

DEBORA VISCONTE

**A JURISDIÇÃO DOS ÁRBITROS
E SEUS EFEITOS**

Orientador: Professor Doutor José Carlos de Magalhães

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

SÃO PAULO

2009

DEBORA VISCONTE

**A JURISDIÇÃO DOS ÁRBITROS
E SEUS EFEITOS**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção de título de Mestre em Direito (Direito Internacional), sob a orientação do Professor Doutor José Carlos de Magalhães.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

SÃO PAULO

2009

O caminho está totalmente aberto à elaboração de um direito novo que um dia será a cartilha do comércio internacional. Essa perspectiva, aos nossos olhos, não tem nada de alarmante. É evidente que somente a arbitragem pode conduzir a essa realização, desejável na medida em que resulta em uma solução equitativa dos conflitos de interesses. É essencialmente o respeito a essa condição que deve ser resguardado: será tarefa difícil, porém magnífica, de todos aqueles que participarão da construção desse novo universo.¹²

¹ MOTULSKY, Henri. A evolução recente da arbitragem internacional. *in* **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.19, p.146, out/dez. 2008. Nesse artigo o autor faz uma análise da Convenção de Nova Iorque destacando seu papel na internacionalização do direito da arbitragem.

² Todas as traduções neste trabalho foram feitas livremente pela autora. Queira o leitor desculpar por eventuais deslizes involuntários.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor José Carlos de Magalhães, empreiteiro do universo da arbitragem no Brasil,
muito mais do que um orientador, um verdadeiro mestre.

Às minhas colegas Camyla Yamashiro Oliveira e Ingrid Rodriguez Cardoso, que me
propiciaram tranquilidade para terminar este trabalho, assumindo com competência as
tarefas do dia-a-dia.

À comunidade arbitralista, na pessoa de Adriana Braghetta, Eleonora Coelho Pitombo e
Selma Lemes, por partilharem excelente material de pesquisa e pelas profícuas discussões
sobre o tema.

LISTA DA REFERÊNCIA ABREVIADA DE ALGUNS TEXTOS LEGAIS CITADOS NO TRABALHO

- 1) Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras feita em Nova York, em 10 de junho de 1958 – CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 1958.
- 2) Convenção Européia, de 21 de abril de 1961, sobre Arbitragem Comercial Internacional – CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1961.
- 3) Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (Uncitral) sobre Arbitragem Comercial Internacional adotada em 21 de junho de 1985 (Documento UM A/40/17, Anexo I) – LEI-MODELO DA UNCITRAL.
- 4) Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 30.01.1975) – CONVENÇÃO DO PANAMÁ DE 1975.
- 5) Acordo do Mercosul sobre Arbitragem Comercial Internacional (Buenos Aires, 23.07.1998) – ACORDO DE BUENOS AIRES DE 1998.
- 6) Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado, de 17 de dezembro de 1987 – LEI FEDERAL SUÍÇA DE DIP.
- 7) Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 – LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM ou LEI 9.307/1996.

RESUMO

Com o desenvolvimento do comércio internacional, buscou-se revitalizar um instituto de resolução de litígios que evitasse a intervenção do Estado e não fosse formalista, complicado, alheio ao pragmatismo e à celeridade dos negócios. Nesse contexto, a arbitragem foi sendo afirmada, também no âmbito interno dos Estados, como alternativa, consagrando o exercício da liberdade de contratar.

Com o objetivo de conferir celeridade ao procedimento arbitral e privilegiar a intenção das partes de submeter suas controvérsias à arbitragem, foram desenvolvidos os princípios da autonomia da convenção de arbitragem e da competência-competência. Esses princípios têm como consequência indireta evitar que a discussão de questões processuais e procedimentais tome proporções descabida, como ocorre no Judiciário, em que muitas vezes a matéria de mérito fica relegada a segundo plano.

A autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato é essencial para que se respeite o acordo de vontade das partes de submeter todas e quaisquer controvérsias à arbitragem, em que se incluem as alegações de invalidade ou inexistência do contrato principal. Ao se permitir que essas alegações afetem a jurisdição dos árbitros, confere-se poderosas ferramentas nas mãos das partes recalcitrantes.

Competência-competência significa conceder ao árbitro o poder de decidir quaisquer questões relacionadas à sua jurisdição ou à validade da convenção de arbitragem sem a interferência prévia do Poder Judiciário. Esse princípio permite que o árbitro analise, com base na lei de regência da convenção de arbitragem, a validade e âmbito de aplicação da convenção de arbitragem e, como consequência, impede que o Judiciário decida a questão em paralelo.

Esse princípio é um dos mais importantes e controvertidos da arbitragem internacional. Apesar de ter sido adotado pela maioria dos Estados, concedendo ao princípio um ar de unanimidade, segue sendo objeto de divergência quanto à sua interpretação.

ABSTRACT

With the development of international commerce it became important to revive a dispute resolution system free from government intervention, less formal and formalistic, simple, and updated with business' pragmatism and speed. In this context arbitration was also confirmed domestically, as an alternative to Courts, enhancing the freedom to contract.

Two principles were developed in order to promote efficiency into the arbitral proceedings and privilege parties' intention to submit the controversies to arbitration: severability and competence-competence. The indirect consequence of such principles is to avoid time consuming procedural incidents as it occurs in litigation, where the merits of the dispute often are neglected to a second level.

Arbitration agreements autonomy from the main contract or severability is essential in order to assure that the will of the parties to submit the controversies to arbitration will be respected and this includes the allegation that the main contract is void or inexistent. If these allegations were allowed to affect the arbitrator's jurisdiction, it would be a powerful weapon in the hands of parties wanting to avoid arbitration.

Competence-competence is the ability of the arbitrator to decide any issues related to his jurisdiction or to the validity of the arbitration agreement without previous interference of Courts. This principle allows the arbitrator to decide the validity and scope of the arbitration agreement, based on its proper law, and as a consequence impedes the Courts to rule in parallel.

This principle is one of the most important and controversial of international arbitration. Even though adopted by most of the countries, granting the principle a status of unanimity, there is still plenty of disagreement in relation to its interpretation.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
LISTA DA REFERÊNCIA ABREVIADA DE ALGUNS TEXTOS LEGAIS CITADOS NO TRABALHO	5
RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO	10
Capítulo I.....	13
ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL.....	13
Seção 1 - Natureza jurídica da arbitragem.....	16
Subseção 1.1 - Teoria jurisdicional.....	16
Subseção 1.2 - Teoria Contratual.....	19
Subseção 1.3 - Teoria Mista ou Híbrida	19
Subseção 1.4 - Teoria Autônoma.....	20
Seção 2 - A Lei aplicável.....	24
Subseção 2.1 - Método de escolha da lei aplicável.....	24
Subseção 2.2 - A Lei a ser aplicada pelo árbitro	27
Capítulo II.....	31
AUTONOMIA DA VONTADE.....	31
Seção 1 - Ordem Pública	33
Seção 2 - Boa-fé.....	34
Capítulo 3.....	37
A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	37
Seção 1 - Modalidades de Convenção de Arbitragem.....	39
Subseção 1.1 - Compromisso arbitral	39
Subseção 1.2 - Cláusula compromissória	40
Seção 2 - Autonomia da Convenção Arbitral.	41
Subseção 2.1 - A ausência de escolha da lei aplicável à reconvenção	47
Subseção 2.2 - Unicidade do Contrato e <i>Dépeçage</i>	48
Seção 3 - As conseqüências da Autonomia da Convenção de Arbitragem.	48
Seção 4 - A lei de Regência da Convenção de Arbitragem	49
Seção 5 - Validade da Convenção de Arbitragem	51
Subseção 5.1 - Princípio da boa-fé na interpretação dos contratos	52
Subseção 5.2 - A interpretação eficaz do contrato.....	53
Subseção 5.3 - O princípio da interpretação contra proferentem	53
Subseção 5.4 - Estudo de casos	54
Seção 6 - Validade Formal.....	57
Subseção 6.1 - Exigência de forma escrita	59
Subseção 6.2 - A expressão ‘contida em troca de cartas e telegramas’	61
Subseção 6.3 - A lei aplicável à validade formal da convenção.....	64
Seção 7 - Consentimento das partes	64
Subseção 7.1 - Cláusulas Patológicas	65
Subseção 7.2 - Escopo do consentimento das partes	66
(a) Cláusulas incorporadas por referência.....	67
(b) Cessão de Contrato	68
(c) Grupo de empresas	68
(d) Estado e Empresas Estatais	69

Subseção 7.3 - Vícios do consentimento	70
Subseção 7.4 - Lei aplicável ao consentimento	71
Subseção 7.5 - Conclusão	71
Seção 8 - Capacidade e Poder das partes para celebrar a convenção de arbitragem.	71
Subseção 8.1 - Lei aplicável à capacidade das partes	72
(a) Método de Conflito de leis	72
(b) Lei Substantiva	73
Seção 9 - Arbitrabilidade	74
Subseção 9.1 - Arbitrabilidade Subjetiva	75
Subseção 9.2 - Arbitrabilidade Objetiva	77
Seção 10 - Os efeitos da convenção de arbitragem válida.....	79
Subseção 10.1 - Efeito negativo	80
Subseção 10.2 - Efeito positivo	82
CAPÍTULO 4	85
COMPETÊNCIA E JURISDIÇÃO	85
Capítulo 5.....	89
A JURISDIÇÃO DOS ÁRBITROS	89
Seção 1 - Introdução	89
Seção 2 - O princípio da competência-competência.....	91
Seção 3 - Dos Efeitos da Jurisdição dos Árbitros.....	93
Subseção 3.1 - Efeito positivo	93
Subseção 3.2 - Efeito negativo	94
Subseção 3.3 - O princípio de acordo com Tratados e Regulamentos Internacionais e Legislações Nacionais.....	99
(a) Protocolo de Genebra de 1923	99
(b) Convenção de Nova Iorque de 1958	99
(c) Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.....	102
(d) Regulamento da CCI	103
(e) Lei-modelo da UNCITRAL	104
(f) França	105
(g) Inglaterra.....	105
(h) Alemanha.....	106
(i) Estados Unidos	107
(j) Brasil.....	107
Seção 4 - Conclusão.....	111
CONCLUSÃO	113
BIBLIOGRAFIA	116

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento do comércio internacional buscou-se revitalizar um instituto de resolução de litígios que evitasse a intervenção do Estado e não fosse formalista, complicado, alheio ao pragmatismo e à celeridade dos negócios. Nesse contexto, a arbitragem foi sendo afirmada, também no âmbito interno dos Estados, como alternativa, consagrando o exercício da liberdade de contratar. A Revolução Francesa de 1789, consagração dos Direitos do Homem e do Cidadão, exalta a arbitragem, que correspondia ao pensamento ideológico da época, preferível uma justiça consentida a outra autoritariamente imposta.³

No Brasil, a arbitragem tomou fôlego com a lei 9.307/96, concebida e formulada, nas palavras do Senador Marco Maciel, em “resposta aos anseios e lideranças de setores expressivos da sociedade, cada vez mais convencidos das grandes limitações do nosso sistema jurídico no tocante à arbitragem.”⁴

Havia, como ainda há, preocupação generalizada em viabilizar o acesso à justiça com o propósito de melhorar sua efetiva distribuição, seja pelo Judiciário, seja por meio da arbitragem ou de mecanismos de conciliação e mediação. Nesse quadro, a arbitragem contribui para a solução de controvérsias de caráter comercial, embora não se possa dizer que seja a alternativa que resolva a crise provocada pela tradicional morosidade do Poder Judiciário em todo o mundo.

A arbitragem atende grande parte dos princípios que Lord Wolf considerou como essenciais para assegurar o efetivo acesso à justiça.⁵ Em estudo denominado “acesso à

³ LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**: Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 8-9.

⁴ MACIEL, Marco. Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.9, p. 316.

⁵ LORD WOLF, Access to Justice, 1996 - <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>

justiça” elencou os seguintes princípios: (a) que o resultado seja justo; (b) justiça no tratamento das partes; (c) oferecer procedimentos apropriados com um custo razoável; (d) julgar os casos com a velocidade necessária; (e) que seja compreensível para os que dela se utilizam; (f) atender aos anseios dos que dela se utilizam; (g) conferir o máximo de certeza permitida pelo caso; (h) ser efetiva, com recursos adequados; e (i) ser organizada.

Em se tratando de arbitragens no âmbito internacional, não é apenas o acesso à justiça que é levado em conta, mas outros fatores, como o sistema jurídico do país das partes, o local do cumprimento da obrigação e da arbitragem, as normas de direito internacional privado, enfim, matérias que não se situam apenas no território de um único Estado.

Em virtude disso, se desenvolveram na arbitragem institutos destinados a assegurar sua efetividade nos Estados dos interessados, como o princípio da autonomia da convenção de arbitragem e o princípio da competência-competência.

Assim, no primeiro e segundo capítulos deste trabalho, abordar-se-á o conceito de arbitragem e institutos do Direito Internacional Privado, como a Autonomia das Partes e os princípios aplicados aos contratos internacionais incorporados à arbitragem, como forma de fortalecer o seu desenvolvimento.

No terceiro capítulo o enfoque é a convenção de arbitragem. Sendo a arbitragem uma escolha consensual de origem contratual, é essencial que a convenção esteja revestida dos requisitos de validade intrínsecos aos contratos internacionais, bem como que o seu objeto seja passível de resolução por arbitragem. Deste modo, não basta demonstrar que a convenção preenche os requisitos de forma, consentimento e capacidade das partes. É necessário também que o conflito seja arbitrável, segundo a lei do país onde foi celebrada a convenção arbitral. No Brasil, somente controvérsias relativas interesses patrimoniais e disponíveis é que são passíveis de serem resolvidas por esse meio privado de solução de litígios. Outros países podem adotar parâmetros diversos, o que torna a matéria complexa e nem sempre de fácil solução.

A importância de estudar a convenção de arbitragem e seus requisitos está no fato de que somente a convenção válida é que conferirá jurisdição aos árbitros.

No quarto capítulo se analisará a diferença entre jurisdição e competência, salientando-se que o poder de dizer o direito não é exclusividade do juiz-estatal, tendo-o também o árbitro, fundado na vontade das partes.

O quinto capítulo discorre sobre a jurisdição dos árbitros e seus efeitos, com análise sobre o exercício da sua jurisdição e dos institutos que garantem esse poder ao árbitro. Essa análise compreende também o papel do Poder Judiciário, quando acionado para resolver conflitos objeto de convenção de arbitragem e qual conduta deve adotar.

Examinar-se-á se o juiz-estatal deve, quando provocado, decidir se a convenção de arbitragem preenche os requisitos de validade, ou se esse exame deve ser feito pelo árbitro. Por outro lado, se as partes não se manifestarem no processo judicial acerca da existência da cláusula arbitral inserida em contrato sobre o qual se controvertem, deve o juiz estatal remetê-las à arbitragem de ofício, extinguindo o processo, como preceitua o artigo 267, VII do Código de Processo Civil. Ou ainda, ao contrário, na ausência dessa manifestação, considerar ter ocorrido renúncia àquela convenção arbitral e, assim, continuar o processo, sem extingui-lo.

Verificar-se-á que a maioria das legislações reconhece que o árbitro tem jurisdição para decidir sua própria jurisdição, mas que nem todas impedem o Poder Judiciário de analisar a questão em paralelo ou de conferir ao árbitro a prioridade cronológica da decisão. A matéria tem a ver com as disposições da Convenção de Nova Iorque, de 1958, ora vigente no Brasil, comportando análise mais aprofundada.

Capítulo I

ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A arbitragem comercial internacional é fato da vida. E é utilizada no comércio internacional porque pode e tem sido ajustada para os interesses do comércio. E a prática da arbitragem internacional é que tem sido a catalisadora das mudanças em legislações nacionais. O processo arbitral e os que dela se utilizam são os fomentadores de atualizações necessárias para que o procedimento alcance as necessidades e expectativas das partes.⁶

A Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Lei-Modelo da UNCITRAL são demonstrações do movimento dos usuários da arbitragem para que o procedimento se modernize para atingir o resultado esperado pelas partes, de forma mais eficiente e em consonância com a velocidade das relações comerciais.

A arbitragem, segundo a clássica definição de René David, é

um dispositivo através do qual a resolução de uma questão, de interesse de duas ou mais pessoas, é confiada a outra ou outras pessoas – o árbitro ou árbitros – os quais recebem seus poderes através de uma convenção privada, e não do Estado, e que deverão decidir a controvérsia com base na referida convenção.⁷

⁶ LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 82.

⁷ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**, Emmanuel Gaillard e John Savage, Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 9. No original “Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons – the arbitrator or arbitrators – who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement”.

As legislações nacionais não costumam definir a arbitragem.⁸ Contudo, a Seção 1 do English Arbitration Act de 1996,⁹ enuncia o que, por princípio, deve se esperar do procedimento arbitral:

- (a) O objeto da arbitragem é alcançar a justa resolução de controvérsias através de um tribunal imparcial sem que haja delongas ou despesas desnecessárias;
- (b) As partes devem ser livres para acordar a forma como a sua controvérsia será resolvida, sujeita apenas aos meios de proteção necessários ao interesse público.

A arbitragem, na visão de FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, é composta de dois elementos constitutivos: primeiro, a obrigação do árbitro de resolver a controvérsia de forma justa e exequível. Segundo, a origem contratual dos poderes dos árbitros. O poder do árbitro se origina da intenção comum das partes. Assim, a arbitragem compreende um elemento jurisdicional e um contratual, sendo contratual na origem e jurisdicional na função.¹⁰

O elemento jurisdicional da arbitragem a distingue de outros mecanismos de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação, uma vez que as decisões proferidas vinculam as partes. E o árbitro, ao contrário do mediador¹¹, tem a obrigação de resolver a controvérsia.

⁸ Legislações consultadas: Argentina (Lei 17.454/81); Canadá (*Commercial Arbitration Act*); Estados Unidos (Federal Arbitration Act); França (*Code de Procedure Civile*); e Brasil (Lei 9.307/96).

⁹ Tradução livre. No original: "Section 1: (a) the object of an arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without necessary delay or expense; (b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest."

¹⁰ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. Emmanuel Gaillard e John Savage, Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 11.

¹¹ A mediação se distingue da arbitragem, na medida em que a opinião do mediador não é obrigatória, enquanto a decisão arbitral é obrigatória. Por outro aspecto, o mediador não está sujeito a normas, como ocorre com o árbitro, que deve se cingir aos termos do compromisso arbitral. De outro lado, a mediação se distingue dos bons ofícios no sentido de que o papel do mediador é mais ativo. Ele não é um simples intermediário que se contenta de colocar em presença as partes em litígio para levá-las a entrar em negociações. Pelo contrário ele participa de maneira regular e ativa das negociações. A mediação e os bons ofícios são normalmente confundidos, uma vez que na sua origem tinham a mesma finalidade. A mediação e os bons ofícios surgiram no período medieval com a supremacia do Papado. Os representantes faziam a mediação entre Estados e litigantes. A distinção entre bons ofícios e mediação começou a ser feita pela doutrina do século XVII. MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1968, p. 612-613.

A arbitragem compreende, ainda, quatro características fundamentais: (a) é uma alternativa à Justiça Comum; (b) é um mecanismo privado de resolução de controvérsias; (c) é um mecanismo escolhido e controlado pelas partes, ou seja, que confere plena autonomia às partes; e (d) a decisão tem efeito vinculante ¹².

Além disso, as legislações modernas de arbitragem, inspiradas na Convenção de Nova Iorque de 1958, de maneira geral, contém dispositivo sobre a irrevogabilidade da cláusula de arbitragem, compelindo, a parte que a celebrou, à obrigação de participar da arbitragem, e, ao Poder Judiciário, a obrigação de garantir a sua participação. A lei deve conferir poder ao Judiciário para nomear árbitros e, ao mesmo tempo, limitar os casos em que o laudo pode ser anulado. E, especialmente, deve coibir o Poder Judiciário de reanalisar o mérito do laudo arbitral sob pena de tornar-se uma instância de revisão, desnaturando uma das principais características da arbitragem, a irrecorribilidade da sentença arbitral.

De acordo com Juan Eduardo Figueroa Valdes um sistema de arbitragem justo e eficiente implica na coexistência de uma série de princípios. “Primeiro, a decisão sobre o mérito da disputa tem que ser final, segundo, o laudo deve ser proferido dentro dos limites da jurisdição do Tribunal Arbitral e deve compreender as partes vinculadas à convenção. Por fim, o laudo não deve violar as noções de ordem pública do lugar onde será executado.”¹³

A leitura desinformada desses requisitos pode parecer que se está relatando o período pré-histórico da arbitragem. Ocorre que tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, países de larga cultura arbitral, as revisões de mérito têm sido admitidas quando há alegação de que o laudo teria sido proferido em desrespeito à lei substantiva.¹⁴

¹² LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 3.

¹³ VALDES, Juan Eduardo F. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration, *in Revista de Mediação e Arbitragem*, ano 1, nº 1, São Paulo: RT, jan/abr. 2004, p. 140.

¹⁴ Para uma análise da anulação do laudo com base na “manifest disregard of the law doctrine”, vide LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; **Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, p. 87/88

Seção 1 - Natureza jurídica da arbitragem

A natureza jurídica da arbitragem foi objeto de extenso debate acadêmico na primeira metade do século XX. A decisão da Corte de Apelação de Paris no caso Del Drago¹⁵ estimulou o debate sobre o tema, ao declarar que um laudo estrangeiro equivalia a uma sentença estrangeira, impulsionando, assim, a natureza jurisdicional do laudo.

Hoje a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem tem colorido acadêmico, conforme sustentado por Carlos Alberto Carmona¹⁶. No entanto, o desenvolvimento das teorias jurisdicional, contratual, híbrida (ou mista) e autônoma levaram ao desenvolvimento do princípio da autonomia da convenção de arbitragem e da teoria da deslocalização da convenção e do laudo.¹⁷ Assim, o seu estudo é relevante para se compreender a função e autoridade do árbitro e do Tribunal Arbitral¹⁸

Dessa forma, far-se-á um breve estudo das teorias já apresentadas, uma vez que contribuem para a análise e compreensão do princípio da competência-competência.

Subseção 1.1 - Teoria jurisdicional

A teoria jurisdicional se apóia no poder do Estado de controlar e regular as arbitragens sediadas no seu território. As partes só podem recorrer à arbitragem em casos expressa ou implicitamente permitidos pela lei da sede do procedimento. LEW, MISTELIS e KRÖL sustentam que, em função dos efeitos jurídicos conferidos à convenção de arbitragem e ao laudo, essa teoria considera a arbitragem uma atividade delegada do Estado e, ainda, que os árbitros exercem função pública.¹⁹

¹⁵ Cour d'appel Paris, 10 de Dezembro de 1901, Del Drago, 29 Clunet 314 (1902); Cour de Cassation, 27 de julho 1937.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 46.

¹⁷ LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 71-72.

¹⁸ MARTINS, Pedro B. de. A arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. www.batistamartins.com/artigos, p.2

¹⁹ LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 74.

A base da teoria é a equiparação do árbitro ao juiz estatal para todos os fins, como uma alternativa ao Poder Judiciário instituída com base na legislação nacional. Para os que defendam a teoria jurisdicional, a jurisdição não é monopólio do Estado, pois se é possível a escolha de um terceiro para compor um conflito de interesses, atuando como se Estado fosse, indubitavelmente há jurisdição.²⁰ Mesmo os países que não seguem a teoria jurisdicional não argumentam contra o fato de que o árbitro resolve disputas e o laudo por ele proferido vincula as partes. De acordo com LEW:

O árbitro como o juiz, retira seu poder e sua autoridade da lei nacional; assim o árbitro lembra o juiz. A única diferença entre o árbitro e o juiz é que o primeiro deriva sua nomeação e autoridade do Estado, enquanto o árbitro deriva sua autoridade do Estado mas a nomeação é uma escolha das partes”²¹.

Em 1901 a Corte de Apelação de Paris, ao analisar o caso *Del Drago*,²² decidiu que o laudo arbitral não era auto-executável pois, tal como a sentença judicial, ambos dependem do Estado. Decidiu, ainda, que o laudo estrangeiro equivalia à sentença estrangeira, ressaltando o caráter jurisdicional da arbitragem.

Ainda, segundo LEW, MISTELIS e KRÖL, a teoria jurisdicional é encontrada em Estados onde as instituições arbitrais encontram-se ligadas às Câmaras de Comércio Internacional e onde a arbitragem é o método mais utilizado para resolução de conflitos internacionais. Subsiste nos Estados do Leste Europeu e em economias emergentes, nas quais o árbitro é tratado como juiz-estatal no exercício de suas funções. E, por fim, defendem que o caráter jurisdicional da arbitragem é identificado no poder do Tribunal Arbitral de dar continuidade ao procedimento, mesmo sem a presença de uma das partes.

No Brasil, fundamenta-se tal corrente nos arts. 18 e 31 da Lei 9.307/96, que determinam que os árbitros são considerados juízes de fato e de direito, já que suas

²⁰ TIBURCIO, Carmem. A Lei Aplicável às Arbitragens Internacionais, in MARTINS. Pedro A. B., GARCEZ. José M. R. **Reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTR, 2002, p. 95.

²¹ LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 66.

²² Cour d' appel Paris, 10 Dezembro de 1901, Clunet 314; LEW, Julian D.M; MISTELIS, LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 76.

decisões não precisam ser homologadas pelo Judiciário para produzir efeitos entre as partes. Conforme comenta Humberto Theodoro Jr.

o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção oficial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo”. E tal natureza revela-se também na inovação introduzida no art. 584, III, do CPC, “que passou a qualificar como título executivo judicial ‘a sentença arbitral’, independentemente de cláusula de homologação em juízo.”²³

Nelson Nery Jr assinala que é universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (escopo político da jurisdição),²⁴ além de afirmar que, no juízo arbitral, o árbitro exerce verdadeira jurisdição, sendo juiz de fato e de direito.²⁵

Joel Dias Figueira Jr. sustenta que não existe impedimento algum a que o Estado atribua aos árbitros o poder de dirimir conflitos em caráter definitivo, salvo nos casos excetados em lei:

podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado. Aliás, o novo micro-sistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão.²⁶

Podemos, portanto, concluir, com J. E. Carreira Alvim, que o atual sistema de arbitragem brasileiro, “por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei nº 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes²⁷”.

²³ TEODORO, Humberto Jr., **Curso de Direito Processual Civil**, Forense, v. III, 27. ed., v. I.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 2. ed., São Paulo, 1992, p. 73-74.

²⁵ Ada Pellegrini Grinover refere-se, igualmente, a uma acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica, o que incluiria também a arbitragem (A conciliação extrajudicial no quadro participativo). GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 283.

²⁶ **Arbitragem, Jurisdição e Execução**, São Paulo, RT, 1999, p. 157.

²⁷ **Direito Arbitral**, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, , 2004, p. 46.

Subseção 1.2 - Teoria Contratual

A segunda teoria enfatiza o caráter contratual da arbitragem. De acordo com essa teoria, a sua origem e existência dependeria da continuidade do contrato celebrado entre as partes.

A teoria contratual foi formulada pela *Cour de Cassation* no julgamento do caso *Roses*²⁸, através do desenvolvimento do seguinte raciocínio: os laudos arbitrais se baseiam na convenção de arbitragem, constituindo uma unidade com a convenção e compartilhando com essa sua natureza contratual. Assim, declarou que tendo o laudo origem contratual, sua natureza é, em princípio, contratual.²⁹

O alicerce da teoria contratual é a de que o procedimento arbitral como um todo é baseado em contratos. A origem é contratual, o Estado não tem influência sobre a decisão a ser proferida pelos árbitros, e se as partes não cumprirem o laudo voluntariamente ele pode ser executado como um contrato.

A liberdade de contratar e a autonomia das partes são refletidas na teoria contratual, sendo que o conceito de autonomia na arbitragem foi se desenvolvendo a ponto de destacar a convenção de arbitragem do contrato, possibilitando a aplicação de leis diferentes e o desenvolvimento do princípio da competência-competência.

Subseção 1.3 - Teoria Mista ou Híbrida

A teoria híbrida foi criada em 1952 pelo Professor SAUSER-HALL em relatório apresentado ao Institut Droit International³⁰. Nele, argumentou que o laudo não podia ser considerado independente de todos os direitos nacionais, necessitando de uma lei que dispusesse sobre a validade da convenção de arbitragem e sobre sua execução. De outro lado, reconheceu que a arbitragem tem origem em um contrato e a escolha, pelos árbitros,

²⁸ Cour de Cassation, 27 de julho de 1937, *Roses v Moller et Cie*, I Dalloz 25, 1938.

²⁹ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 77.

³⁰ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 79.

das regras de procedimento da arbitragem dependerá do que foi acordado entre as partes. Manteve, assim, o caráter contratual e jurisdicional da arbitragem.

Outrossim, afirmou que os árbitros de fato exercem atividade quase-judicial, sem contudo receber o poder jurisdicional do Estado, uma vez que não existe nenhuma delegação de poder do Estado ao árbitro, conforme sustentado na teoria jurisdicional. A função do árbitro é equivalente a do juiz no sentido de que ambos têm o poder jurisdicional, só que de origem diversa.

Essa teoria é a dominante, uma vez que mescla os conceitos da teoria contratual e jurisdicional e espelha a prática da arbitragem comercial internacional. Ou seja, aceita o caráter jurisdicional da arbitragem, que atribui ao Estado, sede da arbitragem, poder de controle sobre a convenção de arbitragem e ao laudo, e confere importância à sede da arbitragem, valor esse refutado pela corrente liberal da arbitragem internacional, que adotam a teoria autônoma.

Subseção 1.4 - Teoria Autônoma

A teoria autônoma parte da premissa de que a arbitragem é um regime independente, emancipado³¹. Foi desenvolvida em 1965 por Jacqueline Rubellin-Devichi, que acreditava que a arbitragem deveria ser observada de acordo com seus objetivos e forma. Nesta teoria, a arbitragem não poderia funcionar no contexto das ideologias estabelecidas no direito internacional privado e não precisava se encaixar nas visões nacionalistas ou internacionalistas³².

