obrigação prevista no primeira parágrafo do artigo 1º.

PAUL HYMANS
1º Delegado da Bélgica.

V. SIDZAUKAS
1º Delegado da Lituânia.

A. NICHAKOPOULOS
Delegado da Grécia
(com a reserva do artigo 1º).

ROBERT CECIL
1º Delegado do Império Britânico.

Declaro que a minha assinatura se aplica somente à Grã Bretanha e Irlanda do Norte e por consequência não inclui nenhuma das colônias, possessões ultramarinas ou protetorados sob a soberania ou autoridade de Sua Majestade Britânica, nem nenhuma dos territórios sobre os quais Sua Majestade Britânica exerce um mandato.

AFRANIO DE MELLO FRANCO
Delegado do Brasil.

JUAN J. AMEZARA
B. FFERNANDEZ Y MEDINA
Pelo Uruguai.

Fazendo aplicação da alínea 2 do artigo 1º da Convenção, o Governo francês reserva-se a liberdade de limitar a obrigação prevista no dito artigo aos contratos declarados comerciais pela sua legislação nacional.

Em virtude do artigo 8º da presente Convenção, o Governo francês declara que a sua aceitação do presente protocolo não se estende às colônias, possessões ou territórios ultramarinos, nem aos protetorados ou territórios sobre os quais a França exerce um mandato.

G. HANOTAUX

R. A. AMADOR
Delegado do Panamá.

GARBASSO
Pela Itália.

O Principado de Mônaco reserva-se a liberdade de limitar a sua obrigação aos contratos declarados comerciais pela sua legislação nacional.

Pelo Principado de Mônaco, 29 de Março de 1924

R. ELLES-PRIVAT

GOTTFRIED ASGHMANN
Pela Alemanha.

Em nome do Governo Real rumero, assino a presente Convenção com a reserva de que o Governo Real poderá, em todas as circunstâncias, limitar a obrigação prevista no artigo 4º, alínea 2ª, aos contratos declarados comerciais pela sua legislação nacional.

N. P. COMNENE
Pela Rumânia.

Em virtude do artigo 8º do presente Protocolo, o Governo japonês declara que a sua aceitação do presente Protocolo não se estende aos seus territórios a seguir mencionados; Chosen, Taiwan Karafuto, o território de arrendamento de Kwantung, os territórios sobre os quais o Japão exerce um mandato.

K. ISHII
Pelo Japão.

Fazendo aplicação da alínea 2 do art. 1º do presente Protocolo o Governo de Sua Majestade o Rei de Espanha reserva-se a liberdade de limitar a obrigação prevista no dito artigo aos contratos considerados comerciais pela sua legislação nacional.

Em virtude do artigo 8º do Protocolo, o Governo de Sua Majestade o Rei de Espanha declara que a sua aceitação do presente Protocolo não se estende às possessões espanholas de África nem ao território do Protetorado espanhol de Marrocos.

30 de agosto de 1924,
J. QUIRONES DE LÉON.

O Governo dos Países Baixos reserva-se a liberdade de limitar a obrigação mencionada no 1º parágrafo do artigo 1º aos contratos considerados como comerciais pela legislação holandesa.

Declara, além disso, que o reconhecimento, em princípio, da validade das cláusulas de arbitragem não prejudica por forma algum: as disposições restritivas existentes atualmente na legislação holandesa, nem o direito de introduzir outras, de futuro.

Países-Baixos
Pelo Reino na Europa

W. DOUDE VAN TROOSTWIJK.

HEIKKI RENVALL.

Pela Finlândia.

Assinado o Protocolo, feito em Genebra, a 24 de setembro de 1923, relativo às cláusulas de arbitragem, o abaixo assinado, representante do Governo dinamarquês junto do Secretariado da Liga da Nações, declara, relativamente ao artigo 3º, o seguinte: segundo o direito dinamarquês, as sentenças arbitrais proferidas por um tribunal de arbitragem não são imediatamente exequíveis, mas é necessário em cada caso, para as tornar tais, recorrer aos tribunais ordinários. No recurso do processo perante esses tribunais a sentença arbitral será, contudo, admitida, geralmente, sem exame ulterior, como base do julgamento definitivo da questão. Sujeito a ratificação.

Genebra, 30 de maio de 1924,

Pela Dinamarca

A. OLDENBURG.

Pela Noruega

5 de agosto de 1924,

CUR. L. LANCE.

Pela Confederação Suíça

10 de setembro de 1924,

MOTTA.

Fazendo aplicação da alínea 2 do artigo 1º do presente Protocolo, o Governo latão reserva-se a liberdade de limitar a obrigação prevista no dito artigo aos contratos declarados comerciais pela sua legislação nacional.

Pela Letônia

12 de setembro de 1924.

J. SEJA.

Pelo Salvador

13 de setembro de 1924

J. GUSTAVO GUERREIRO

Pelo Chile

16 de setembro de 1924

ARMANDO QUEZADA A. E. VILLEGAS.

Países-Baixos. Pelos três territórios ultramarinos, Índias neerlandesas, Surinam e Curacau. O Governo neerlandês reserva-se a liberdade de limitar a obrigação mencionada no 1º parágrafo do artigo 1º aos contratos considerados como comerciais pela legislação neerlandesa. Declara, além disso, que o reconhecimento, em princípio, da validade das cláusulas de arbitragem não prejudica por qualquer forma as disposições restritivas existentes nas legislações desses territórios, nem o direito de introduzir outras, de futuro.

W. DOUDE VAN TROOSMWIJK.

Genebra, 20 de setembro de 1924

Pelo Paraguai
Genebra, 29 de setembro de 1924
R. V. CABALLERO.

Pela Áustria
Genebra, 24 de novembro de 1924
E. PFLUGL.

(versão em francês presente no decreto suprimida deste anexo)

E, declarando aprovado o mesmo Protocolo, cujo teor fica acima transcrito, o confirmo e ratifico e, pela presente, o dou por firme e valioso para produzir os seus devidos efeitos, prometendo que ele será cumprido inviolavelmente, sob a condição de que o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória se restrinja aos contratos considerados como comerciais pela legislação brasileira.

Em firmeza do que, mandei passar esta Carta, que assino e é selada com o selo das armas da República e subscrita pelo ministro de Estado das Relações Exteriores.

Dado no Palácio da Presidência, ao Rio de Janeiro, aos quinze de dezembro de mil novecentos e trinta e um, 110º da Independência e 43º da República.

Este texto não substitui o original publicado no Diário Oficial da União - Seção 1 de 29/03/1932