Destarte, de acordo com a teoria autônoma, a arbitragem pode funcionar à margem dos obstáculos das leis nacionais e do direito positivado. E, assim, reforçaria a tese de que a arbitragem internacional deve ser ‘a-nacional’, deslocalizada e a ela devem ser aplicadas às normas transnacionais do direito.

³¹ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 81.

³² Idem.

A teoria, alinhada com o pensamento francês progressista, credita pouco valor à sede da arbitragem. Os poderes do árbitro derivam não da jurisdição estatal e da soberania, mas da autonomia da vontade das partes contratantes. E, nesse contexto, estaria justificado o entendimento de que o processo arbitral está desvinculado do país no qual transcorre.

Nos últimos tempos observa-se, especialmente na França e nos Estados Unidos, uma nítida tendência em prol da teoria autônoma, admitindo-se completa desvinculação do processo arbitral da lei do país de sua realização, sendo as justificativas para tal fato a natureza internacional da teoria e o fato do Tribunal Arbitral não integrar o Judiciário local.³³

Os casos *Chromalloy* e *Hilmarton* são as decisões mais expressivas da aplicação da teoria autônoma. Nesses casos, apesar dos laudos terem sido considerados inválidos com base na lei do local da sede do Tribunal Arbitral, foram reconhecidos em virtude da natureza autônoma e internacional da arbitragem. Assim, em virtude de seu impacto no desenvolvimento da arbitragem internacional, far-se-á sucinta análise dos casos.³⁴

O caso *Chromalloy* se deu entre uma empresa americana *Chromalloy Aeroservices Inc.* (*Chromalloy*) e as Forças Áreas do Governo do Egito (*Egito*)³⁵. As partes celebraram um contrato pelo qual a empresa americana se obrigava a fornecer peças e serviços de reparo e manutenção de aeronaves ao Egito. O contrato foi assinado em 1988 e rescindido em 1991, pelo Egito, sob a alegação de descumprimento de prazos contratuais por parte da *Chromalloy*.

Em 1994 a empresa americana instaurou o procedimento arbitral, com sede no Cairo, requerendo perdas e danos pela rescisão abrupta do contrato. Ao final, o Egito foi condenado a ressarcir a empresa americana, em laudo proferido por maioria de votos.

³³ TIBURCIO, Carmem. A Lei Aplicável às Arbitragens Internacionais. In: MARTINS, Pedro A. B., GARCEZ, José M. R. (coord.) **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo, LTR, 2002, p. 96

³⁴ Para uma análise detalhada da evolução da teoria da deslocalização e das mais relevantes manifestações jurisprudenciais sobre o tema, veja BRAGHETTA, Adriana. **Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Conseqüências Internacionais**: Visão a partir do Brasil. 2008. 339f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2008.

³⁵ CARBONNEAU, Thomas E. **Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration**. 2.ed. California: Juris Publishing, 2002. p. 700.

Em outubro do mesmo ano a Chromalloy buscou o reconhecimento e execução do laudo nos Estados Unidos³⁶ e na França. Em novembro, o Egito buscou a anulação do laudo no Poder Judiciário do Egito. A Corte de Apelação egípcia anulou-o. Todavia, foi considerado válido e exequível pelo Tribunal da Grande Instância de Paris (maio de 1995) e pela Corte Distrital de Colúmbia (junho de 1996).

A base da alegação para anulação do laudo pela Corte de Apelação Egípcia era a de que os árbitros não tinham respeitado a lei escolhida pelas partes, configurando motivo de anulação de acordo com a lei egípcia.

A Corte Distrital de Colúmbia, com base no artigo VII da Convenção de Nova Iorque de 1958, ou seja, no direito de uma parte pedir reconhecimento do laudo com base no direito mais favorável nacional, concedeu o *exequatur* ao laudo. A Corte de Apelação de Paris, ao reconhecer o laudo, além de aplicar o referido artigo da Convenção de Nova Iorque, declarou que se tratava de arbitragem internacional e, portanto, o laudo não integrava a ordem jurídica egípcia.

O caso Hilmarton Ltd. (Hilmarton) e Omnium de Traitement et de Valorisation – OTV (OTV) teve início em 1980, com a celebração de contrato de prestação de serviços de auditoria entre a empresa inglesa Hilmarton e a empresa francesa OTV. A Hilmarton prestaria de serviços de consultoria à OTV, mediante a remuneração de 4% do montante dos projetos celebrados na Argélia.

Hilmarton instaurou a arbitragem alegando que não teria recebido a sua remuneração após a assinatura de contrato pela OTV na Argélia. A arbitragem teve sede em Genebra e foi administrada pela CCI. O pedido da empresa inglesa foi julgado improcedente em virtude do objeto do contrato, tráfico de influência, ser vedado pelas leis da Argélia e da Suíça.

O laudo arbitral foi reconhecido na França a pedido da OTV e mantido pela *Cour de Cassation* em 23 de março de 1994. Paralelamente, a empresa Hilmarton requereu a anulação do laudo na Corte de Apelação de Genebra, o que foi concedido, e confirmado

³⁶ Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation, vs The Arab Republic of Egypt, 28, U.S.C., 939 F. supp, 907, 1996 U.S. Dist. Lexis 13736.

pela Suprema Corte de Apelações em 17 de abril de 1990. Em seguida, a OTV requereu o reconhecimento dessa decisão da Suprema Corte Suíça na França, de acordo com o Tratado Franco-Suíço sobre questões judiciais, tendo seu pedido sido deferido pela Corte de Primeira Instância de Nanterre em 22 de setembro de 1993³⁷.

A empresa Hilmarton deu início a uma segunda arbitragem, obtendo dessa vez laudo favorável. Esse segundo laudo foi proferido em 10 de abril de 1992, reconhecido em Nanterre em 25 de fevereiro de 1993 e mantido pelo Tribunal de Apelação de Versailles em 29 de junho de 1995.

Em 1997 a decisão que reconheceu o primeiro laudo (desfavorável a Hilmarton) e que homologou o segundo (favorável a Hilmarton) foram remetidas a *Cour de Cassation*, que entendeu que o primeiro laudo tinha força de coisa julgada e, portanto, anulou a decisão de Versailles. A Hilmarton buscou o reconhecimento do segundo laudo na Inglaterra, que foi concedido e confirmado pela Câmara dos Lordes em 24 de maio de 1999.

O principal argumento da Hilmarton para anular o primeiro laudo, realizar a segunda arbitragem e reconhecer o segundo era de que, de acordo com a lei Suíça - aplicável ao caso - o contrato de intermediação firmado pelas partes não era ilícito, na medida em que não existia prova de corrupção nos autos. De outro lado, a OTV havia pago algumas parcelas previstas no contrato, deixando de pagar a porcentagem devida em função da assinatura do contrato com a Argélia.

Os principais argumentos das Cortes Francesas para reconhecer o primeiro laudo foram o direito da OTV de requerer a aplicação da lei francesa, mais favorável à arbitragem, com base no artigo VII da Convenção de Nova Iorque de 1958, e o fato de que o laudo, apesar de ser proferido na Suíça, era internacional e, portanto, não integrava a ordem jurídica do país onde foi proferido.

³⁷ BRAGHETTA, Adriana. **Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Conseqüências Internacionais: Visão a partir do Brasil**. 2008. 339f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2008. , p. 124-130.

Deste modo, a teoria autônoma pode ser entendida como a versão evoluída da teoria híbrida, desenvolvida para refletir as necessidades do comércio internacional. Possui elementos da teoria jurisdicional (o laudo é final e vinculante) e da teoria contratual (a jurisdição do árbitro decorre da vontade das partes), retirando da sede da arbitragem qualquer tipo de controle que possa exercer sobre o procedimento, desvinculando a arbitragem da sede.³⁸

Seção 2 - A Lei aplicável

A evolução conceitual da natureza da arbitragem pode ser verificada também quanto à lei aplicável ao contrato internacional e ao mérito de arbitragem. O início dessa evolução não é novidade; data do início do século passado, mas no Brasil, por exemplo, ainda há resistência em aceitar a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.³⁹

Subseção 2.1 - Método de escolha da lei aplicável

Irineu Strenger afirma que

a tarefa do direito internacional privado é procurar qual a solução adequada para resolver um conflito de leis no espaço. O internacionalista deve levar em conta, evidentemente, o problema da uniformidade legislativa, da condição jurídica do estrangeiro, da nacionalidade, dos direitos adquiridos, que constituem elementos essenciais de apreciação e compreensão das questões que se oferecem ao julgador ou intérprete, mas sem deixar de considerar um fundamento básico, que é o conflito de leis.⁴⁰

O Direito Internacional Privado busca regulamentar a vida social das pessoas privadas implicadas na ordem internacional. Assim, em todos os sistemas jurídicos há

³⁸ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, p. 82

³⁹ ARAUJO, Nadia. **Contratos Internacionais**: Autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17.

⁴⁰ Idem.

regras próprias criadas para situações conectadas a mais de um sistema jurídico, que são chamadas de regras de conexão ou normas indiretas.⁴¹

O método conflitual é a regra de conexão utilizada pelo Direito Internacional Privado nos países da Europa e da América Latina. Essa regra consiste na designação da lei aplicável através da utilização da norma indireta. A norma não estipula, por exemplo, validade do contrato ou capacidade das partes, mas apenas indica qual, dentre os sistemas jurídicos de alguma forma ligados à hipótese, deve ser aplicado.⁴²

As partes podem, ainda, prever situações futuras, estabelecendo regras de direito substantivo, como *lex mercatoria* e Princípios do UNIDROIT, bem como determinar como os eventuais litígios serão julgados, por meio de cláusula de eleição de foro e de arbitragem.

Outro método é o unilateral, que procura determinar, de um lado, o alcance material das regras e, de outro lado, uma análise orientada pelo resultado subjetivo. Deste modo, nesse sistema o que importa não é a escolha da lei mais adaptada, pois a questão deve ser vista a partir do resultado, devendo a seleção ser feita de acordo com o conteúdo do problema em questão.⁴³

Por fim, tem-se como elemento de conexão a autonomia da vontade, por meio da eleição pelas partes da lei aplicável ao contrato.⁴⁴ Pela definição de Irineu Strenger, “quando o conflito é resolvido pela lei escolhida pelas partes, os elementos de conexão são chamados volitivos”⁴⁵. O autor exemplifica afirmando que “a nossa regra de direito internacional privado deixava claro naquela expressão ‘salvo disposição em contrário’ o princípio da autonomia da vontade. Se as partes não se manifestarem, aplicar-se-ia a lei do lugar onde o contrato foi assinado”.

⁴¹ ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17.

⁴² *Ibidem*, p. 17.

⁴³ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁴ Para o histórico da teoria da autonomia da vontade, vide ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 31-40.

⁴⁵ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. v.1.p. 275.

O mesmo autor afirma que “a verdade inegável é que a teoria da autonomia da vontade nasceu a propósito dos contratos e até o momento atual esse é o âmbito onde se aloja”.⁴⁶ Assim, “A regra é a liberdade das convenções; mas há exceções a essa regra, porque a respeito de contratos vigoram também disposições imperativas, convindo aqui ficar bem claro que as disposições supletivas são imperativas, já que necessariamente são aplicadas, se não forem afastadas pela vontade das partes, e uma vez aplicadas não podem mais ser removidas por essa vontade”.⁴⁷

Além disso, alguns autores, como BATIFFOL, afirmam que a norma de conflitos aponta como elemento de conexão a autonomia da vontade, quando se trata de contratos, mas que esta autonomia fixa somente as circunstâncias de fato que localizam o contrato. Em outras palavras, fixa somente o local onde o contrato gerará os efeitos esperados quando de sua assinatura.⁴⁸

No Brasil, como regra, os contratos são regidos pela lei do lugar da sua celebração – *lex loci celebrationis* –, havendo controvérsia na doutrina acerca da escolha pelas partes da lei aplicável. O artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil assim prescreve:

Art. 9º, LICC: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º: Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Assim, de acordo com uma parte da doutrina, liderada por Amílcar de Castro,⁴⁹ o caput do artigo 9º, lei de conexão, impede a escolha das partes da lei aplicável, por não existir qualquer alusão à autonomia das partes na escolha da lei.

Já Haroldo Valladão afirma que há total autonomia entre a autonomia da vontade e o direito internacional privado brasileiro. E que no Brasil, como em outros países, o

⁴⁶ Ibidem, p. 277.

⁴⁷ Ibidem, p. 278.

⁴⁸ BATIFFOL, Henri; Lagarde, Paul. *Traité de Droit International Prive*. 8.ed. Paris: L.G.D.J., 1993.p. 367.

⁴⁹ Direito Internacional Privado, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 411.

princípio tradicional das obrigações em direito internacional privado é o da autonomia da vontade, que impõe o reconhecimento aos interessados de escolher o direito, expressa ou tacitamente, como lei reguladora dos contratos.⁵⁰

A questão da autonomia da vontade, contudo, não foi resolvida pela jurisprudência, como aponta Nadia Araújo, segundo a qual:

A jurisprudência pátria tem aplicado aos litígios envolvendo contratos internacionais, nos poucos casos que pudemos colher, a clássica regra de conexão do art. 9º. Por isso, a questão sobre a permissão da autonomia da vontade através da interpretação do art. 9º, em conjunção com o art. 13, ou a tese de Valladolid, não tem sido levada em consideração pelos tribunais brasileiros.⁵¹

Subseção 2.2 - A Lei a ser aplicada pelo árbitro

O árbitro deverá aplicar a lei escolhida pelas partes quando da celebração da convenção arbitral. Assim, o princípio da autonomia da vontade que instaura a arbitragem também prevalece quanto à lei aplicável.

No Brasil, de acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei 9.307/96, uma arbitragem interna envolvendo partes brasileiras, aqui domiciliadas, e relativa a contrato celebrado com execução no país, pode ser regulada por uma lei estrangeira, se essa for a vontade das partes.

No entanto, na hipótese das partes não terem escolhido a lei aplicável e não ser possível acordo a respeito, deve o árbitro decidir sobre a lei aplicável ao mérito.

O Instituto de Direito Internacional, por meio da Resolução de Amsterdã de 1957, sugere que o árbitro adote as regras de conexão vigentes no Estado sede da arbitragem. O art. 11 das resoluções aprovadas nestes encontros estabelece:

⁵⁰ Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, v.2, p.185.

⁵¹ ARAUJO, Nadia. **Contratos Internacionais**: Autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 114.

O Tribunal Arbitral deve aplicar as regras de conexão vigentes no Estado sede da arbitragem para definir a lei aplicável ao mérito da disputa.⁵²

O recurso às regras de conexão foi posteriormente adotado pelo art. VII da Convenção Européia de Arbitragem Comercial Internacional de 1961; Regulamento da CCI de 1975; art. 33(1) das Regras da UNCITRAL para o Direito do Comércio Internacional; art. 42(1) das Regras de Arbitragem do ICSID de 1966 entre outros.

A primeira alteração em matéria de lei aplicável à arbitragem internacional ocorreu em 1981 na França, com a Lei de Arbitragem que inseriu o art. 1.496 no Código de Processo Civil.⁵³ Esse artigo determina que os árbitros apliquem a lei escolhida pelas partes e, na sua falta, a lei que o árbitro julgar mais apropriada, sem fazer qualquer referência à regra de conflito de leis.

Seguindo a orientação legislativa francesa e a prática arbitral, a *London Court of International Arbitration*, a *American Arbitration Association* e a CCI alteraram seus regulamentos em 1985, 1993 e 1998, respectivamente, para que, na ausência de escolha da lei aplicável, o árbitro aplique a lei que julgue mais apropriada.

Os árbitros têm, assim, na ausência de escolha das partes, liberdade para fixar a lei aplicável ao mérito da questão. No entanto, no entender de Carmem Tibúrcio,

não seria correta a afirmação de que a arbitragem abandonou o recurso às regras de conexão, mas deve-se afirmar que a arbitragem, da mesma forma que o direito internacional privado moderno, adotou o princípio da proximidade, da busca da lei mais adequada ao litígio, que deve ser definida caso a caso, diante das características da hipótese concreta.

Assim, mesmo doutrinadores franceses como FOUCHARD, GAILLARD e GOLDAM, que entendam que o uso obrigatório das regras de conflito da sede da arbitragem está superado, apontam que o árbitro deve verificar se a lei de arbitragem

⁵² LEW, Julian. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York: Oceana Publications, 1978, p.246.

⁵³ TIBURCIO, Carmem. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.100.

aplicada ao caso não contém uma regra de conflitos desenhada especificamente para a arbitragem, como é o caso do art. 187 da *Swiss Private International Law* de 1987, ou ainda as legislações de arbitragem da Itália, México e Alemanha.⁵⁴

Com o objetivo de corresponder às expectativas das partes, no sentido de ter a questão analisada sob a lei que a parte entende aplicável, os árbitros podem analisar e aplicar diferentes métodos de conflitos de leis que tenham relação com a controvérsia. No entanto, a dificuldade desse método é evidente, uma vez que cada regra de conflito pode levar a uma solução diferente.⁵⁵

Princípios gerais do direito internacional podem ser aplicados como regras de conexão. Assim, poderiam ser considerados como princípios internacionais, além da *lex mercatoria* e Princípios do UNIDROIT, Convenção de Roma de 1980 (sobre a lei aplicável às obrigações contratuais) e a Convenção de Haia de 1986 (sobre a Lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias).

Ainda, como visto acima, o Direito de Arbitragem Francês e Estatuto de Arbitragem dos Países Baixos (art. 1054(2) do Código de Processo Civil), permitem ao árbitro escolher a lei aplicável, dispensando-o de fazer referência a um método de conflito de leis. Esse método é conhecido como *direct method* ou *voie directe*.⁵⁶

Com precisão Rodrigo Octávio Broglia Mendes destaca que, ao conferir aos árbitros a possibilidade de escolher a lei aplicável, pela lei substantiva ou pela escolha das regras de conflitos, pode levar a impressão de que a escolha seria um ato de arbítrio do Tribunal Arbitral. No entanto, a prática demonstra que os árbitros estabelecem critérios para justificar sua escolha mediante o confronto com as regras de conflito aplicáveis ao caso ou o recurso aos princípios gerais de direito privado.⁵⁷

⁵⁴ GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 369.

⁵⁵ Ibidem. p.872.

⁵⁶ Ibidem. p. 876.

⁵⁷ MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: Por um direito transnacional privado? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.19, p.37, out./dez. 2008.

Pode-se concluir que, por não participar da organização judiciária estatal, o árbitro privado não está obrigado a aplicar as regras de conflito do Estado sede do Tribunal Arbitral,⁵⁸ podendo aplicar as regras que, no seu entendimento, tem maior relação com o caso.

Ainda, a título ilustrativo vale transcrever método proposto por Catherine Kessedjian,⁵⁹ para se evitar a anulação ou recusa de homologação de laudos arbitrais:

1. “Independentemente das partes terem escolhido a lei aplicável, quando pertinente, os árbitros devem se basear nas regras de comércio que eram ou deviam ser de conhecimento das partes;
2. Se as partes escolheram a lei aplicável os árbitros devem respeitá-la a menos que fira regras de aplicação imediata (*mandatory rules*) ou normas de ordem pública da sede da arbitragem – *lex arbitri* - ou do local de execução;
3. Na ausência de escolha das partes,
 - a. o Tribunal deve analisar as leis internacionais que tenham relação direta com a matéria;
 - b. o Tribunal deve consultar a *Lex arbitri* para verificar o método a ser aplicado – método de conflito de leis; a lei mais apropriada; *voie directe*;
 - c. o Tribunal deve verificar se a lei obtida através da análise sugerida em “b” não é contrária às regras de *jus cogens* e princípios de direito internacional;
 - d. o Tribunal deve justificar sua escolha”.

Os diferentes métodos de escolha da lei aplicável são muito mais do que diferentes formas de como se alcançar um método analiticamente correto. São, na verdade, formas de se alcançar a aplicação da justiça ao caso concreto, onde elementos de estraneidade interagem com práticas cotidianas do comércio internacional.

⁵⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral de acordo com a nova jurisprudência constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 35.

⁵⁹ KESSEDJIAN, Catherine. *Autonomy of International Arbitration Process*. In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. (editors). **Pervasive Problems in International Arbitration**. Holanda: Kluwer Law International, 2006. p.87-88.

Capítulo II

AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é o poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Envolve, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitado pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.

À medida que se admite a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão, aplica-se a lei designada pelas partes, levando em consideração a sua vontade subjetiva, e não a do legislador⁶⁰.

A teoria da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado ocupa lugar de destaque nas questões referentes à lei aplicável aos contratos internacionais. Segundo Nadia Araújo, a autonomia representa uma vantagem nos contratos internacionais, na medida em que retira da relação a incerteza quanto ao direito aplicável ao contrato.⁶¹

Ainda segundo a autora, a autonomia da vontade pode ser vista em três planos:

de uma parte o princípio da autonomia aparece como um meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional. De outro, o princípio permite às partes subtraírem o seu contrato ao direito estatal do foro. Finalmente, poderia servir como instrumento de aperfeiçoamento do direito por ocasionar a eliminação do conflito de leis, pois suas normas reguladoras

⁶⁰ RECHSTEINER, Beat Walter. Ob. Cit., p. 135.

⁶¹ ARAUJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem brasileira e os “princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais”, elaborados pelo UNIDROT. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 95-96.

emudeceriam em razão da liberdade internacional da determinação do direito aplicável.⁶²

Na arbitragem, a autonomia da vontade se manifesta na liberdade quanto à escolha de meio privado para solução de litígios, quanto à delimitação do seu objeto e nomeação dos árbitros. As partes também podem escolher o direito aplicável, o procedimento a ser utilizado na arbitragem, o prazo para prolação da sentença, o local e o idioma da arbitragem⁶³. De acordo com Pedro Batista Martins, a autonomia da vontade é um dos sustentáculos do direito arbitral⁶⁴.

Conforme Tânia Lobo Muniz, temos que

A arbitragem, tendo sua origem num contrato, também encontra sua base neste princípio: o princípio da autonomia da vontade das partes de compor os conflitos submetendo-os aos árbitros. Princípio este que se manifesta pela liberdade que tem o indivíduo de extinguir o litígio surgido por ato de sua própria vontade, dentro dos casos permitidos e dos limites estabelecidos pela lei. A aplicação do princípio inclui a liberdade de escolher as diversas leis para reger o contrato, inserir as chamadas cláusulas de estabilização e excluir ou afastar qualquer direito nacional e escolher as normas aplicáveis (boa-fé, equidade, princípios gerais de direito, *lex mercatoria*, ou cláusulas de escolha negativa ou parcial de certo direito estatal)⁶⁵.

Destaca Nadia Araújo que o art. 2º da Lei Brasileira 9.307/96, que confere às partes a faculdade de escolherem livremente as regras de direito que serão aplicadas à arbitragem, além da utilização de princípios gerais do direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio,⁶⁶ instituiu finalmente a autonomia da vontade, não só nos contratos internacionais mas também nos contratos internos.⁶⁷

⁶² ARAUJO, Nadia. **Contratos Internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114.

⁶³ Lei Brasileira de Arbitragem, 9.307/96, ver os arts. 1º, 2º, 10, 11, 13 e 21.

⁶⁴ MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.187.

⁶⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei nº 9.307/96**, Curitiba: Juruá, 1998.

⁶⁶ 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.”

⁶⁷ ARAUJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem brasileira e os “princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais”, elaborados pelo UNIDROT. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 87.

A autonomia da vontade possui limitações, dentre as quais a observância de princípios e normas consideradas de ordem pública e a boa-fé.

Seção 1 - Ordem Pública

O árbitro tem o dever de zelar pela eficácia da sua sentença. Assim, o princípio de liberdade dos árbitros encontra limites na ordem pública do Estado em cujo ordenamento jurídico a sentença arbitral tiver de ser introduzida.⁶⁸

No que diz respeito à ordem pública, o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil⁶⁹ menciona que nenhum ato ou declaração de vontade será válido no Brasil se for contrário à ordem pública. Desta forma, não terá eficácia a escolha de lei que ofenda a soberania, a ordem pública ou aos costumes. Para Irineu Strenger⁷⁰ a ordem pública pode ser definida como

O conjunto de normas e princípios que em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto.

A lei de arbitragem, apesar de pródiga em suas liberdades, nas palavras do legislador⁷¹, em seu art. 2º, § 1º⁷² dispõe que as partes poderão escolher as regras aplicadas à arbitragem desde que a referida regra não viole os bons costumes e a ordem pública.

A Lei não prevê expressamente a ordem pública como causa de anulabilidade da sentença, mas elenca infrações à matéria de ordem pública como indispensáveis à

⁶⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral de acordo com a nova jurisprudência constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 50.

⁶⁹ Art. 17: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como qualquer declaração de vontade não terão eficácia no Brasil, quando ofenderam a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

⁷⁰ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 104.

⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 329.

⁷² 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.

manutenção desta ordem⁷³. E, em seu art. 39, II, ao tratar das causas de não reconhecimento de sentença estrangeira, dispõe que não será reconhecida sentença que violar a referida ordem pública.

O art. 39 da Lei 9.307/96 reflete regra da Convenção de Nova Iorque de 1958 (artigo III, 2, b), que prevê que o país poderá recusar o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira quando for contrária à ordem pública daquele país. Em idêntico sentido dispõe a Convenção Interamericana do Panamá⁷⁴, Convenção de Montevideo⁷⁵, e a Lei-Modelo da Uncitral⁷⁶.

Seção 2 - Boa-fé

Outro princípio extremamente relevante e em voga no momento, em face da impessoalidade das relações jurídicas internas e internacionais modernas, é o princípio da boa-fé. Segundo este princípio, presume-se que as partes procederão com lealdade e confiança recíprocas na intenção de contratar (boa-fé subjetiva), bem como que atuem segundo determinados padrões (boa-fé objetiva). A Convenção de Viena para a Venda Internacional de Mercadorias de 1980 adotou tal princípio em seu art. 7º, que diz:

ter-se-á em conta o seu caráter internacional, bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional.

Ao menos nos contratos internacionais - e mesmo na inexistência de tratados específicos sobre o assunto -, defende-se, em atenção ao princípio da boa-fé, que a cláusula arbitral tenha execução específica para excluir a jurisdição estatal. A esse respeito é sempre

⁷³ CARMONA, Ob. citada, p. 329.

⁷⁴ 2. “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:

b) que o reconhecimento ou a execução da sentença seriam contrários à ordem pública do mesmo Estado”.

⁷⁵ “2. As sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiros a que se refere o artigo I terão eficácia extraterritorial nos Estados-Partes, se reunirem as seguintes condições:

h) se não contrariarem manifestamente os princípios e as leis de ordem pública no Estado em que se pedir o reconhecimento ou o cumprimento.”

⁷⁶ “b) *cuando el tribunal compruebe:*

ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado”.

lembrada a lição de José Carlos de Magalhães⁷⁷, proferida já em 1986 (anteriormente à lei de arbitragem).

Se, no Brasil, a cláusula arbitral, em direito interno, tem efeito de mera obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos, é lícito indagar se, nos contratos internacionais, o efeito da cláusula não pode ser o de obrigar à execução específica da obrigação, exatamente por se tratar de contrato internacional, em que outras ordens jurídicas estão envolvidas e em que o princípio da boa-fé é fundamental.

E dentro da boa-fé cumpre analisar, também, os abusos de direito e comportamentos contraditórios. Na arbitragem não é incomum verificar que uma das partes exerce posição jurídica em contradição ao compromisso anteriormente assumido. Nas palavras de Rui Barbosa, no compromisso assumido pela parte de resolver o conflito por meio da arbitragem está implícito o compromisso de respeitar o laudo:

Comprometer é, a um tempo, obrigar-se a alienar: obrigar-se a respeitar o laudo, quando não nulo, e alienar, isto é, renunciar de antemão ao domínio da coisa litigiosa, se os árbitros o atribuírem ao outro comprometente, ou ao direito de crédito, se eles lho negarem.⁷⁸

E, nesse sentido, a regra do *nemo potest venire contra factum proprium* abarca com propriedade tais comportamentos contraditórios, considerados impróprios, justamente por infringirem a confiança da outra parte, violando preceitos ético-jurídicos⁷⁹.

A boa-fé é normalmente relacionada com o dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes. E a proibição de comportamento contraditório - *nemo potest venire contra factum proprium* - além de ter por fim a manutenção da coerência, atenta à confiança estabelecida entre as partes.⁸⁰

⁷⁷ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 58-68: A Cláusula Arbitral nos Contratos Internacionais.

⁷⁸ Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro, DF Obras Completas de Rui Barbosa.V. 42, t. 1, 1915. p. 66. Trecho da "Ação Cível Originária n.º 22. Estado do Espírito Santo - autor versus Estado de Minas Gerais - réu. Petição Inicial". Original, cópia revista e apontamentos no Arquivo da FCRB. <http://www.casaruibarbosa.gov.br/>.

⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1984.

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Deste modo, verifica-se que a arbitragem comercial internacional goza de autonomia em relação às leis nacionais. Essa autonomia e flexibilidade do procedimento são vistas como vantagens significativas da arbitragem comercial internacional, contribuindo para disseminação da prática da arbitragem.

No entanto, como se verá no Capítulo III, para que o procedimento arbitral conserve essa flexibilidade, e mais, para que requisitos formais como, por exemplo, a exigência de que a convenção de arbitragem esteja por escrito, não tomem proporções desnecessárias e contrárias à prática comercial, é necessário que árbitros atentem para a boa-fé e real intenção das partes. Esse cuidado é importante, também, em relação ao consentimento das partes. Não se configurando a troca de documentos, exigida pela Convenção de Nova Iorque, a execução do contrato deve valer como aceitação tácita da convenção de arbitragem.

Capítulo 3

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A Convenção de Arbitragem é a expressão da intenção das partes de retirar as suas disputas do Poder Judiciário e submetê-las à arbitragem.⁸¹ Surtirá o efeito esperado se reunir as condições de validade, quais sejam, o objeto lícito, capacidade das partes, forma prescrita em lei e que o litígio possa ser resolvido por arbitragem. Assim, somente uma convenção validamente celebrada que abranja a matéria objeto do litígio conferirá jurisdição aos árbitros para resolver a disputa.

O art. 7º(1) da Lei Modelo UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 21 de junho de 1985, define a convenção de arbitragem como “uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou que venham a surgir entre elas a respeito de uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. A convenção de arbitragem pode ser revestida na forma de uma cláusula compromissória ou na forma de uma convenção autônoma”.⁸²

A Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, aprovada em Nova Iorque em 1958, atualmente com 143 Estados ratificantes⁸³, dispõe em seu art. II(1) que “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

⁸¹ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 129.

⁸² No original em inglês: “(1) “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

⁸³ Informação obtida na Internet na página da Uncitral (<http://www.uncitral.org/en-index.htm>). A Convenção de Nova Iorque foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.311 de 23.07.02.

um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem”.

No mesmo sentido, dispõem a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (CIDIP, Panamá, 1975)⁸⁴, em seu art. 1º, e a Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), no seu artigo I⁸⁵.

A convenção de arbitragem é de natureza consensual e afirma interesses comuns das partes. É da índole dos contratos plurilaterais, onde os direitos e as obrigações são voltados para um único e comum objetivo, qual seja, solucionar a controvérsia, futura ou presente, pela via da arbitragem, com a conseqüente exclusão da via estatal⁸⁶. Sendo certo que a essência da convenção de arbitragem reside na manifestação de vontade de remeter ao árbitro a decisão do litígio entre as partes⁸⁷.

José Lebre de Freitas, ao analisar a natureza convenção de arbitragem a luz do direito português, assim conclui:

O poder de decisão do tribunal arbitral deriva da vontade das partes e por isso se contém dentro dos limites em que essa pode atuar segundo o direito constituído. O seu fundamento é assim semelhante ao negócio jurídico (...). Daí que haja prática unanimidade quanto à qualificação da convenção de arbitragem como negócio jurídico, ainda quando inserta, como cláusula compromissória no texto de um contrato de direito material. Avançando um pouco mais digamos que a convenção de

⁸⁴ Art. I – “É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à 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 comunicação por telex.”

⁸⁵ No original: “Each of the Contracting States recognizes the validity of an agreement whether relating to existing or future differences between parties subject respectively to the jurisdiction of different Contracting States by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such contract relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration, whether or not the arbitration is to take place in a country to whose jurisdiction none of the parties is subject.”

⁸⁶ Sobre natureza consensual da arbitragem José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Batista em sua obra Arbitragem Comercial Internacional, Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 19.

⁸⁷ VENTURA, Raul. Convenção de arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p.291-302, set. 1986.

arbitragem deve ser qualificada como um negócio jurídico processual.⁸⁸

Em síntese, como bem coloca CARMONA, “a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.”⁸⁹

Oportuna, ainda, a definição de Joel Dias Figueira Jr “A convenção de arbitragem, decorrente de cláusula contratual expressa e escrita, tem por finalidade gerar entre os contratantes o compromisso inarredável de submeterem à jurisdição arbitral a solução dos conflitos que porventura venham a surgir como decorrência do contrato principal entre eles firmado, de maneira a excluir terminantemente a busca da tutela pretendida a ser conferida pelo Estado-juiz”.⁹⁰

Seção 1 - Modalidades de Convenção de Arbitragem

Duas são as espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a convenção mediante a qual as partes em um contrato se comprometem a submeter à arbitragem eventuais litígios futuros, relativamente a tal contrato. Por sua vez, o compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem a controvérsia real à arbitragem, como ensina Selma Lemes.⁹¹

Subseção 1.1 - Compromisso arbitral

⁸⁸ Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem. In: **Estudos em Homenagem à Profa. Dra. Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Almedina, 2002. v.2. p. 626.

⁸⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário à Lei n.9.307/96. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 89.

⁹⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel D. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2.ed. São Paulo, 1999, p. 191.

⁹¹ LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e de eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 60.

O compromisso, historicamente, era o veículo da efetiva instituição da arbitragem. Seus efeitos se processam, praticamente, de forma instantânea, dado que com ele as partes estão a submeter a questão controversa à arbitragem. O compromisso surge depois de deflagrada a disputa, ao contrário da cláusula de arbitragem que, como bem definiu Pedro Batista Martins, se projeta para o futuro⁹², onde o conflito é meramente potencial podendo ou não acontecer. No Brasil, além de estar previsto no art. 3º da Lei de Arbitragem, o compromisso encontra-se regulado no art. 811 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual:

“É admitido o compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.”

Subseção 1.2 - Cláusula compromissória

A cláusula compromissória é o contrato pelo qual as partes acordam submeter à arbitragem as controvérsias que surgirem em decorrência da relação jurídica pactuada.

A distinção entre a cláusula compromissória e compromisso arbitral teve sua importância minimizada na arbitragem internacional, na medida em que a cláusula deixou de depender do compromisso para execução, tornando-se um contrato de execução específica. Tanto a Convenção de Nova Iorque de 1958, art. II(2) quanto a Convenção de Genebra de 1961, art. I(2)(a), tratam das duas espécies conjuntamente como convenção de arbitragem.

No Brasil, com a Lei 9.307/96 a cláusula compromissória deixou de ser qualificada como mero pré-contrato, cujo inadimplemento conferia à outra parte somente a possibilidade de pleitear perdas e danos, e ainda como ensina CARMONA,

ela não consubstancia mais uma promessa de celebrar compromisso, mas sim uma promessa de instituir juízo arbitral. E o compromisso também tem esta característica – qual seja, promessa de instituir juízo arbitral – pois somente com a aceitação do árbitro é que se tem por instaurada a instância arbitral. Uma e outra, portanto, produzem o mesmo efeito de retirar do juiz estatal

⁹² **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62.

a competência para conhecer de um determinado litígio, dando margem à solução arbitral do litígio.⁹³

Por fim, em virtude de a cláusula lançar a disputa para o futuro, preocupou-se o legislador brasileiro, de acordo com Pedro Batista Martins,

em conferir-lhe eficácia, por se tratar de convenção que traduz uma expectativa das partes no momento da conclusão do contrato. Há incerteza na sua utilização. O mesmo não se pode dizer de sua eficácia. Esta é certa, independentemente de operar efeitos futuros. A expectativa que essa estipulação gera não pode ser frustrada em seus efeitos.⁹⁴

Seção 2 - Autonomia da Convenção Arbitral.

Sobre a autonomia da convenção arbitral, vale citar CARMONA⁹⁵

A cláusula compromissória recebe da Lei natural autonomia em relação ao contrato onde eventualmente vier inserida. E é natural que assim seja, até porque a nulidade ou anulabilidade do contrato poderá ser submetida à decisão dos árbitros, tudo a pressupor a separação da cláusula do restante do contrato. Por consequência, se um contrato nulo (por não ter seguido a forma prevista em lei, ou porque seu objeto seria ilícito) afetasse a cláusula compromissória nele encaixada, os árbitros nunca teriam competência para decidir sobre as questões ligadas exatamente à nulidade do contrato. Seria então muito fácil afastar a competência dos árbitros, pois bastaria que qualquer das partes alegasse matéria ligada à nulidade do contrato para que surgisse a necessidade de intervenção do juiz togado.

O princípio da autonomia ou da separabilidade da convenção de arbitragem foi reconhecido pela primeira vez na França, em 1963, no caso *Gosset*⁹⁶, em que a *Cour de Cassation* decidiu que em arbitragens internacionais, a convenção de arbitragem, quando

⁹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 35.

⁹⁴ **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 62.

⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 158-159.

⁹⁶ Cass. Le civ., May 7, 1963, Ets Raymond Gosset v. Carapelli, JCP, Ed. G. Pt. II, No 13,405 (1963).

concluída em separado ou como integrante do contrato a que se refere, terá absoluta autonomia e não será afetada pela invalidade do contrato.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir o caso *Prima Paint v. Flood Conklin*⁹⁷, lapidou o conceito da autonomia da cláusula compromissória, ao declarar que quando a alegação de fraude se refere ao contrato como um todo, e não especificamente em relação à convenção de arbitragem, e não houver nenhuma evidência de que a intenção das partes era de que a questão não fosse resolvida por arbitragem, a alegação de fraude não afetará a convenção. E, com base nisso, determinou o prosseguimento da arbitragem.⁹⁸

Na Inglaterra, o primeiro passo significativo para a aceitação da doutrina da autonomia da convenção de arbitragem deu-se em 1942, no caso *Heymans v. Darwins Ltd.*⁹⁹, Câmara dos Lordes. Nesta decisão estabeleceu-se o conceito de independência da convenção em relação ao contrato em que se encontra inserida.

No entanto, apesar da consagração do princípio da autonomia da convenção de arbitragem na Inglaterra em 1942, a orientação jurisprudencial era de que os árbitros não tinham jurisdição para decidir se o contrato era válido. Se o contrato fosse considerado inválido também o seria a cláusula arbitral¹⁰⁰. A jurisprudência foi revertida em 1993, no julgamento de *Harbour Assurance Co v Kansa General International Insurance Co Ltd*¹⁰¹ e a questão foi pacificada com a promulgação do Arbitration Act de 1996, Seção 7:

⁹⁷ U.S. Supreme Court *PRIMA PAINT v. FLOOD & CONKLIN*, 388 U.S. 395 (1967)

⁹⁸ Em 2006 a Suprema Corte dos Estados Unidos aplicou o caso *Prima Paint* para decidir a controvérsia entre *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna* 546 U.S. 440 – ao decidir que o Tribunal Arbitral tem jurisdição para decidir a validade do contrato. A decisão encontra-se baseada na premissa de que Cardegna estava questionado o contrato como um todo e não a convenção de arbitragem. A alegação de Cardegna era a de que o verdadeiro escopo do contrato era a agiotagem e, assim, era um contrato nulo. Essa decisão reafirmou os princípios da autonomia da convenção de arbitragem e da jurisdição do árbitro para decidir sua própria jurisdição (*kompetenz-kompetenz*). De outro lado, em um caso envolvendo a discussão da nulidade do contrato, a Suprema Corte do México, decidiu que o Poder Judiciário tinha jurisdição para conhecer da validade da convenção de arbitragem antes de se instaurar a arbitragem. Contradicción de Tesis 51/2005, S.C.J.N., 1st ch., 11 de Janeiro de 2006. Jurisprudência 25/2006, Contradicción de Tesis 51/2005-PS entre o Sexto e o Décimo Tribunal Colegiado em Matéria Civil del Primer Circuito. Decidido por uma maioria de três votos. COSSIO, Francisco G. de. “The Competence-Competence Principle, Revisited”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 24, no 3, (2007), p. 232.

⁹⁹ *Heyman v Darwins Ltd.*, [1942] A.C. 356;

¹⁰⁰ *Overseas Union Insurance Ltd v AA Mutual International Insurance Co Ltd* [1988] 2 Lloyd's Rep 63, 66.

¹⁰¹ Court of Appeal in *Harbour Assurance Co (UK) Ltd v Kansa General International Insurance Co Ltd* [1993] QB 701.

A menos que haja sido acordado de outra forma pelas partes, a convenção de arbitragem que fizer parte de um contrato (por escrito ou não) não será considerada inválida, inexistente ou ineficaz porque o contrato é inválido, inexistente ou se tornou ineficaz, e deverá, para esse propósito, ser tratada como um contrato autônomo.¹⁰²

Interessante análise do princípio da autonomia da cláusula de arbitragem foi conduzida por Lord Hoffman no julgamento do caso *Premium Nafta Products Limited v. Fili Shipping Company Limited*. Lord Hoffman analisa a intenção do homem de negócios ao contratar e o objetivo racional do negócio, para concluir que a escolha da arbitragem para resolução de conflitos de contratos comerciais (nacionais ou internacionais) é uma escolha racional e lógica.¹⁰³

Aponta que, ao contratarem, a intenção das partes (homens de negócio) era certamente a de optar pela arbitragem para resolução de todas e quaisquer controvérsias oriundas do contrato. E, assim, a invalidade ou nulidade do contrato não afetaria a forma como as controvérsias seriam resolvidas em relação a nenhuma matéria. A arbitragem é uma escolha natural do comerciante. Confirma-se o raciocínio.

Lord Hoffman afirma, primeiramente, que a arbitragem é consensual. E que dependerá da vontade das partes nos termos em que estiver posta na convenção. A convenção norteará a arbitragem, pois define as matérias a ela submetidas. Assim, ao analisar a redação da convenção, deve-se levar em conta as relações comerciais envolvidas e o motivo que levou as partes a optar pela resolução de seus conflitos por um método ou outro. Presume-se que os homens de negócio, em particular, celebram contratos com propósito comercial e racional e o entendimento desse propósito vai influenciar a forma que se interpreta o contrato.

Assim, ao analisar a intenção das partes na elaboração do contrato, é necessário inquirir o propósito da cláusula de arbitragem, que é o de que as disputas que tenham origem no negócio entabulado pelas partes sejam resolvidas por um tribunal privado por

¹⁰² Tradução livre. No original: "Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement."

¹⁰³ Idem – nota 36.

elas escolhido, imparcial, com conhecimento no direito material tratado na disputa, e que atue com confidencialidade e eficiência.

Admitindo-se que esse é o propósito da convenção de arbitragem, a próxima questão é se é razoável admitir que a intenção dos homens de negócio, na elaboração do contrato, era a de que algumas controvérsias decorrentes daquele contrato fossem resolvidas por arbitragem e outras, como a nulidade e invalidade do contrato, fossem resolvidas pelo Poder Judiciário. E, se essa fosse a intenção das partes, se não estaria expressa no contrato.

A seção 7 do *Arbitration Act* de 1996 teve como propósito permitir que as questões fossem decididas de acordo com as expectativas das partes quando da escolha da arbitragem. E, na opinião do Lord Hoffman, é razoável presumir que a intenção do homem de negócio era de que todas as controvérsias decorrentes daquele contrato fossem decididas por um único tribunal.

Em seguida, analisou a alegação de uma das partes de que, como o contrato era fruto de corrupção, deveria ser rescindido como um todo, e aí incluída a convenção de arbitragem. Mas não acolheu essa alegação, concluindo que o princípio da autonomia da convenção de arbitragem, inscrito na Seção 7, significa que a nulidade ou rescisão do contrato principal não levará necessariamente à rescisão da convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem deverá ser tratada como um contrato distinto e só será nulo ou anulável se os vícios forem a ela inerentes.

Consagra-se, assim, importante princípio da arbitragem, o da autonomia da convenção de arbitragem, e assegurando-se o cumprimento, suas conseqüências diretas e indiretas, além de definir importantes parâmetros que deverão ser seguidos pelo Judiciário da Grã-Bretanha ao analisar a convenção de arbitragem.

Alinhada à moderna tendência de buscar meios alternativos à solução das lides, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, prevê a autonomia da vontade das partes quanto à direitos disponíveis, meios e instrumentos processuais adequados a permitir sua utilização,

sem os entraves resultantes da legislação que até então regulava a matéria (arts. 101 e 1.072 a 1.102 do CPC), revestindo a cláusula compromissória de autonomia quanto ao contrato em que estiver inserida.¹⁰⁴

A autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato é essencial para que se respeite o acordo de vontade das partes de submeter todas e quaisquer controvérsias à arbitragem, em que se incluem as alegações de invalidade ou inexistência do contrato principal. Ao se permitir que essas alegações afetem a jurisdição dos árbitros, confere-se poderosas ferramentas nas mãos das partes recalcitrantes.

O princípio da autonomia da convenção está expressamente previsto, tanto no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, quanto na Regras da UNCITRAL, entre outros.¹⁰⁵ O art. 6.4 do Regulamento da CCI dispõe que:

“Salvo estipulação em contrário, e sempre quando tenha admitido a validade da convenção de arbitragem, o Tribunal Arbitral não deixará de ser competente em razão de pretensa nulidade ou inexistência do contrato. O Tribunal Arbitral continuará a ter jurisdição para determinar os respectivos direitos das partes e para julgar reivindicações e alegações.”¹⁰⁶

As regras da CCI confirmam a autonomia da convenção de arbitragem mesmo nos casos em quem se alega a nulidade ou inexistência do contrato. Assim, em arbitragens regidas pelas regras da CCI, os árbitros têm jurisdição mesmo nos casos em que o contrato for considerado nulo ou inexistente.

Isto quer dizer que as eventuais nulidades do contrato em que a cláusula compromissória estiver inserida não a contaminam num primeiro momento. Ou seja, mesmo diante da alegação de nulidade do contrato e da cláusula compromissória, o litígio deverá ser submetido à arbitragem, cabendo aos árbitros decidir acerca da pretendida

¹⁰⁴ CARNEIRO. Paulo César P. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. In: CASELLA, Paulo B. (coord.) **Arbitragem**: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo, LTR, 1996, p. 131.

¹⁰⁵ A lei Modelo da UNCITRAL reconhece expressamente a autonomia da convenção de arbitragem em seu art. 16(1); Regras de Arbitragem da UNCITRAL em seu art. 21, parágrafo 2; Regulamento da London Court of Arbitration, art. 23.1.; Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (1998); Lei Suíça de Direito Internacional Privado, art. 178, 3, dentre outros.

¹⁰⁶ No mesmo sentido o art. 21.2 das regras da Uncitral: “*Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.*”

nulidade.¹⁰⁷ E nem poderia ser diferente, pois, caso contrário, a arbitragem seria letra morta, eis que parte dos litígios fundamentam-se em questionamento sobre a validade do contrato.¹⁰⁸

Pressupõe-se, como premissa dessa regra, que contrato e cláusula compromissória sejam acordos autônomos, apenas instrumentalmente unificados, fazendo valer a vontade original das partes de submeter toda e qualquer questão decorrente desse negócio jurídico, inclusive sua existência, validade e eficácia, à arbitragem. Assim, o efeito da autonomia da cláusula compromissória é o de prevenir que o destino do contrato principal vincule automaticamente a cláusula de arbitragem.¹⁰⁹

Conforme demonstrado, o princípio da autonomia da convenção arbitral foi consagrado pela jurisprudência e principais leis e regulamentos de arbitragem, de forma que constitui um princípio geral do direito de arbitragem internacional¹¹⁰ ou transnacional.¹¹¹ No entanto, o referido princípio não só determina que a validade do contrato deva ser aferida separadamente como também determina que o contrato principal e a convenção de arbitragem podem ser regidos por leis diferentes. A convenção de arbitragem deve ser regida pela lei de autonomia, isto é, pela lei escolhida pelas partes como aplicável à convenção de arbitragem.¹¹²

Ocorre que, apesar da faculdade das partes de escolherem uma lei de regência para o mérito do contrato e outra para a convenção de arbitragem, raramente o fazem, escolhendo apenas a lei de regência do contrato.

¹⁰⁷ PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da convenção de arbitragem – Adoção do princípio kompetenz-kompetenz no Brasil. LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p.329.

¹⁰⁸ A respeito do acerto da estipulação da autonomia da cláusula compromissória: THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, 17 ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, v. II, p. 364.

¹⁰⁹ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. **Comparative international commercial arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 104.

¹¹⁰ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 208.

¹¹¹ PINHEIRO, Luís de L., Convenção de Arbitragem, Aspectos Internos e Transnacionais. In: Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, coord. Jorge Miranda,. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 165.

¹¹² GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade Objetiva**. 2008. 230f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2008. p. 71.

Subseção 2.1 - A ausência de escolha da lei aplicável à reconvenção

Autores como MAYER¹¹³ sustentam que a falta de indicação, pelas partes, de lei de regência exclusiva para convenção de arbitragem deve ser interpretada como a vontade das partes de submeter a convenção de arbitragem à lei de regência do mérito do contrato.

No entanto, esse entendimento é baseado numa presunção e não em uma regra absoluta¹¹⁴, uma vez que o artigo V(i)(a) da Convenção de nova Iorque de 1958¹¹⁵, por exemplo, remete as partes à lei da sede da arbitragem quando não houverem escolhido a lei de autonomia. E essa lei é muitas vezes diferente da lei aplicável ao mérito da controvérsia.

Outro aspecto da lei de autonomia da convenção de arbitragem foi delineado no julgamento da Corte de Apelação de Paris e confirmado pela *Cour de Cassation*, em processo envolvendo uma empresa holandesa Buismans e outra francesa Hetch. A empresa holandesa concedeu à Hetch o direito exclusivo de comercialização de seus produtos no território francês¹¹⁶.

A lei de regência do mérito do contrato era a lei francesa. E, de acordo essa lei, o direito exclusivo de venda ou comercialização não é uma questão comercial propriamente dita. Dessa forma, aplicando-se a lei francesa à convenção de arbitragem, a matéria não seria arbitrável, de acordo com o artigo 1.006 do Código de Processo Civil Francês vigente à época. No entanto, a Corte de Apelação decidiu que o referido artigo não se aplicava, por se tratar de uma arbitragem internacional. No seu entendimento, as partes têm liberdade de escolha da lei aplicável e, portanto, poderiam aplicar outra lei

¹¹³ MAYER, Pierre. Limits of Severability of the Arbitration Clause. **ICCA Congress Series, Paris**, n.9, p.261-267, 1999

¹¹⁴POUDRET, Jean-François et al. **Comparative Law of International Arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. p. 142.

¹¹⁵ “Artigo V.

1 - O reconhecimento e a execução da 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 submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou”

¹¹⁶ Idem.

que não a francesa, observando-se apenas as normas de ordem pública. A *Cour de Cassation* acrescentou que ,em arbitragens internacionais, a convenção de arbitragem é completamente autônoma do contrato no qual se encontra inserida.

Subseção 2.2 - Unicidade do Contrato e *Dépeçage*

Os contratos devem, em princípio, ser regidos por uma única lei, à exceção de casos em que o contrato, apesar de parecer único, é na verdade um instrumento composto de vários contratos autônomos e independentes. Segundo José Carlos de Magalhães:

O princípio da lei única reguladora do contrato como um todo, influi na apreciação das cláusulas contratuais. Formam elas um encadeamento harmônico e entrelaçado de disposições que justificam serem tratadas uniformemente como uma única lei. Contudo, há cláusulas que, por seu conteúdo especial, poderiam ficar submetidas a lei diversa das que rege as demais. O “despedaçamento” do contrato, ou na nomenclatura francesa, o *morcellement* ou *dépeçage*, implica em admitir a incidência de mais de uma lei a um único contrato. Em outras palavras, em vez de uma única lei regular a relação jurídica como um todo, partes dela podem estar submetidas a outros direitos.¹¹⁷

A cláusula de arbitragem, por constituir contrato diverso do principal, apesar de insertos no mesmo documento, pode ser regida por lei diversa daquela aplicada ao mérito, trata-se de uma das conseqüências diretas do princípio da autonomia da convenção de arbitragem. Não obstante a tendência a submeter o contrato a mesma lei, podem as partes identificar outra destinada a regular determinada parte da relação jurídica, em virtude da especificidade da matéria.

Seção 3 - As conseqüências da Autonomia da Convenção de Arbitragem.

¹¹⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional**. Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005. p. 280.

De acordo com a classificação de FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN¹¹⁸ as conseqüências do reconhecimento da autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato em que está inserida (ou contrato principal) podem ser diretas ou indiretas.

As conseqüências diretas são: a) o fato da convenção não ser automaticamente afetada pelo status do contrato; e b) a possibilidade da convenção ser regida por uma lei diferente da convenção de arbitragem.

A conseqüência fundamental do princípio da autonomia é o fato da convenção de arbitragem não ser afetada pelo status do contrato principal. Assim, a invalidade e a inexistência do contrato principal não afetam, de plano, a convenção de arbitragem. A autonomia da convenção implica, também, no fato de que a convenção não precisa ser regida pela mesma lei de regência do mérito do contrato. E isso se aplica tanto se a convenção encontra-se sujeita a uma lei nacional, de acordo com a regra de conflito de leis, quanto nos casos em que a existência e validade da convenção de arbitragem são regidas por lei substantiva adaptadas à natureza internacional da arbitragem.

De outro lado, as conseqüências indiretas da autonomia da convenção de arbitragem são a regra da prioridade do árbitro de decidir sua jurisdição (competência-competência) e a combinação dos princípios da autonomia e da validade da convenção de arbitragem para descolar a convenção de direitos nacionais.

Seção 4 - A lei de Regência da Convenção de Arbitragem

O acordo das partes de submeter disputas eventuais ou existentes à arbitragem é evidenciado pela cláusula ou compromisso arbitral, sendo que a maioria das arbitragens é fruto de cláusula contida em um contrato. Em função do princípio da autonomia, a

¹¹⁸ FOUCHARD, Philippe GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 209.

convenção de arbitragem pode ser regida por lei diferente da lei de regência do mérito do contrato.

Assim, cabe às partes indicar a lei de regência da convenção de arbitragem, que raramente o fazem, deixando para o Tribunal Arbitral a tarefa de determinar a lei aplicável. Nesse sentido, foram desenvolvidos diversos métodos de conflitos de leis para se alcançar o resultado mais adequado: (a) lei do local onde a convenção de arbitragem foi concluída; (b) lei da sede – *lex arbitri*; (c) lei de regência do contrato - *lex Causae*; (d) lei das partes ou de uma das partes; (e) lei do Estado que teria jurisdição caso não houvesse a convenção; (f) lei do Estado onde o laudo deverá ser executado; (g) combinação de leis; e (h) leis substantivas transnacionais e princípios gerais.

A maioria dos métodos acima relacionados apresenta defensores e falhas, sendo que, na concepção de BLESSING, na prática, o Tribunal Arbitral decide a lei aplicável à convenção de arbitragem depois de aprofundada pesquisa acerca da intenção e objetivos das partes ao celebrar o contrato; da análise do contrato, histórico das partes e de seu relacionamento comercial; e das expectativas razoáveis das partes.¹¹⁹

Como todo contrato, a convenção de arbitragem precisa satisfazer uma série de requisitos para ser considerada válida. De acordo com a teoria moderna da arbitragem, a análise dos requisitos da convenção na arbitragem internacional deve ser feita levando-se em consideração os tratados internacionais, a análise da lei comparada e a jurisprudência arbitral, e não os requisitos de um sistema jurídico em particular.¹²⁰ A teoria da lei substantiva foi adotada em 1981 por René David, que examinou a validade de uma convenção de arbitragem a partir da análise de requisitos do direito internacional e comparado.¹²¹

¹¹⁹ BLESSING, Marc. The Law Applicable to the Arbitration Clause. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.188, 1999.

¹²⁰ GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 241.

¹²¹ Idem.

Seção 5 - Validade da Convenção de Arbitragem

A jurisdição dos árbitros decorre da vontade das partes que deve ser manifestada através de convenção de arbitragem válida.¹²² Sendo que a validade da convenção de arbitragem pressupõe o respeito às exigências de forma, a capacidade e o consentimento das partes e, ainda, que a convenção diga respeito a uma matéria suscetível de ser decidida por arbitragem.¹²³

No Brasil, nas palavras de Pedro Batista Martins,¹²⁴ “o pacto de arbitragem foi cercado por uma rígida blindagem jurídica, de modo produzir todos os efeitos de direito. Não só pelo seu traumático passado de completa ineficácia, mas também porque a grande maioria das arbitragens opera por existência de uma cláusula compromissória (art. 3º, Lei 9.307/96)”.¹²⁵

Tal é a importância do reconhecimento da validade da cláusula de arbitragem que STRENGER¹²⁶ afirma que a cláusula é a pedra angular da arbitragem comercial internacional. E que dentre as diversas funções da cláusula compromissória ressalta-se a de constituírem prova de que as partes admitiram submeter-se ao regime arbitral para solver suas pendências na execução do contrato, que é o elemento consensual sem o qual a arbitragem não pode existir validamente.

¹²² Alan REDFERN divide a ausência de convenção válida em duas situações distintas. Na a convenção de arbitragem não existe e na segunda ela existe mas é considerada inválida por uma das partes. A ausência da convenção de arbitragem ocorre em casos em que a parte alega que não assinou o contrato ou que o contrato por ela assinado não continha convenção de arbitragem. Entende que se a parte não celebrou uma convenção de arbitragem os árbitros não têm jurisdição e um laudo eventualmente proferido é nulo. Relata decisão da Corte de Apelação de Paris do caso *Pyramids* onde o Tribunal Arbitral se declarou competente e decidiu a controvérsia de acordo com o Regulamento da CCI e a Corte entendeu que o laudo era nulo uma vez que o Tribunal não tinha jurisdição para proferir sentença contra o governo do Egito (Corte de Apelação Paris, 12 de julho de 1984, Arab Republico f Egypt v Southern Pacific Properties Limited e Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. A segunda situação é aquela em que não se coloca em dúvida a existência da cláusula de arbitragem mas uma das partes alega que é inválida por algum motivo. “The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 3, nº 1, 1986, p. 23.

¹²³ GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade Objetiva**. 2008. 230f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2008. p. 58.

¹²⁴ **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 61.

¹²⁵ 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.”

¹²⁶ **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 109.

Na análise da validade das convenções de arbitragem inseridas nos contratos internacionais deve ser conduzida com base nos princípios aplicados aos contratos internacionais, dentre eles, a boa-fé na interpretação dos contratos; interpretação eficaz do contrato; e o princípio da interpretação *contra proferentem*.¹²⁷

Subseção 5.1 - Princípio da boa-fé na interpretação dos contratos

O princípio da boa-fé na interpretação dos contratos deve ser aplicado de forma que a verdadeira intenção das partes prevaleça no lugar da análise literal de suas cláusulas, quando não forem equivalentes. É a preferência da real vontade da parte (teoria da vontade), em detrimento do sentido literal (exegese *quantum verba sonant*) da linguagem.

Desse princípio decorrem regras necessárias a se estabelecer a verdadeira intenção das partes. Primeiro, a intenção das partes deve ser analisada no contexto em que está posta, o que significa dizer que deve ser analisada levando em consideração a expectativa razoável das partes. Em segundo lugar, o comportamento das partes desde a assinatura do contrato até o surgimento da controvérsia deve ser avaliado, uma vez que o seu comportamento traduz o seu entendimento sobre o contrato.

O estudo do comportamento das partes tem como objeto vedar o comportamento contraditório, de forma que a ninguém é dado vir contra os próprios atos, *nemo potest venire contra factum proprium*. Como “princípio implícito”, o *venire* se faz presente nos mais variados direitos nacionais¹²⁸, tanto nos de origem romano-germânica quanto nos de tradição anglo-saxã, onde é normalmente associado à figura do *stoppel*. Em termos gerais, diante da aplicação do *stoppel*, “um indivíduo fica impedido de negar ou alegar um determinado fato em função de sua conduta, alegação ou negativa anteriores”.¹²⁹

¹²⁷ LEX mercatoria material related to Article 8 CISG. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/lex-art-08.html>>: “Where there is doubt about the meaning of a contract term that has not been individually negotiated, an interpretation against the party who supplied it should be preferred”.

¹²⁸ Para uma análise da proibição do comportamento contraditório à luz do direito brasileiro, vide: SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹²⁹ BLACK'S LAW DICTIONARY, 6.ed. St. Paul: West Publishing., 1991. p.551. Tradução livre. No original: an individual is barred from denying or alleging a certain fact or state facts because of that individual's previous conduct, allegation, or denial.

Veda-se, portanto, que a parte venha contra fato próprio após haver incutido expectativa razoável em outrem de boa fé, que age em consequência de tal comportamento, em seu próprio detrimento.

Em terceiro lugar, os termos e expressões devem ser interpretados à luz de todo o contrato ou da declaração feita pelas partes segundo a qual as cláusulas contratuais não devem ser interpretadas isoladamente, mas uma de acordo com as outras, independentemente de antecederem ou se seguirem. Isso porque, de acordo com princípio do *effet utile*, encontrado no artigo 4.5 dos Princípios do UNIDROIT, todos os termos do contrato tem algum efeito, uma vez que não é esperada das partes a utilização de palavras sem sentido algum.

Subseção 5.2 - A interpretação eficaz do contrato

Esse princípio foi esculpido com base no art. 1157 do Código Civil Francês,¹³⁰ de acordo com o qual quando uma cláusula pode ser interpretada de duas maneiras, a interpretação que confere eficácia à cláusula deve prevalecer sobre aquela que impede a sua eficácia.

Subseção 5.3 - O princípio da interpretação contra proferentem

Segundo esse princípio, a parte que redige o contrato é que deve arcar com os riscos de uma possível ambigüidade ou obscuridade dos termos escolhidos, prevalecendo uma interpretação contra o estipulante¹³¹. Esse princípio deve ser aplicado aos casos onde uma das partes redigiu o contrato e, por ambigüidade na convenção de arbitragem, não se pode definir o seu escopo.

¹³⁰ Article 1157: "Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun."

¹³¹ Esse princípio não deve ser confundido com a regra refletida na doutrina brasileira¹, no artigo 423 do Código Civil, referente a contratos de adesão, e também no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que na convenção de arbitragem ambas as partes estão sob obrigação idêntica de submeter as disputas à arbitragem.

Subseção 5.4 - Estudo de casos

No caso *Mangistaumunaigaz Oil Prod.* (sociedade estatal da República do Cazaquistão) v. *United World Trade Inc.*, o *Queen's Bench Division*¹³², da Grã Bretanha, considerou que uma cláusula inserida em um contrato de compra e venda de óleo bruto, estabelecendo “*arbitration if any by ICC rules in London*”, era uma cláusula arbitral válida e vinculante. A sociedade do Colorado contestou a jurisdição da CCI, argumentando que a referida cláusula não continha um acordo de arbitragem vinculante e que, portanto, era necessária a celebração de uma cláusula específica, prevendo uma arbitragem CCI em Londres.

O juiz Porter, do *Queen's Bench Division*, declarou que a referida cláusula refletia a intenção das partes de dirimir quaisquer disputas por meio de arbitragem de acordo com o regulamento da CCI, em Londres, e que qualquer outra interpretação seria contrária ao bom senso.

Outro caso interessante foi *Israel Chemicals & Phosphates Ltd. v. N.V. Algemeene Oliehandel*, julgado por um tribunal de Rotterdam¹³³. A *Chemicals*, sociedade israelense, pleiteava que a *Algemeene*, sociedade holandesa, lhe entregasse um determinado produto. O contrato enviado pela *Algemeene* à *Chemicals* continha cláusula arbitral. A *Chemicals*, apesar de ter recebido o contrato, não o assinou e tampouco enviou uma cópia à *Algemeene*.

Quando da entrega das mercadorias, em Israel, a *Chemicals*, após analisá-las, protestou com relação à qualidade de parte delas e, pouco depois, propôs uma ação contra a *Algemeene* no Tribunal de Rotterdam, alegando que não havia assinado as condições especiais previstas na cláusula arbitral. A *Algemeene* contestou dizendo que a ação deveria ser extinta em razão da existência de uma cláusula de arbitragem. A *Chemicals*, por sua

¹³² [1995] 1 Lloyd's Rep 619. Caso idêntico: *Arab African Energy Corp. v. Olieprodukten Nederland BV* [1983] 2 Lloyd's Rep 419. <http://www.arbitrate.org.uk/lawindex.htm>.

¹³³ *Rechtbank Rotterdam*, 26 de Junho de 1970, *Israel Chemicals & Phosphates Ltd v NV Algemeene Oliehandel*, I YCBA 195 (1976)

vez, argumentou, dentre outras questões, que ela não poderia estar vinculada a uma cláusula arbitral através de aceitação tácita, uma vez que o contrato deveria ser regido não apenas pela lei holandesa, mas também pelo art. II(2) da Convenção de Nova Iorque de 1958, pois tanto a Holanda quanto Israel ratificaram a Convenção.

O Tribunal aceitou as alegações da Algemeene, e, especificamente com relação ao argumento da Convenção, considerou que a referência feita por esta a um acordo por escrito para validade das cláusulas arbitrais significava tanto um acordo assinado pelas partes quanto o intercâmbio de cartas e telegramas. O Tribunal considerou, ainda, que esse dispositivo devia ser interpretado no sentido de que cada parte em um contrato deve ser informada de modo satisfatório, ou seja, por meio de documentos escritos, de que a outra parte está ciente que eventuais controvérsias decorrentes do contrato deverão ser resolvidas por arbitragem, e que ambas devem consentir em relação a isso. Para o Tribunal, esse requisito havia se cumprido, uma vez que a Chemicals enviou uma requisição de compra à Algemeene e que a essa última enviou contrato de compra e venda contendo uma cláusula arbitral redigida de forma legível, e que esse contrato foi devidamente recebido por Chemicals, antes da entrega das mercadorias, e mantido em seu poder sem qualquer objeção durante os dois meses subseqüentes.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado a favor da arbitragem, como, por exemplo, na Sentença Contestada 856, julgada em 18.05.05, em que eram partes Têxtil União e L'Aigon. Neste caso, a Têxtil alegou que a cláusula era inválida, uma vez que o Contrato não estava assinado. O Superior Tribunal entendeu que a questão da aceitação da convenção de arbitragem fica superada quando a parte Requerida, de acordo com a prova que havia sido produzida nos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória.¹³⁴

No procedimento arbitral CCI nº 14.144/CCO, em que eram partes a Companhia Nacional de Cimentos Portland (Brasil), CP Cimentos e Participações S.A. (Brasil) e Latcem S.A. (Luxemburgo)¹³⁵, a jurisdição do Tribunal Arbitral foi questionada pelas requeridas com base na lei aplicável, natureza da convenção, renúncia tácita da arbitragem

¹³⁴ STJ, SEC 856/GB, Corte Especial, Min. Rel. Carlos Alberto Menezes de Direito, j. 18.05.2005, p. 27.06.05. www.stj.gov.br

¹³⁵ **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.14, p.259-307.

e a natureza do acordo de acionistas, objeto da disputa, O Tribunal proferiu sentença parcial sobre a questão da jurisdição.

Alegaram as requeridas que a lei brasileira regia a convenção de arbitral e que o contrato era anterior à Lei 3.907/96, e, portanto, a convenção não era compulsória. O Tribunal Arbitral decidiu que a lei que regia a convenção de arbitragem era a Lei Suíça e, ainda que fosse a Lei Brasileira, a convenção era válida de acordo com o princípio geral do Direito Brasileiro de que as regras processuais têm aplicação imediata. Entendeu, ainda, que mesmo que se aplicasse a Lei Brasileira de Arbitragem, o Acordo de Acionistas não era um contrato de adesão. Quanto à natureza da convenção de arbitragem entendeu que sua redação não tornava a arbitragem opcional, mas sim um direito das partes. E que não houve renúncia tácita da recorrente em virtude de suas condutas nas ações judiciais. Concluiu o Tribunal Arbitral que tinha competência para julgar o conflito entre as partes.¹³⁶

Ainda, no caso Peterson Farms Inc.¹³⁷, a Corte Comercial Inglesa anulou um laudo proferido em Londres, onde a doutrina de grupo econômico foi aplicada para conceder indenização a empresas do grupo C & M Farming Ltd. que não era parte do contrato de distribuição que continha a cláusula de arbitragem CCI. A lei aplicável ao contrato de distribuição era a lei do Estado de Arkansas, Estados Unidos, e a sede da arbitragem era Londres.

Nesse caso o Tribunal Arbitral decidiu que o direito de C & M de requerer indenização para o Grupo C & M era uma questão de interpretação da convenção de arbitragem contida no contrato e da intenção das partes. Na ausência de escolha da lei de regência da convenção de arbitragem o Tribunal Arbitral deverá resolver a questão de acordo com o interesse comum das partes. Argumentou que, na doutrina de grupo econômico, a convenção de arbitragem acordada por uma das empresas do grupo vincula todas as empresas se as circunstâncias envolvendo a negociação, execução e término do contrato demonstram que a intenção das partes era de vincular as partes não signatárias. E

¹³⁶ No Brasil Aliás, a possibilidade de inserir cláusula compromissória em acordo de acionistas, encontra-se expressamente prevista no § 3º ao art. 109 da LSA. Assim, surgindo litígio entre os acionistas que firmaram o acordo de acionistas, esses estão vinculados à arbitragem (sendo irrelevante o fato de não existir a cláusula compromissória estatutária).

¹³⁷ Peterson Farms Inc. v. C & M Farming Ltd. [2004] All ER (D) 50; (2004) EWHC 121 (Comm).

que Peterson sabia que estava contratando com um grupo de empresas, e que o produto seria utilizado por todo o Grupo C & M. Assim, C & M tinha o direito de requerer indenização pelos danos incorridos pelo Grupo C& M¹³⁸.

Peterson Farms Inc. requereu a anulação do laudo à Corte Comercial Inglesa, por entender que a decisão não havia sido tomada com base na lei escolhida pelas partes. A Corte entendeu que a decisão realmente violava a lei escolhida pelas partes. De acordo com a Corte o Tribunal, deveria ter aplicado a lei inglesa cumulada com a lei do Estado de Arkansas e como a doutrina de grupo de empresas não é reconhecida pela lei inglesa, a decisão deveria ser anulada na parte em que concedeu indenização às demais empresas do Grupo C & M.

Os casos citados acima constituem claras indicações da tendência *favor validatis* dos tribunais em relação à convenção de arbitragem. Essa tendência é reforçada nas arbitragens internacionais, onde as partes conhecem a prática do comércio internacional e tem como opção natural o recurso à arbitragem. Dessa forma, ao analisar os requisitos de validade da convenção de arbitragem, o árbitro internacional e o Poder Judiciário devem buscar estabelecer a verdadeira intenção das partes, que, por vezes, em virtude da dinâmica do comércio, pode não vir revestida da forma prevista em lei.

Seção 6 - Validade Formal

O Artigo II(2) da Convenção de Nova Iorque deve ser interpretado de acordo com o seu objetivo e com os interesses que visa proteger. O objetivo da Convenção é facilitar a resolução de conflitos através da arbitragem, levando em consideração as necessidades do comércio internacional; e o requisito de evidência por escrito previsto no Artigo II da Convenção tem o efeito de proteger as partes de um acordo impensado no qual abririam mão do Poder Judiciário. Do ponto de vista dos interesses em jogo, a validade da cláusula de arbitragem deve ser avaliada de acordo com as circunstâncias de cada caso. Deve-se observar se o acordo foi celebrado por homens de negócio ou pessoas sem experiência; um cuidado diferente deve ser observado dos signatários

¹³⁸ ALVAREZ, Henri. *Autonomy of International Arbitration Process*. In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. (editors). **Pervasive Problems in International Arbitration**. Holanda: Kluwer Law International, 2006. p.134-135.

quando o contrato se referir aos termos de outro contrato que deveria ser de seu conhecimento ou se referir a condições gerais que podem não ser conhecidas¹³⁹.

A forma da convenção de arbitragem é relevante como evidência de sua existência¹⁴⁰. Dario Moura Vicente, em palestra proferida no III Congresso de Arbitragem Comercial do Rio de Janeiro¹⁴¹, afirma que a vontade de submeter os conflitos à resolução de árbitros tem que ser exteriorizada para adquirir relevância jurídica. E que a questão é saber de que modo deve se dar essa exteriorização, isto é, a forma que a correspondente manifestação de consentimento deve revestir.

A validade formal da convenção de arbitragem é não raras vezes questionada pelas partes, uma vez que a jurisdição dos árbitros e a condução da arbitragem dependerão de sua validade.¹⁴² No entanto, as convenções internacionais e a lei de arbitragem da maioria dos países exigem que a convenção de arbitragem esteja por escrito.¹⁴³ Ainda, enquanto algumas leis exigem a forma escrita como requisito de validade da convenção (*ad validitatem*), outras exigem a forma escrita como prova da existência da convenção de arbitragem (*ad probationem*). Nos países em que a forma escrita é requisito de prova, a convenção de arbitragem pode ser aceita tacitamente.¹⁴⁴

¹³⁹ Swiss Tribunal Federal, *Tradax Export v Amoco Iranian Oil Company*. No original: The Court held that Article II(2)b of the New York Convention has to be interpreted in accordance with its object, and with a view to the interests it is clearly designed to protect. The purpose of the Convention is to facilitate de resolution of disputes through arbitration, taking particular account of the needs of international commerce; nonetheless, the requirement of writing prescribed in Article II of the Convention has the effect of protecting the parties concerned from entering into ill-thought-out commitments involving the renunciation of the right of access to normal courts and judges. From the standpoint of the interests at stake, the validity of the arbitration clause has to be evaluated in the light of the circumstances of the particular case. This being so, regard should be had to such considerations as whether it was entered into by seasoned businessmen, or by people with little experience; in the same way, a different degree of awareness is required of the signatories depending on whether the contract refers back to the provisions of another contract which is deemed to be known to them, or to general conditions which may or not be known to them”.

¹⁴⁰ LEW, Julian D. M., *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.114, 1999.

¹⁴¹ VICENTE, Dario Moura. A manifestação do consentimento na Convenção de Arbitragem. **Revista da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 18, p.987-1004, 2002. p. 990.

¹⁴² POUURET, Jean-François et al. **Comparative Law of International Arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. pag. 148.

¹⁴³ Convenção de Nova Iorque de 1958, art. II(2); Áustria, Código de Processo Civil, ZPO, Seção 577(3); Grécia, Art. 7(3) da Lei de 1999 (GLICA); Portugal, art. 2(1) da Lei de 1986, Brasil, art. 4º, § 1º. Os países em que a Lei não exige a forma escrita são: França (arbitragens internacionais); Suécia; Dinamarca e Noruega; e Inglaterra, Arbitration Act, art. 5 que amplia o conceito de “por escrito” para qualquer forma de registro da convenção. No original: Arbitration Act, 5,(6): Reference to third part to anything being written or in writing includes its being recorded by any means”.

¹⁴⁴ Holanda, França (arbitragem interna) e Itália.

De outro lado, mesmo em legislações em que a forma escrita é requisito de validade, a parte que contestar o mérito da arbitragem, sem antes ter contestado a existência e validade da cláusula, não poderá fazê-lo *a posteriori*.¹⁴⁵

FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN entendem que a discussão quanto à forma da convenção de arbitragem é, na verdade, o debate entre qual regra deve predominar nas relações comerciais internacionais: o formalismo ou o consensualismo. Destarte, deve prevalecer a forma escrita como requisito de validade da convenção ou a validade dessa pode ser aferida de acordo com a intenção das partes?¹⁴⁶

Subseção 6.1 - Exigência de forma escrita

O fator crítico da validade formal é a exigência de que a convenção esteja por escrito. Essa exigência teve, na sua origem, a função de preservar o interesse das partes e garantir que a renúncia ao acesso à justiça estatal tenha sido consensual.

Não há como negar que a forma escrita da convenção de arbitragem, e, ainda, uma convenção clara e bem redigida, asseguram que a arbitragem transcorrerá da forma como pretendida pelas partes, minimizará recursos ao Poder Judiciário e outras táticas dilatórias da parte recalcitrante, e facilitará o reconhecimento e a execução do laudo arbitral.

Ocorre que a exigência de que a convenção de arbitragem esteja por escrito como requisito de validade não é compatível com a prática do comércio internacional. De acordo com LANDAU essa exigência parte da premissa equivocada de que a arbitragem seria uma alternativa de soluções de conflitos inferior ao Poder Judiciário e, como tal, deveria ser tratada com cautela. Argumenta que os conceitos mudaram e que

no contexto internacional a força da convenção de arbitragem não é a idéia negativa de excluir a jurisdição do Poder Judiciário mas sim a idéia positiva de criar para um caso em particular algo que

¹⁴⁵ No Brasil, art. 20 da Lei de Arbitragem.

¹⁴⁶ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 360-361.

ainda não existe, uma corte comercial internacional. Nas palavras de Fortier QC, arbitragem internacional não é uma alternativa, é muitas vezes “*the only game in town*”.¹⁴⁷

Assim, a doutrina e a jurisprudência têm buscado interpretar o requisito de forma escrita prevista nas diferentes legislações, convenções e tratados de forma a não prejudicar o instituto que visava, a princípio, proteger a arbitragem. Não obstante, a Lei 9.307/96 a exige.

O debate contemporâneo acerca da exigência de que a convenção esteja por escrito como requisito de validade formal tem como foco a Convenção de Nova Iorque, que se encontra no centro da arbitragem internacional e representa manifestação multilateral dessa política¹⁴⁸.

O artigo II da Convenção de Nova Iorque de 1958 dispõe:

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 ou não 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.

De acordo com a Convenção de Nova Iorque, atende à forma escrita a convenção arbitral: (i) inserida em um contrato firmado pelas partes; e (ii) contida em troca de cartas e/ou telegramas.

Já o art. I(2)(a) da Convenção de Genebra de 1961,¹⁴⁹ apesar de ter como base a Convenção de Nova Iorque, difere dessa em 3 pontos. Esclarece que: (i) a convenção de

¹⁴⁷ LANDAU, Toby. The requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When “Written” Means “Oral”. **ICCA Congress Series**, Haia, n.11, p.31, 2003. Tradução livre. No original: ... in an international setting the thrust of an arbitration agreement is not the negative idea of excluding court jurisdiction ... rather, it is the positive idea of creating for an individual case something that does not currently exist, namely an international commercial court. As Yves Fortier QC once put it, international arbitration here is not an alternative, it has become to a great extent, “the only game in town”.

¹⁴⁸ Idem, p. 21.

¹⁴⁹ a) the term "arbitration agreement" shall mean either an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement being signed by the parties, or contained in an exchange of letters, telegrams, or in a

arbitragem não exige assinatura autônoma da do contrato; (ii) a troca de correspondência pode ser realizada por mais diversos métodos de telecomunicações; e (iii) reserva às partes o direito de aplicar leis que não exijam a forma escrita.

Em 7 de Julho de 2003 a Comissão das Nações Unidas de Comércio Internacional recomendou que as hipóteses de cláusula arbitral contidas no art. II, parágrafo 2, da Convenção de Nova Iorque de 1958, fossem consideradas não exaustivas. E que o art. VII, parágrafo 1, da Convenção, fosse aplicado no sentido de permitir que as partes se beneficiassem das leis nacionais e tratados sobre a matéria, quando do pedido de reconhecimento de laudo arbitral¹⁵⁰.

Dentre os consideranda da proposição, a Comissão destacou os seguintes fatores: a Convenção de Nova Iorque de 1958 é um dos principais instrumentos de fomento do comércio internacional e da arbitragem, as diferentes interpretações quanto aos requisitos de forma da convenção de arbitragem resultam, em parte, das diferentes expressões utilizadas nas cinco línguas oficiais da Convenção e, por fim, que o objetivo do artigo VII, parágrafo 1, é o de permitir e impulsionar o reconhecimento das sentenças estrangeiras.

Subseção 6.2 - A expressão ‘contida em troca de cartas e telegramas’

A mesma crítica feita á forma escrita é feita à necessidade de que a convenção de arbitragem conste de troca de documentos. Argumenta-se que, com o desenvolvimento da tecnologia, a exigência de que a convenção esteja por escrito e que seja demonstrada através da troca de documentos encontra-se defasada e em descompasso com a prática comercial. E que, se mantida essa exigência de forma, exclui-se uma série de situações comuns no comércio internacional.¹⁵¹

communication by teleprinter and, in relations between States whose laws do not require that an arbitration agreement be made in writing, any arbitration agreement concluded in the form authorized by these laws;

¹⁵⁰ <http://www.uncitral.org/>. Official Records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 16 (A/6/17), Annex II, p. 62.

annex I, and United Nations publication, Sales No. E.95.V.18.

³ Ibid., *Sixty-first Session, Supplement No. 17 (A/61/17)*, annex I

¹⁵¹ Para uma análise de situações do comércio internacional em que exigências formais não condizem com a prática do negócio, vide: LANDAU, Toby. The requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When “Written” Means “Oral”. **ICCA Congress Series**, Haia, n.11, p.23-25, 2003.

Um exemplo bastante comum no comércio internacional é o de contratos enviados por escrito que não foram aceitos por escrito, e sim pela execução do contrato ou de forma tácita e ainda oral. Outro exemplo é o conhecimento de embarque. Esse normalmente é emitido pelo armador e entregue no navio ou pela agência marítima (representante do armador) para o navio, e que normalmente contém a convenção de arbitragem no verso. Raras vezes os conhecimentos de embarque são assinados.

O entendimento do Poder Judiciário sobre o preenchimento desse requisito formal varia muito de país para país. A Suprema Corte Italiana, *Corte di Cassazione*, decidiu na controvérsia entre *Robobar Ltd. v Fincold*¹⁵² que a cláusula contida em ordens de compra enviadas pelo autor sem a aceitação expressa do réu não preenchiam os requisitos de validade formal de acordo com a Convenção de Nova Iorque de 1958. A Corte rejeitou o argumento de que a cláusula, de acordo com a lei italiana, havia sido aceita pela execução do contrato.

No caso *Sté. Britannia v. Sté Jézéquel et Maury* a *Cour de Cassation* decidiu que a convenção de arbitragem celebrada por telefone, ainda que confirmada por carta por uma das partes (mas não respondida por escrito pela outra parte), não representava um acordo por escrito.¹⁵³

Ainda na França, a questão das convenções de arbitragem por referência foi discutida pela *Cour de cassation* no caso *Bomar Oil*.

Nesse caso, a ETAP vendeu petróleo para Bomar Oil, com base em contrato realizado por telex. Esse contrato continha referência às condições gerais do contrato-tipo da ETAP. E essas condições gerais continham cláusula de arbitragem. Surgida a controvérsia a ETAP instaurou o procedimento arbitral. A Bomar Oil questionou a jurisdição do Tribunal sob a alegação de que não havia concordado com a convenção incorporada por referência. O Tribunal Arbitral rejeitou a alegação da Bomar Oil que questionou a decisão no Poder Judiciário da França.

¹⁵² Corte di Cassazione, 28 de outubro de 1993, no. 10704, A.J. BERG, Albert J. van den, ICCA Yearbook of Commercial Arbitration XX (1985), p. 739-741; LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003.p. 137.

¹⁵³ Sté. Britannia v. Sté Jézéquel et Maury, Cour de cassation, 15 July 1987, Rev. Arb. (1990) p. 627

A Corte de Apelação de Paris manteve o laudo. No entanto, a *Cour de cassation* reverteu essa decisão por entender que, apesar da convenção de Nova Iorque admitir a inclusão de convenção de arbitragem por referência, o art. II da convenção requeria a existência de longo relacionamento comercial entre as partes, de forma a assegurar que ambas tivessem o conhecimento das condições do contrato.

Ainda na França, a validade da convenção de arbitragem foi contestada no caso conhecido como *Cassia Case*¹⁵⁴. A controvérsia se deu entre uma sociedade Libanesa, Cassia, uma sociedade Paquistanesa, e, como ré, uma sociedade dos Emirados Árabes Unidos, Pia. O objeto do contrato era a reforma de um estádio em Karachi, no Paquistão. O local de assinatura do contrato era Karachi, mas não estava datado ou assinado. As partes apenas rubricaram as páginas do contrato. Cassia requereu a instauração de arbitragem na da Câmara de Comércio Internacional. O Tribunal Arbitral reconheceu sua jurisdição para decidir o caso, em sentença parcial de 25 de Setembro de 1986. No entanto, a Corte de Apelação anulou o laudo alegando que o fato das partes conhecerem as formalidades legais para que um contrato fosse considerado válido no Paquistão e não terem cumprido com tais formalidades demonstrava que não pretendiam que o contrato obrigasse as partes; conseqüentemente, não havia um acordo válido para que as partes se submetessem à arbitragem.

Em julho de 1990 a *Cour de Cassation* confirmou a decisão da Corte de Apelação, alegando que em arbitragem internacional, a autonomia da cláusula arbitral pressupõe a existência de um contrato válido. A existência do contrato é aferida com base na lei que, de acordo com o direito internacional privado, governa o contrato. Como o contrato era regido pela Lei do Paquistão, a cláusula de arbitragem seria regida pela mesma lei.

No entanto, em decisões subseqüentes, a *Cour de Cassation* mudou seu entendimento, para reconhecer a validade de cláusulas de arbitragem incorporadas por referência, sem a necessidade de se aferir a lei aplicável ao contrato em relação à forma da

¹⁵⁴ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 361.

convenção de arbitragem.¹⁵⁵ No caso Dalico, datado de 1993, a *Cour de Cassation* decidiu que o princípio da autonomia da convenção de arbitragem confere à cláusula autonomia em relação ao contrato principal e às leis nacionais. Sustentou, ainda, que a redação dos contratos deixava clara a intenção das partes de submeter as disputas à arbitragem.

Subseção 6.3 - A lei aplicável à validade formal da convenção

A validade formal da convenção de arbitragem pode ser determinada de acordo com o método de conflito de leis ou pela aplicação de leis substantivas internacionais.

Dentre os métodos de conflito mais utilizados estão: (i) a lei da sede da arbitragem – considerado por muitos um fator de conexão fraco, uma vez que a disputa pode ter pouca ou nenhuma relação com a sede da arbitragem; (ii) a lei de regência do mérito contrato – que conflita com o princípio da autonomia da convenção da arbitragem; (iii) a lei de do local da celebração do contrato.

A validade da convenção de arbitragem pode ser analisada, ainda, por meio da aplicação de regras substantivas internacionais. No entanto, em países que exigem a forma escrita como *ad validitatem* e não *ad probationem*, não se reconhece a validade da convenção se não estiver revestida da forma prevista em lei.

Seção 7 - Consentimento das partes

O consentimento das partes e forma como é exteriorizado são questões vitais para a validade da convenção de arbitragem. O Tribunal Arbitral não pode determinar a participação de partes não-signatárias, diferentemente do que ocorre em procedimentos judiciais, em que o Poder Judiciário pode obrigar a intervenção de terceiros, mesmo sem o seu consentimento. Isto porque o juiz possui jurisdição estatal, que se aplica a toda comunidade nacional, independentemente das partes. Já na arbitragem, o consentimento

¹⁵⁵ Sonetex, 1992. Cass. 1e civ. POUURET, Jean-François et al. **Comparative Law of International Arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. p. 163.

está na sua base e constitui seu fundamento, o que impede o Tribunal Arbitral de chamar terceiros ao processo, se este não concordar.

Subseção 7.1 - Cláusulas Patológicas

Os esforços dos Tribunais Arbitrais e do Poder Judiciário de conferir integral efeito à intenção das partes de submeter as disputas à arbitragem ficam claros ao se examinar as cláusulas patológicas e as convenções de arbitragem incorporadas por referência¹⁵⁶.

As cláusulas patológicas¹⁵⁷ representam convenções de arbitragem que contém defeito capaz de atrapalhar a instituição e o andamento da arbitragem. A cláusula pode ser patológica por uma série de motivos, como, por exemplo a referência incorreta a uma instituição de arbitragem ou uma “cláusula em branco”.

Um exemplo de decisão proferida nos Estados Unidos, em que foi conferida validade a uma cláusula patológica que indicava como instituição arbitral a inexistente “New York Commercial Arbitration Association”, e foi interpretada como American Arbitration Association in New York.¹⁵⁸ Nesse caso, o Tribunal considerou tratar-se de mero equívoco e interpretou a real vontade das partes.

Já a “cláusula em branco” não tem indicação de como o Tribunal Arbitral será constituído, uma vez que não faz referência à determinada instituição, nem de forma incorreta, ou mesmo determina o método de escolha de árbitros. Nesses casos, no Brasil, cabe ao interessado propor a ação de instituição da arbitragem, com base no art. 7º, da Lei 9.307/96, transferindo ao juiz a incumbência de determinar o Tribunal Arbitral competente.

¹⁵⁶ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 262.

¹⁵⁷ A expressão foi criada por Frédéric Eisemann, Secretário Geral honorário da CCI em 1974. EISEMANN, Frédéric. La clause d' arbitrage pathologique. In: **Commercial Arbitration** – Essays in Memoriam of Eugênio Minoli. Torino: Unione tipografico-editrice torinese (UTET), 1974. p.129.

¹⁵⁸ Warnes S.A. v Harvic Int'l, Ltd, No 92 Civ. 5515, 1993 WL 228028 (S.D.N.Y. June 22, 1.993).

Na arbitragem doméstica francesa uma cláusula que simplesmente diga que a disputa será resolvida por arbitragem em Paris será considerada nula, uma vez que o art. 1443, § 2º do Novo Código de Processo Civil, dispõe que a convenção deve indicar o árbitro ou árbitros, ou indicar a forma como os árbitros deverão ser nomeados, sendo que na ausência desses elementos é nula. No entanto, esse artigo não se aplica às arbitragens internacionais com sede na França. Sendo a arbitragem internacional, o juiz estatal considerará que a intenção das partes era de que a arbitragem fosse *ad hoc* e os árbitros serão nomeados pelo Presidente do *Tribunal de Grande Instance* de Paris, com base no art. 1493 do Novo Código de Processo Civil.¹⁵⁹

Subseção 7.2 - Escopo do consentimento das partes

Partindo-se das premissas de que a convenção de arbitragem só vincula as partes que a contrataram e só se aplica ao objeto por ela abrangido, o consentimento das partes deveria ser facilmente estabelecido. Na prática, contudo, não é o que ocorre. As partes podem concluir um contrato que contenha referência à convenção de arbitragem contida em outro contrato. A arbitragem pode ser instaurada contra terceiro que não era parte do contrato mas que tenha participação expressiva na execução e implementação desse. Ou, ainda, quando o contrato e convenção de arbitragem forem transferidos ou cedidos a terceiro.

De acordo com LEW, MISTELIS e KRÖL, nos casos acima mencionados a questão central é saber se, de acordo com os princípios gerais dos contratos internacionais, a convenção de arbitragem pode ser estendida à parte não-signatária. Apontam as seguintes hipóteses: d) incorporação por referência; b) cessão de contrato a terceiros; a) grupo de empresas; b) empresas estatais.

O tema é bastante extenso e comporta divergências legislativas, doutrinárias e jurisprudências. Assim, não será possível, por não ser o escopo do presente trabalho, discutir todas as posições e seus desdobramentos, apenas se apontará alguns debates travados sobre o assunto.

¹⁵⁹ FOUCHARD, Philippe GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 267.

(a) Cláusulas incorporadas por referência

No comércio internacional, é comum que as partes celebrem um contrato fazendo referência às disposições de um contrato-tipo elaborado por determinada associação, um contrato anteriormente firmado entre as mesmas partes ou, ainda, um contrato firmado entre as partes e um terceiro, o qual seria total ou parcialmente incorporado naquele.¹⁶⁰

As questões que aqui se colocam são: (i) se a referência a outro documento é suficiente para vincular as partes; (ii) se é razoável entender que as partes tinham prévio conhecimento do teor dos contratos incorporados, e, portanto, que consentiram que as disputas referentes a esse outro contrato fossem resolvidas por arbitragem; (iii) se a referência deve ser específica à convenção de arbitragem ou pode ser ao contrato em geral; (iv) quanto à forma, se a referência a um contrato que contenha a cláusula por escrito satisfaz o requisito de forma escrita exigido por algumas legislações; e (v) se, nesses casos, a referência genérica é suficiente.

A existência e extensão do consentimento devem ser avaliadas caso a caso, com base nos princípios gerais da arbitragem. Destarte, se as partes são comerciantes internacionais, se são parte de associação que contenha contrato-tipo que contemple convenção de arbitragem, se houve troca de correspondência em que as partes fizeram referência ao contrato contendo cláusula de arbitragem, ou se a cláusula de arbitragem foi incorporada a um subcontrato por referência a um contrato principal, é razoável entender que as partes tinham conhecimento dos termos da convenção de arbitragem e com essa consentiram.¹⁶¹

A boa-fé das partes será elemento essencial da análise levada a efeito pelo árbitro ou, a posteriori, pelo juiz estatal.

¹⁶⁰ VICENTE, Dario Moura. A manifestação do consentimento na Convenção de Arbitragem. **Revista da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 18, p.999, 2002.

¹⁶¹ FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 272-279.

(b) Cessão de Contrato

As partes são normalmente livres para ceder direitos contratuais a terceiros. No caso de cessão de direitos assegurados por cláusula de arbitragem, a convenção vincula o terceiro. Esse recebe o contrato no estado em que se encontra, a menos que as partes tenham convencionado alterá-lo.

No entanto, em alguns casos, a transferência não é automática, e requer a concordância do devedor original, como, por exemplo, nos casos em que o procedimento arbitral já tiver iniciado.

(c) Grupo de empresas

Em processo julgado em 1994, caso *V 2000*, a Corte de Apelação de Paris decidiu que

em tribunais arbitrais internacionais os efeitos da cláusula de arbitragem podem ser estendidos à partes diretamente envolvidas na execução do contrato, desde que de acordo com sua posição e atividade possa se presumir que esse terceiro tinha conhecimento da existência e objeto da convenção arbitral, de modo que o árbitro possa considerar todos os aspectos econômicos da disputa.¹⁶²

Uma questão que surge com frequência é se uma convenção de arbitragem acordada por uma empresa pertencente a um grupo de empresas pode ser estendida para incluir outra do mesmo grupo que não é parte na convenção.

Em se tratando de genuíno grupo de empresas que constituam pessoas jurídicas distintas, o Tribunal Arbitral pode estender os efeitos da convenção de arbitragem, desde que satisfeitos alguns critérios, dentre os quais a qualidade e posição da parte no grupo. Foi esse o entendimento adotado no laudo proferido no procedimento CCI n° 5721, 1990, Genebra, em que o Tribunal Arbitral entendeu que

¹⁶² CA Paris, Dec. 1994, V 2000, aff'd, Cass. 1e civ, May 21, 1997. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 282.

O fato de que duas empresas pertencem ao mesmo grupo ou de que pertencem ao mesmo sócio majoritário não justifica por si só a desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, quando uma empresa ou um indivíduo aparentam ser o pivô de todas as relações contratuais, deve-se examinar se não é o caso de excepcionalmente desconsiderar a personalidade jurídica no interesse de proferir uma decisão abrangente. A exceção é aceita em caso de confusão deliberadamente causada pelo grupo ou acionista majoritário.¹⁶³

No caso *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain*, eram requerentes do pedido de instauração da arbitragem apresentado na CCI, além da parte que havia celebrado o contrato, a matriz americana e sua filial francesa. O Tribunal Arbitral, presidido por Peter Sanders, decidiu que a matriz Dow Chemical USA exercia absoluto controle sobre a execução do contrato e a filial francesa havia efetivamente participado da conclusão do contrato. Dispunha o contrato que as mercadorias poderiam ser entregues por qualquer empresa do grupo ou subsidiária da Dow Chemical USA, o que demonstrava que a empresa matriz era o pivô da relação contratual. O Tribunal decidiu que tinha jurisdição sobre as partes.¹⁶⁴ A empresa Requerida tentou, sem sucesso, anular a decisão do Tribunal acerca de sua jurisdição, o que foi negado pela Corte de Apelação de Paris.¹⁶⁵

Em diversas decisões proferidas na França fica claro que o fator relevante não é a existência de um grupo de empresas, mas sim a verdadeira intenção das partes quando da celebração do contrato.¹⁶⁶

(d) Estado e Empresas Estatais

Outra questão que se coloca é se uma convenção de arbitragem assinada por um Estado por ser estendida para uma empresa estatal e vice-versa. Nesses casos, é importante

¹⁶³ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 284.

¹⁶⁴ HUNTER, Martin et al. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. 4.ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. p.149.

¹⁶⁵ CA Paris, October 22, 1983, *Société Ives-Saint-Gobain v. Société Dow Chemical France et al* [1984] Rev. Arb. 98 at 100-101, Chapelle.

¹⁶⁶ CA Paris, Oct. 31, 1989, *Kis Francé v. Société Générale*, 1992 Rev. Arb. 90, and Cohen and L. Aynés.

avaliar se existe interdependência econômica entre o Estado e empresa estatal. Não é o suficiente demonstrar que o Estado controla a empresa, por exemplo. É necessário que se demonstre que o Estado obteve ganho econômico com a execução do contrato e, portanto, tinha interesse em controlar a sua execução.

Subseção 7.3 - Vícios do consentimento

A validade do consentimento das partes encontra-se viciada nos casos de coação, falsidade ideológica e erro quanto à pessoa ou escolha do árbitro.

A primeira questão que se coloca em casos de vício de consentimento é de quem é a prioridade para decidir se houve vício de consentimento: Do Tribunal Arbitral ou do Poder Judiciário?

FOUCHARD, GAILLARD e GOLDAM defendem que se aplica o princípio da competência-competência e, portanto, a prioridade para decidir, se houve vício de consentimento, é dos árbitros. No entanto, há quem defenda que, nos casos de coação e falsidade ideológica, não se aplicaria o princípio da autonomia da convenção de arbitragem, e a questão, por ausência de consentimento da parte em relação ao contrato e a convenção de arbitragem, deve ser avaliada pelo Poder Judiciário.¹⁶⁷

Por fim, a parte pode alegar vício de consentimento em função de erro quanto à escolha do árbitro ou da instituição arbitral. Na jurisprudência francesa há unanimidade quanto ao fato de que o desconhecimento de uma parte sobre a relação do árbitro com a outra parte constitui erro. Se a parte demonstrar que o árbitro deliberadamente omitiu sua relação com a outra parte o laudo será nulo.¹⁶⁸

¹⁶⁷ BRUNET, Edward J. et al. **Arbitration Law in America: A Critical Assessment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p.90-102.

¹⁶⁸ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 311. Os autores transcrevem interessante trecho de decisão proferida pela Cour de Cassation sobre o tema: “a independência é indispensável ao exercício do *judicial power*, qualquer que seja a sua origem e é também uma das qualidades essenciais do árbitro. Quando uma das partes não tem conhecimento prévio de fato que pode afetar essa independência, o seu consentimento será considerado inválido e o acordo de arbitragem será nulo.” *Consorts Ury v. Galeries de Lafayette*.

Subseção 7.4 - Lei aplicável ao consentimento

Com o intuito de se verificar se há consentimento válido, os árbitros deverão adotar os princípios aplicados aos contratos internacionais, descritos na Parte I, Capítulo I, deste trabalho. Além disso, poderão aplicar as mesmas regras de conflitos utilizadas para se aferir a lei aplicável à validade formal.

Subseção 7.5 - Conclusão

Fundando-se a arbitragem na vontade livremente expressa das partes, pode-se afirmar ser princípio fundamental para sua validade o reconhecimento do consentimento válido, livre de vícios que possam maculá-lo. Por essa razão, deve ser avaliado pelos árbitros, logo no início do procedimento arbitral, como condição para o seu desenvolvimento válido.¹⁶⁹

Seção 8 - Capacidade e Poder das partes para celebrar a convenção de arbitragem.

A capacidade da parte para celebrar a convenção de arbitragem deve ser analisada quando a parte, pessoa física, assinar a convenção em seu próprio nome. A regra geral é de que a pessoa física que tem capacidade para validamente celebrar um contrato tem capacidade para celebrar a convenção arbitral.¹⁷⁰

¹⁶⁹ McNeill, Mark S.; Juratowitch, Ben. Agora Thoughts on Fiona Trust – The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate. **Journal of International Arbitration**, n.3, v.24, p.499-502, 2008. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=30600>>. Acesso em 24 out. 2008.

¹⁷⁰ No Brasil, Carlos Alberto Carmona nos ensina que “condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem. Esta aptidão genérica está estampada no art. 1º do novo Código Civil brasileiro, sendo certo que a capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, já que uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício, razão pela qual seu representante legal é que o exercerá, em seu nome. Também pode a capacidade sofrer restrições quanto ao seu exercício por força de outras ocorrências, tais como idade (maioridade ou menoridade), fatores físicos (toxicômanos) ou psicológicos (deficiência mental). A estes a lei denomina incapazes, dando-lhes proteção jurídica, que se realiza através da representação ou assistência, o que lhes possibilita o exercício de direitos. Considerando-se que a instituição de júzo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos).” **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n.9.307/96**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 55.

De outro lado, o poder para celebrar a convenção de arbitragem é sopesado quando a parte celebra a convenção de arbitragem em nome de terceiro. A validade do poder conferido à parte deve ser analisada de acordo com a sua origem.

Subseção 8.1 - Lei aplicável à capacidade das partes

A capacidade e o poder das partes podem ser avaliados pelos árbitros de acordo com as regras de conflitos de leis e pela lei substantiva que o tribunal arbitral julgar aplicável ai caso.¹⁷¹

(a) Método de Conflito de leis

A lei de regência da capacidade das partes é diferente tratando-se de pessoa física ou jurídica. No caso da pessoa física, a maioria dos sistemas de tradição romano-germânica aplica a lei da nacionalidade das partes. E, se forem refugiados, a lei de domicílio.¹⁷² Em países de *common law*, a lei a ser aplicada é a do domicílio ou residência habitual das partes. Em se tratando de pessoa jurídica, os países de *civil law* costumam aplicar a lei da sede da empresa, e os de origem anglo-saxônica aplicam a lei do país de incorporação.

Quanto aos poderes de representação, esses são normalmente regidos pela lei de origem da parte. Por exemplo, a outorga uxória é regida pela lei do país onde as partes se casaram; e a lei que regerá os poderes do tutor ou curador será a lei que governa a proteção do incapaz.

¹⁷¹ A convenção de arbitragem celebrada por um representante da parte em seu nome pode ter sua validade e consentimento aferidos de acordo com os poderes conferidos ao representante de acordo com as leis do Estado onde a empresa encontra-se constituída. As leis nacionais divergem quanto a forma de se demonstrar o consentimento da parte de que a convenção de arbitragem seja validamente celebrada por terceiros. As leis Suíça e Austríaca exigem que o representante possua poderes expressos para celebrar a convenção de arbitragem. HUNTER, Martin et al. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. 4.ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. p. 149.

¹⁷² FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 243-244.

(b) Lei Substantiva

De acordo com FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, ferrenhos opositores da aplicação do método de conflito de leis, os interesses da justiça e a previsibilidade dos resultados estarão melhores servidos se os árbitros aplicarem a lei substantiva que entenderem mais adequada ao caso concreto, dado o caráter internacional das controvérsias, sem comprometerem a executoriedade do laudo.¹⁷³

Destarte, a capacidade de uma pessoa jurídica para celebrar a convenção de arbitragem pode ser avaliada de acordo com a regra substantiva de que todas as pessoas jurídicas que possuem capacidade para concluir atos do comércio têm capacidade para celebrar a convenção de arbitragem.

Em relação aos poderes conferidos aos representantes, diretores e administradores, ao se aplicar o método do conflito de leis, o árbitro pode deparar-se com uma situação em que a lei do local onde a empresa foi constituída não considera a celebração de convenção de arbitragem um ato ordinário de administração e exige poderes específicos para tanto.

De acordo com a lei substantiva, uma solução satisfatória seria a de considerar que, no comércio internacional, as convenções de arbitragem celebradas por diretores e administradores obrigam a sociedade. Segundo FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, a diretiva 68/151 da Comunidade Comum Européia poderia contribuir com a aceitação de uma regra nesses termos. Dispõe a referida diretiva que as limitações de poderes dos órgãos de uma sociedade não podem ser impostas contra terceiros, ainda que tenham sido reveladas.¹⁷⁴

O artigo 11 da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Relações Contratuais dispõe que:

¹⁷³FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 247.

¹⁷⁴FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 251.

Incapacidade

Em um contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa física considerada capaz segundo a lei desse país só pode invocar a sua incapacidade que resulte de outra lei se, no momento da celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por imprudência da sua parte.

No entanto, a capacidade e o poder das partes para celebrar uma convenção de arbitragem válida não devem ser analisadas pelo árbitro, sem que ele recorra à lei da nacionalidade da parte, domicílio, constituição, sede ou qualquer que seja a regra de conflito utilizada. Isto ocorre ainda que o árbitro avalie as leis nacionais para explicar que, em função das circunstâncias, aplicar-se-á a lei substantiva de que uma parte não pode alegar falta de capacidade ou poderes de seu representante quando a outra parte não poderia ter conhecimento da referida incapacidade ou ausência de poderes.¹⁷⁵

Condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes¹⁷⁶, sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem.

Seção 9 - Arbitrabilidade

Segundo Julian M. D. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröl, a questão da arbitrabilidade “é um assunto onde a natureza jurisdicional e contratual da arbitragem se encontram”.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Idem. p. 252.

¹⁷⁶ No Brasil esta aptidão genérica está estampada no art. 1º do novo Código Civil brasileiro, sendo certo que a capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, já que uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício, razão pela qual seu representante legal é que o exercerá, em seu nome. Também pode a capacidade sofrer restrições quanto ao seu exercício por força de outras ocorrências, tais como idade (maioridade ou menoridade), fatores físicos (toxicômanos) ou psicológicos (deficiência mental). A estes a lei denomina incapazes, dando-lhes proteção jurídica, que se realiza através da representação ou assistência, o que lhes possibilita o exercício de direitos.

¹⁷⁷ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 187.

De acordo com clássicas definições de arbitrabilidade adotadas por Eduardo Damiano Gonçalves, “a faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem é o que se chama de arbitrabilidade”.¹⁷⁸

A arbitrabilidade comporta dois aspectos: a arbitrabilidade subjetiva, ou seja, quem poderá ser parte num procedimento arbitral, e a arbitrabilidade objetiva, equivalendo dizer quais as questões e matérias podem ser objeto de solução por arbitragem.¹⁷⁹

Pedro Batista Martins defende que é bastante amplo o campo de atuação da arbitragem no Brasil,

para tanto, basta que o agente seja capaz e que o direito seja de cunho patrimonial disponível. Todas as pessoas (capazes)¹⁸⁰, independentemente de sua natureza, podem contratar cláusula de arbitragem. Não há, no texto normativo, qualquer exceção no âmbito dos direitos disponíveis.

Subseção 9.1 - Arbitrabilidade Subjetiva

As leis nacionais, por vezes, excluem o recurso à arbitragem quando o Estado ou empresas estatais forem parte da controvérsia. Existem casos de exclusão total, como as arbitragens domésticas na França, e casos em que o Estado ou a empresa estatal não podem celebrar uma convenção de arbitragem sem autorização prévia.¹⁸¹

¹⁷⁸ GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade Objetiva**. 2008. 230f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2008. p. 8. Nessa tese o tema da arbitrabilidade objetiva foi amplamente explorado preenchendo lacuna doutrinária existente no Brasil.

¹⁷⁹ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. **Revista brasileira de arbitragem**, São Paulo, n.1, p.9-26, jan./mar. 2004.

¹⁸⁰ Nos termos dos arts. 166 e 171, §§ 3º e 4º, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz (menores de 16 anos; os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade) e anulável por incapacidade relativa do agente (maiores de 16 e menores de 18 anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigios).

¹⁸¹ HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. **ICCA Congress series**. Paris, n. 9, p. 146, 1999.

No Brasil, a arbitrabilidade subjetiva encontra-se prevista na primeira parte do art. 1º da Lei 9.307/96, e refere-se a todas as pessoas capazes na acepção civil, pessoas no gozo de seus direitos e obrigações, sejam físicas ou jurídicas, de Direito Privado ou Público.¹⁸²

De acordo com Selma Lemes a

arbitrabilidade subjetiva refere-se aos aspectos da capacidade para poder submeter-se à arbitragem, que no âmbito do Direito Público Administrativo, seja como pessoa jurídica de Direito Público (União, Estados, Municípios, Territórios e Autarquias) ou de Direito Privado (sociedade de economia mista e empresa pública), qualificadas como entidades da administração pública direta e indireta, todas possuem capacidade para firmar convenção de arbitragem.¹⁸³

Sustenta HANOTIAU que, inicialmente, a arbitrabilidade subjetiva era avaliada de acordo com o método de conflito de leis, a saber: a lei de regência da capacidade das partes para contratar e a lei de regência do mérito do contrato. Hoje a questão tende a ser analisada de acordo com a lei substantiva do direito internacional.¹⁸⁴

Em uma arbitragem internacional, o Estado ou empresa estatal não podem alegar restrições de lei nacional para frustrar uma convenção de arbitragem validamente celebrada pelas partes. Esse princípio tem sido constantemente aplicado por árbitros e juízes estatais.¹⁸⁵

¹⁸² LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e de eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 116.

¹⁸³ Idem, p. 116-117.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ França - Caso Galakis, Cour de cassation, 2 de maio de 1966; caso Gatoil, Corte de Apelação de Paris, 17 de dezembro de 1991, Ver. Arb. (1983), p. 281; Caso Bec Frères, Ver. Arb. 1995, p. 275; Inglaterra – High Court of Justice, Queens Bench Division, 21 de dezembro de 1988 (Gatoil International Inc. v. National Iranian Oil Company) Yearbook XVII (1992), p. 587-593; Tunísia – BEC-GTAF v. Etat tunisie, Rev. Arb. 1888, p. 732. Ainda, ROMERO, Eduardo S., “A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os Contratos de Estado”, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: RT, 6, jan/mar 2003. p. 260-262 - “Diante de uma exceção de falta de capacidade para recorrer à arbitragem suscitada por uma parte estatal, os árbitros internacionais, e notadamente aqueles agem sob a égide da CCI, não hesitam mais em afirmar que tal parte não poderia se furtar legitimamente das obrigações decorrentes de um convenção de arbitragem com a qual consentiu livremente. Para apoiar essa posição, que é hoje bem firmada na jurisprudência arbitral, os árbitros CCI propuseram dois fundamentos: a ordem pública internacional e a boa-fé”.

No caso CCI nº 1939 de 1971, o Tribunal Arbitral negou o pedido de invalidade da convenção de arbitragem feito pelo Estado do qual uma das partes era nacional, que pretendia o reconhecimento de que as empresas estatais estavam impedidas de celebrar convenções arbitrais de acordo com a sua lei.¹⁸⁶

Assim, as restrições *ratione personae* impostas por um determinado Estado, em relação à sua participação em procedimentos arbitrais ou de suas empresas estatais, não tem validade na arbitragem internacional, na medida em que esse mesmo Estado ou empresas estatais não podem convencionar que as disputas relativas a um determinado contrato serão submetidas à arbitragem para, em seguida, alegar a existência da restrição quanto à sua arbitrabilidade subjetiva. Nesse caso, prevalece a boa fé da contratante estrangeira, que aceitou a cláusula confiando na sua legalidade e eficácia no país da outra parte.

Subseção 9.2 - Arbitrabilidade Objetiva

As questões que podem ser objeto de decisão arbitral - arbitrabilidade objetiva – são definidas pelo Estado de acordo com suas leis nacionais. O Estado pode decidir, por questões políticas, sociais e econômicas que algumas matérias são de jurisdição exclusiva do Poder Judiciário. Essa discricção do Estado envolve um equilíbrio entre a manutenção de algumas questões sob o amparo do Judiciário e a necessidade de se promover o comércio internacional.¹⁸⁷

João Bosco Lee, ao analisar a arbitrabilidade objetiva sob a ótica dos países do Mercosul, constata que dois são os critérios para defini-la: “a noção de transação e a livre disponibilidade dos direitos”.¹⁸⁸ E conclui que a “definição de arbitrabilidade, como a de transação converge à mesma noção: a livre disponibilidade dos direitos”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. **ICCA Congress series**. Paris, n. 9, p. 147, 1999.

¹⁸⁷ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 82.

¹⁸⁸ LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 8, p. 348, abr./jun. 2000.

¹⁸⁹ Idem, p. 350.

A arbitrabilidade é muitas vezes associada à noção de ordem pública. No entanto, em muitos casos os árbitros têm jurisdição para decidir questões de ordem pública, ficando, obrigados a aplicá-las. LEW, MISTELIS e KRÖL explicam a inter-relação entre arbitrabilidade e ordem pública:

Apesar de, no geral, os limites à arbitrabilidade decorrerem de normas de ordem pública, poucas legislações fazem referência expressa à noção de ordem pública. Não só porque a noção é muitas vezes muito vaga para conferir uma diretriz concreta como também porque em ambientes favoráveis à arbitragem nem toda a questão de ordem pública justificam que as matérias sejam de competência exclusiva do Poder Judiciário. Assim, apesar da característica de ordem pública, diferentes critérios são utilizados para definir a arbitrabilidade.

A co-relação entre arbitrabilidade e ordem pública torna a questão de difícil conceituação, uma vez que sujeita à interpretações e ao momento histórico em que a relação jurídica controvertida é analisada. Daí a observação de JARROSSON, segundo quem

Em conclusão, podemos resumir em algumas linhas estes direitos disponíveis; a inarbitrabilidade de um litígio corresponde então ao que acabamos de expor. Um litígio é arbitrável quando recai sobre hipóteses de indisponibilidade dos direitos; a indisponibilidade dos direitos resulta de uma regra de ordem pública, desde que se verifique que o fundamento desta regra de ordem pública corresponde ao caso ao qual se quer aplicá-la. Observa-se que as ligações entre arbitrabilidade, ordem pública, disponibilidade de direitos ... tornam-se claras se for encontrado o elo lógico que as une.¹⁹⁰

Ademais, a definição de litígios arbitráveis vive processo de constante evolução, sendo que os Estados com maior tradição em arbitragem tendem a ter critérios mais flexíveis para arbitragens internacionais do que para arbitragens domésticas. Sustenta

¹⁹⁰ “La Notion d’ Arbitrabilité” in *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, n° 0, p. 178. Tradução livre. No original: “En conclusion, on peut résumer en quelques affirmations ce droits disponibles; l’inarbitrabilité d’un litige correspond donc qui vient d’être exposé. Un litige est arbitral quand il porte sur des aux hypothèses d’indisponibilité des > droits; l’indisponibilité des droits résulte d’une règle d’ordre public, à > condition de vérifier que le fondement de cette règle d’ordre public correspond au cas auquel on veut l’appliquer. On s’aperçoit que les rapports entre arbitrabilité, ordre public, libre disponibilité des droits... s’éclairent si on retrouve le lien logique qui les unit.”

Eduardo Damião Gonçalves que os critérios adequados para definição de arbitrabilidade são: “(a) a natureza patrimonial dos direitos; (b) a disponibilidade dos direitos; e (c) a competência exclusiva dos tribunais estatais.”¹⁹¹

Algumas matérias, apesar de patrimoniais, são consideradas sensíveis por diversos Estados. A disponibilidade desses direitos é incerta em virtude da forte correlação com a ordem pública.¹⁹² Dentre essas matérias, pode-se destacar as de direito societário, a propriedade intelectual, o direito à concorrência, a falência, direito do consumidor, casos envolvendo fraude e corrupção e meio ambiente.¹⁹³

Seção 10 - Os efeitos da convenção de arbitragem válida

A convenção de arbitragem produz dois efeitos: um negativo e outro positivo. O efeito negativo previne que as partes busquem o poder judiciário para resolver disputas

¹⁹¹ GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade Objetiva**. 2008. 230f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2008. p.155-170.

¹⁹² LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 8, p. 354, abr./jun. 2000

¹⁹³ YOSHIDA, Márcio. A Arbitrabilidade dos Direitos Trabalhistas, p. 181; LEMES, Selma M. F. Arbitragem e Direito do Consumo, p. 185 ambos **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n.0, p. 181-184, jul./out. 2003. CL CLAY, Thomas. A extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes (fora grupos de contratos e grupos de sociedades/empresas). **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n.8, p.74-82, out./dez. 2005; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Parecer – Arbitrabilidade subjetiva: a competência da administração para a celebração de convenções arbitrais. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v.134, p.211-221, 2004. MAKANT, Bárbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.4, p. 82, jan./mar. 2005.; PINTO, José Emílio Nunes A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p. 79-100, out./dez. 2005. ALMEIDA, Edson Oliveira de. Cláusula compromissória inserida em contrato não-assinado pelas partes. Validade. Inexistência de exigência legal. Comprovação do consentimento incondicional da parte requerida com o contratado. Prática internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.8, p.241-246, 2006, jan./mar. 2006. ANDRIGUI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.9, p. 13-21, abr./jun. 2006. F PANTOJA, Teresa Cristina. Gonçalves.. Anotações sobre arbitragem em matéria ambiental. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.11, p. 81-92, out./dez. 2006. WALD, Arnoldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: Considerações Preliminares. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.12, p.22-28, jan./mar. 2007. CARON, David D. O mundo da propriedade intelectual e a decisão pela arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.13, p.150-160, abr./jun. 2007. PARK, William W. The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-Kompetenz has crossed the Atlantic. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.11, p.142-165, out./dez. 2006. LALONDE, Marc. The Evolving Definition of Arbitration and Arbitrability. **ICCA Congress series**, Paris, n.9, p.189-196, 1999. HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. **ICCA Congress series**. Paris, n. 9, p. 146-167, 1999.

cobertas pela convenção de arbitragem.¹⁹⁴ O efeito positivo da convenção de arbitragem válida consiste em facultar a quaisquer das partes a constituição de um tribunal arbitral.¹⁹⁵

Subseção 10.1 - Efeito negativo

Ao optarem pela arbitragem as partes afastam a possibilidade de interferência jurisdicional do Estado no mérito da controvérsia. Diante da convenção de arbitragem cujo escopo abranja a controvérsia submetida ao Poder Judiciário, deve o juiz estatal extinguir o processo, sem julgamento de mérito e remeter as partes à arbitragem, como dispõe, no Brasil, o artigo 267 n° VII do Código de Processo Civil.¹⁹⁶

Esse efeito encontra-se também reconhecido no art. 4° da Convenção de Genebra de 1923, ratificada pelo Brasil¹⁹⁷, no art. 8° da Lei-Modelo da UNCITRAL, dentre outros.

A consequência do efeito negativo da convenção de arbitragem, na maioria das legislações, é que o juiz estatal não pode conhecer de ofício a convenção de arbitragem.¹⁹⁸

A arbitragem é fruto de um acordo entre as partes, um contrato consensual. Assim, da mesma forma que as partes acordaram que submeteriam as disputas referentes

¹⁹⁴ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 381.

¹⁹⁵ VENTURA, Raul. Convenção de arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p.379, set. 1986.

¹⁹⁶ Segundo Clávio de Melo Valença Filho “a convenção de arbitragem subtrai o poder jurisdicional do juiz estatal, para atribuí-lo ao árbitro. Esse é o efeito negativo da convenção de arbitragem”. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral de acordo com a nova jurisprudência constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 60.

¹⁹⁷ O STJ reconheceu em julgado anterior à lei 9.307/96, reconheceu a força executória da convenção de arbitragem firmada em contratos internacionais que se encontrem sob a égide do Protocolo de Genebra. Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. 1. 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. 2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, a decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida. 3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. (RESP 616/RJ, rel. Ministro Cláudio Santos, rel. p/ acórdão ministro Gueiros Leite, terceira turma, julgado em 24/04/1990, dj 13/08/1990 p. 7647)

¹⁹⁸ Raúl VENTURA faz uma análise de diversas legislações nacionais para concluir que “a regra geral que o efeito negativo da convenção de arbitragem só se produz se tal for pedido por uma das partes.” Alega que de todas as leis que consultou somente a do Kuwait admite o conhecimento *ex officio* da convenção de arbitragem. Convenção de arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p.379, set. 1986.

àquele contrato à arbitragem, podem renunciar ou desistir dessa escolha e submeter a disputa ao Poder Judiciário. Sendo que essa renúncia ou desistência pode ser expressa ou tácita.

Logo, se uma das partes ajuizar uma ação em que o objeto da disputa encontra-se abrangido por uma convenção de arbitragem, o juiz-estatal não pode conhecer da convenção e remeter as partes à arbitragem de ofício. O autor, ao ajuizar a ação, e o réu, ao se defender sem alegar, preliminarmente, a existência da convenção de arbitragem, estão renunciando aos benefícios do procedimento arbitral.

Em parecer sobre o tema, CARMONA expõe que, sendo a vontade das partes pilar da instituição arbitral,

é evidente que o distrato será permitido, já que as partes que contestaram podem, consensualmente, modificar o avençado, seja para estender a cláusula compromissória a matérias que não eram antes abrangidas por ela, seja para restringir a arbitragem a determinadas questões contratuais, seja para simplesmente extirpar a avença do contrato. E a mudança de idéia dos contratantes é absolutamente lícita e até corriqueira (...).¹⁹⁹

Na linha defendem FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, que entendem que a revogação pode ser tanto expressa quanto tácita e que se ambas as partes escolheram submeter aquela disputa específica ao poder judiciário, quer por declaração de vontade, quer pela falta dessa, acordaram em revogar a convenção de arbitragem para aquele caso concreto.²⁰⁰

¹⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto de. “Pareceres - Contrato de joint venture. Contratos-satélites que absorvem as previsões constantes do contrato-base. Revogação tácita e revogação expressa de cláusula compromissória. Propositura de demanda perante o Poder Judiciário brasileiro. Revogação parcial de cláusula compromissória. Manifestação de vontade no sentido de restringir os limites da cláusula compromissória. Autonomia da vontade das partes. Impossibilidade de homologar sentença arbitral estrangeira. Art. 38, II, da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 19, p.156, out./dez. 2008.

²⁰⁰ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Emmanuel Gaillard e John Savage, Haia, Kluwer Law International, 1999, p. 405.

Subseção 10.2 - Efeito positivo

O efeito positivo, segundo FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, não consiste em uma faculdade das partes em constituir o Tribunal Arbitral, mas sim a obrigação de constituí-lo quando a controvérsia tratar de disputa coberta pela convenção de arbitragem. Sustentam, ainda, que o efeito positivo é a base da jurisdição do Tribunal Arbitral.²⁰¹

A obrigação das partes de submeter disputas cobertas pela convenção de arbitragem à resolução pela via arbitral decorre da aplicação do princípio de que o contrato obriga as partes dentro nos limites da lei – *pacta sunt servanda*. Esse princípio é a regra mais reconhecida do direito contratual internacional. A estabilidade, a segurança das relações contratuais e a necessidade da dinâmica dos negócios internacionais encontram-se ínsitas no referido princípio.²⁰²

O Protocolo de Genebra de 1923 em seu art. I,²⁰³ e a Convenção de Nova Iorque de 1958, em seu artigo II, parágrafo I,²⁰⁴ reconhecem, ainda que implicitamente, a força vinculante da convenção de arbitragem.

No entanto, a obrigação das partes de submeter as disputas à arbitragem seria pouco efetiva se a convenção de arbitragem não fosse dotada de execução específica.²⁰⁵

²⁰¹ FOUCHARD, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p.381.

²⁰² MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional**. Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005. p. 276.

²⁰³ “Each of the Contracting States recognizes the validity of an agreement whether relating to existing or future differences between parties subject respectively to the jurisdiction of different Contracting States by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such contract relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration, whether or not the arbitration is to take place in a country to whose jurisdiction none of the parties is subject.”

²⁰⁴ 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 ou não de solução mediante arbitragem.

²⁰⁵ No Direito Brasileiro, antes do advento da Lei 9.307/96, a cláusula compromissória não era dotada de execução específica, por ser considerada mera obrigação de fazer (*pactum de contrahendo*) e seu inadimplemento resolvia-se através da apuração de perdas e danos. Explica Carlos Alberto CARMONA que para que a demanda proposta nos termos do art. 639 do Código de Processo Civil Brasileiro pudesse surtir o efeito de substituir a declaração de vontade, a doutrina e a jurisprudência impuseram a condição de que o

Argumentam FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN que, se não houvesse a hipótese de execução específica e a parte tivesse que recorrer ao Poder Judiciário para obter indenização por perdas e danos, seria extremamente difícil quantificar o valor monetário dos referidos danos.²⁰⁶

Hoje, a maioria das legislações nacionais prevê a execução específica da cláusula compromissória. Nesse sentido, vários foram os mecanismos criados para impedir que uma das partes tenha sucesso renunciando, unilateralmente, ao procedimento arbitral ajuizando ação perante o Poder Judiciário. Prevêem as legislações que a arbitragem deve prosseguir, indicando maneiras de constituir o Tribunal Arbitral mesmo com a recusa de uma das partes em indicar o árbitro. Nos países de *common law* é comum que o árbitro indicado por uma das partes possa atuar como árbitro único e nos países de *civil law* a lei determina que uma autoridade nomeie o árbitro para a parte faltosa.²⁰⁷

No entanto, quando a convenção de arbitragem é incompleta e não permite a instauração do procedimento arbitral, a maior parte das legislações prevê, com o intuito de se evitar a denegação de justiça, que a parte ajuíze uma ação perante o Poder Judiciário, requerendo que a outra parte seja compelida a participar do procedimento arbitral.²⁰⁸

O efeito positivo determina, ainda, que a jurisdição para decidir todas as disputas cobertas pela convenção de arbitragem seja conferida ao Tribunal Arbitral. Sendo que a convenção de arbitragem delimita a extensão dos poderes dos árbitros para decidir a disputa e, portanto, os limites de sua jurisdição. A extensão da jurisdição, como visto, é

contrato contivesse todos os elementos essenciais. Portanto, para que uma cláusula compromissória, tida como pré-contrato de compromisso, pudesse permitir a propositura da demanda teria que conter todos os elementos do compromisso (inclusive o valor). O que, obviamente, não acontecia. Assim, na redação da Lei 9.307/96, os legisladores adotaram a alternativa de conferir ao “juiz, expressamente de poderes para preencher a lacuna deixada pelas partes, independentemente dos dados faltantes na cláusula arbitral.” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n.9.307/96**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 143. De outro lado, mesmo antes do advento da Lei de Arbitragem de 1996, José Carlos de Magalhães, defendia que a cláusula arbitral poderia instituir a arbitragem na hipótese da cláusula ter sido firmada em contrato comercial internacional após a ratificação e promulgação do Decreto nº 21.187 em 22 de março de 1932. “Arbitragem Internacional Privada”, In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. , p. 21-22.

²⁰⁶ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 384.

²⁰⁷ Idem, p. 386.

²⁰⁸ É o caso do art. 7º da Lei Brasileira de Arbitragem de 1996.

muitas vezes questionada em casos de grupo de empresas, casos em que, normalmente questiona-se também o consentimento das partes.

Por fim, o efeito positivo da convenção de arbitragem, juntamente com o princípio da autonomia, conferem ao árbitro a jurisdição para determinar sua própria jurisdição.²⁰⁹

²⁰⁹ GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 395.

CAPÍTULO 4

COMPETÊNCIA E JURISDIÇÃO

É de suma importância o entendimento do sentido e alcance da jurisdição, para que se possa entender a natureza jurídica e a própria função da arbitragem no Estado de Direito.

A etimologia da palavra jurisdição é encontrada em De Plácido e Silva:

*Jurisdição. Derivada do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, *judicatura*), formada, como se vê, das expressões *ius dicere, juris dictio*. É usada precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite de do poder de julgar de um juiz. E isto porque, em sentido lato, jurisdição quer significar todo o poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver. E neste poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoas, seja juiz ou autoridade de outra espécie, se entendem incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida ao seu conhecimento, como à extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita²¹⁰.*

A doutrina do direito processual civil²¹¹ esclarece que a função jurídica do Estado é desempenhada por meio de duas formas de atividades: a legislação e a jurisdição²¹².

²¹⁰ **Vocabulário Jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 897.

²¹¹ Enrico Tullio Liebman considera a jurisdição como atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta, que segundo o direito vigente disciplina determinada situação jurídica. In: **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.7.

²¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**, 3.ed. São Paulo, 1981. p. 83.

Estas, juntamente com a atividade administrativa e executiva, formam o tripé em que se funda o Estado moderno²¹³.

A jurisdição é, ainda, de acordo com os Professores CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO²¹⁴, uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. E afirmam que “a jurisdição é ao mesmo tempo, poder, função e atividade”. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões.

Inerente à própria existência do Estado, o poder representa a capacidade que ele tem de impor as suas decisões, sendo exercido em conformidade com os objetivos específicos que pretenda alcançar. Destarte, a jurisdição, a administração e a legislação representam as diversas expressões do mesmo poder, diferenciando-se, pois, não ontologicamente, mas apenas em razão das funções exercidas pelo Estado. Vale dizer, a diferença entre elas reside na variedade de funções que o Estado possui e que projetam reflexos de suas próprias peculiaridades na forma, características e disciplina positiva do exercício do poder enquanto voltado a cada uma delas.²¹⁵

Examinada sob tal aspecto puramente funcional, a jurisdição tem por escopo jurídico²¹⁶ a atuação da vontade concreta da lei, através da atividade do juiz no processo, ou, em outras palavras, o Estado busca fazer valer, em concreto, o direito material²¹⁷,

²¹³ À luz do critério orgânico, fundado na clássica divisão dos poderes estatais, essas atividades são consideradas em função dos diferentes órgãos governamentais que as desenvolvem, com independência orgânica e especialização funcional. Formalmente, são elas identificadas com base nos atos típicos praticados pelos mesmos órgãos estatais - Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.77-78. Este autor lembra que o princípio da separação dos poderes, tal como formulado por Montesquieu, hoje se mostra menos rígido, pois a ampliação das atividades do Estado impôs uma colaboração de poderes, concretizada através da independência orgânica e da harmonia entre eles.

²¹⁴ Idem, ob. Cit., p. 125 (1995).

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.160-167.

²¹⁶ O Prof. DINAMARCO examina a jurisdição sob o ponto de vista de seus escopos sociais, políticos e jurídicos, demonstrando que nenhum deles é suficiente, por si só, para uma exata compreensão do instituto - *A instrumentalidade do processo*, parte II, capítulos I a VII. Considerando, todavia, o caráter técnico do tema desenvolvido neste trabalho, limitamo-nos a apontar apenas o escopo jurídico da jurisdição.

²¹⁷ Como adverte o Prof. DINAMARCO, o vocábulo lei empregado na conhecida locução de CHIOVENDA acima transcrita tem o significado de direito: "não se refere (a aludida locução) ao campo da *lei*, em sentido formal, mas de todas as formas de manifestação do direito (a partir da Constituição) e, mais amplamente

mediante o efetivo exercício de seu poder pelos órgãos judiciais; e essa função estatal (jurisdicional) deve ser desenvolvida, até mesmo por conveniência (melhor e mais ágil distribuição da justiça), por uma pluralidade de órgãos (os integrantes dos diversos escalões do Poder Judiciário), cada qual deles apto a exercê-la nos limites impostos pela lei.

Daí tradicionalmente dizer-se que a competência é a medida de jurisdição de cada órgão judicial, isto é, ela quantifica a jurisdição a ser exercida pelo órgão judicial singularmente considerado.

As definições acima transcritas qualificam a jurisdição como uma das funções do Estado. No entanto, a referida função não é de exclusividade do Estado. Assim, tem-se a definição de José Carlos de Magalhães, em que jurisdição é o termo ou autoridade para declarar ou dizer o direito – *jurisdicere*.²¹⁸ E para os efeitos do presente trabalho é esta a definição de jurisdição que será adotada.

De acordo com o referido Professor, equivocada, também, a afirmação de que o poder do juiz estatal emana do Estado. No seu entendimento, o poder do juiz estatal emana do povo, conforme bem definido já na Constituição Brasileira de 1924, em preceito repetido nas que lhe sucederam, até a atual.²¹⁹

O Professor Magalhães sustenta, com propriedade, que a concepção de que a arbitragem é uma atividade supletiva à exercida pelo Estado, identificando-a e procurando torná-la similar a uma função pública, que requer o aparato judicial do Estado, encontra-se há muito superada. Ao examinar a Convenção de Nova Iorque sob essa ótica, afirma que:

O processo arbitral e o laudo que o termina constituem atos privados integrados no poder de disposição das partes. A convenção de arbitragem é acordo privado de vontades, tem natureza contratual – e a Convenção confirma esse caráter de ajuste

ainda, tem-se em vista a *vontade* do próprio direito, considerado em sua estrutura tríplice." - **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. n° 29, nota n° 1, p. 295.

²¹⁸ In: **I° Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

²¹⁹ Dispõe o parágrafo único da Constituição Brasileira de 1988 que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente nos termos desta Constituição."

privado no art. II – e a jurisdição que confere aos árbitros tem a mesma natureza privada, nascida da vontade das partes e, assim, diferente da jurisdição pública do juiz s ele outorgada pela Constituição e pela lei. Se ambos possuem jurisdição, entendido o termo como autoridade para declarar o dizer o direito relativamente a uma controvérsia de caráter patrimonial, a dos árbitros decorre das partes dotadas de capacidade para contratar e do poder de disposição de que se acham investidas.²²⁰

Destarte, a diferença entre a autoridade do juiz estatal e a do árbitro é que a primeira emana do povo, por meio da Constituição, e a segunda decorre de escolha consensual das partes, na convenção arbitral. Sendo que ambos exercem atividade jurisdicional.

²²⁰ In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

Capítulo 5

A JURISDIÇÃO DOS ÁRBITROS

Seção 1 - Introdução

Com o objetivo conferir celeridade ao procedimento arbitral e privilegiar a intenção das partes de submeter suas controvérsias à arbitragem, foram desenvolvidos os princípios da autonomia da convenção de arbitragem e da competência-competência. Esses princípios têm como consequência indireta evitar que a discussão de questões processuais e procedimentais tome proporções descabidas, como ocorre no Judiciário, em que muitas vezes a matéria de mérito fica relegada a segundo plano.²²¹

Competência-competência significa conceder ao árbitro o poder de decidir quaisquer questões relacionadas à sua jurisdição ou à validade da convenção de arbitragem sem a interferência prévia do Poder Judiciário. Esse princípio permite que o árbitro analise, com base na lei de regência da convenção de arbitragem, a validade e âmbito de aplicação da convenção de arbitragem e, como consequência, impede que o Judiciário decida a questão em paralelo.²²²

Esse princípio é um dos mais importantes e controvertidos da arbitragem internacional. Apesar de ter sido adotado pela maioria dos Estados, concedendo ao princípio um ar de unanimidade, segue sendo objeto de divergência quanto à sua interpretação, como será demonstrado.²²³

²²¹ MAGALHÃES, José Carlos de. Arbitragem e processo judicial. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.87, p.61-66, set. 2006. p. 62.

²²² VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 15, p.135, out./dez. 2007.

²²³ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 395.

A terminologia competência-competência²²⁴ contém paradoxo, conforme explicam FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN. A regra de que os árbitros têm jurisdição para decidir sua própria jurisdição foi representada pela primeira vez pela terminologia alemã *Kompetenz-Kompetenz*. No entanto, o significado da expressão em alemão é diferente daquele a ela atribuído na arbitragem comercial internacional. O significado tradicional da expressão em alemão é de que os árbitros são os únicos juízes de sua competência. A decisão é final, sem a possibilidade de revisão pelo Judiciário.²²⁵

Na prática, o princípio da competência-competência não é utilizado com esse significado na Alemanha e nos demais países que adotaram o princípio. Até os Estados mais liberais em relação à arbitragem entendem que a decisão dos árbitros sobre sua competência pode ser revista pelo Judiciário. Assim, sugerem FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN que se evite usar a terminologia em alemão, adotando-se a terminologia competência-competência.²²⁶

Deste modo, utilizando-se a terminologia e significados correntes do princípio da competência-competência, verificar-se-á se os árbitros têm jurisdição para decidir questões relativas à: (i) sua própria jurisdição; e (ii) validade da convenção de arbitragem, base de sua jurisdição.

O conceito de competência-competência pode ser estabelecido como a autoridade concedida ao árbitro para decidir qualquer questão relacionada à sua jurisdição ou sobre a validade da convenção de arbitragem. Assim, na hipótese da controvérsia se referir a vícios que afetem o contrato ou a cláusula compromissória, será do árbitro a jurisdição para decidir a questão.²²⁷ No entanto, em que medida esse princípio é aplicado pelos juízes-

²²⁴ Para o direito Brasileiro a expressão é tecnicamente incorreta. Ao decidir se pode julgar a causa, o árbitro decide se tem jurisdição e não competência. No entanto, competência-competência é a expressão correntemente utilizada pela doutrina e jurisprudência. Assim, se adotará a terminologia competência-competência como expressão do princípio de que o árbitro tem jurisdição para decidir sua própria jurisdição.

²²⁵ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 395.

²²⁶ Idem.

²²⁷ MARTINS, Pedro Batista. Parecer - Poder Judiciário – Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória – Princípio da Competência-Competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória - Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento pelo Tribunal Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p.176, out./dez. 2005.

estatais? A decisão jurisdicional do Tribunal Arbitral pode ser revista pelo Judiciário? Se sim, em que momento?

As legislações nacionais e a jurisprudência deveriam resguardar a autonomia do procedimento arbitral, a exclusão da arbitragem internacional do controle e interferência do Poder Judiciário e o efeito vinculante e obrigatório do laudo. E uma das formas de fazê-lo é respeitando o princípio da competência-competência.²²⁸

O princípio tem dois aspectos: o positivo e o negativo. O efeito positivo consiste em conferir jurisdição aos árbitros para decidir todas as disputas cobertas pela convenção de arbitragem. E o efeito negativo é o de retirar a jurisdição do Poder Judiciário para julgar controvérsias cobertas pela referida convenção.

A autoridade dos árbitros para decidir sobre sua própria jurisdição deveria ser considerada um poder inerente do Tribunal Arbitral, uma vez que tratados, convenções, leis nacionais e regras de instituições arbitrais expressamente a estipulam. Deste modo, far-se-á uma análise do princípio no Protocolo de Genebra de 1923 e na Convenção de Nova Iorque de 1958. Em seguida, ainda no contexto internacional, analisar-se-á o regulamento da Corte Internacional de Arbitragem e Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.

Como visto no capítulo em que se tratou de convenção de arbitragem, os árbitros têm que decidir uma série de questões relacionadas à validade da convenção de arbitragem, para então concluir se tem ou não jurisdição para decidir a controvérsia. No entanto, as leis nacionais de arbitragem tratam o princípio, especialmente no que se refere ao efeito negativo de forma diferente. Verificar-se-á o tratamento dado ao princípio na França, Inglaterra, Alemanha, Estados Unidos e Brasil.

Seção 2 - O princípio da competência-competência

²²⁸ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 15, p.136, out./dez. 2007.

O princípio da competência-competência confere ao árbitro jurisdição para decidir a sua própria jurisdição e assegura a efetiva resolução do conflito pelo árbitro, com eventual cooperação, mas sem interferência do Poder Judiciário. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN assim o definem:

O princípio da competência-competência é uma regra de prioridade cronológica. Levando-se em consideração ambas as suas facetas (efeito positivo e negativo), o princípio da competência-competência só pode ser definido como a regra através da qual os árbitros devem ter a primeira oportunidade de deliberar sobre as objeções relativas à jurisdição.

Além disso, o princípio permite que o tribunal arbitral dê continuidade ao procedimento, mesmo quando a validade da cláusula de arbitragem é questionada. O princípio da autonomia da convenção de arbitragem, como explicado acima, permite que a cláusula resista à alegação de que o contrato é nulo, mas não confere ao árbitro o direito de julgar essa questão. De outro lado, o princípio da competência-competência não só confere aos árbitros esse direito, como também confere o direito de proferir decisão declarando que a cláusula é inválida e que o tribunal arbitral não tem jurisdição para decidir a controvérsia.

O princípio da competência-competência é consistente com a intenção expressa ou implícita das partes de submeterem todas e quaisquer disputas à arbitragem, incluindo controvérsias sobre o contrato e a convenção. Na esfera internacional, onde a motivação da parte ao celebrar a convenção de arbitragem é a de evitar que as controvérsias decorrentes daquela relação jurídica sejam submetidas ao Poder Judiciário da parte contrária, a escolha das partes pela arbitragem é ainda mais óbvia.²²⁹

No entanto, adverte William Park, a expressão competência-competência criou vida própria, dando origem a uma série de noções correlatas, mas distintas, mistificação e conclusões equivocadas sobre o tema.²³⁰

²²⁹ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 15, p.139, out./dez. 2007.

²³⁰ Park, William W. An Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction. **ICCA Congress**, Montreal, p.3, mai./jun. 2006.

Segundo ANCEL²³¹, o verdadeiro fundamento da regra de competência-competência está na relação que cada ordem jurídica estatal estabelece entre a autoridade jurisdicional de seus tribunais e a autoridade jurisdicional dos árbitros.

Seção 3 - Dos Efeitos da Jurisdição dos Árbitros.

O princípio da competência-competência admite dois efeitos, um negativo e um positivo. O efeito positivo implica que o árbitro, juiz de sua competência, decide sobre a existência ou validade da convenção de arbitragem. Já o efeito negativo retira da jurisdição estatal, ao menos em um primeiro momento, jurisdição para decidir controvérsias cobertas pela convenção de arbitragem.²³²

Subseção 3.1 - Efeito positivo

A jurisdição do árbitro ou competência-competência, em seu efeito positivo, é admitida sem grande dificuldade na comunidade internacional e na maioria das legislações modernas relativas à arbitragem internacional.²³³

Cabrá, portanto, aos árbitros, apreciar todos os requisitos ensejadores de sua competência, tais como a capacidade das partes, a validade da manifestação de vontade e sua forma e a arbitrabilidade do litígio.

O demandante que submete o litígio à arbitragem reconhece naturalmente a jurisdição do Tribunal Arbitral; o demandado que alega a nulidade da convenção de arbitragem, ao contrário, nega essa jurisdição. Neste caso de contencioso prévio sobre a jurisdição, não será natural e razoável que o árbitro seja habilitado a apreciar se ele está ou não em posição de se engajar no conhecimento do litígio para o qual foi investido.²³⁴

²³¹ PARK, William W. An Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction. **ICCA Congress**, Montreal, p.3, mai./jun. 2006.

²³² BOISSESON, Mathieu. As anti-suit injunction e o princípio da "competência-competência". **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p.139, out./dez. 2005.

²³³ ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da 'competência-competência'. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 6, p. 53, abr./jun. 2005.

²³⁴ ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da 'competência-competência'. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 6, p. 54-55, abr./jun. 2005.

O árbitro cuja investidura é contestada por uma das partes não tem razão para renunciar sua missão pela simples alegação de inexistência ou nulidade da convenção de arbitragem. Sem dúvida de que essa convenção pode estar viciada e que a contestação seja fundada; mas também é possível que essa convenção seja válida e eficaz e que a contestação reste infundada.

Subseção 3.2 - Efeito negativo

O efeito negativo do princípio da competência-competência constitui uma regra de prioridade cronológica. O árbitro é o primeiro juiz de sua competência, não o único ou último. A idéia não é que a questão seja restrita à esfera de jurisdição dos árbitros. Cabe ao Poder Judiciário rever a decisão sobre jurisdição se uma das partes propuser a ação requerendo a anulação ou execução do laudo. No entanto, não existem razões para a suspeita *prima facie* de que árbitros não serão capazes de proferir decisão justa e que proteja os interesses da sociedade e das partes.²³⁵

Os árbitros têm autoridade para decidir a sua jurisdição antes do Poder Judiciário, limitando a autoridade deste último à revisão do laudo. Assim, o efeito negativo do princípio obriga o juiz estatal a declinar a competência para decidir questões relativas à validade da convenção arbitral só podendo intervir após o pronunciamento dos árbitros sobre essas questões.

A partir do momento em que o tribunal arbitral está constituído é sua a jurisdição para decidir todas as questões objeto da convenção. No entendimento de BOISSESON, além da prioridade cronológica, existe uma prioridade hierárquica entre árbitros e juízes estatais, uma vez que o árbitro teria a preeminência do direito de decidir sobre a questão jurisdicional.²³⁶

²³⁵ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, **John. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p.400.

²³⁶ BOISSESON, Mathieu. As anti-suit injunction e o princípio da “competência-competência”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p.141, out./dez. 2005..

Segundo Irineu STRENGER

A regra de prioridade onde o exercício da competência-competência é fundamentalmente do direito da arbitragem deve ser distinguida do princípio de autonomia da cláusula compromissória: ela permite aos árbitros não somente perseguir sua missão, mesmo quando a existência é contestada diante deles, e ainda estatuir sobre sua competência-competência, sem obrigação de suspendê-la no caso de embargo paralelo de um juiz estatal. Essas questões são do quadro de processos de anulação ou do exequatur da sentença.²³⁷

Defende, ainda, ANCEL²³⁸ que o efeito negativo da regra não é direcionado ao árbitro, não existe um fator de limitação ou de redução desta habilitação do árbitro para apreciar sua própria competência a partir do momento em que é contestada. É um fator de proteção que, longe de se opor ao efeito positivo, o confirma ao proteger o exercício da competência-competência de toda intervenção da autoridade judicial estatal.

Pedro Batista Martins entende que o efeito negativo da convenção de arbitragem consiste na interdição do Poder Judiciário em apreciar as questões atinentes à validade e eficácia da convenção arbitral:

“A eficácia positiva encerra a aptidão do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição. Traduz, em si, a função jurisdicional do árbitro.

Já a eficácia negativa diz com o momento em que essa competência é exercida. É o árbitro “o primeiro juiz a dizer sobre a sua jurisdição”. O efeito negativo afasta, de plano, qualquer intervenção judicial que se pretenda para dirimir as questões acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que estiver contemplada.”²³⁹

No entanto, como se verá adiante, na maioria dos tratados e legislações o efeito negativo dirige-se ao juiz, torna a jurisdição do árbitro oponível ao juiz e impõe a este se abster de conhecer da questão da competência antes que o próprio árbitro se pronuncie

²³⁷ A Arbitragem como Modelo de Inserção de Normas da Lex Mercatória na Ordem Estatal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n.3, p.14, jul./set. 2004.

²³⁸ ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da ‘competência-competência’. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 6, p. 55, abr./jun. 2005.

²³⁹ MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.137.

sobre a sua própria competência ²⁴⁰. Ou, ainda, determina que o juiz remeta às partes à arbitragem após uma análise *prima facie* da convenção arbitral.

De acordo com WALD a questão é saber qual a exata extensão do controle exercido pelo Poder Judiciário a respeito da validade de uma convenção de arbitragem. Indaga-se se a apreciação pelo Juiz da existência, validade, eficácia, operacionalidade e exequibilidade da convenção de arbitragem deve ser superficial ou feita em profundidade, remetendo-se, no primeiro caso, o exame da convenção aos árbitros²⁴¹.

Ao analisar as vantagens e desvantagens da análise da validade da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário, LEW, LOUKAS e MISTELIS²⁴² argumentam que a vantagem de ter a questão analisada em um estágio inicial é a certeza em relação ao procedimento. As partes não precisariam aguardar o final do procedimento arbitral para que o Poder Judiciário decida sobre a validade da convenção e não correriam o risco da convenção ser considerada nula. A desvantagem é que oferece oportunidade para a parte recalcitrante obstruir a arbitragem, apesar da maioria das legislações modernas não obrigarem o Tribunal Arbitral a suspender o procedimento arbitral enquanto a medida judicial estiver em curso.²⁴³

Outro argumento utilizado contra o efeito negativo da competência-competência é o de que a interpretação textual da Convenção de Nova Iorque de 1958 e de legislações nacionais²⁴⁴ levaria ao entendimento de que o Poder Judiciário deve realizar profunda análise da convenção para constatar se a convenção de arbitragem é válida. A redação do artigo II(3) da Convenção dispõe que o Tribunal deverá encaminhar “as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou

²⁴⁰ Art. 1.458 do Código de Processo Civil Francês.

²⁴¹ A interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.2, p.359, out./dez. 2003

²⁴² LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. **Comparative international commercial arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 345-347.

²⁴³ Lei Modelo da UNCITRAL Art. 8(2) - Artículo 8. *Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal.*

12) Si se ha entablado la acción a que se refiere el paragrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión est é pendiente ante el tribunal.

²⁴⁴ A redação da Convenção de Nova Iorque e algumas legislações nacionais, além da Lei Modelo da UNCITRAL, serão analisadas nos itens precedentes.

inexequível”. Ou em inglês e francês, línguas oficiais e de trabalho da Convenção *unless it finds e a moins qui'l ne constate*.

No entanto, os argumentos contrários aos efeitos negativos do princípio não são persuasivos. Em relação ao argumento da eficiência, tem-se que se é correto afirmar que a decisão sobre jurisdição no início do procedimento pode evitar dispêndio de tempo e dinheiro, por que essa decisão não pode ser tomada pelo Tribunal Arbitral?

Deste modo, mantendo-se o efeito negativo da regra da competência-competência, ou seja, oferecendo ao árbitro o direito de prioridade para decidir sua própria jurisdição, manter-se-á a unidade do procedimento e evitar-se-á a chicana processual²⁴⁵. Além de dar vazão à vontade das partes, uma vez que a inserção da convenção de arbitragem em contratos internacionais constitui prática freqüente, sendo em um grande número de situações condição essencial do ajuste²⁴⁶.

De outro lado, a resistência de algumas legislações em aplicar o efeito negativo da competência-competência gera insegurança para partes contratantes, aumentando o risco jurídico daquele país. E, com isso, o crédito e a estruturação das garantias do comércio têm um custo elevado, prejudicando o comércio internacional, o avanço industrial e a posição desse Estado no cenário econômico internacional.

A intervenção do Poder Judiciário, antes de iniciado ou no estágio inicial da arbitragem, é bastante sensível. Quanto maior o número de questões passíveis de decisão pelo Poder Judiciário, maior o potencial obstativo do procedimento, ou melhor, maior o potencial de uma parte recalcitrante frustrar a convenção de arbitragem. Assim, uma legislação pró-arbitragem deve conferir aos árbitros o direito de prioridade ou permitir que

²⁴⁵ COSSIO, Francisco G. de. The Competence-Competence Principle, Revisited. **Journal of International Arbitration**, n.3, v.24, p.236, 2007. O autor entende que a jurisdição total, em suas palavras *total compétence*, privilegiaria a intenção das partes de que as controvérsias (ou parte das controvérsias) oriundas daquela relação contratual fossem resolvidas por arbitragem. Nesse ponto eu discordo, pois a intenção é corolário da jurisdição dos árbitros. Assim, antes de proferida a decisão sobre a jurisdição não se pode afirmar que havia intenção das partes de se submeter à arbitragem. O que se pode afirmar é que é prática comum no comércio internacional que as disputas sejam resolvidas por arbitragem e que, portanto, existe uma presunção de que as partes teriam optado por essa via de solução de conflitos.

²⁴⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional**. Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005, p. 291-292.

o Poder Judiciário proceda a um exame *prima facie* da convenção. BARCELÓ, ao analisar a medida da prioridade dos árbitros, faz a seguinte ponderação:

Ocorre que arbitragem não é o cálice sagrado. Nem todas as partes que resistem à arbitragem são obstrucionistas. O acesso ao judiciário deve ser garantido à parte a menos que tenha acordado em resolver as disputas através da arbitragem. Esses valores são concorrentes. O ordenamento jurídico deve decidir qual o peso deve ser dado à esses valores concorrentes e como estruturar o processo de forma a reduzir as oportunidades de obstrucionismo e ao mesmo tempo preservar demandas legítimas que requerem a manifestação do Poder Judiciário. As doutrinas da autonomia e competência-competência atuam nesse ponto de tensão no ordenamento jurídico²⁴⁷.

Nesse contexto, deve-se permitir que o Poder Judiciário faça a análise superficial da convenção antes de instituído o Tribunal Arbitral? E após a sua constituição?

Rodrigo Garcia da Fonseca defende, com propriedade, que

em qualquer situação em que o ataque à convenção de arbitragem dependa de produção de prova que já não fora previamente constituída, ou de decisão acerca de matéria complexa, razoavelmente discutível, deve-se prestigiar a arbitragem, aplicando-se a regra de precedência temporal decorrente do princípio competência-competência, pois como não se pode nunca deixar de repetir, “é do árbitro o benefício da dúvida”, sem prejuízo do controle judicial posterior da sua decisão.²⁴⁸

Apesar de inúmeros serem os argumentos a favor da aplicação do princípio da competência-competência em ambos os efeitos (positivo e negativo), não há como negar

²⁴⁷ Who decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, v.36:1115, p.1119, 2003. No original: “But of course arbitration is not the holy grail. Not all parties resisting arbitration are obstructionists. A party should be entitled to its day in court unless it has agreed to arbitrate. That is the competing value. A legal order must decide what weight to give to these competing values and how to structure the process to maximize overall value by reducing opportunities for obstructionism while preserving legitimate claims for reasonably prompt judicial decision. The doctrine of separability and competence-competence operate at this tension point in legal order.”

²⁴⁸ FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, n.9, p.291, 2007.

que não a questão está longe de se encontrar livre de controvérsias. Mesmo aqueles que advogam pelo controle da validade da convenção pelo Poder Judiciário divergem quanto ao seu momento e extensão.

Assim, em virtude das diferentes interpretações dadas ao efeito negativo da competência-competência, algumas acima expostas, ANCEL afirma que: “O efeito negativo é, dessa forma, o revelador de um antagonismo de doutrinas, ou ainda, de um conflito de filosofias na arbitragem”.²⁴⁹

Subseção 3.3 - O princípio de acordo com Tratados e Regulamentos Internacionais e Legislações Nacionais.

(a) Protocolo de Genebra de 1923

O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 24.09.1923, teve como objetivo conferir compulsoriedade à convenção de arbitragem, impondo às partes o dever de boa-fé inerente aos contratos internacionais.²⁵⁰ O artigo 4º do Protocolo é a gênese do art. II(3) da Convenção de Nova Iorque.²⁵¹ O referido artigo dispõe que o juiz estatal deverá remeter as partes à arbitragem quando se deparar com uma convenção de arbitragem.²⁵²

(b) Convenção de Nova Iorque de 1958

²⁴⁹ ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da ‘competência-competência’. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 6, p.64, abr./jun. 2005.

²⁵⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. Tardia Ratificação da Convenção de Nova Iorque: um retrocesso desnecessário e inconveniente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.18, p.24-41, jul./set. 2008.

²⁵¹ PINTO, José E. N.; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de Nova Iorque: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.18, p.56, jul./set. 2008.

²⁵² Article 4

“The tribunals of the Contracting Parties on being seized of a dispute regarding a contract made between persons to whom Article 1 applies and including an Arbitration Agreement whether referring to present or future differences which is valid in virtue of the said article and capable of being carried into effect, shall refer the parties on the application of either of them to the decision of the arbitrators.

Such reference shall not prejudice the competence of the judicial tribunals in case the agreement or the arbitration cannot proceed or becomes inoperative.”

Na Convenção de Nova Iorque de 1958 o princípio da competência-competência é tratado no art. II, 3, primeira parte, que determina que

“O Tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem (...)” a menos que constate que tal acordo é “é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

De acordo com ANCEL, o artigo acima transcrito admite o efeito positivo da competência-competência, mas se nega a admitir a prioridade do árbitro.²⁵³ De acordo com o autor, disposições como a da Convenção de Nova Iorque subordinam o envio das partes à arbitragem à uma apreciação completa da eficácia da convenção de arbitragem. Assim, entende que o controle

não é um controle *prima facie*, mas é feita em pleno conhecimento de causa em ausência de indicação contrária; desta forma o juiz estatal não se abstém de julgar a questão da existência ou da validade da convenção de arbitragem. Contudo essa atitude pode parecer natural, na medida em que esta questão é preliminar àquela de sua própria competência.²⁵⁴

A interpretação do art. II(3) da Convenção sempre gera perplexidade. Quais são os limites impostos ao Poder Judiciário para aferir a validade, eficácia e operabilidade da cláusula compromissória? Podem os juízes estatais ingressar no mérito e conduzir uma instrução para determinar se estão as partes adstritas à cláusula compromissória? Pode-se admitir a relativização da eficácia negativa da convenção de arbitragem, para então remeter as partes à arbitragem?²⁵⁵

²⁵³ BOISSESON, Mathieu. As anti-suit injunction e o princípio da “competência-competência”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p.141, out./dez. 2005. Defende o autor que “um juiz de um Estado que tenha ratificado a convenção de Nova Iorque de 1958 não poderia ser acusado de violar as disposições desse texto se decidisse ordenar, via uma “*anti-suit injunction*”, a suspensão de um procedimento arbitral ao julgar que a cláusula compromissória é caduca e inoperante, mas somente em casos limitados”.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ PINTO, José E. N.; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de Nova Iorque: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.18, p.57, jul./set. 2008.

Os trabalhos preparatórios da Convenção não refletem a discussão acerca do que se pretendeu com a última parte do referido artigo²⁵⁶. No entanto, Albert Jan van den Berg²⁵⁷, um dos mais renomados estudiosos da Convenção de Nova Iorque de 1958, explicou que a intenção dos representantes dos Estados participantes era a de deixar claro que o Poder Judiciário dos Estados signatários não tem jurisdição para decidir o mérito da controvérsia, e que só teriam jurisdição parcial ou subsidiária para questões envolvendo a convenção de arbitragem, como medidas coercitivas ou cautelares. Quanto à decisão sobre validade da convenção de arbitragem, a idéia era que essa só tivesse lugar em casos extremos, em que a invalidade da convenção fosse patente.²⁵⁸

No entanto, a intenção dos representantes dos Estados em relação ao art. II(3) não ficou clara no texto da Convenção de Nova Iorque de 1958. E o mesmo ocorreu com outros artigos. Assim com o objetivo de modernizar o texto da Convenção e uniformizar a interpretação dos tribunais (arbitrais e estatais), em relação a esse artigo específico, o Prof. Albert Jan van den Berg propôs na Conferência do *International Council for Commercial Arbitration*, realizada em Dublin em 2008, a Convenção (de Nova Iorque) Minutada (em Dublin).²⁵⁹

O texto sugerido por Albert Jan van den Berg assim dispõe:

1. If a dispute is brought before a court of a Contracting State which the parties have agreed to submit to arbitration, the court shall, at the request of a party, refer the dispute to arbitration, subject to the conditions set forth in this article.
2. The Court shall not refer the dispute to arbitration if the party against whom the arbitration is invoked asserts and proves that:
 - (a) the other party has requested the referral subsequent to the submissions of its first statement on the substance of the dispute in the court proceedings; or
 - (b) there is *prima facie* no valid arbitration agreement under the law of the country where the award will be made; or

²⁵⁶ COSSIO, Francisco G. de. The Competence-Competence Principle, Revisited. **Journal of International Arbitration**, n.3, v.24, p.232, 2007.

²⁵⁷ The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation. **ICCA Congress Series**, Antwerp, 1994, 155.

²⁵⁸ Casos em que a aferição de invalidade da convenção de arbitragem não requer dilação probatória.

²⁵⁹ A nota explicativa foi disponibilizada pelo autor na internet: BERG, Albert Jan van den. Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards. Texto explicativo da minuta de Convenção, datilografado em 29p. Disponível em www.arbitration-icca.org.

(c) arbitration of the dispute would violate international public policy as prevailing in the country where the agreement is invoked.

3. The court may at its own motion refuse to refer the dispute to arbitration on the ground (c) mentioned in paragraph 2.

Com essa nova redação ficaria garantida a aplicação do efeito negativo do princípio da competência-competência, preservada a ulterior análise do laudo pelo Poder Judiciário quando do eventual pedido de anulação ou reconhecimento da sentença arbitral. As hipóteses previstas na nova cláusula são taxativas.²⁶⁰ Ainda, restaria consolidado o entendimento de que o Poder Judiciário, se instado a se manifestar sobre a jurisdição dos árbitros antes que esses o tenham feito, deve proceder a um exame superficial da convenção, retendo a jurisdição sobre o caso somente quando a convenção for manifestamente nula.

Albert Jan van den Berg enfatiza na nota explicativa da minuta que a Convenção de Dublin Minutada mantém o espírito que deu origem à Convenção de Nova Iorque de 1958. Dessa forma, a importância do novo texto é a de obrigar os Estados à reflexão. A Convenção de Nova Iorque de 1958 foi elaborada para incentivar a arbitragem e facilitar o reconhecimento de laudos estrangeiros, e, portanto a sua interpretação deve ser a mais favorável à arbitragem.

Como sustentam José Emílio Nunes Pinto e Rodrigo Garcia da Fonseca, a Convenção Minutada gerou a polarização de opiniões, especialmente no tocante à adesão dos Estados à nova proposta. Se, de um lado, a adesão pode ser mais rápida, de outro alguns Estados podem optar por não subscrever o novo texto.²⁶¹ No entanto, o texto leva à reflexão sobre em que medida a arbitragem, o comércio internacional e as relações entre Estados, como um todo, não seriam beneficiadas com uniformização de sua aplicação nas diversas jurisdições signatárias da Convenção.

(c) Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL

²⁶⁰ PINTO, José E. N.; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de Nova Iorque: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.18, p.58, jul./set. 2008.

²⁶¹ Idem, p. 53.

O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL é prova inequívoca da participação da sociedade civil no desenvolvimento da arbitragem,²⁶² sendo o mais utilizado nas arbitragens *ad hoc*.

A regra da competência-competência encontra-se prevista no art. 21, parágrafo, 1º, do Regulamento,²⁶³ que dispõe que o Tribunal Arbitral terá jurisdição para decidir objeções quanto à sua jurisdição, inclusive alegações de inexistência e nulidade da convenção de arbitragem.

(d) Regulamento da CCI

Vale destacar, ainda, o Regulamento da Câmara de Comércio Internacional, que contém dispositivo regulando o princípio da competência-competência.

A CCI se diferencia das demais instituições por conter dois órgãos administrativos: a Secretaria da Corte e a Corte propriamente dita. Os membros da Corte são nomeados pelo Conselho Mundial da CCI, e a sua função não é a de solucionar as disputas, mas sim assegurar a aplicação do Regulamento.²⁶⁴ Ainda, de acordo com o art. 6(2) do Regulamento, se o requerido não se manifestar ou se apresentar objeção quanto à validade ou escopo da convenção de arbitragem, a Corte poderá determinar o prosseguimento da arbitragem se estiver convencida da existência da convenção.²⁶⁵

²⁶² MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 9, p.165-172, abr./jun. 2006. Nesse trabalho o autor traça a evolução do papel do Estado, da sociedade civil, das relações internacionais, da importância do contrato como forma de regular os interesses das empresas multinacionais face ao descrédito da proteção diplomática para explicar o ressurgimento da arbitragem como forma de “retirar do Estado a prerrogativa de decidir , através do seu Judiciário, controvérsias oriundas de relações contratuais”.

²⁶³ **Article 21**

“The arbitral tribunal shall have the power to rule on objections that it has no jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement.

²⁶⁴ Estatuto da Corte Internacional de Arbitragem, Apêndice I do Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – www.icdr.org

²⁶⁵ **Artigo 6º**

Efeitos da convenção de arbitragem

“Se o Requerido não apresentar a sua defesa, de acordo com o estabelecido no artigo 5º, ou se uma das partes formular uma ou mais exceções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem, a Corte poderá decidir, sem prejuízo da admissibilidade da exceção ou das exceções, que a arbitragem poderá prosseguir se estiver convencida, *prima facie*, da possível existência de uma convenção de arbitragem

Já o parágrafo 4º do art. 6º do Regulamento reforça o princípio da competência-competência e o da separabilidade ou autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato principal, ao estabelecer que a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará a incompetência do árbitro caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida. O Tribunal Arbitral continuará sendo competente mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato para determinar os respectivos direitos das partes e para julgar as suas reivindicações e alegações.

(e) Lei-modelo da UNCITRAL

A Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985, em seu art. 8.1, dispõe igualmente aos casos em que uma das partes acionam o tribunal estatal por sua demanda quanto ao fundo e a outra parte contesta a competência deste por meio de uma exceção de convenção de arbitragem. O art. 8.1 enuncia que

O tribunal acionado por uma demanda sobre uma questão objeto de uma convenção arbitral remeterá as partes à arbitragem se uma delas o solicitar (...), a menos que ele constate que referida convenção é caduca, inoperante ou insuscetível de ser executada.

A Lei-Modelo, tal como a Convenção de Nova Iorque, permite que o Poder Judiciário analise a validade da convenção de arbitragem. E, da mesma forma como foi abordado no tópico que tratou da Convenção, o ponto crucial é saber em que momento essa análise se realizará. E se for realizada antes que o Tribunal Arbitral profira decisão sobre a sua jurisdição, qual será a medida dessa verificação.

conforme o Regulamento. Neste caso, qualquer decisão quanto à jurisdição do Tribunal Arbitral deverá ser tomada pelo próprio tribunal. Se a Corte não estiver convencida dessa possível existência, as partes serão notificadas de que a arbitragem não poderá prosseguir. Neste caso, as partes conservam o direito de solicitar uma decisão de qualquer tribunal competente sobre a existência ou não de uma convenção de arbitragem que as obrigue.”

(f) França

O efeito negativo do princípio da competência-competência foi codificado na França em 1981, com a introdução do artigo 1.458 ao Código de Processo Civil Francês que, apesar de se referir às arbitragens domésticas, aplica-se, também, às arbitragens internacionais.

Na França o efeito negativo do princípio da competência-competência tem duas vertentes. Se o Tribunal Arbitral já foi constituído, o Poder Judiciário não conhecerá do processo, remetendo as partes à arbitragem, deixando a questão da validade da convenção para ser apreciada pelos árbitros. Se o Tribunal Arbitral não foi constituído, o juiz-estatal conduzirá uma análise *prima facie* da convenção, recusando-se a remeter as partes à arbitragem somente quando a convenção for manifestamente nula.

(g) Inglaterra

A British Arbitration Act de 1996 foi elaborada com base na Lei Modelo da UNCITRAL e contém, nos artigos 30 a 32²⁶⁶, disposição semelhante ao artigo 8(1) da Lei Modelo.²⁶⁷

Na Inglaterra, de acordo com o art. 32 do Arbitration Act²⁶⁸, as partes podem, conjuntamente, requer que o Poder Judiciário decida a questão jurisdicional. Se as partes

²⁶⁶ *Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.*

30. - (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to-

(a) whether there is a valid arbitration agreement,
(b) whether the tribunal is properly constituted, and
(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.

²⁶⁷ Importa salientar que na Inglaterra o Judiciário não extingue a ação e após remete as partes para arbitragem, apenas a suspende a ação durante o curso do procedimento arbitral.

²⁶⁸ 32. –“(1) The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal. A party may lose the right to object (see section 73).

(2) An application under this section shall not be considered unless-

(a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or
(b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied-

não acordarem quanto à questão, podem fazê-lo com o consentimento dos árbitros. Mas, para isso, o juiz estatal tem que estar convencido de que essa decisão será financeiramente vantajosa para as partes.

(h) Alemanha

Na Alemanha, o princípio da competência-competência foi reformulado e encontra-se, hoje, previsto na Seção 1.032(2) do German Arbitration Act de 1998, incorporado ao Código de Processo Civil. De acordo com a regra anteriormente estabelecida, se as partes assim dispusessem na convenção de arbitragem, os árbitros poderiam decidir qualquer objeção relativa à sua jurisdição, e essa decisão não poderia ser revista pelo Poder Judiciário.

No entanto, de acordo com as novas regras, o princípio da competência-competência, no seu efeito negativo, viola norma de ordem pública na Alemanha e, portanto, não é válido. Deste modo, o Poder Judiciário tem jurisdição para decidir a questão jurisdicional em primeira mão e para rever a decisão dos árbitros.²⁶⁹

Ainda, de acordo com o art. 1.032 do Código de Processo Civil Alemão, o Poder Judiciário pode examinar a fundo as alegações de invalidade da convenção de arbitragem.

(i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs,

(ii) that the application was made without delay, and

(iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court.

(3) An application under this section, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the matter should be decided by the court.

(4) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.

(5) Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met.

(6) The decision of the court on the question of jurisdiction shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal. But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question involves a point of law which is one of general importance or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.”

²⁶⁹ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 15, p.158, out./dez. 2007.

(i) Estados Unidos

Nos Estados Unidos não há unanimidade quanto à aceitação do princípio competência-competência em seu efeito negativo. O Federal Arbitration Act (FAA) é silente nesse ponto e a jurisprudência hesita em admiti-lo. O Poder Judiciário é o competente para decidir questões de arbitrabilidade objetiva, a não ser que as partes disponham expressamente de modo diverso.

Ademais, o FAA permite a intervenção do Poder Judiciário no procedimento arbitral como um todo, e em relação a qualquer objeção quanto a jurisdição dos árbitros.²⁷⁰

No caso *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, relatado como confirmação do princípio esculpido em *Prima Paint*, apesar de ter feito jus ao princípio da autonomia da cláusula arbitral, entendeu-se que o Tribunal Arbitral não teria jurisdição para decidir a validade da convenção arbitral, teria jurisdição apenas para decidir sobre a validade do contrato²⁷¹.

(j) Brasil

O efeito negativo do princípio da competência-competência foi incorporado ao Direito Brasileiro em 1996 com a lei 9.307/96, em seus arts. 8º²⁷² e 20²⁷³. De acordo com a lei brasileira o Poder Judiciário só poderá analisar a convenção de arbitragem, antes de proferido o laudo, se essa for manifestamente nula. Caso contrário caberá ao juiz estatal a análise do laudo *a posteriori* nas hipóteses previstas em lei.

²⁷⁰ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 15, p.166-172, out./dez. 2007

²⁷¹ COSSIO, Francisco G. de. The Competence-Competence Principle, Revisited. **Journal of International Arbitration**, n.3, v.24, p.233, 2007.

²⁷² 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.”

²⁷³ 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.”

O parágrafo único do art. 8º atribui aos árbitros o poder de apreciar as questões relativas à validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. De acordo com o entendimento de Arnaldo Wald:

De acordo com o direito brasileiro, as autoridades judiciárias podem tão-somente apreciar a validade, existência, aplicabilidade ou efetividade da convenção de arbitragem em momento posterior aos árbitros. Nem mesmo o exame *prima facie* seria, pois passível de ser realizado no Brasil pelo judiciário, a não ser no caso de nulidade manifesta, devendo ser aguardada a decisão prévia dos árbitros.²⁷⁴

Segundo Selma Lemes²⁷⁵, o art. 20 da Lei corrobora a aplicação do princípio competência-competência ao estipular que a parte que pretender argüir nulidade, invalidade ou ineficiência da convenção de arbitragem deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. Nesse sentido explica WALD:

“Efetivamente, o art. 20 da Lei nº 9.307/96 adota o princípio da *kompetenz-kompetenz*, de acordo com o qual o tribunal arbitral define a sua competência sem prejuízo da posterior apreciação do Poder Judiciário por ocasião de eventual processo de anulação de sentença arbitral.

Assim sendo, podemos afirmar que, de acordo com a nossa legislação que aliás acompanha a posição da legislação da maioria dos demais países que trataram da matéria recentemente, assim como as lições da melhor doutrina, *a apreciação da validade da convenção de arbitragem só deve ocorrer por parte dos tribunais após o julgamento dos árbitros, não podendo precedê-lo*”.²⁷⁶

A legislação pátria da arbitragem foi expressa em atribuir ao árbitro (ou árbitros) o poder de decidir em cada caso, inclusive de ofício, se a convenção de arbitragem existe juridicamente, e se é válida e eficaz. Ao fazê-lo, o árbitro estará decidindo sua própria jurisdição para apreciar o mérito da demanda que lhe foi submetida.

²⁷⁴ WALD, Arnaldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.2, p.359-366, out./dez. 2003.

²⁷⁵ Os princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem. MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.105.

²⁷⁶ WALD, Arnaldo, Algumas considerações a Respeito da Cláusula Compromissória Firmada pelos Estados e suas relações internacionais. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.18, p.44, out./dez. 2002.

Confere-se, assim, ao árbitro, dois dos elementos da jurisdição, a *notio*, *vocatio* e o *judicium* que constituem a faculdade de conhecer da causa, intervir para que se estabeleça a verdade e de pronunciar a decisão, sendo esse último o elemento mais relevante. O Estado, contudo, detém exclusividade a *coertio* e a *executio*²⁷⁷.

Carlos Alberto Carmona²⁷⁸, ao comentar a consequência da autonomia da cláusula, acaba por definir o princípio da competência-competência:

O princípio da Kompetenz-Kompetenz (competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca da sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral).”

E Pedro Batista Martins²⁷⁹ define com propriedade a importância da adoção pelo Brasil dos princípios da autonomia e da competência-competência:

Tanto o princípio da autonomia quanto o da competência-competência têm por fim assegurar a produção de plenos efeitos à cláusula compromissória, espinha dorsal do sistema em que se funda a arbitragem no Brasil.

No entanto, Gustavo Tepedino defende que com a incorporação da Convenção de Nova Iorque ao direito brasileiro pelo Decreto 4.311 de 23 de julho de 2002, a competência para analisar a existência, validade e eficácia da cláusula compromissória é do Poder Judiciário. Ao analisar o art. II(3) da Convenção conclui que

O dispositivo como se vê, confere aos tribunais estatais inequívoca competência para avaliar a nulidade, inoperância ou inexecutibilidade de convenções arbitrais. Diante de ação judicial promovida por uma das partes, qualquer tribunal pátrio encontra-se autorizado a proceder ao exame de existência, validade e eficácia

²⁷⁷ MARTINS, Pedro B. de. A arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em 29 jan. 2009.

²⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário à Lei n.9.307/96. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 160.

²⁷⁹ MARTINS, Pedro Batista, **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

da cláusula compromissória. Tal exame preliminar que se impõe até mesmo de ofício nos termos do Decreto 4.311/2002, consubstancia-se em um dever constitucional das cortes judiciais, já que a expressão do controle necessário à renúncia do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira (...).”²⁸⁰

Entende o Prof. Tepedino que o art. II(3) da Convenção de Nova Iorque não reconhece o efeito negativo da convenção de Nova Iorque e, portanto, o Tribunal não é o primeiro juiz de sua jurisdição, cabendo ao Judiciário realizar análise aprofundada da convenção de arbitragem, se assim requerido por uma das partes.

No entanto, ainda que assim se entenda, a Convenção de Nova Iorque de 1958, em seu art. VII, confere à parte o direito de invocar disposições convencionais ou estatais mais favoráveis à arbitragem, uma vez que sobre essas não se sobrepõe. E, assim, no caso do Brasil a parte poderia invocar o art. 8º da Lei 9.307/96, para que o efeito negativo do princípio da competência-competência conferisse ao árbitro a prioridade de decidir acerca de sua jurisdição.

Ademais, o dispositivo II(3) da Convenção de Nova Iorque de 1958 tem sido interpretado no sentido de que a exceção somente se pode considerar aplicável se for manifesta, flagrante, perceptível e sem qualquer dilação probatória. Exemplos de vícios flagrantes seria a convenção de arbitragem firmada: (i) por menor ou interditado; (ii) através de falsificação grosseira; (iii) sobre matéria não arbitrável como estado das pessoas.²⁸¹

²⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO; Rafael B. **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 158.

²⁸¹ FONSECA, Rodrigo G. da. O princípio da competência-competência na arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, n.9, p.291, 2007.

Seção 4 - Conclusão

Conceder aos árbitros jurisdição para decidir todas as matérias submetidas à arbitragem, inclusive a validade da convenção de arbitragem, confere eficiência ao procedimento e evita a chicana processual. A sua eficiência decorre do fato de evitar duplicidade de decisões. A jurisdição ficaria limitada ao Tribunal Arbitral. Ademais, o árbitro, responsável pelo julgamento do mérito da controvérsia, terá melhores condições de analisar a questão preliminar.²⁸²

Evita-se o “desenvolvimento anárquico de contenciosos” nas palavras de ANCEL²⁸³, ou seja, evita-se o questionamento da convenção de arbitragem no Poder Judiciário como manobra dilatória da parte de má-fé.

ANCEL sugere, ainda, que o limite de recursos aplicáveis em matéria de arbitragem, adotado pela França, por exemplo, é mais uma justificativa para se acolher o efeito negativo da competência-competência, concedendo ao Poder Judiciário apenas o controle do laudo *a posteriori*, reconhecendo-se a jurisdição total do Tribunal Arbitral: a segurança jurídica.²⁸⁴

Em relação à segurança jurídica, destaca que o árbitro pode recusar-se a suspender o procedimento arbitral durante o curso de uma ação judicial em que se questiona a validade da convenção de arbitragem. E que essa prática gera a concorrência de jurisdições. Uma vez que não existe subordinação de poderes, os árbitros não estão obrigados a obedecer a decisão judicial sobre sua jurisdição e vice-versa. Assim, esse fator de relatividade das decisões cria insegurança jurídica, o que pode ser afastado com a competência exclusiva do árbitro.

²⁸² COSSIO, Francisco G. de. The Competence-Competence Principle, Revisited. **Journal of International Arbitration**, n.3, v.24, p.236, 2007.

²⁸³ ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da ‘competência-competência’. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 6, p.60, abr./jun. 2005.

²⁸⁴ Idem. p.60-64. Ensina que o direito francês de arbitragem (especialmente o decreto de 12 de maio de 1981) buscou racionalizar e limitar os recursos em matéria de arbitragem. Permitindo-se o questionamento da validade da convenção de arbitragem perante o judiciário aumentaria o número de recursos o que é contrário ao espírito da nova lei.

A partir do momento em que o Estado reconhece a licitude do procedimento arbitral, declara legítimo esse modo de resolução de conflitos, pratica uma atitude coerente e se garante ao Tribunal Arbitral liberdade de funcionamento.

CONCLUSÃO

A arbitragem é um método de solução de conflitos que atende aos anseios da sociedade mercantil, impulsionando o desenvolvimento do comércio internacional. Assim, é interessante não só para os que dela fazem uso, como para a sociedade como um todo. Por ser a escolha natural dos homens de negócio, que não vêm com bons olhos à submissão de seus contratos ao Poder Judiciário de outro Estado, o seu desenvolvimento impulsiona as relações econômicas.

Destarte, o Estado deveria ser o primeiro a garantir o desenvolvimento do processo arbitral, incentivando o Poder Judiciário a ver na arbitragem um aliado e não um inimigo, como felizmente, ocorre hoje no Brasil.

A arbitragem é uma atividade jurisdicional, uma vez que o árbitro recebe a jurisdição da vontade das partes. Assim, é também consensual. É essencial que o Poder Judiciário reconheça a intenção das partes de que eventuais conflitos sejam resolvidos por meio da arbitragem. Ou ainda, privilegie a boa-fé dos contratantes que validamente optarem por renunciar ao acesso ao Judiciário, em detrimento daqueles que buscam invalidar o acordo recorrendo ao Judiciário.

Dessa forma, para se garantir a efetividade do instituto, foram desenvolvidas duas regras, hoje alçadas à categoria de princípios. A autonomia da convenção de arbitragem, que impede que vícios no contrato maculem automaticamente a cláusula compromissória. E o princípio da competência-competência, que determina que o árbitro seja ser o primeiro juiz de sua competência.

O princípio da competência-competência nasceu no Direito Alemão. De acordo com o conceito original, se assim requerido pelas partes, o árbitro era o único juiz de sua competência. Não cabia qualquer tipo de revisão da decisão. Esse conceito foi reformulado para que o árbitro seja o primeiro a decidir se tem jurisdição para decidir a controvérsia.

A mudança conceitual garante às partes o direito de solicitar ao Poder Judiciário que revise a decisão no tocante à competência do Tribunal Arbitral. Ainda, para garantir a efetividade do instituto que, como dito acima, beneficia a sociedade como um todo, é importante que o Judiciário observe o momento correto de analisar a questão, que é sempre após a decisão do Tribunal Arbitral.

Assim, o efeito positivo do princípio da competência-competência confere ao Tribunal Arbitral jurisdição para decidir sobre sua própria competência, e o efeito negativo desse princípio impede que o Poder Judiciário decida essa mesma questão em profundidade antes que os árbitros o façam.

O objetivo de conferir prioridade ao árbitro para decidir sua própria competência (efeito negativo) é o de impedir táticas dilatórias e o de concentrar as atividades jurisdicionais em um único Tribunal.

Nesse sentido, como visto no capítulo 5, controverte a doutrina e a jurisprudência em relação à interpretação do art. II(3) da Convenção de Nova Iorque de 1958. A última parte do parágrafo 3 determina que o Judiciário remeta as partes ao Judiciário, a não ser que constate que a cláusula é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável. Enquanto na França, no Brasil e na Inglaterra entende-se que essa análise deve ser superficial, em outros países, como na Alemanha e Estados Unidos, entendem que o Poder Judiciário pode analisar a questão com profundidade.

Ainda, no Brasil e na França, o juiz-estatal remete as partes à arbitragem, extinguindo a ação, enquanto que na Inglaterra a ação é suspensa enquanto a questão é decidida pelos árbitros.

No entanto, tomando-se por base o objetivo da Convenção de Nova Iorque, que era o de impulsionar o uso da arbitragem e facilitar o reconhecimento e exequibilidade do laudo, não é razoável que se entenda que a correta interpretação do art. 3(II) é outra que não a adotada pelo Brasil e pela França.

Como destacou Lord Hoffman em voto proferido no caso *Premium Nafta e Fili Shipping Company*, não é razoável entender que as partes tenham escolhido que parte da controvérsia será resolvida pelo Poder Judiciário e outra parte por juízes privados. A rapidez com que as informações se processam nos dias de hoje e rapidez com que negócios são concluídos não se coadunam com esse sistema.

Por fim, o Judiciário e o Tribunal Arbitral, ao analisarem os requisitos de validade da convenção arbitral, devem fazê-lo observando os princípios internacionais e as práticas usuais daquele tipo de comércio. A intenção das partes, base de todo o procedimento arbitral, deve ser preservada.

BIBLIOGRAFIA

ABOUL-ENEIN, M.I.M. The New York Convention of 1958 on the recognition and enforcement of Foreign Arbitral Awards: what needs to be done for the future. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 18, p.101-107, jul./set. 2008.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.181-220.

ALMEIDA, Edson Oliveira de. Cláusula compromissória inserida em contrato não-assinado pelas partes. Validade. Inexistência de exigência legal. Comprovação do consentimento incondicional da parte requerida com o contratado. Prática internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.8, p.241-246, 2006, jan./mar. 2006.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: _____. (Coord.). **Arbitragem interna e internacional: Questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.129-170.

ALVAREZ, Henri. Autonomy of International Arbitration Process. In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. (editors). **Pervasive Problems in International Arbitration**. Holanda: Kluwer Law International, 2006. p.134-135.

ALVAREZ, Guillermo Aguilar. Article II (2) of the New York Convention and the Courts. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.67-81, 1999.

ALVES, Rafael Francisco. Nota sobre a pesquisa “International arbitration: Corporate attitudes and practices” (2008). **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n.19, p.192-194, jul./set. 2008.

ALVIM, Arruda José Manuel. Parecer – Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.101, p.192-223, jan./mar. 2001.

_____. Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.169-187

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. Arbitragem e o poder judiciário: Convergências e divergências. In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da ‘competência-competência’. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 6, p. 52-64, abr./jun. 2005.

ANDRIGUI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.9, p. 13-21, abr./jun. 2006.

ANZORENA, Carlos Ignacio Suárez. Facultades de los tribunales arbitrales (“método, práctica y límites”). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.10, p.86-92, jul./set. 2006.

ARAUJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem brasileira e os “princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais”, elaborados pelo UNIDROT. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem**: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1996. p.87-115.

_____. O papel da tradição da common law nos laudos arbitrais do Mercosul: Considerações sobre a utilização dos princípios em seu processo decisório. In: **Iº Seminário Internacional Sobre Direito Arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

_____. **Contratos Internacionais**: Autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ARMELIN, Donaldo. Arbitragem. Antecipação dos efeitos de tutela. Ação de instituição de arbitragem procedente. Eficácia imediata, embora pendente apelação sem efeito suspensivo. Competência do tribunal arbitral para a concessão de antecipação dos efeitos de tutela. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.6, p.221-227, jul./set. 2005.

_____. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n.18, p.274-300, jul./set. 2008.

ARROCHA, Katherine Gonzalez. The articles II and III of the New York Convention (NYC) and the experience of arbitral institutions: the ICC experience. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 18, p.86-100, jul./set. 2008.

ATHENIENSE, Aristóteles. As medidas coercitivas no juízo arbitral. In: **Iº Seminário Internacional Sobre Direito Arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Sentença parcial em arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.17, p.173-196, abr./jun. 2008.

BARCELÓ, John J. Who decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, v.36:1115, p.1119, 2003.

BARRAL, Welber. A evolução da arbitragem comercial no Mercosul. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.488-517.

BASSO, Maristela. Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma? In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007.p. 1-17.

BATIFOL, Henri Lagarde Paul. **Traité de Droit International Prive**. 8.ed. Paris: L.G.D.J., 1993.

BAYER, Alex Kalinski. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.19, p. 296-311, jan./mar. 2003.

BERG, Albert Jan van den. The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation. **ICCA Congress Series**, Antwerp, 1994.

_____. The Application of the New York Convention by the Courts. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.25-35, 1999.

BERNARDINI, Piero. Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.197-203, 1999.

BLACKABY, Nigel, LINDSEY, David, SPINILLO, Alessandro. **International Arbitration in Latin America**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

_____; PAULSSON, Jan. Arbitration in Latin America: Was Carlos Calvo misunderstood? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.341-350.

BLACK'S LAW DICTIONARY, 6.ed. St. Paul: West Publishing., 1991.

BLESSING, Marc. The Law Applicable to the Arbitration Clause. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.168-188, 1999.

BOISSESON, Mathieu. As anti-suit injunction e o princípio da “competência-competência”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p.138-145, out./dez. 2005.

BOLFER, Sabrina Ribas. **Arbitragem comercial internacional & anti-suit injunctions**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos, 2 de julho de 1985, Mitsubishi Motors Corporation (Japan) v Soler Chrysler-Plumouth Inc. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n.17, p.170-205, jan./mar. 2008.

BRAGHETTA, Adriana. **Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Conseqüências Internacionais: Visão a partir do Brasil**. 2008. 339f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. A importância da sede da arbitragem. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 18-32

BROWN, Henry J. **ADR principles and practice**. 2.ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 5.ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BRUNET, Edward J. et al. **Arbitration Law in America: A Critical Assessment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CALLUF FILHO, Emir. **Arbitragem internacional: o local da arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n.6, p.18-28, abr./jun. 2005.

_____. **Lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CAMINHA, Uinie. Arbitragem como instrumento de desenvolvimento do mercado de capitais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.93-111.

CAPRASSE, Olivier. A constituição do tribunal arbitral em arbitragem multiparte. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n.8, p.83-100, out./dez. 2005.

CARBONNEAU, Thomas E. **Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration**. 2.ed. California: Juris Publishing, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no 3º ano de vigência da lei 9.307/96. **Revista de Processo**, São Paulo, n.99, p.85-98, jul./dez. 2000.

_____. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n.9.307/96**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre, n.18, p.7-26, abr./jun. 2008.

_____. Medidas cautelares em processo arbitral: A solução da lei brasileira e as experiências estrangeiras. In: **Iº Seminário Internacional sobre Direito Arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

_____. Pareceres - Contrato de joint venture. Contratos-satélites que absorvem as previsões constantes do contrato-base. Revogação tácita e revogação expressa de cláusula compromissória. Propositura de demanda perante o Poder Judiciário brasileiro. Revogação parcial de cláusula compromissória. Manifestação de vontade no sentido de restringir os limites da cláusula compromissória. Autonomia da vontade das partes. Impossibilidade de homologar sentença arbitral estrangeira. Art. 38, II, da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 19, p.147-166, out./dez. 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. In CASELLA, Paulo B. (coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo, LTR, 1996, p.131-156.

CARON, David D. O mundo da propriedade intelectual e a decisão pela arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.13, p.150-160, abr./jun. 2007.

CARVALHOSA, Modesto. Arbitragem estatutária na sociedade anônima: Aspectos constitucionais e legais. In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem: Entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o direito brasileiro. In: _____. (Coord.). **Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p.169-186.

_____; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 9, p.207-251, abr./jun. 2006.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**, 3.ed. São Paulo, 1981.

CLAY, Thomas. A extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes (fora grupos de contratos e grupos de sociedades/empresas). **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n.8, p.74-82, out./dez. 2005.

_____. A sede da arbitragem internacional: Entre “ordem” e “progresso”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n.17, p.37-56, jan./mar. 2008.

_____. As medidas cautelares requeridas ao árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.18, p.311-332, jul./set. 2008.

_____. **L'Arbitre**. Paris: Dalloz, 2001.

_____; ABOIM Luiz C. Arbitragem e Meio Ambiente. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, nº 4, p. 32-43, out./dez. 2004.

COSSIO, Francisco G. de. The Competence-Competence Principle, Revisited. **Journal of International Arbitration**, n.3, v.24, p.231-248, 2007.

CRAIG, Lawrence W.; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. **International Commercial Arbitration**: International Chamber of Commerce Arbitration. New York: Oceana Publications, 1984.

CRISTOFARO, Flavia Savio C. S. A relação entre a arbitragem e as regras sobre competência internacional previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil brasileiro. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 417-445.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **Jurisdição e Competência**. São Paulo, 2008. 384p. (Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman, 62).

DAVIS, Michael E. The Arbitration Act 1996. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.283-300.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil – Evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil**: Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.221-248.

DERAINS, Yves. Some remarks on the management of international arbitration proceedings. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.12, p.132-135, jan./mar. 2007.

DESHPANDE, V.S. International Commercial Arbitration: Uniformity of Jurisdiction. **Journal of International Arbitration**, n.2, v.5, p.115-130, 1988. Disponível em : <<http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=11243>>. Acesso em 24 out. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.327-343.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p.72-111.

_____. **Direito Internacional Privado**. 7.ed. São Paulo: Renovar, 2006.

_____; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISEMANN, Frédéric. La clause d' arbitrage pathologique. In: **Commercial Arbitration** – Essays in Memoriam of Eugênio Minoli. Torino: Unione tipografico-editrice torinese (UTET), 1974. p.129.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos Arbitrais Estrangeiros. Reconhecimento e Execução. Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Acesso à Jurisdição Arbitral e os Conflitos decorrentes das Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.37, p.92-120, 2001.

_____. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2.ed. São Paulo, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de Consumo e Juízo Arbitral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.21, p.38-50, 2000.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, n.9, p.77-303, 2007.

FOUCHARD, Philippe. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What Remedies? In: GAILLARD, Emmanuel (Org.). **Anti-Suit Injunctions in International Arbitration**. United States of América: Juris Publishing, 2005.

_____. GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999.

FOUSTOUCOS, Anghelos C. Conditions required for the Validity of na Arbitration Agreement. **Journal of International Arbitration**, n.4, v.5, p.113-130, 1988. Disponível em : <<http://www.kluwerbarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=11144>>. Acesso em 24 out. 2008.

FRADERA, Vera M. Jacob de. A arbitragem internacional. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil**: Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.468-486.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Convenção de arbitragem – Cláusula compromissória estabelecida antes do advento da lei nova: direito aplicável. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Malheiros, v.106, p.149-153, 1997.

FRANK, Susan D. The Role of International Arbitrators, **ILSA Journal of International and Comparative Law**, Chicago, v.12, n.2, Spring 2006.

FREITAS, José Lebre de. Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem. In: **Estudos em Homenagem à Profa. Dra. Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Almedina, 2002. v.2.

FRÓES, Carlos Henrique de C. A arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.283-290.

_____. A arbitragem no Brasil de acordo com a Lei n. 9.307/96. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.69-78.

_____. Arbitragem no Brasil pelas regras da CCI: Benefícios e problemas. In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

GAFFNEY, John P. The Group of Companies Doctrine and the Law Applicable to the Arbitration Agreement. **Mealey's International Arbitration Report**, n.6, v.19, jun. 2004.

GAMA JUNIOR, Lauro. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias – 1980: essa grande desconhecida. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.9, p.134-149, abr./jun. 2006.

GAMBOA-MORALES, Nicolás. Notes on collection of evidence in international arbitration. Witnesses and experts. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p.146-153, out./dez. 2005.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional. In: _____(Coord.). **A arbitragem na era da globalização**: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.163-202.

_____. **Arbitragem nacional e internacional**: progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Contratos internacionais comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Arbitrariedade no Direito Brasileiro e Internacional. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.12, p. 337-356, abr./jun. 2001.

_____. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras – Direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.441-484.

GARCIA, Ailton Stropa. A arbitragem no direito econômico nacional e internacional. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, n.33, p.28-45, 2000.

GARRO, Alejandro M. Arbitraje comercial internacional em las últimas décadas: Aciertos y desaciertos. In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade Objetiva**. 2008. 230f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. Breves considerações sobre as relações do poder judiciário com a arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral). In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.209-226.

GREBLER, Eduardo. A revelia no processo arbitral brasileiro. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.291-326.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. As novas formas de atuação do advogado no mundo globalizado empresarial – A arbitragem no mercado de capitais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 115-125.

HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. **ICCA Congress series**. Paris, n. 9, p. 146-167, 1999.

HERRMANN, Gerold. The 1958 New York Convention: Its Objectives and its Future. **ICCA Congress series**, Paris, n.9, p. 15-24, 1999.

HOUSTON Journal of International Law. International Arbitration and enforcement in U. S. Federal courts. **Entrepreneur.com**. Winter, 2000. Disponível em <<http://www.entrepreneur.com/tradejournals/article/print/61402723.html>>. Acesso em 24 jan. 2009.

HUNTER, Martin et al. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. 4.ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

JARROSSON, Charles. La Notion d' Arbitrabilité. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n.0, p. 173-180, jul./out. 2003.

JARGIN, Sigvard. To What Extent Are Procedural Decisions of Arbitrators Subject to Court Review? **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.366-382, 1999.

JESUS O., Alfredo de. Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje em el Derecho Venezolano. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n.9, p.111-180, jan./mar. 2006.

JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos e a interpretação econômica do direito e das organizações. In: _____; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.119-139.

KESSEDJIAN, Catherine. Autonomy of International Arbitration Process. In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. (editors). **Pervasive Problems in International Arbitration**. Holanda: Kluwer Law International, 2006. p.87-88.

LALONDE, Marc. The Evolving Definition of Arbitration and Arbitrability. **ICCA Congress series**, Paris, n.9, p.189-196, 1999.

LANDAU, Toby. The requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When "Written" Means "Oral". **ICCA Congress Series**, Haia, n.11, p.19-81, 2003.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Parecer – Arbitrabilidade subjetiva: a competência da administração para a celebração de convenções arbitrais. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v.134, p.211-221, 2004.

LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: A Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007. p.175-188.

_____. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Arbitragem multiparte: A constituição do tribunal arbitral. In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

_____. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.

_____. A especificidade da arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008. p.245-268.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e de eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Árbitro**. Princípios da Independência e da Imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001.

_____. Arbitragem institucional e ad hoc. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.313-338.

_____. **Arbitragem**. Princípios Jurídicos Fundamentais: direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.686, p.73-89, dez. 1992.

_____. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002. p.188-208.

_____. Dos árbitros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.245-288.

_____. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem. In: _____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.73-112.

_____. Arbitragem e Direito do Consumo. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n° 0, p. 185-193, jul./out. 2003.

_____. O Cenário Atual da Arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.3, p.129-137, set./dez. 2004.

LEW, Julian D.M. **Applicable Law in International Commercial Arbitration**. New York: Oceana Publications, 1978.

_____. The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.114-145. 1999.

_____; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

_____. MISTELIS, Loukas A. **Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização: Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.5-20.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional: Questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.3-52.

LONGO, Samantha Mendes. Ação cautelar visando à obtenção de medida urgente ajuizada perante o Poder Judiciário quando ainda não constituído o tribunal arbitral. Possibilidade. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.17, p.237-242, abr./jun. 2008.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional**. Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem. In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

_____. **Do estado na arbitragem privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988.

_____. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.99-114.

_____; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

_____; VALLE, Regina Ribeiro do. Mundialização do Direito. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p.254-266.

_____. Contratos com o Estado. **Revista brasileira de arbitragem**. Porto Alegre, n.3, p.22-41, jul./set. 2004.

_____. Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.740, p.116-127, jun. 1997.

_____. Tardia Ratificação da Convenção de Nova Iorque: um retrocesso desnecessário e inconveniente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.18, p.24-41, jul./set. 2008.

_____. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 9, p.165-172, abr./jun. 2006.

_____. Arbitragem e processo judicial. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.87, p.61-66, set. 2006.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAKANT, Bárbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.4, p 82-104, jan./mar. 2005.

MANSON, Paul E.; GOMM-SANTOS, Maurício. New Keys to Arbitration in Latin-America. **Journal of International Arbitration**, n.1, v.25, p.31-69, 2008. Disponível em: <<http://www.kluwerbarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=28223>>. Acesso em 04 nov. 2008.

MARTINS, Pedro A. Baptista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v.126, p. 58-74, 2002.

_____. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.117-142.

_____. A convenção de arbitragem. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.207-212.

_____. A recepção nacional às sentenças arbitrais prolatadas no exterior. In: _____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.435-460.

_____. Acesso à justiça. In: _____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.1-14.

_____. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.383-420.

_____. Aspectos atinentes às disposições gerais. In: _____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.143-174.

_____. Aspectos jurídicos do compromisso. In: _____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.235-244.

_____. Cláusula compromissória. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.213-220.

_____. Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória: Princípio da competência-competência: Convenção de Nova Iorque de 1958. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p.173-193, out./dez. 2005.

_____. Parecer - Poder Judiciário – Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória – Princípio da Competência-Competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória - Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento pelo Tribunal Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p.173-193, out./dez. 2005.

MAYER, Pierre. Limits of Severability of the Arbitration Clause. **ICCA Congress Series, Paris**, n.9, p.261-267, 1999.

MBAYE, Kéba. Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.94-104, 1999.

MCNEILL, Mark S.; JURATOWITCH, Ben. Agora Thoughts on Fiona Trust – The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate. **Journal of International Arbitration**, n.3, v.24, p.499-502, 2008. Disponível em : <<http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=30600>>. Acesso em 24 out. 2008.

MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1968.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: Por um direito transnacional privado? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.19, p.31-49, out./dez. 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1984.

MERCADANTE, Araminta, MAGALHÃES, José Carlos de (Coord.). **Solução e prevenção de litígios internacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 3.v.

MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional: Questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTULSKY, Henri. A evolução recente da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.19, p.139-146, out./dez. 2008.

MOURRE, Alexis. Los méritos de la constitucionalización del procedimiento civil y del derecho del arbitraje. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.15, p. 117-133, out./dez. 2007.

MUNHOZ, Eduardo. Arbitragem e grupos de sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.149-178.

MUNIZ, Petronio R. G. A tutela antecipatória no procedimento pré-arbitral. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n.8, p.58-73, out./dez. 2005.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei n° 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1998.

NAÓN, Horacio A. Grigera. El funcionamiento de las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.203-214.

NEHRING, Carlos. CCI e o Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.9, p.72-77, abr./jun. 2006.

NEHRING NETTO, Carlos; DERAINS, Yves. A prática de uma arbitragem CCI. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p.21-28.

NELSON, Timothy G. Into Orbit: 50 years of Global Arbitration Under the New York Convention. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 18, p.73-85, jul./set. 2008.

NUSDEO, Fábio. Embargos infringentes na arbitragem? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.45-51.

PARK, William W. The arbitrability dicta in first options v. Kaplan: what sort of Kompetenz-Kompetenz has crossed the Atlantic. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.11, p.142-165, out./dez. 2006.

_____. An Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction. **ICCA Congress**, Montreal, p.3, mai./jun. 2006.

_____. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. Versão em português pela revista, autorizada pelo autor. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 3, p.161-176, set./dez. 2004.

PAULA, Adriano Perácio de. Da arbitragem nas relações de consumo. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n.32, p.55-73, 1999.

PANTOJA, Teresa Cristina. Gonçalves.. Anotações sobre arbitragem em matéria ambiental. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.11, p. 81-92, out./dez. 2006.

PENGELLEY, Nicholas. Albon v Naza Motor Trading: Necessity for a Court to Find that there is na Arbitration Agreement Before Determining that it is Null and Void. **Journal of International Arbitration**, n.1, v.24, p.171-180, 1986. Disponível em: <<http://www.kluwerbarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=28356>>. Acesso em 24 out. 2008.

_____.Separability Revisited: Arbitration Clauses and Bribery Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov. **Journal of International Arbitration**, n.5, v.24, p.445-454, 2007. Disponível em: <<http://www.kluwerbarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=28067>>. Acesso em 04 nov. 2008.

PETER, Wolfgang. Witness conferencing revisited. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.13, p.87-99, abr./jun. 2007.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. **Revista brasileira de arbitragem**, São Paulo, n.1, p.9-26, jan./mar. 2004.

_____. Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p.303-325.

_____. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.7, p 79-100, out./dez. 2005.

_____; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de Nova Iorque: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.18, p.50-72, jul./set. 2008.

PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da convenção de arbitragem – Adoção do princípio kompetenz-kompetenz no Brasil. LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p.326-338.

_____. A Convenção de Nova York: Ratificação pelo Brasil. In: In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.53-73.

POUDRET, Jean-François et al. **Comparative Law of International Arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. 3.ed. São Paulo, 1988.

RAU, Alan Scott. Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of ‘Consent’. **Journal of International Arbitration**, n.2, v.4, p.199-264, 2008. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=30252>>. Acesso em 24 out. 2008.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REDFERN, Alan. The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator. **Journal of International Arbitration**, n.1, v.3, p.19-34, 1986. Disponível em:

<<http://www.kluwerbarbitration.com/arbitration/print.aspx?ipn=10927>>. Acesso em 24 out. 2008.

REINER, Andreas. The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II (2) of the New York Convention. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.82-93, 1999.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROMERO, Eduardo S., A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os Contratos de Estado. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.6, p. 260-262, jan./mar. 2003.

SAMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration** – Law and Practice. Netherlands: Kluwer Law International, 2001.

SANTOS, Manoel J. P. dos. Arbitragem e propriedade intelectual. **Revista brasileira de arbitragem**, Porto Alegre, nº0, p.194-206, jul./out. 2003.

SANTOS, Mauricio Gomm Ferreira dos. Existe um consenso internacional no âmbito da arbitragem comercial? Está o Brasil em linha com tal consenso? In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 413-424.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWEBEL, Sthephen M. International Arbitration: Three Salient Problems. **University of Cambridge Research Centre for Internacional Law**: Grotius, 1987.

SHERMAN, Fredrick E. Sophisticated arbitration. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.53-60.

SINGHVI, Abhishek M. Article II (2) of The New York Convention and the Courts. **ICCA Congress Series**, Paris, n.9, p.204-216, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Sérgio André R.G. da. Meios alternativos de solução de conflitos no direito tributário brasileiro. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo, n.122, p. 90-106, 2005.

SNELLMAN, Hannes; KURKELA, Matti S. **Due Process in International Commercial Arbitration**. New York: Oceana Publications. 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. As arbitragens internacionais e aquelas reguladas no direito interno brasileiro, nos termos da Lei n. 9.307 de 23.9.1996 – Alguns aspectos. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.485-510.

_____. Common Law e direito arbitral: Direito consuetudinário sem precedentes? In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

SPERANDIO, Helena Arriola. O Princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais – LICC x Convenção do México de 1994 (CIDIP V). **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, n.2, v.2, p.309-320, jul./dez. 2005.

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado**. São Paulo, 1968.

_____. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Direito Internacional Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. v.1.

_____. A Arbitragem como Modelo de Inserção de Normas da Lex Mercatória na Ordem Estatal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n.3, p.14, jul./set. 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem: uma nova visão – primeira parte. **Revista tributária e das finanças públicas**, São Paulo, n. 58, p.226-257, 2004.

_____. Arbitragem: uma nova visão – segunda parte. **Revista tributária e das finanças públicas**, São Paulo, n. 59, p.167-190, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n.85, p.192-199, jan./mar. 1997.

_____. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.21-34.

TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO; Rafael B. **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 153-174.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros: litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.227-260.

_____. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: **Iº Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

_____. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 38ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

_____. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.92-116.

_____. O princípio da kompetenz-kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de justiça alemão (Bundesgerichtshof). In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p.425-435.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

TWEEDDALE, Andrew; and TWEEDDALE, Keren. **Arbitration of Commercial Disputes**. Oxford: Oxford Univ Press, 2007.

UZELAC, Alan. Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: current jurisprudence and problems areas under the UNCITRAL model law. **International Law Review**, Washington, p.153-163, 2005. Disponível em: <http://alanuzelac.from.hr/pubs/B23ALR_jurisdiction_fin.pdf>. Acesso em 29 jan. 2009.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. v.2.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 15, p.134-190, out./dez. 2007.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral de acordo com a nova jurisprudência constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Sentença arbitral inexistente. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.354-376.

_____. Aspectos de Direito Internacional Privado na Arbitragem. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.7, p.379-391, jan./mar. 2000.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. A arbitragem no contexto constitucional brasileiro. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, n. 36, p.05-17, 2001.

VENTURA, Raul. Convenção de arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p.289-413, set. 1986.

_____. Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p.5-48, abr. 1986.

VERÇOSA, Fabiane. A (Des)necessidade de homologação de laudos arbitrais estrangeiros após a entrada em vigor, no Brasil, da convenção de Nova Iorque. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v.131, p.214-229, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Doze anos da Lei de arbitragem: Alguns aspectos ainda relevantes. In: _____. (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008. p.15-28.

VICENTE, Dario Moura. **Da arbitragem comercial internacional**: direito aplicável ao mérito da causa. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

_____. A manifestação do consentimento na Convenção de Arbitragem. **Revista da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 18, p.987-1004, 2002.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Ação cautelar inominada preparatória. Agravo de instrumento. Efeito ativo concedido. Ciência da posterior instauração do juízo arbitral. Incompetência superveniente da justiça estatal. Remessa dos autos ao árbitro para manutenção ou não da tutela concedida. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.19, p.196-199, out./dez. 2008.

YOSHIDA, Márcio. A Arbitrabilidade dos Direitos Trabalhistas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n.0, p. 181-184, jul./out. 2003.

WALD, Arnoldo. A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001). In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.143-168.

_____. A evolução do direito e a arbitragem. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p.454-463.

_____. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.8, p.7-16, jan./mar. 2006.

_____. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008. p.33-44.

_____. Recebimento de decisão judicial para suspender o processo arbitral com base no decurso do prazo do art. 12, III, Lei 9.307/96, quando houve prorrogação concedida pela CCI. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.15, p.203-205, out./dez. 2007.

_____. A arbitrabilidade dos conflitos societários: Considerações Preliminares. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n.12, p.22-28, jan./mar. 2007.

_____. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.2, p.359-366, out./dez. 2003.

_____. Algumas considerações a Respeito da Cláusula Compromissória Firmada pelos Estados e suas relações internacionais. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.18, p.44, out./dez. 2002.

_____. A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 18, p.13-23, jul./set. 2008.

_____. Do descabimento da ação para impedir o funcionamento da arbitragem internacional e o princípio da competência prioritária dos árbitros. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). **Dez anos da Lei de Arbitragem: Aspectos atuais e perspectivas para o instituto**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p.45-55.

_____. Novos rumos para a arbitragem no Brasil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.14, p. 341-356, out./dez. 2001.

_____. A Convenção de Nova Iorque. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n.16, p. 325-332, abr./jun. 2002.

ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Cláusulas arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 141-149.